



**MATERIAL DOCENTE DEL PROGRAMA MODULAR DE
DERECHO PÚBLICO Y ESTADO AUTONÓMICO PARA LA FORMACIÓN
DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES PÚBLICOS**

**EXPERTO UNIVERSITARIO EN
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS
ADMINISTRADOS Y DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

15 créditos ECTS (módulos 4 y 5)

CAPÍTULO X

ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO (I)

Cristina Elías Méndez
Profesora de Derecho Constitucional
UNED

SUMARIO: 1. El Estado Autonómico: origen y evolución. 2. El Estado de las Autonomías. 3. El Estatuto de Autonomía. 3.1. Naturaleza. 3.2. Procedimiento de elaboración. 3.3. Contenido. 3.4. Reforma. 4. Legislación autonómica: ley autonómica y disposiciones normativas con fuerza de ley. 5. La distribución competencial. 6. Legislación básica. Leyes de transferencia y delegación. Leyes de armonización. Leyes marco.

1. El Estado autonómico: origen y evolución

Como la historia nos muestra, la cuestión territorial ha sido uno de los problemas que los españoles hemos ido arrastrando sin haber sido capaces de diseñar un modelo en el que todos los ciudadanos parezcan encontrar cumplidas sus aspiraciones identitarias.¹ En el momento de elaboración de la Constitución de 1978, dichas discrepancias se ponen de nuevo de manifiesto y marcan el proceso constituyente. La Constitución vigente ha sido muchas veces definida como la “Constitución del consenso” porque efectivamente logra grandes acuerdos en cuestiones fundamentales: opta por la monarquía, por un sistema parlamentario de gobierno, se dota de un Tribunal Constitucional como órgano de garantía de la normatividad y supremacía de la Constitución y, sobre todo, elabora una carta de derechos y libertades que recoge sus opciones dogmáticas. Sin embargo, no se consigue un acuerdo sobre la cuestión territorial, por lo que, a diferencia de los demás Títulos de la Constitución, el Título VIII es un Título abierto, que se limita a trazar unas vías o cauces por los que habrá de discurrir el proceso de descentralización territorial, pero sin definir el modelo. El Estado autonómico es, pues, un modelo abierto, que se ha ido construyendo a lo largo de estas más de tres décadas de vida democrática, de modo que para estudiarlo debemos recordar las distintas etapas de construcción, consolidación y desarrollo que ha experimentado.² Comencemos recordando el precedente que supuso el Estado “integral” diseñado por la Constitución de la Segunda República. La Constitución de 1931 planteó un modelo territorial basado en municipios, provincias y regiones que podían acceder a la autonomía, dotándose de un Estatuto que se definió como la “ley básica de la región autónoma”. Cataluña aprobó su Estatuto en 1932, el País Vasco en 1936 y Galicia llegó a votar su proyecto de Estatuto en referéndum en el mismo año, aunque no logró

¹ SEVILLA SEGURA, J., VIDAL BELTRÁN, J.M., ELÍAS MÉNDEZ, C., *Vertebrando España. El Estado autonómico*, El Arquero. Fundación Ortega, Madrid, 2009.

² Entre los numerosos trabajos de referencia, citamos las lecciones relativas al Estado autonómico, publicadas en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J.F., BALAGUER CALLEJÓN, M.L., MONTILLA MARTOS, J.A., *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2009. MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Iustel, 2007.

culminar su proceso de aprobación. Como después veremos, la Constitución de 1978 tiene en cuenta estos precedentes en la nueva etapa democrática.

Pero entre uno y otro proceso median, como sabemos, cuarenta años de dictadura franquista, que se caracterizan por una férrea concentración del poder, también en el plano territorial. Con la transición se pone en marcha un proceso imparable de reivindicación autonómica y de descentralización territorial que cristaliza, aún antes de la aprobación de la Constitución, en las llamadas preautonomías. No en vano las primeras elecciones democráticas de 15 de junio de 1977 habían dado como resultado, además del triunfo de UCD, una holgada posición a los partidos nacionalistas de Cataluña y País Vasco, lo que les convertía, junto a los grandes partidos, en actores importantes del proceso de descentralización y transición democrática.³

Fueron Cataluña y País Vasco las primeras en acceder a un régimen preautonómico, si bien hasta un total de trece preautonomías se pusieron en marcha para vertebrar las aspiraciones autonómicas que mostraron la mayor parte de regiones españolas, con las únicas excepciones de Madrid, Cantabria y La Rioja, y de Navarra, que seguía rigiéndose por su régimen foral. Los Reales Decretos Leyes mediante los que se aprobaron los regímenes preautonómicos serían derogados poco después, pero las preautonomías supusieron un importante precedente en cuanto a cómo modular el mapa territorial.

En la Constitución española de 1978 se ponen las bases del Estado autonómico principalmente en su artículo 2, en su Título VIII y en las disposiciones adicionales y transitorias relevantes. Como antes señalábamos, la falta de acuerdo acerca del modelo territorial conduce a la previsión de posibilidades y vías de acceso a la autonomía sobre la premisa de la existencia de dos distintos grados de aspiraciones autonomistas. Es la Constitución, por tanto, la que prevé la creación de Comunidades Autónomas, y, en concreto, la creación de dos distintos tipos de Autonomías, proceso que se pondrá en marcha tras la entrada en vigor de la Norma fundamental en 1978.

Para los territorios con un mayor nivel de reivindicación identitaria y autonomista, la Constitución prevé la denominada “vía reforzada” de acceso a la autonomía a través de su artículo 151. Para todos los demás territorios se prevé la “vía ordinaria” de acceso a la autonomía (art. 143 CE). Además de estas dos vías estándar de acceso a la autonomía, otras disposiciones constitucionales prevén circunstancias a tener en cuenta en el acceso a la autonomía. Dada la complejidad del proceso de construcción del Estado autonómico, se tuvo que recurrir a casi todas ellas para poder posibilitar el acceso a la autonomía de todas las regiones.

La vía reforzada de acceso a la autonomía se ideó para aquellos territorios con una mayor tradición autonomista o que presentaban niveles más fuertes de reivindicación. Se dispuso un mayor nivel competencial para estas Comunidades Autónomas, así como un marco institucional que diseñó el artículo 152, como luego veremos. Los requisitos para el acceso a la autonomía por esta vía eran considerablemente más difíciles de cumplir que los previstos para la vía ordinaria, que se reservaba para el resto de territorios, que tendrían un nivel competencial inferior.

El acceso a la autonomía por la vía reforzada (art. 151 CE) requería la iniciativa no sólo de las Diputaciones u órganos interinsulares correspondientes, sino también de las tres cuartas partes de los municipios de cada una de las provincias afectadas que represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas. La iniciativa autonómica debía ser ratificada mediante referéndum por la mayoría absoluta de los electores de

³ AJA, E., *El Estado autonómico*, Alianza, 2003.

cada provincia. Además, el proyecto de Estatuto debía ser también aprobado en referéndum en cada provincia por la mayoría de los votos válidamente emitidos.

Los primeros territorios en acceder a la autonomía fueron las Comunidades históricas, País Vasco, Cataluña y Galicia, que accedieron de manera inmediata al máximo nivel competencial, pero que no tuvieron que cumplir los requisitos de iniciativa del artículo 151 CE, dado que la disposición transitoria segunda de la Constitución, poniendo en valor el precedente descentralizador de la Segunda República, dispuso: “Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuentan, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148, cuando así lo acordaren, por mayoría absoluta, sus órganos preautonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno.” De este modo País Vasco, Cataluña y Galicia aprobaron sus Estatutos de Autonomía mediante el procedimiento establecido en el artículo 151 que dio lugar a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1979 y 1/1981, respectivamente.

La única Comunidad que no entraba en la previsión de la disposición transitoria segunda y que, sin embargo, logró reunir a mayoría de los requisitos del artículo 151 CE, fue Andalucía. No obstante, fue necesaria la aprobación de la Ley Orgánica 13/1980, de 16 de diciembre, de sustitución de la iniciativa autonómica de la provincia de Almería, sobre la base del artículo 144.c) CE.

A la vista de que otras regiones mostraban asimismo interés en acceder a la autonomía por la vía reforzada, -en especial, Canarias y Valencia-, los dos grandes partidos políticos del momento, UCD y PSOE, se reunieron para fijar el modo en que debía transcurrir el resto del proceso descentralizador y pusieron las bases del proyecto de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), intento de dirigir el proceso autonómico desde el Gobierno central que posteriormente se vería desautorizado por el Tribunal Constitucional al declarar buena parte de dicho proyecto inconstitucional en la Sentencia 76/1983.

Los Acuerdos Autonómicos de 1981 fijaron qué otras Comunidades Autónomas se iban a constituir, así como la previsión de que se encauzara la aprobación de sus Estatutos de Autonomía a través de la vía ordinaria, manteniendo así el diseño inicialmente ideado de un mayor techo competencial para las Comunidades históricas, incluyendo ya a Andalucía, y un nivel competencial inferior para el resto de Autonomías.

Como Canarias y Valencia habían ya iniciado procesos autonómicos orientados a obtener el máximo nivel competencial, fueron entonces reconducidas a la vía ordinaria del artículo 143 CE. En el caso de la vía ordinaria, la iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Diputaciones interesadas (o al órgano interinsular correspondiente) y a las dos terceras partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. Así, se recurrió a sendas leyes orgánicas de transferencia para dotar a Canarias y a la Comunidad Valenciana del máximo nivel competencial posible, aunque accedieran a la autonomía por la vía ordinaria. De este modo, las competencias que asumieron no figuraban en sus Estatutos de Autonomía, sino en leyes orgánicas separadas, la Ley orgánica 10/1982 para el caso de Canarias y la Ley orgánica 12/1982 para la Comunidad Valenciana. Navarra accedió asimismo al máximo nivel competencial al aprobar su Estatuto de Autonomía mediante la Ley Orgánica 13/1982 de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), basada en la disposición adicional primera de la Constitución, que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

El resto de territorios, Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares, Madrid y Castilla y León, accedieron a la autonomía por la vía ordinaria, obteniendo un nivel competencial inferior, si bien todavía hubo que recurrir a otras previsiones constitucionales para resolver algunas cuestiones: Mediante la Ley orgánica 6/1982 se autorizó la constitución de la Comunidad de Madrid, en aplicación del artículo 144.a) CE. Mediante la Ley orgánica 5/1983 se sustituyó, en aplicación del art. 144.c) CE, la iniciativa de Segovia requerida para su integración en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

De esta manera, entre 1979 y 1983, se desarrolló y culminó el proceso de descentralización, completando el mapa autonómico, y organizando la totalidad del territorio español en diecisiete Comunidades Autónomas. Solamente faltaría que, ya en 1995, Ceuta y Melilla accedieran a su status de Ciudades Autónomas mediante las Leyes orgánicas 1 y 2/1995, respectivamente, de aprobación de sus Estatutos de Autonomía.

Una segunda etapa de desarrollo del Estado autonómico se puso en marcha en 1992 con la aprobación de unos nuevos Acuerdos políticos entre los dos grandes partidos, en esta ocasión, PSOE y Partido Popular.⁴ Tras la puesta en marcha y desarrollo de las Autonomías, las que gozaban de un nivel competencial inferior habían reclamado la aplicación del artículo 148.2 CE, que prevé que, transcurridos cinco años, las Comunidades Autónomas podían ampliar, mediante la reforma de sus Estatutos, sucesivamente sus competencias dentro de los límites constitucionales. Se coordinó desde el acuerdo político la decisión de equiparar el nivel competencial de todas las Comunidades Autónomas, desviándose así del modelo inicial de dos tipos diferentes de Autonomías. La técnica jurídica al efecto fue la aprobación de la Ley orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución. Los Acuerdos de 1992 también persiguieron reforzar e institucionalizar las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la base del principio de cooperación. En 1994 se produjo una primera oleada de reformas estatutarias, únicamente de las Comunidades de la vía ordinaria, para incorporar las competencias transferidas a sus Estatutos.

Entre los años 1996 y 2000 se produjo un segundo proceso de reforma de los Estatutos que de nuevo protagonizaron las Comunidades de la vía del artículo 143 CE. En esta ocasión las reformas no vinieron precedidas de un gran acuerdo político nacional. No obstante, no resultaron conflictivas al lograr el consenso de los principales partidos de cada Comunidad Autónoma y el respaldo posterior en las Cortes Generales. El sentido de estas reformas fue introducir mejoras en las instituciones autonómicas, pulir disposiciones estatutarias que habían quedado obsoletas, y en el plano competencial se logró la práctica equiparación entre todas las Comunidades Autónomas.

La fallida tramitación del Plan Ibarretxe como reforma del Estatuto vasco en 2005 puso en marcha una nueva etapa de reformas que, por contraste con las anteriores, se ve rodeada de una gran polémica, dado que en esta ocasión no se produce un acuerdo político previo a escala nacional y los partidos políticos en las Autonomías se muestran enfrentados y con criterios dispares. Es el caso especialmente de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que fue finalmente aprobada por Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, y contra la que se han presentado una serie de recursos de inconstitucionalidad. Respecto al primero de ellos, el Tribunal Constitucional ha emitido la importante Sentencia 31/2010 sobre la que luego volveremos. También la Comunidad Valenciana,

⁴ PRESNO, M., “Los acuerdos entre los principales partidos políticos y su incidencia en la articulación del Estado autonómico español”, <http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/presno/asturias.html>

Aragón, Andalucía, Baleares, Castilla y León y Navarra han aprobado importantes reformas de sus Estatutos, dando lugar a los que se han dado en llamar “Estatutos de segunda generación”. Otras Comunidades Autónomas han anunciado o están tramitando la reforma de sus Estatutos, aunque algunas se han paralizado o no han logrado salir adelante hasta el momento (es el caso de Canarias, Castilla-La Mancha o Extremadura).

2. El Estado de las Autonomías

Una vez expuesto el proceso de construcción del Estado autonómico, analicemos ahora sus principales características. Resulta llamativo, y coherente con la indefinición del modelo, que en ningún precepto de la Constitución se haga referencia al “Estado autonómico”. El Estado autonómico es un modelo *sui generis*, creado por la Constitución de 1978, para tratar de resolver la tensión existente entre las posiciones centralistas y las reivindicaciones nacionalistas. Se encuentra, pues, a medio camino, entre el Estado centralizado y el Estado federal.

El modelo de Estado centralizado se caracteriza porque existe una única Constitución, un único poder legislativo, un ejecutivo y un judicial. Habrá un cierto grado de desconcentración administrativa para poder atender de forma más eficiente las necesidades de ámbito local. El modelo de Estado federal se compone de una serie de Estados, que aparecen tras un proceso de disgregación a partir de una unidad previa, o que proceden de un proceso de concentración de Estados independientes que deciden unirse. Cuentan con una Constitución común y con una Constitución de cada uno de los Estados federados, y los poderes legislativo, ejecutivo y judicial están descentralizados. A diferencia del caso de la confederación, las relaciones entre los Estados son de Derecho interno, y no de Derecho internacional público.

A medio camino entre el Estado centralizado y el federal se encuentran los modelos regional y autonómico. Italia se considera un Estado regional, que también reconoce autonomía a sus regiones, aunque no tan cualificada como en el caso de España, y en el que las regiones se han adaptado a los dos distintos grados de autonomía, a diferencia del proceso homogenizador acontecido en España.

Encontramos las bases del Estado autonómico en el artículo 2 de la Constitución, que parte de la indisoluble unidad de la nación española, garantizando a continuación el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran. El término “nacionalidades” trata de reflejar el sentimiento identitario de los territorios más reivindicativos, frente a las “regiones”, con el que pueden identificarse las provincias menos autonomistas. Unidad y autonomía son, pues, dos de los principios básicos del modelo. A estos dos principios debemos añadir un tercero, definitivo en el modelo autonómico, el principio dispositivo, que se refiere a la facultad de decidir si participar o no y cómo participar en el proceso autonómico, principio sobre el que se estructura gran parte del modelo. Así, los distintos territorios pueden acceder o no a la autonomía, pueden o no dotarse de determinadas instituciones, o pueden decidir, dentro de los límites constitucionales, qué competencias asumen. Buena muestra de ello es el artículo 137 de la Constitución, que predica la autonomía de las Comunidades Autónomas “que se constituyan”.

Otros principios que encontramos en el Título VIII de la Constitución son: el principio de solidaridad entre las diversas partes del territorio español, que aparece ya en el art. 2 CE (art. 138.1); la prohibición de privilegios económicos o sociales (art. 138.2 CE); la igualdad de derechos y obligaciones entre españoles (art. 139 CE), entendida, según la jurisprudencia constitucional, como igualdad dentro de cada Autonomía para todos los

españoles allí residentes; y la unidad de mercado y libertad de circulación por todo el territorio español (art. 139.2 CE).

A estos rasgos debemos añadir otros, no menos importantes, que derivan de la práctica. Estrechamente vinculada a la indefinición de partida del modelo se encuentra la decisiva intervención del Tribunal Constitucional que, como intérprete supremo de la Constitución, ha dirimido conflictos y pergeñado los límites del modelo. Su importante contribución a la construcción y consolidación del Estado autonómico ha dado origen al término “Estado jurisprudencial autonómico”.⁵

Otro rasgo característico es la tendencia homogenizadora que se viene mostrando en éstas más de tres décadas de experiencia. El modelo fue inicialmente diseñado para dos distintos tipos de Autonomías, que recogieran diferentes sensibilidades y aspiraciones identitarias en un marco institucional y un nivel competencial acordes. Sin embargo, en la práctica las Comunidades Autónomas de la vía ordinaria han mostrado una aspiración de igualdad con las Autonomías de la vía reforzada, a partir de un principio de emulación.

Tal vez como reacción a esta tendencia hacia la igualdad, junto con la singularidad de un modelo abierto, las Comunidades Autónomas parecen instaladas en un proceso de reivindicación constante, que ha abocado a una estructura de organización territorial que parece siempre inacabada o en constante reforma.⁶

3. El Estatuto de Autonomía

3.1. Naturaleza

El ordenamiento jurídico diseñado por la Constitución de 1978 es un ordenamiento compuesto, que cuenta no sólo con el nivel estatal, sino también con el autonómico. El Estatuto de Autonomía es la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, y también forma parte del ordenamiento jurídico estatal (art. 147.1 CE). Tiene, pues, una doble naturaleza, autonómica y estatal, lo que se manifiesta en su proceso de elaboración y reforma, en el que necesariamente intervienen tanto las instituciones autonómicas como las estatales. Los Estatutos están previstos por la Constitución y están subordinados a la misma por el principio de jerarquía normativa, de manera que no pueden contener ningún precepto que sea contrario a la misma. Además, los Estatutos encabezan cada uno de los ordenamientos autonómicos, cuyas normas deben respetar su contenido, en aplicación también del principio de jerarquía. Los Estatutos de Autonomía son leyes orgánicas (art. 81.1 CE), por lo que su aprobación, modificación o derogación exigen mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 81.2 CE).

3.2. Procedimiento de elaboración

Los procedimientos de elaboración de los Estatutos están previstos en la Constitución y responden a la previsión de dos tipos diferentes de Comunidades Autónomas, así como, en función de su compleja naturaleza jurídica, a la doble concurrencia de voluntades necesaria –estatal y autonómica- para su aprobación.

⁵ ARAGÓN REYES, M., “Estado jurisprudencial autonómico”, *RVAP*, número monográfico sobre el Estado autonómico, 1987.

⁶ ARAGÓN REYES, M., “El Estado autonómico: ¿modelo indefinido o modelo inacabado?”, *Revista catalana de Derecho público*, núm. 20, diciembre 1995, ps. 187-195.

El procedimiento de elaboración previsto para las Autonomías de la vía ordinaria consiste en la aprobación del proyecto de Estatuto por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en dichas provincias, tramitándose a continuación como ley ante las Cortes Generales (art. 146 CE).

El procedimiento de elaboración de los Estatutos por la vía reforzada está descrito en el artículo 151.2 CE. Se prevé su elaboración por una Asamblea compuesta por los Diputados y Senadores elegidos en las circunscripciones del ámbito territorial en cuestión, y su remisión a la Comisión Constitucional del Congreso para el acuerdo definitivo sobre el texto, o, en su defecto, para su tramitación como proyecto de ley ante las Cortes Generales. Este procedimiento prevé la participación de los ciudadanos mediante la celebración de un referéndum sobre el proyecto de Estatuto. El texto aprobado en referéndum será ratificado por las Cortes y sancionado por el Rey. El preámbulo del Estatuto catalán de 197 sintetiza este procedimiento con estas palabras: “Los Parlamentarios catalanes proponen, la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados acuerda, el pueblo catalán confirma y las Cortes Generales ratifican el presente Estatuto”.

3.3. Contenido

Los contenidos que un Estatuto debe en todo caso recoger, de conformidad con la Constitución, son: la denominación de la Comunidad Autónoma que mejor corresponda a su identidad histórica; la delimitación de su territorio; la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias; y las competencias que asume dentro de los límites constitucionales, así como las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas (art. 147.2 CE). Los Estatutos deben regular también su procedimiento de reforma (art. 147.3 CE).

La previsión constitucional ha sido entendida como un mínimo y los Estatutos han contenido tradicionalmente disposiciones relacionadas con otras cuestiones. Así, los Estatutos han contenido Títulos relativos no sólo a los temas citados, sino también a algunas materias como sus símbolos o elementos identitarios, a cuestiones relacionadas con la Administración de Justicia, Economía y Hacienda, o relativas a las relaciones con la Administración del Estado y con otras Comunidades Autónomas.

Pero el cambio realmente significativo en cuanto al contenido y extensión de los Estatutos se ha producido con los que hemos denominado Estatutos de segunda generación que han venido aprobándose desde el año 2006. A la estructura inicial, que normalmente contenía un Título preliminar con la denominación de la Comunidad Autónoma y los elementos identitarios, un Título relativo a las competencias, otro sobre instituciones, en ocasiones justicia, economía y, finalmente, reforma, han sucedido unos Estatutos mucho más amplios a los que podríamos referirnos en este sentido como cuasi-constitucionales.

Los Estatutos de nueva generación contienen extensos Títulos que tratan los temas ya citados y se complementan con otros nuevos. Así, por ejemplo, la estructura del Estatuto de Autonomía de Andalucía reformado en 2007 es la siguiente: Título preliminar, Título de derechos y deberes, Título de competencias, Título sobre la organización territorial, Título sobre la organización institucional, Poder Judicial, Economía y Hacienda, Medio ambiente, Medios de comunicación social, Relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma, y Reforma del Estatuto.

De estas nuevas estructuras podemos extraer las principales características de los Estatutos recientemente reformados que han optado por un completo desarrollo de sus

contenidos.⁷ Así, encontramos en los Estatutos una intensificación de los preceptos referidos a la reafirmación identitaria, a los hechos diferenciales y a los símbolos. Se incorporan amplios Títulos de derechos y deberes que recogen además derechos de última generación que no encontramos en la Constitución de 1978.⁸ Algunos de estos Títulos contienen también principios rectores u orientaciones para las políticas públicas. Los Títulos de instituciones se actualizan, creando o incorporando, más allá del marco institucional básico previsto en la Constitución, otras instituciones como los Defensores autonómicos, Consejos Consultivos, Tribunales de Cuentas, Consejos Audiovisuales o Consejos económicos y sociales, entre otros. También han experimentado un importante desarrollo los preceptos relativos a la Administración de Justicia, que han quedado no obstante considerablemente afectados por la STC 31/2010 sobre el Estatuto catalán. Respecto a las competencias, se introduce por algunos Estatutos la técnica del “blindaje competencial”. Se potencia la autonomía financiera y se recogen referencias a la financiación local. Como elemento que algunos autores han considerado de gran relevancia,⁹ se impulsan los mecanismos de cooperación y participación de las Comunidades Autónomas con el Estado, con otras Comunidades Autónomas y con la Unión Europea.

Sobre estos contenidos volveremos en los epígrafes correspondientes de esta misma lección. No obstante, desde una consideración global, adelantemos ya que una de las grandes polémicas que ha rodeado a los nuevos Estatutos ha girado en torno a los límites de su alcance y contenido, directamente relacionados con su función y naturaleza jurídica.¹⁰ La Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto catalán hace referencia a esta cuestión, distinguiendo el contenido constitucionalmente obligado (art. 147.2 CE) del contenido posible, que viene modulado por la función que la Constitución atribuye a aquéllos en cuanto normas institucionales básicas de las Autonomías (FJ 4, con cita de la STC 247/2007).

3.4. Reforma

La Constitución se refiere a los procedimientos de reforma de los Estatutos para imponer a los mismos que regulen dicho procedimiento.¹¹ La reforma, de modo coherente con la doble naturaleza autonómica y estatal de los textos estatutarios, debe, tras la tramitación que tendrá lugar en la respectiva Asamblea autonómica, ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica.

Para los Estatutos de la vía reforzada, se exige además el referéndum para su modificación (art. 152.2 CE). Siguiendo la dinámica de emulación, los Estatutos que han sido reformados recientemente, aun correspondiendo a la vía ordinaria, han querido incorporar procedimientos de reforma que incluyen el referéndum. En algunos casos, se

⁷ VIVER I PI-SUNYER, C., BALAGUER CALLEJÓN, F., TAJADURA TEJADA, J., *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2005.

⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “El derecho de autodeterminación física como derecho de cuarta generación”, en I. BRENA SESMA: *Panorama Internacional en Salud y Derecho*, Universidad Autónoma de México, 2007, pp. 205-252.

⁹ SEVILLA SEGURA, J., VIDAL BELTRÁN, J.M., ELÍAS MÉNDEZ, C., *Vertebrando España...*, *op. cit.*

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L.M., “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *REDC*, núm. 78, septiembre-diciembre (2006), ps. 63-75. CAAMAÑO, F., “Sí, pueden. (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *REDC*, núm. 79, enero-abril (2007), ps. 33-46. DÍEZ-PICAZO, L.M., “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, *REDC*, núm. 81, septiembre-diciembre (2007), ps. 63-70.

¹¹ Ya antes nos hemos referido al artículo 147.3 CE.

prevén procedimientos simplificados para reformas menores y procedimientos más complejos para reformas de calado. No obstante, la previsión de procedimientos más complejos de reforma y la previsión de referéndums probablemente dificulten en los próximos años la reforma de los Estatutos, que hasta la fecha había sido muy ágil para los Estatutos de la vía ordinaria y dificultosa para los de la vía reforzada.

En cuanto a los límites materiales de las reformas estatutarias, huelga recordar que los Estatutos están subordinados a la Constitución y que, en caso de duda de constitucionalidad, al Tribunal Constitucional corresponde determinar si los contenidos estatutarios respetan o no la Norma fundamental, declarando su inconstitucionalidad en caso contrario.¹²

4. Legislación autonómica: ley autonómica y disposiciones normativas con fuerza de ley

Estrechamente relacionado con el principio autonómico está la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, que les permite tener un Parlamento propio y la capacidad, por tanto, de diseñar, a través de su legislación, una política propia. Las fuentes de Derecho autonómico son la ley autonómica, otras disposiciones con fuerza de ley y el reglamento autonómico. Todas las normas que componen los ordenamientos autonómicos están subordinadas al respectivo Estatuto de Autonomía y, en última instancia, a la Constitución. Las normas autonómicas se vertebran dentro de cada ordenamiento autonómico por un principio de jerarquía (Estatuto de Autonomía, ley y reglamento) y se relacionan con el ordenamiento estatal y con los demás ordenamientos autonómicos por un principio de competencia. De este modo, la ley autonómica solamente puede desarrollar las competencias que han sido reconocidas a la Comunidad Autónoma o transferidas por el Estado, y los reglamentos autonómicos desarrollan y no pueden vulnerar las leyes autonómicas.

La ley autonómica se elabora por el respectivo Parlamento autonómico conforme al procedimiento previsto en cada Estatuto. Al igual que la ley estatal, la ley autonómica posee fuerza jurídica vinculante y sólo puede ser controlada en cuanto a su contenido por el Tribunal Constitucional. En caso de que una materia esté sometida al principio de reserva de ley, podrá ser regulada por ley estatal o autonómica, según corresponda en función del principio de distribución competencial.

Los ordenamientos autonómicos cuentan asimismo con normas con fuerza de ley, los decretos legislativos, y progresivamente se han ido incorporando los decretos-leyes autonómicos. Conforme a una correcta técnica legislativa, los decretos legislativos y los decretos-leyes deberían haber sido previstos en los Estatutos con carácter previo, pero en ocasiones se han utilizado por las Comunidades Autónomas sin haberlos regulado previamente. Se habla entonces de una legitimación implícita. En cualquier caso, las características principales de los decretos-legislativos autonómicos son las descritas en los artículos 82 a 85 de la Constitución, y las de los decretos-leyes autonómicos las recogidas en el artículo 86, aunque en algunos casos los requisitos se modulen o presenten exigencias adicionales.

5. La distribución competencial

¹² Uno de los motivos de presión sobre el TC con respecto a la Sentencia 31/2010 relativa al EA de Cataluña ha sido precisamente el hecho de que la reforma hubiera sido aprobada en referéndum por los ciudadanos de Cataluña, lo que obligaba al Alto Tribunal, ante la fuerza del voto popular en un sistema democrático, a una especial prudencia a la hora de analizar sus contenidos.

La cuestión del reparto competencial en un Estado compuesto determina los ámbitos de ejercicio del poder que corresponden a cada entidad territorial. La Constitución organiza en dos listados la distribución competencial: el artículo 149 determina las competencias que corresponden en exclusiva al Estado, mientras que el artículo 148 contiene un listado de las competencias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas. Las Comunidades Autónomas de la vía ordinaria, en aplicación del principio dispositivo, pudieron seleccionar e incorporar a sus Estatutos materias del artículo 148.1 CE. El apartado segundo de este mismo artículo –ya citado– prevé que, transcurridos cinco años, las Comunidades Autónomas de la vía ordinaria podían ampliar sus competencias dentro del marco del artículo 149.

Ambos artículos manejan dos conceptos, “materia” y “competencia”, que requieren una aclaración preliminar. Recurrimos a las definiciones propuestas por Balaguer Callejón. Así, puede entenderse por “competencia” “el conjunto de atribuciones, potestades y facultades de actuación para las que un ente territorial de Derecho público se halla habilitado para actuar sobre un determinado sector de la realidad social”. La “materia” se define como “el genérico referente de un determinado sector de la realidad social sobre el que se puede aplicar alguna de las anteriores capacidades de actuación” (por ejemplo, las materias de agricultura o medio ambiente).¹³

Asimismo debemos diferenciar las potestades que se pueden ejercer sobre cada materia. En el caso de una competencia exclusiva del Estado o de la Comunidad Autónoma, al ente correspondiente le incumben la potestad legislativa y ejecutiva.

Con respecto a las competencias compartidas, diferenciamos dos tipos. El primero consiste en que al Estado le corresponde la potestad legislativa (elaboración de la ley) y a la Comunidad Autónoma la potestad ejecutiva. En el segundo tipo, el Estado pone las bases (legislación básica) y a la Comunidad Autónoma le corresponden la potestad legislativa de desarrollo de las bases estatales y la potestad ejecutiva (véase el siguiente epígrafe para más detalles sobre la legislación básica).

Existe un tercer tipo de competencias que se ha dado en llamar “competencias concurrentes”, en la medida en que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden incidir sobre la misma. Se trata del caso de la cultura, previsto en el artículo 149.2 CE.

A estas consideraciones es preciso añadir la siguiente reflexión: la complejidad de la realidad resulta difícilmente aprensible en una u otra materia. E igualmente complejo puede ser discernir qué áreas de la realidad quedan comprendidas en un término como “obras públicas de interés general” (art. 149.1.24^a) o “planificación general de la actividad económica” (art. 149.1.13^a). Por este motivo, resulta fundamental la aportación que el Tribunal Constitucional ha realizado a lo largo de treinta años clarificando en su jurisprudencia las materias que comprende cada título competencial.¹⁴ En los Estatutos de Autonomía tradicionalmente se han regulado las competencias en dos o tres artículos por listados de materias: el listado de competencias que la Comunidad Autónoma asume con carácter exclusivo; el listado de materias sobre las que le corresponde el desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado; y las materias sobre las que le corresponde la función ejecutiva en los términos que establezcan las leyes y normas reglamentarias del Estado, además de algunos artículos específicos para algunas materias (por ejemplo, medios audiovisuales

¹³ BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J.F., BALAGUER CALLEJÓN, M.L., MONTILLA MARTOS, J.A., *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, *op. cit.*, ps. 346-347.

¹⁴ Un completo estudio a este respecto en BALAGUER, F. (dir.), ORTEGA, L., CÁMARA, G., MONTILLA, J.A., *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, IAAP, Sevilla, 2007.

de comunicación o enseñanza universitaria en los artículos 11 y 13 del Estatuto de Autonomía de Extremadura).

Como antes señalábamos, una de las novedades de las reformas por la que han optado algunos de los Estatutos de segunda generación es la modificación en la forma de regular la asunción de competencias. La técnica impulsada desde Cataluña y conocida como “blindaje competencial” dedica un artículo a cada materia, detallando al máximo todos los ámbitos específicos que quedan comprendidos dentro de la misma. Con ello se pretende una mayor claridad y seguridad jurídica, pero también delimitar nítidamente las materias que quedan reservadas a la Comunidad Autónoma a fin de evitar cualquier injerencia del Estado en dichas competencias.

Una de las quejas habituales de las Comunidades Autónomas en este sentido venía siendo el abuso por parte del Estado de los llamados “títulos horizontales” para poder actuar en distintos ámbitos competenciales. Por títulos horizontales se entienden aquellos títulos competenciales que debido a su amplitud y generalidad pueden incluir en su ámbito de aplicación prácticamente cualquier materia. Resulta paradigmático a este respecto el enunciado “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

El desglose competencial efectuado en los Estatutos de Autonomía que han seguido la técnica del blindaje (en especial, Cataluña y Andalucía) se ha realizado a partir de la jurisprudencia constitucional emitida en los numerosos casos de conflictos competenciales. No obstante, la Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular contra el Estatuto catalán (STC 31/2010) ha observado que no corresponde al Estatuto fijar las materias singulares que quedan incluidas dentro de cada ámbito, dado que supone una petrificación en la interpretación de la letra constitucional que sólo puede realizar el Tribunal Constitucional.¹⁵

El Tribunal concluye que la descripción de materias y submaterias resulta un contenido aceptable de los Estatutos de Autonomía (“nada en el art. 147.2.d) CE se opone a que un Estatuto de Autonomía (...) utilice una técnica descriptiva de las materias y submaterias sobre las que la Comunidad Autónoma asume competencias siempre, obviamente, en el marco de la Constitución y respetando el límite de las competencias reservadas al Estado ex art. 149.1 CE” (FJ 64). Sin embargo, la Sentencia subordina el tenor literal de los artículos que enumeran materias a lo que la Constitución y la jurisprudencia constitucional determinen: “en el entendido ya establecido de que la realidad, el contenido y el alcance de una (materia) y otras (submaterias), sobre las que las competencias han de ejercerse, como los de estas mismas, serán siempre los que se desprenden de la Constitución interpretada por este Tribunal Constitucional” (FJ 64).

También había ya fijado el Tribunal Constitucional una interpretación similar del término “competencia exclusiva” mediante el que los Estatutos se atribuyen materias. La jurisprudencia constitucional ha precisado que el carácter exclusivo de la competencia autonómica está en función de las materias que se ha reservado el Estado y en que sea acorde con la interpretación constitucional, y no de que así se califique por un Estatuto de Autonomía.

Asimismo, en el Estatuto catalán de 2006 se definen los tipos de competencias. Siguiendo la doctrina del caso LOAPA (STC 76/1983), que reserva la definición de categorías y conceptos constitucionales exclusivamente a la Constitución, resultando sólo interpretables por el propio Tribunal, se declara inconstitucional la definición del concepto de “bases” que realiza el Estatuto (en sus artículos 111, 120.2 y 126.2).

¹⁵ ELÍAS MÉNDEZ, C., “Aproximación a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña: nación, lengua, derechos y competencias”, *RGDC*, núm. 10, 2010, ps. 23-28.

También se incluyen en el fallo de la Sentencia la interpretación de la definición de las competencias exclusivas y ejecutivas por la Comunidad Autónoma (artículos 110 y 112), dado que el Alto Tribunal ha venido reiterando que “un límite cualitativo de primer orden al contenido posible de un Estatuto de Autonomía es el que excluye (...) la definición de categorías constitucionales (STC 76/1983)” (FJ 57 STC 31/2010).

Así, pues, el Estatuto es la norma cualificada para la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma, pero la definición de “competencia” y de las potestades que incluye corresponde exclusivamente a la Constitución y a su intérprete supremo, el propio Tribunal. Se distingue así, en última instancia, siguiendo la estela del caso LOAPA, entre el poder constituyente y el constituido. Al efecto el Tribunal también proporciona un argumento utilitarista: la razón última de este principio es la necesidad de que la misma definición de “competencia” sirva para todas las Comunidades Autónomas, facilitando o posibilitando así el ejercicio de las competencias que corresponden al Estado: “La descentralización del Ordenamiento encuentra un límite de principio en la necesidad de que las competencias cuya titularidad corresponde al Estado central, que pueden no ser finalmente las mismas en relación con cada una de las Comunidades Autónomas —en razón de las distintas atribuciones competenciales verificadas en los diferentes Estatutos de Autonomía—, consistan en facultades idénticas y se proyecten sobre las mismas realidades materiales allí donde efectivamente correspondan al Estado si no se quiere que éste termine reducido a la impotencia ante la necesidad de arbitrar respecto de cada Comunidad Autónoma, no sólo competencias distintas, sino también diversas maneras de ser competente” (STC 31/2010, FJ 57).

No podemos por menos que apuntar la conveniencia de reformar la Constitución para, entre otras cosas, reunir el cuerpo jurisprudencial disperso en torno a la delimitación de las materias competencial, logrando así un mayor grado de seguridad jurídica.

Finalmente, el artículo 149 CE contiene en su tercer apartado una serie de reglas de cierre del sistema competencial. La primera norma fija el techo competencial autonómico al disponer que las Comunidades Autónomas pueden asumir las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución. Se establece también que las competencias que no se hayan asumido por lo Estatutos de Autonomía corresponden al Estado (cláusula residual). En caso de conflicto, prevalecen las normas del Estado sobre las autonómicas en aquellas materias que no sean competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (cláusula de prevalencia). Y, por último, para el caso de lagunas u omisiones en la normativa autonómica, el Derecho estatal es supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas (cláusula de supletoriedad).

6. Legislación básica. Leyes de transferencia y delegación. Leyes de armonización. Leyes marco.

Sobre este sistema de distribución competencial organizado en competencias exclusivas del Estado, competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas y competencias compartidas entre el Estado y las Autonomías impactan asimismo otros instrumentos normativos del Estado.

Ya hemos mencionado la legislación básica y el papel que desempeña con respecto a un tipo de competencias compartidas en que el Estado establece las bases y las Comunidades Autónomas las desarrollan. Los distintos tipos de competencias se reflejan incluso dentro del propio artículo 149 CE, relativo en principio a las competencias exclusivas del Estado.

Así, resulta relevante diferenciar por una parte la enunciación de materias completas, sobre las que el Estado tiene competencia plena. Es el caso de “relaciones

internacionales” (art. 149.1.3ª CE), o “defensa y fuerzas armadas” (art. 149.1.4ª CE), sobre las que el Estado ejerce pues todas las potestades, legislativa y ejecutiva.

No obstante, en el artículo 149 también hay referencias a la competencia exclusiva del Estado sobre la “legislación mercantil, penal y penitenciaria” (art. 149.1.6ª CE) o sobre la “legislación sobre propiedad intelectual e industrial” (art. 149.1.9ª CE). En estos casos, la competencia exclusiva del Estado es sobre la legislación, pudiendo por tanto las Comunidades Autónomas asumir la potestad ejecutiva.

El tercer supuesto es el de la legislación básica. El artículo 149 CE se refiere a que el Estado tiene competencia sobre las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (art. 149.1.13ª CE), sobre las “bases y coordinación general de la sanidad” (art. 149.1.16ª), sobre “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios” (art. 149.1.18ª CE), o sobre la “legislación básica sobre protección del medio ambiente” (art. 149.1.23ª CE). En estos supuestos, al Estado corresponde establecer un marco mínimo de regulación mediante una norma básica, que las Comunidades Autónomas desarrollarán mediante leyes o reglamentos autonómicos.¹⁶

Las leyes marco, las leyes de transferencia o delegación y las leyes de armonización están contempladas en el artículo 150 de la Constitución. Cada uno de estos tipos de normas persigue una distinta finalidad. Las más frecuentes y utilizadas en el Estado autonómico son las leyes de transferencia o delegación. Como ya hemos comentado, las Comunidades Autónomas pueden, en virtud del principio dispositivo, asumir competencias en sus Estatutos de Autonomía. Mediante las leyes de transferencia o delegación, el Estado transfiere o delega competencias a las Comunidades Autónomas. El artículo 150.2 CE exige que estas leyes sean leyes orgánicas y que se utilicen para transferir materias de titularidad estatal. Al tratarse de una ley estatal, a diferencia de las competencias consolidadas en los Estatutos de Autonomía, el Estado puede revocarlas en cualquier momento. En línea con ello, la ley debe prever la correspondiente transferencia de medios financieros y las formas de control que se reserva el Estado. Como ya hemos mencionado, se utilizó, por ejemplo, este tipo de norma para transferir a las Comunidades Autónomas de la vía ordinaria, de forma controlada y uniforme, las competencias que reclamaron en los años noventa para equipararse a las Comunidades históricas, y sólo posteriormente se reformaron los Estatutos para asumir las competencias ya de forma definitiva.

Menos frecuentes han sido las leyes de armonización, pues se trata de un instrumento más sensible políticamente que afecta a las competencias de las Comunidades Autónomas. Las leyes de armonización suponen la posibilidad de que el Estado dicte leyes que establezcan los principios que homogenizan las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas. Como la ley de armonización supone una injerencia estatal en las competencias autonómicas, se requiere la concurrencia de un “interés general” que legitime la intervención estatal. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, apreciar si en el caso concreto existe o no un interés general legitimador. La experiencia del fracaso de la LOAPA, Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, que fue impugnada mediante un recurso previo de inconstitucionalidad y declarada en gran parte inconstitucional (STC 76/1983), ha marcado el limitado uso que posteriormente se ha hecho de este instrumento normativo.

¹⁶ De especial interés a este respecto es el trabajo de MONTILLA MARTOS, J.A., “La legislación básica tras las reformas estatutarias”, *REDC*, núm. 78, septiembre-diciembre 2006.

Recordemos que no se deben confundir las bases o la legislación básica con las leyes de bases a las que se refieren los artículos 82 y 83 de la Constitución relativos a los decretos-legislativos.

Finalmente, con respecto a las leyes marco, se trata de nuevo de competencias estatales respecto a las cuales las Cortes Generales atribuyen a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas facultades legislativas, pero con la singularidad de que el Estado establece previamente en una ley los principios, bases y directrices que las Comunidades deben respetar. El Prof. Balaguer precisa que dichas facultades legislativas pueden incluir también reglamentos ejecutivos que se dicten para la aplicación de la ley,¹⁷ y que normalmente las competencias susceptibles de ley marco serán las residuales. Dado que no se prevé el carácter orgánico de la ley marco, ésta debe ser necesariamente una ley estatal ordinaria. Las Cortes Generales se reservan facultades de control sobre la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas a este respecto.

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J.F., BALAGUER CALLEJÓN, M.L., MONTILLA MARTOS, J.A., *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, *op. cit.*, ps. 468-470.

CAPÍTULO XI

ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO (II)

Cristina Elías Méndez
Profesora de Derecho Constitucional
UNED

SUMARIO: 1. La organización institucional de las Comunidades Autónomas. 2. El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. 3. Relaciones entre las Administraciones públicas: cooperación, coordinación y control. 3.1. Cooperación. 4. Funciones y competencias de la provincia y el municipio. 5. El empleo público en el Estado de las Autonomías

1. La organización institucional de las Comunidades Autónomas

La Constitución, sobre el esquema inicial de dos tipos de Comunidades Autónomas, sólo había previsto un marco institucional para las Comunidades de la vía reforzada, si bien todas las Autonomías quisieron dotarse de instituciones de autogobierno similares. En el artículo 152 CE se establece el marco regulador de las instituciones, que responde a un sistema parlamentario de gobierno con acentuados tintes presidencialistas, como ahora veremos.

Recordemos que respecto a esta cuestión, la Constitución en su artículo 147 se limita a señalar que el Estatuto de autonomía, además de la denominación de la Comunidad, la delimitación de su territorio y las competencias asumidas, deberá contener "la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias", sin aportar mayores precisiones. Además, el artículo 148 establece en el primer punto de su primer apartado que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias con respecto a la organización de sus instituciones de autogobierno, lo que indica que la regulación estatutaria de las instituciones no tiene por qué ser exhaustiva, pues de otro modo perdería sentido la posibilidad que la citada disposición abre.

Teóricamente, por tanto, el resto de comunidades autónomas podían haber configurado libremente sus instituciones, pues, en palabras de Martínez Sospedra, prevaleció el "criterio de configurar una amplia potestad de autoorganización que apoderase a las comunidades autónomas para adoptar las reglas institucionales que estimaran mejor adaptadas a sus peculiaridades".¹⁸ Sin embargo, la lectura de los Estatutos de Autonomía muestra que la totalidad de las Comunidades optó en su día por seguir las bases sentadas en el artículo 152.1 CE, contando por tanto todas ellas con una asamblea legislativa, un consejo de gobierno y un presidente.

Y es que, siguiendo el argumento aducido por Muñoz Machado para justificar constitucionalmente la extensión de los principios organizativos del artículo 152.1 a todas las Autonomías, "que el artículo 152.1 de la Constitución imponga a las Comunidades de autonomía plena que se doten de una organización determinada no equivale a que prohíba que las demás Comunidades disfruten de la misma organización. Por el contrario, de la consagración por la Constitución del principio dispositivo en materia de autonomías (...), de la circunstancia de que el texto constitucional remita a

¹⁸ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La disolución. El problema y sus alternativas", *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, nº 12 extraordinario, 2002, ps. 155-173 (160).

los Estatutos – sin condicionamientos – la regulación de la denominación y organización de las instituciones propias (art. 147.2.d) y, en fin, de la circunstancia de que sean los poderes autoorganizatorios el núcleo más esencial e irreductible de la autonomía (art. 148.1.º), puede deducirse, como se ha hecho en la práctica por todos los Estatutos, que también las Comunidades constituidas por la vía del artículo 143 pueden establecer los órganos institucionales a que se refiere el artículo 152.1. De lo que se concluye, en fin, que la tesis que ha terminado por prevalecer es que el artículo 152.1 impone u obliga a las Comunidades de autonomía plena a que cuenten con una organización determinada, pero no prohíbe a las demás que se doten, si los Estatutos así lo establecen, de la misma organización política.”¹⁹ Quedó así zanjada la polémica en su día suscitada en torno a la posibilidad de que lo previsto con carácter exclusivo para determinadas Comunidades del artículo 152.1 CE permitiera o no que las restantes adoptaran tal estructura institucional.

La solución adoptada resulta coherente con el principio de homogeneidad político-constitucional que rige para las Comunidades Autónomas. Ha escrito Aja que aunque nuestra Constitución fija los principios básicos sobre los que debe asentarse el régimen político-constitucional únicamente en relación con cierto tipo de Comunidades, “parece razonable extender la misma exigencia al resto de Comunidades Autónomas, cuando éstas, como ha ocurrido sin excepción, se doten de un régimen político-organizativo similar al de las primeras, que expresan un máximo constitucional. El artículo 152, pues, teniendo en cuenta que nuestra Constitución no diferencia entre clases de Comunidades Autónomas, sino simplemente entre ritmos de acceso a la plena autonomía, no es aplicable sólo a las Comunidades Autónomas del artículo 151 CE, sino que configura el régimen político-constitucional de toda CA que se constituya como una instancia de poder verdaderamente estatal (que es la garantía específica que se otorga a las Comunidades Autónomas constituidas por el procedimiento del artículo 151 CE).”²⁰

La Constitución establece así un marco institucional basado en una asamblea legislativa, un consejo de gobierno y un presidente, además de un tribunal superior de justicia, que, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la comunidad autónoma. El esquema es coherente con la descentralización de los poderes legislativo y ejecutivo en el Estado autonómico, frente a la unidad que caracteriza al poder judicial.

La asamblea, que tendrá una función predominantemente legislativa, debe ser “elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio” (art. 152.1 CE). Del principio democrático emana, pues, cada parlamento autonómico, que resulta así legitimado mediante la celebración de elecciones autonómicas, en las que los ciudadanos, mediante sufragio universal, elegirán a los diputados autonómicos. El reparto de escaños debe hacerse mediante un sistema proporcional. De este modo contamos en el Estado autonómico con diecisiete Parlamentos autonómicos unicamerales en los que se sientan los representantes elegidos por los ciudadanos de cada una de las provincias de que se compone la Autonomía. El número de diputados autonómicos varía en función de la población, siendo la única imposición constitucional que las distintas zonas que componen el territorio obtengan una adecuada representación. También Ceuta y Melilla cuentan con sendas asambleas. Las Cámaras

¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1984, ps. 24 y 25.

²⁰ AJA, E., TORNOS, J., FONT, T., PERULLES, J. M. y ALBERTÍ, E., *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 88.

han recibido distintas denominaciones, algunas de las cuales responde a una tradición histórica: así, el *Parlament* de Cataluña o *Les Corts* valencianas.

Las funciones de los Parlamentos autonómicos, además de la legislativa a la que se refiere la Constitución, son, siguiendo el esquema estatal, que es el que se ha reproducido en general a nivel autonómico, las funciones presupuestaria y de control. De manera que las Cámaras aprueban los presupuestos que diseña el ejecutivo autonómico y desarrollan una labor de fiscalización de la labor del mismo a través de instrumentos de control ordinarios (preguntas parlamentarias o comisiones) y extraordinarios (moción de censura y cuestión de confianza).²¹

Al Consejo de Gobierno le atribuye la Constitución funciones ejecutivas y administrativas, correspondiendo la dirección del mismo a un Presidente, quien ostentará la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla. En lo relativo a las relaciones entre el poder legislativo y el ejecutivo, se dispone que el Presidente sea elegido por la Asamblea de entre sus miembros y sea nombrado por el Rey, añadiendo que “el Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la asamblea.” El artículo 152.1 CE configura, por tanto, en principio, un sistema de gobierno parlamentario, lo que determina que la permanente relación de confianza entre el órgano legislativo y el ejecutivo y la responsabilidad de este último ante la Asamblea legislativa se erijan en elementos determinantes del régimen político.

Una de las principales diferencias entre el sistema estatal y autonómico es la imposición constitucional de que el Presidente de la Comunidad Autónoma tenga la condición de diputado autonómico, lo cual no se le exige, en cambio, al candidato a Presidente del Gobierno de España, que no tiene por qué ser un parlamentario (art. 99 CE). Pero sí hay similitudes en cuanto a que el sistema parlamentario de gobierno presenta fuertes tintes presidencialistas, dado el número de facultades y funciones que se acumulan en manos del Presidente autonómico. Notemos que es tanto Presidente de la Comunidad Autónoma, como cabeza del Consejo de Gobierno, como representante ordinario del Estado en la Comunidad Autónoma.

Como Presidente de la Comunidad Autónoma, es su máximo representante, y ostenta funciones como suscribir convenios de colaboración y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas o convocar a las elecciones autonómicas.

Como Presidente del ejecutivo autonómico, diseña la acción de gobierno fijando el programa legislativo, dicta decretos, nombra y separa a sus consejeros, convoca las reuniones del Consejo de Gobierno, coordina el trabajo de las Consejerías, y firma los decretos adoptados por el ejecutivo. Sólo en algunas Autonomías al principio, pero ya con carácter general, puede además disolver la Asamblea legislativa, completando así el círculo de confianza y control entre la Cámara y el ejecutivo.

En cuanto a representante ordinario del Estado en la Comunidad Autónoma, al Presidente le corresponden funciones como promulgar en nombre del Rey las leyes autonómicas y demás normas con rango de ley y ordenar su publicación en el respectivo boletín o diario autonómico, además de en el Boletín Oficial del Estado. Asimismo, le corresponde ordenar la publicación en el boletín autonómico del nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma.

Enlazamos así con el tema de la justicia, respecto al que ya hemos advertido que sigue los principios de unidad e independencia del poder judicial. La referencia del artículo

²¹ ELÍAS MÉNDEZ, C., “XXV años de moción de censura en el Estado autonómico”, GARCÍA HERRERA, M. A. (ed.), *Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España. Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003*, vol. II, CEPC, Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2005, ps. 571 a 602.

152 CE al Tribunal Superior de Justicia es para determinar que, en cuanto a órgano estatal, culmina la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. El régimen jurídico que rige los Tribunales Superiores de Justicia y los órganos judiciales radicados en la Comunidad Autónoma se fija en las leyes orgánicas y procesales del Estado, principalmente en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La única intervención que corresponde a las Comunidades Autónomas es la participación en la organización de las demarcaciones judiciales de su territorio.

A estas consideraciones hay que sumar que la Administración de Justicia se contempla como competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5ª CE), si bien el Tribunal Constitucional ha aclarado en su jurisprudencia que debe hacerse una interpretación estricta de esta materia, permitiendo a las Autonomías la asunción de competencias sobre la administración de la Administración de Justicia, que comprende ámbitos como el personal administrativo y los medios al servicio de la Administración de Justicia (STC 56/1990).

Respecto a los preceptos relativos al poder judicial que encontramos en los Estatutos de segunda generación, singularmente en el caso catalán, la STC 31/2010 reafirma que el punto de partida del análisis debe ser la unidad del poder judicial por la que, por contraposición a la descentralización del poder legislativo y ejecutivo, ha optado la Constitución, y que el Tribunal considera, junto con la Constitución única, uno de los rasgos definitorios del Estado autonómico frente al federal. A efectos de la Administración de Justicia, el territorio de la Comunidad Autónoma solamente puede ser por tanto criterio de ordenación territorial de los órganos jurisdiccionales y de las instancias procesales (arts. 152.1 y 149.1.5 CE).

A partir de esta premisa, y en función del principio de unidad ex art. 117.5 CE, el único órgano de gobierno posible del poder judicial es el Consejo General del Poder Judicial, cuya regulación exclusivamente corresponde al legislador orgánico (art. 122.2 CE), llegando la Sentencia a declarar inconstitucional la consideración del Consejo de Justicia de Cataluña como órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña (artículo 97).

Además del marco institucional referido en la Constitución, hemos tenido ya oportunidad de señalar que las Autonomías han optado por ir ampliando progresivamente las instituciones con las que cuentan. Así, han ido creando y recogiendo en sus Estatutos de Autonomía instituciones como Defensores autonómicos, Consejos Consultivos, Tribunales de Cuentas, Consejos Audiovisuales o Consejos económicos y sociales, entre otros. Con carácter novedoso se ha creado en el Estatuto catalán la institución del Consejo de Garantías Estatutarias como “institución de la Generalitat que vela por la adecuación al presente Estatuto y a la Constitución de las disposiciones de la Generalitat” (art. 76.1 del Estatuto catalán). Sin embargo, la STC 31/2010 ha declarado inconstitucional el carácter vinculante de los dictámenes del Consejo con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten derechos reconocidos en el Estatuto (apartado 4 del artículo 76) porque si se produce un control previo, se interfiere y limita la potestad del Parlamento, desvirtuando los derechos de participación política del art. 23 CE. En cambio, si el control se configura como un control a posteriori, se vulnera el monopolio de control de constitucionalidad de las normas legales que el art. 161 CE reserva al Tribunal Constitucional. De modo que en cualquiera de los dos casos posibles se aprecian vicios de inconstitucionalidad.

Los Defensores autonómicos fueron previstos en los Estatutos y han venido ejerciendo una importante labor de control respecto de la actividad de la Administración autonómica. La STC 31/2010 ha precisado, no obstante, que no se puede atribuir con

carácter exclusivo a los Defensores autonómicos la supervisión de la actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma, dado que excluye la función de supervisión que también corresponde al Defensor del Pueblo ex art. 54 CE como garantía no jurisdiccional de los derechos del Título I CE con respecto a la actividad de cualquier Administración Pública.

2. El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas

Pieza clave del Estado autonómico, la financiación ha experimentado, en paralelo con el proceso de descentralización, una lenta evolución en la que se han ido transfiriendo recursos económicos del Estado central a las Comunidades Autónomas.²² Se trata de un tema especialmente conflictivo que ha experimentado una serie de reformas. Probablemente, continuará permanentemente sometido a tensiones políticas y modificaciones, dado que el reparto del poder político guarda una estrecha dependencia con respecto al reparto del poder económico.

Los artículos 156, 157 y 158 de la Constitución establecen los principios que rigen el sistema. Así, se predica la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de sus competencias. Las Autonomías deben, pues, poder proveerse de los recursos necesarios para el ejercicio de las competencias que asuman en sus Estatutos. La autonomía financiera tiene dos dimensiones: comprende el poder de decisión con respecto a los ingresos, lo que se plasma en la autonomía tributaria, y el poder de decisión con relación al gasto (autonomía presupuestaria).

Asimismo, rigen los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles. Estos dos principios tienden a propiciar la redistribución de la riqueza en el territorio nacional con el objetivo de solidaridad que se plasma en diferentes preceptos de la Constitución (arts. 2, 138.1, 156.1, 158.2 y en otro contexto, art. 45 CE).

Bajo estos parámetros, se perfilan las fuentes posibles de ingresos de las Comunidades Autónomas (art. 157 CE): impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado; sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales; transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado; y el producto de las operaciones de crédito.

Sin embargo, el marco regulador del ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas es una Ley estatal, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LO 8/1980, de 22 de septiembre, conocida como LOFCA), prevista en el artículo 157.3 CE como instrumento de coordinación de la autonomía financiera.

Con respecto a la solidaridad, la Constitución prevé un fondo de compensación interterritorial “con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad”. En los Presupuestos Generales del Estado se dota anualmente dicho fondo, cuyos recursos tienen el carácter de carga general del Estado. Los recursos de este instrumento de la solidaridad se destinarán a gastos de inversión y

²² BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J.F., BALAGUER CALLEJÓN, M.L., MONTILLA MARTOS, J.A., *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, ps. 358-363. VIDAL PRADO, C., “Nuevo modelo de financiación y actuales perspectivas del principio de solidaridad”, *Revista de estudios autonómicos*, ISSN 1579-2544, Nº. 1, 2002 (Ejemplar dedicado a: La Cooperación en el Estado Autonómico), ps. 243-250.

serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y las provincias (art. 158.2 CE).

También sobre la base del artículo 158 se prevé un fondo de nivelación para la prestación de servicios mínimos. El Estado debe garantizar en todo el territorio español el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia. A estos efectos, se consideran servicios públicos fundamentales la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales. De conformidad con el artículo 15 de la LOFCA, se considerará que no se llega a cubrir el nivel de prestación de los servicios públicos al que hace referencia este apartado, cuando su cobertura se desvíe del nivel medio de los mismos en el territorio nacional. El Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales tendrá por objeto garantizar que cada Comunidad recibe, en los términos fijados por la Ley, los mismos recursos por habitante, ajustados en función de sus necesidades diferenciales, para financiar los servicios públicos fundamentales, garantizando la cobertura del nivel mínimo de los servicios fundamentales en todo el territorio. Participarán en la constitución del mismo las Comunidades Autónomas con un porcentaje de sus tributos cedidos, en términos normativos, y el Estado con su aportación, en los porcentajes y cuantías que marque la Ley.

Pueden citarse además como instrumentos de solidaridad el conjunto de Incentivos Regionales establecidos. Desde el ingreso de España en las Comunidades Europeas, numerosas regiones españolas se han beneficiado de los Fondos Estructurales y Fondo de Cohesión.²³

Otros principios constitucionales importantes que afectan al sistema de financiación de las Comunidades Autónomas son la garantía de la unidad económica y de mercado que corresponde al Estado (arts. 139 y 157.2 CE) y la prohibición de privilegios (art. 138.2 CE).

Además del marco normativo, el sistema de financiación se rige por los acuerdos que se adoptan en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera, que se han venido renovando desde 1981 hasta la actualidad, y sobre los que luego volveremos.

Partamos ahora de la división básica que estructura las Comunidades Autónomas en dos sistemas diferentes. Por un lado, rige el sistema de régimen común, que es el diseñado por la LOFCA y que afecta a quince de las diecisiete Comunidades Autónomas. El principio básico de funcionamiento del régimen común es que el Estado establece y gestiona los impuestos y transfiere una parte a las Autonomías para financiar las competencias que les corresponden.

En el sistema de régimen foral, corresponde a los entes forales fijar los impuestos y su recaudación, de la que transfieren una parte al Estado para compensar los servicios generales del mismo. La excepción respecto al régimen común para dos Comunidades Autónomas, País Vasco y Navarra, se basa en la disposición adicional primera de la Constitución: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.” La Carta magna optó en su día, con el objetivo de incluir al País Vasco y Navarra en el régimen constitucional, por anclar en la Constitución el sistema de autonomía reforzada en los planos tributario, fiscal y hacendístico que por razones históricas venían disfrutando estas Comunidades. Con respecto a Navarra, dicho régimen se formaliza mediante el Convenio Económico. El Concierto vasco rige para Euskadi. En ambos casos se trata de una aportación fija, que se acuerda a través de una negociación bilateral con el Estado, y que se revisa cada cinco años.

²³ Instrumentos de solidaridad enumerados en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J.F., BALAGUER CALLEJÓN, M.L., MONTILLA MARTOS, J.A., *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, *op. cit.*, ps. 363 y 364.

Se ha criticado que el sistema foral implica una situación de privilegio económico para País Vasco y Navarra con respecto a las Comunidades Autónomas sometidas al régimen común, lo cual supondría una vulneración de la prohibición de privilegios económicos y sociales entre Autonomías (art. 138.2 CE). Este distinto régimen ha supuesto asimismo la razón aducida por algunas Autonomías para reivindicar reformas en el sistema de financiación o reclamar cambios en sus aportaciones.

Resulta necesario introducir finalmente alguna precisión con respecto a Canarias, que cuenta con un régimen económico fiscal especial sobre la base de la disposición adicional tercera de la Constitución: “La modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico.” A Canarias le resulta aplicable el sistema general, pero con particularidades importantes que derivan de su régimen económico y fiscal. Este régimen, que sólo puede ser modificado previo parecer (preceptivo, pero no vinculante) del Parlamento canario, se ha venido plasmando en libertad comercial de importación y exportación, en la exención de aranceles y de monopolios fiscales, en una franquicia sobre el consumo y en una imposición indirecta reducida.

Hasta aquí quedan, pues, expuestas, las bases del sistema, pero, como antes decíamos, a este marco hay que añadirle los acuerdos políticos que han ido modulando el sistema en el progresivo proceso de descentralización y autonomía financiera. Dado que las posibles fuentes de ingresos de las Comunidades Autónomas pueden ser tanto estatales como propias (art. 157.1 CE), en función del protagonismo de una u otra fuente podemos identificar dos distintos sistemas de financiación. En un sistema predominantemente de participación en los ingresos del Estado, las Comunidades Autónomas reciben una parte de la recaudación tributaria del Estado, que debe garantizar la suficiencia financiera de las Autonomías. En un sistema de corresponsabilidad fiscal, las Comunidades Autónomas utilizan su poder tributario para obtener ingresos financieros, principalmente mediante los impuestos cedidos y propios. En línea con el proceso de descentralización y progresiva autonomía, también financiera, el sistema ha ido evolucionando desde el marcado protagonismo de la participación en los ingresos del Estado (período 1978-2002) hasta una progresiva corresponsabilidad fiscal.²⁴ Entretanto se ha sucedido un período inicial (hasta 1986) marcado por el criterio del coste efectivo o valoración de los servicios transferidos en Comisiones Mixtas, formadas por representantes del Estado y de cada CA, que aprobaban el traspaso de un servicio determinado, y que comportaban el inconveniente de que se congelaba la financiación del servicio hasta que a partir de 1987 se introducen criterios de variables objetivas.

Entre 1992 y 1996 se aprecia un aumento en la autonomía de la gestión de las Comunidades Autónomas, introduciendo criterios de corresponsabilidad fiscal, al atribuir a cada Autonomía, además de los ingresos fijados conforme a criterios objetivos, el 15% de la cuota líquida del IRPF declarado en los territorios respectivos, de forma que los ingresos de cada Autonomía variarían en esa proporción, según los resultados del IRPF. Este sistema contó con la oposición inicial de algunas Comunidades (Galicia, Extremadura, luego también Andalucía y Castilla-La Mancha.) Esta tendencia se consolida y refuerza entre 1997 y 2001, período en que se incrementa no sólo la autonomía tributaria sino también la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas, ya que a la cesión de hasta un 30% del rendimiento del IRPF se añade la participación de las mismas en su regulación.

²⁴ AJA, E., *El Estado autonómico*, Alianza, 2003.

Desde el 1 de enero de 2002, tras el acuerdo alcanzado entre el Gobierno de España y las Comunidades Autónomas de régimen común, entra en vigor un nuevo sistema en el que destacan la coparticipación y corresponsabilidad fiscal de las Comunidades Autónomas. Se llevan a cabo, por un lado, importantes cesiones parciales a las Comunidades Autónomas de tributos estatales: hasta el 33% del IRPF; hasta el 35% del IVA; hasta el 40% de los impuestos especiales de fabricación (ejemplo: hidrocarburos, tabaco, alcohol). Se realizan asimismo cesiones totales de los impuestos sobre electricidad, medios de transporte, ventas minoritarias de hidrocarburos, etc. Igualmente, se atribuyen a las Comunidades Autónomas nuevas competencias normativas en los tributos cedidos, además de delegarles competencias en materia de gestión, liquidación, recaudación, inspección, revisión de los tributos cedidos. De esta manera se refuerza significativamente la autonomía fiscal de las Comunidades Autónomas, de forma acorde con su peso cada vez más relevante dentro del Estado.

En el Acuerdo 6/2009, de 15 de julio, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera para reformar el Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía, se consolidan las tendencias ya apuntadas. Así, se amplía la participación de las Comunidades Autónomas en los principales recursos tributarios (IRPF, IVA e Impuestos Especiales), incrementándose su capacidad normativa; y se instrumentan dos fondos principales: el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, ya citado, y el Fondo de Suficiencia Global. Se crean, además, dos Fondos de Convergencia autonómica con financiación adicional que aporta el Estado: el Fondo de Competitividad y el Fondo de Cooperación. La reforma de la LOFCA operada mediante la Ley Orgánica 3/2009, de 18 diciembre, ha materializado estas reformas.

Como vemos, respecto al sistema de financiación existe una dinámica de revisiones, que se prevé en la propia LOFCA, y que ha permitido el avance y ajuste del modelo a través de acuerdos políticos que han cristalizado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas. El objetivo de este órgano, creado en 1980 por la LOFCA (art. 3), ha sido adecuar la coordinación entre la actividad financiera y fiscal de las Comunidades Autónomas y la Hacienda del Estado. El Consejo se constituye por el Ministro de Economía y Hacienda, el de Administraciones Públicas y los Consejeros competentes en materia de Hacienda de cada Comunidad Autónoma.

Una cierta ruptura en esta dinámica de consensos políticos que, salvo excepciones, se han ido alcanzando puede apreciarse en las recientes reformas estatutarias acontecidas en los últimos años. Los títulos sobre financiación de los nuevos Estatutos recogen los principios constitucionales de autonomía financiera, coordinación y solidaridad y también subrayan los principios de transparencia en las relaciones fiscales y financieras entre las Administraciones públicas, suficiencia de recursos, responsabilidad fiscal, equidad y lealtad institucional. Contemplan incrementos en los porcentajes de cesión de los principales impuestos: IRPF, IVA, hidrocarburos, labores del tabaco, alcohol, entre otros, e intensifican la capacidad normativa autonómica. Pero en las reformas estatutarias se han introducido asimismo compromisos temporales de inversión del Estado en las diferentes Comunidades Autónomas, sobre la base de criterios (población, insularidad, extensión territorial...) que deberán tenerse en cuenta en el diseño del modelo de financiación, a partir de la negociación multilateral en el marco del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

También se prevén Comisiones Mixtas de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Comunidades Autónomas, principales órganos de cooperación bilateral en este ámbito. Estos nuevos órganos, de composición paritaria, se encargarán de la concreción, aprobación, actualización y seguimiento del respectivo sistema de financiación, así

como de canalizar el conjunto de relaciones fiscales y financieras entre la Comunidad Autónoma y el Estado.

Por último, los nuevos Estatutos prevén la creación de Agencias Tributarias autonómicas, encargadas de la gestión, recaudación, liquidación e inspección de los tributos propios y de los cedidos totalmente por el Estado. La gestión, recaudación, liquidación e inspección de los demás tributos estatales corresponderá a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sin perjuicio de la posible delegación de algunas de estas funciones y de la colaboración que pueda establecerse. A estos efectos, está previsto crear Consorcios Estado-Comunidad Autónoma, en los que participarán ambas Administraciones de forma paritaria.

La STC 31/2010 ha analizado las disposiciones del Estatuto catalán relacionadas con la financiación, fijando con claridad una premisa fundamental: si bien el modelo se construye a partir de los foros multilaterales de reunión de las Comunidades Autónomas, corresponde al Estado la concreción del principio constitucional de la solidaridad. Se invoca al efecto principalmente la exclusiva competencia del Estado en materia de hacienda general (art. 149.1.14 CE), en conexión con los arts. 138.1 y 157.3 CE, así como la doctrina sentada en anteriores sentencias (SSTC 209/1990 y 13/2007, entre otras).

Así, la Sentencia ha declarado inconstitucional la exigencia estatutaria de un esfuerzo fiscal “similar” a las demás Comunidades Autónomas (inciso “siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar” del apartado 3 del artículo 206 EAC), dado que sólo al Estado corresponde, tras la activación del sistema multilateral de cooperación y coordinación, regular el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas y fijar sus niveles de contribución a la nivelación y a la solidaridad, no pudiendo un Estatuto de Autonomía interferir en esa competencia ni en la autonomía financiera de las demás Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE).

Por otra parte, el deber del Estado, previsto en el art. 206.5 EAC, de garantizar que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación, no debe entenderse como una condición impuesta al Estado por el Estatuto, sino sólo como la expresión reiterada de un deber que la Constitución impone al Estado de garantizar la realización efectiva del principio de solidaridad “velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español” (art. 138.1 CE).

Del mismo modo, debe entenderse que las funciones de cooperación de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat, previstas en los apartados 1 y 2, letras a), b) y d) del artículo 210 EA, no excluyen ni limitan la capacidad de las instituciones y organismos de carácter multilateral en materia de financiación autonómica.

La alusión a la inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras debe interpretarse en el sentido de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones (apartado 1 de la disposición adicional tercera EA).

Tampoco admite la Sentencia la previsión de proyectos de ley estatales de cesión de determinados impuestos especiales a Cataluña, que únicamente puede traducirse en el compromiso de la Generalitat y el Gobierno de acordar en Comisión Mixta –con sujeción a lo dispuesto en el marco de la cooperación multilateral y al ejercicio de las facultades de coordinación que competen al Estado en materia financiera- la elaboración y el contenido de un proyecto de ley ordinaria cuya sustanciación depende de la plena

libertad de las Cortes Generales (disposiciones adicionales octava, novena y décima EA).

De este modo la Sentencia 31/2010 ataja y resuelve los peligros que se anunciaban en cuanto a una posible evolución hacia diecisiete modelos distintos, ya que esgrime y consolida la función de coordinación del Estado en esta materia.

3. Relaciones entre las Administraciones públicas: cooperación, coordinación y control

3.1. Cooperación

El capítulo de relaciones entre las Administraciones públicas es uno de los más relevantes en un Estado compuesto y, sin embargo, ha sido uno de los más relegados en el Estado autonómico, que en ocasiones ha parecido inmerso en una dinámica de conflicto. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional deriva de la propia naturaleza del Estado autonómico la necesidad de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas (cooperación vertical) y de las Comunidades Autónomas entre sí (cooperación horizontal). Así, la colaboración es un principio “que no es menester justificar en preceptos concretos, ya que se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución” (STC 18/1982). La colaboración “es el criterio informador que debe presidir las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en beneficio recíproco de ambos” (STC 64/1982).²⁵

Una de las principales piezas que debía haber permitido y favorecido las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas es el Senado. Sin embargo, son conocidos los fallos estructurales que presenta en su composición y en las funciones que tiene asignadas, que han impedido que desempeñara adecuadamente esta función, a pesar de la afirmación constitucional de que “es la Cámara de representación territorial” (art. 69.1 CE). Los senadores son elegidos principalmente a partir de la misma unidad territorial que el Congreso, la provincia, emanando solamente un pequeño número a partir de las Comunidades Autónomas (Senadores designados por las Comunidades Autónomas) (apartados 2 a 5 del art. 69 CE). Sus funciones, como decíamos, apenas se singularizan respecto a las que tiene asignadas el Congreso, de modo que el Senado deviene en una segunda Cámara de importancia menor debido además a su menor importancia en el sistema (bicameralismo imperfecto). La reforma del Reglamento del Senado en 1994 a fin de crear la Comisión General de Comunidades Autónomas supuso un avance en el intento de paliar esta importante disfunción del sistema.

En la dinámica de funcionamiento del Estado autonómico han jugado un importante papel como órganos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas las Conferencias Sectoriales, las Comisiones Bilaterales de Cooperación, además de otros instrumentos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las Conferencias Sectoriales reúnen periódicamente al Ministro responsable de una determinada área funcional con los correspondientes Consejeros autonómicos. Se trata, por ejemplo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera o de la Conferencia Sectorial de Agricultura y Desarrollo Rural. Las Comisiones Bilaterales de Cooperación reúnen a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado (AGE), y a miembros del Consejo de Gobierno de una determinada Comunidad

²⁵ SEVILLA SEGURA, J., VIDAL BELTRÁN, J.M., ELÍAS MÉNDEZ, C., *Vertebrando España. El Estado autonómico*, El Arquero. Fundación Ortega, Madrid, 2009, ps. 102 y ss..

Autónoma (Comisión Bilateral de Navarra o de Andalucía). Los Consorcios son órganos mixtos (Estado- Comunidades Autónomas) que están dotados de personalidad jurídica propia y que se constituyen para gestionar un servicio público, fijando su régimen jurídico en sus estatutos. Mediante los Planes y programas conjuntos, la AGE y las Administraciones autonómicas pueden diseñar estrategias para el logro de objetivos comunes en materias en las que confluyen sus competencias.

Especial mención merece la Conferencia de Presidentes, fruto de un compromiso político, que fue reunida por vez primera en 2004 como órgano de participación y cooperación institucional al más alto nivel político. La Conferencia reúne al Presidente del Gobierno de España con los Presidentes de los Gobiernos autonómicos y está pensado como foro de debate político, órgano de impulso y debate en materia de cooperación y cauce para tratar de resolver conflictos políticos. En la segunda Conferencia, celebrada en 2005, se logró un acuerdo de financiación sobre el sistema público sanitario, y en 2007 se adoptaron acuerdos sobre política de investigación y desarrollo, agua e inmigración. A la cuarta Conferencia de Presidentes, celebrada el 14 de diciembre de 2009, asistieron también, por primera vez, como invitados, representantes de los agentes sociales (CEOE, CEPYME, UGT y CCOO). La Conferencia adoptó por unanimidad los siguientes acuerdos: Aprobación del Reglamento interno de la Conferencia de Presidentes; Declaración sobre la Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea, para 2010, apoyando las prioridades definidas para la Presidencia; Declaración sobre Violencia de Género y la necesidad de impulsar los instrumentos para luchar contra ella. La Conferencia debatió también sobre empleo, economía sostenible, y agricultura, ganadería, pesca y agua, sin alcanzar acuerdos. Las escasas reuniones de la Conferencia de Presidentes hasta la fecha indican que su principal problema puede ser la deficiente voluntad política de consolidarla como órgano de cooperación.

Instrumentos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas son los Convenios y Acuerdos de Colaboración, la planificación conjunta, los informes consultivos o trámites de audiencia y los protocolos generales.

Con respecto a la cooperación horizontal, el artículo 145.1 CE prohíbe la federación de Comunidades Autónomas, pero prevé dos cauces de colaboración en su segundo apartado: los convenios de colaboración y los acuerdos de cooperación. “Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales.” En ambos casos se aprecia la función de control del Estado a través de la intervención de las Cortes Generales. Se han criticado las disfunciones que el carácter “sospechoso” que parecen tener los acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas, que requieren la autorización de las Cortes para su aprobación, han tenido sobre las relaciones horizontales, ya que se ha obstaculizado un contacto fluido, conveniente y muchas veces necesario entre Autonomías.

Se ha apreciado que una de las principales características de las reformas estatutarias en marcha desde 2006 podría ser el necesario impulso a estos mecanismos de cooperación y participación por cuya falta se ha resentido el modelo autonómico.

Así, en los nuevos Estatutos se regulan de forma detallada las funciones de las Comisiones Bilaterales de Cooperación, que se presentan como el “marco general y permanente de relación (en el Estatuto aragonés, “instrumento principal de relación”) entre los Gobiernos de la Comunidad Autónoma y del Estado”. Dentro de las relaciones

de carácter bilateral, los nuevos Estatutos también regulan un órgano especializado en materia fiscal y financiera, denominado Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales (art. 210 del Estatuto catalán y 184 del Estatuto andaluz), Comisión Mixta de Economía y Hacienda (art. 125 del Estatuto balear) o Comisión Mixta de Asuntos Económico-Financieros (art. 109 del Estatuto aragonés).

Además, se profundiza en la regulación de convenios entre el Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, ya prevista en los anteriores Estatutos. Las nuevas reformas estatutarias regulan de manera más detallada esta cuestión, como reflejo de la relevante función que cumplen los convenios en la formalización de la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La cooperación multilateral se articula, como decíamos, al más alto nivel, a través de la Conferencia de Presidentes. Sin embargo, se trata de un órgano de cooperación no previsto en los Estatutos, sino que responde a una iniciativa del Gobierno estatal. La práctica cotidiana de la cooperación multilateral continúa recayendo en las Conferencias Sectoriales. En general, los nuevos Estatutos remiten a la cooperación multilateral en relación con los asuntos que afectan de modo semejante al conjunto de las Comunidades Autónomas: art. 175.2 del Estatuto catalán, art. 219.2 del Estatuto andaluz, art. 117 (último párrafo) del Estatuto balear, art. 88.6 del Estatuto aragonés y art. 57 del Estatuto castellano-leonés.

Las nuevas reformas estatutarias profundizan en los mecanismos de cooperación horizontal, tratando de combatir el déficit de relaciones entre las Comunidades Autónomas. Así, el artículo 59 del Estatuto valenciano se refiere a la celebración de convenios de colaboración y acuerdos de cooperación. Los primeros necesitan la aprobación de las Cortes Valencianas y ser comunicados a las Cortes Generales, mientras que los segundos exigen la autorización de colaboración con otras Comunidades. Los artículos 178 del Estatuto catalán y 226 del Estatuto andaluz regulan el establecimiento de convenios de colaboración y acuerdos de cooperación, que exigen la aprobación previa del Parlamento en los casos que afecten a las facultades legislativas. El papel de las Cortes Generales queda sujeto a lo establecido en el art. 145 CE. El Estatuto andaluz se refiere específicamente a la suscripción de convenios de carácter cultural, especialmente dirigidos a los residentes de origen andaluz (art. 227) y a las relaciones especiales de colaboración, cooperación y asistencia con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (art. 228). El Estatuto de Aragón (art. 91) menciona a las Comunidades con las que mantiene vínculos históricos y geográficos. El Estatuto balear, que también adopta la cautela de remitirse al art. 145 CE, se refiere a los acuerdos de cooperación en materia de prestación y gestión de servicios (art. 118), contemplando la suscripción de protocolos para la celebración de actos de carácter cultural en otras comunidades autónomas, especialmente con las que comparte la misma lengua y cultura (art. 119, similar al art. 227 del Estatuto andaluz). Castilla y León prevé establecer relaciones de colaboración en asuntos de interés común con otras Comunidades Autónomas, especialmente con las limítrofes, y con aquellas con las que le unen vínculos históricos y culturales. A tal efecto, la Comunidad podrá suscribir convenios de colaboración con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios de su competencia (art. 60 EA).

Los nuevos Estatutos prevén la participación de la Comunidad Autónoma respectiva en los procesos de designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional y de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (art. 180 del Estatuto catalán y art. 224 del Estatuto andaluz), así como la designación, o participación en la designación, de los miembros de los más relevantes organismos económicos y sociales del Estado: Tribunal de Cuentas, Consejo Económico y Social, Banco de España, Comisión

Nacional del Mercado de Valores, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Agencia Tributaria, Comisión Nacional de la Energía, Agencia Española de Protección de Datos, Consejo de Radio y Televisión, etc. (art. 182 del Estatuto catalán, art. 87 del Estatuto andaluz, art. 89 del Estatuto aragonés, art. 58.2 del Estatuto castellano-leonés). Los nuevos Estatutos prevén también la participación autonómica a nivel procedimental, en relación con una gran número de cuestiones, entre otras: planificación hidrológica; investigación, desarrollo e innovación; ejecución en materia de seguridad nuclear; regulación y planificación del sector de la energía; elaboración de estadísticas de alcance supraautonómico; decisiones sobre inmigración con especial trascendencia para la Comunidad Autónoma; planificación y programación de puertos y aeropuertos de interés general; autorización de nuevas modalidades de juego y apuestas; declaración y delimitación de espacios naturales; planificación y programación de obras públicas calificadas de interés general; determinación de la ubicación de infraestructuras y equipamientos de titularidad estatal en la Comunidad Autónoma; planificación y coordinación en materia de sanidad y salud pública; establecimiento de servicios ferroviarios que garanticen la comunicación con otras Comunidades Autónomas o con el tránsito internacional, negociación de tratados internacionales, etc.

Con respecto a la participación orgánica y funcional prevista en dichos Estatutos, la STC 31/2010, si bien no ha cerrado la puerta a dicha posibilidad, lo cierto es que la reserva a la regulación que al efecto puedan establecer las leyes estatales, en razón de la salvaguardia de la distribución competencial.

Así, la participación de la Generalitat en las instituciones, los organismos y los procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten a sus competencias (apartado 3 del artículo 174 EA) habrá de ser regulada por la legislación estatal y no podrá sustanciarse respecto de los órganos decisorios del Estado ni impedir o menoscabar el libre y pleno ejercicio de las competencias estatales. La Sentencia no pone, en cambio, objeción alguna a la existencia de órganos de consulta y asesoramiento autonómicos.

Del mismo modo, la participación de la Generalitat en la designación de miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial (artículo 180 EA) debe interpretarse –ha dicho el Tribunal- en el sentido de que dicha participación se condiciona, en su existencia y procedimientos, a lo que dispongan, dentro del margen que la Constitución les permite, las leyes orgánicas correspondientes.

La calificación de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado como “marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Generalitat” y del Estado (apartado 1 del artículo 183), no es contraria –según la Sentencia- a la Constitución siempre que se interprete en el sentido de que no excluye otros marcos de relación, ni otorga a dicha Comisión función distinta de la de cooperación voluntaria en el ámbito de las competencias de ambos Gobiernos, que son indisponibles.

3.2. Coordinación y control

La relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas no es una relación igualitaria, sino que la Constitución sitúa al Estado en una posición preeminente atribuyéndole una función de coordinación y de control.

La función de coordinación se pone de relieve en primer lugar en el artículo 103.1 CE, ya que la Constitución impone a la Administración pública un principio no sólo de descentralización y desconcentración, sino también de coordinación. Pero también se plasma en la distribución competencial, ya que existen materias clave, que atañen a títulos horizontales, cuya coordinación corresponde al Estado. Ya hemos comentado la

competencia estatal en materia de planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) o en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15 CE) o en bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE). También la función de inspección del Estado se considera un instrumento de coordinación.

Asimismo, la figura del Delegado del Gobierno supone que un representante nombrado por el Gobierno dirige la Administración del Estado en la Comunidad Autónoma “y la coordina, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad” (art. 154 CE).

En cuanto a los mecanismos de control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas, se explicitan en el artículo 153 CE. Corresponde al Tribunal Constitucional el control de la constitucionalidad de las disposiciones normativas autonómicas con fuerza de ley. Se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la administración autónoma y de sus normas reglamentarias. Corresponde al Tribunal de Cuentas el control económico y presupuestario de su actividad. Y se atribuye al Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el control del ejercicio de las funciones delegadas referidas en el artículo 150.2 CE.

El mecanismo último de control en caso de grave conflicto entre una Comunidad Autónoma y el Estado es el recurso al artículo 155 CE, que hasta el momento no ha sido necesario utilizar en el Estado autonómico. Se trata del recurso al que se puede acudir en caso de que una Comunidad Autónoma no cumpla sus obligaciones constitucionales o legales, o atente gravemente contra el interés general de España. “El Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.” Para la ejecución de dichas medidas, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.

4. Funciones y competencias de la provincia y el municipio

La autonomía no se predica en la Constitución solamente de las Comunidades Autónomas, sino también de los municipios y las provincias (art. 137 CE). La autonomía local supone sobre todo una capacidad de gobierno y administración propia, pero carece de la fuerte dimensión política que caracteriza la autonomía de las Comunidades. La Constitución garantiza la autonomía local, precisando las características de dicha autonomía en el Capítulo segundo del Título VIII.

Se reconoce autonomía local a los municipios (art. 140 CE), a las provincias (art. 141.1 CE), a las agrupaciones de municipios diferentes de la provincia que se creen (art. 141.3 CE) y a las islas (art. 141.4 CE). Apuntamos que la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 ha admitido el encaje constitucional de las veguerías que, junto con los municipios, se configuran como unidad de organización territorial básica por el Estatuto catalán (art. 83), siempre y cuando no perturben la continuidad de las provincias, como institución territorial garantizada por la Constitución (arts. 137 y 141.1 CE).

Todos estos entes gozan de órganos de gobierno propios que se forman a partir del voto de los ciudadanos de conformidad con el principio democrático. Los municipios (art. 140 CE) cuentan con Ayuntamientos, integrados por Alcaldes y Concejales. Los Concejales deben ser elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto. Las elecciones municipales han sido reguladas

en la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General. Los Alcaldes pueden ser elegidos por los Concejales o directamente por los vecinos. Asimismo, se prevé la posibilidad de recurrir a la democracia directa mediante la fórmula del “concejo abierto”. Según ha fijado la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, se exige a los municipios que quieran recurrir a la misma la concurrencia de los siguientes requisitos (artículo 29): Los municipios con menos de 100 habitantes y aquellos que tradicionalmente cuenten con este singular régimen de gobierno y administración; Aquellos otros en los que por su localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo hagan aconsejable. La constitución en Concejo Abierto de los municipios en este segundo supuesto requiere petición de la mayoría de los vecinos, decisión favorable por mayoría de dos tercios de los miembros del Ayuntamiento y aprobación por la Comunidad Autónoma. En el régimen del Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un Alcalde y a una Asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores. Ajustan su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en la Ley y en las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local.

La provincia, unidad territorial que trae causa del siglo XIX desde su creación en 1833 por Javier de Burgos, se define como “entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios, y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado” (art. 141 CE). El gobierno y la administración autónoma de las provincias se encomiendan a las Diputaciones provinciales u “otras Corporaciones de carácter representativo”. En las Comunidades Autónomas uniprovinciales se optó por la supresión de las Diputaciones para evitar la superposición de estructuras de gobierno sobre un mismo territorio. Así, de conformidad con el artículo 40 de la Ley de Bases de Régimen Local, las Comunidades Autónomas uniprovinciales y la Foral de Navarra asumen las competencias, medios y recursos que corresponden en el régimen ordinario a las Diputaciones provinciales. Se exceptúa la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en los términos de su Estatuto propio.

Por su parte, los órganos de gobierno de las islas reciben el nombre de “Cabildos”, en Canarias, o de “Consejos” (en las Islas Baleares).

La principal diferencia entre la autonomía local y la de las Comunidades Autónomas es el grado y relevancia de esta última, que comprende la potestad legislativa que permite el diseño de una política propia, frente al carácter básicamente administrativo de la autonomía local, que se reduce a funciones ejecutivas y reglamentarias, pudiendo dictar normas como reglamentos, ordenanzas o bandos, de aplicación en su territorio y siempre de rango infralegal. En virtud del artículo 149.1.18 CE, al Estado corresponde establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, también de la local, lo que ha efectuado principalmente mediante la referida Ley de Bases de Régimen Local. A partir de este marco normativo, las Comunidades Autónomas pueden regular el régimen local de sus municipios.

En todo caso, la autonomía local está garantizada por la Constitución tanto frente a la ley estatal como a la ley autonómica, de modo que la regulación que acometan debe respetar su existencia y no puede desvirtuarla ni dejarla sin contenido. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional realizada por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, introdujo el conflicto en defensa de la autonomía local para que los entes locales puedan recurrir al Alto Tribunal en caso de ver amenazada su autonomía.

Anotemos también que España ha ratificado en 1988 la Carta Europea de Autonomía Local del Consejo de Europa, cuyo artículo 3.1 consagra la autonomía local como el derecho y la capacidad efectiva de los Ayuntamientos para ordenar y gestionar una parte

importante de sus asuntos, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

A diferencia de los listados de materias que la Constitución contiene con respecto a la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, nada dice respecto a las competencias de la Administración local, que dependerán por tanto del régimen jurídico estatal y autonómico que se diseñe, con el único requisito de que dispongan de la autonomía necesaria para la gestión de sus intereses.

Con carácter general, el artículo 25.1 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) reconoce a los municipios, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, la posibilidad de “promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”.

El artículo 25.2 LBRL detalla las materias sobre las que los municipios deben asumir competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas: Seguridad en lugares públicos; Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas; Protección civil, prevención y extinción de incendios; Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas y conservación de caminos y vías rurales; Patrimonio histórico-artístico; Protección del medio ambiente; Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores; Protección de la salubridad pública; Participación en la gestión de la atención primaria de la salud; Cementerios y servicios funerarios; Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social; Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales; Transporte público de viajeros; Actividades o instalaciones culturales y deportivas: ocupación del tiempo libre; turismo; Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.

Además de estas materias, el artículo 26 LBRL impone a los municipios, en función de su tamaño, la obligación de prestar, por sí o asociados con otros municipios, los siguientes servicios: En todos los Municipios: Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas. En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos. En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente.

A esto se añade la posibilidad que se reconoce a los municipios de poder realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente (artículo 28 LBRL).

Las competencias de las Diputaciones provinciales serán las que les atribuyan las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública, y en todo caso: La coordinación de los servicios municipales; La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión; La prestación de servicios públicos de carácter

supramunicipal y, en su caso, supracomarcal; La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito; En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia (art. 36 LBRL).

Se prevé además la posibilidad de que tanto las Comunidades Autónomas como el Estado deleguen competencias en las Diputaciones. En el caso de las Comunidades Autónomas, además de delegar competencias, se prevé que les encomienden la gestión ordinaria de servicios propios en los términos previstos en los Estatutos correspondientes. En este último supuesto las Diputaciones actuarán con sujeción plena a las instrucciones generales y particulares de las Comunidades. El Estado podrá, asimismo, previa consulta e informe de la Comunidad Autónoma interesada, delegar en las Diputaciones competencias de mera ejecución cuando el ámbito provincial sea el más idóneo para la prestación de los correspondientes servicios (art. 37 LBRL).

Con respecto a la financiación local, la Constitución dispone el principio de suficiencia financiera (“Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas (...)” (art. 142 CE)). Las principales fuentes de ingresos de las Haciendas locales son los tributos propios y la participación en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas. Las Administraciones locales disponen de autonomía presupuestaria y de gasto en la aplicación de sus recursos y de capacidad para regular sus propias finanzas dentro del respeto al marco legal. La capacidad financiera de los entes locales incluye las potestades que se fijan por las leyes en relación con los tributos propios. Asimismo, rige el principio de que se deben garantizar a los gobiernos locales los recursos suficientes para hacer frente a la prestación de los servicios cuya titularidad o gestión se les traspase, delegue o se vean obligados a asumir. En el marco de la normativa reguladora, corresponde a los gobiernos locales la competencia para gestionar, recaudar e inspeccionar sus propios tributos. La STC 31/2010 invoca la competencia estatal sobre hacienda general y deuda del Estado (art. 149.1.14 CE), así como los arts. 33.1 y 133.1 y 2 CE para declarar inconstitucional la “capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales” que el Estatuto de Autonomía de Cataluña incluye en la competencia de la Generalitat en materia de financiación local (inciso del apartado 2 del artículo 218 EA). De modo que la creación de tributos locales corresponde al legislador estatal.

A medio camino entre la autonomía de las Comunidades y la local, se sitúan las “Ciudades Autónomas” de Ceuta y Melilla, que cuentan con una autonomía local reforzada. Tras su acceso a la autonomía mediante la aprobación de sus respectivos Estatutos por las Leyes Orgánicas 1 y 2/1995, cuentan con instituciones de autogobierno (Asamblea, Presidente y Consejo de Gobierno); competencias sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno y sobre una serie de materias de entre las que cita el artículo 148 CE; y con potestad reglamentaria y ejecutiva, no legislativa, para desarrollarlas. Como importante diferencia con los Estatutos de Autonomía al uso, que requieren la doble voluntad estatal y autonómica para su modificación, las Leyes orgánicas de las Ciudades Autónomas pueden ser modificadas de forma unilateral por el Estado.

5. El empleo público en el Estado de las Autonomías

Como parte del poder ejecutivo, la Administración está también sometida a la descentralización que ha tenido lugar en el Estado autonómico, de manera que de la

Administración central se ha ido desgajando progresivamente la Administración autonómica. Ésta ha cobrado cada vez mayor protagonismo en función del progresivo aumento competencial de las Autonomías, que sus Administraciones debían ejecutar. Desde un enfoque constitucional, nos limitamos aquí a señalar los principios constitucionales y el marco legal, sin adentrarnos en su desarrollo. Apuntemos en primer lugar que se consideran aplicables a la Administración autonómica los artículos de la Constitución que establecen principios respecto a la actividad administrativa (arts. 103, 106 y 9.3).

La Constitución reserva al Estado en su artículo 149.1.18 la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que deben garantizar, en todo caso, a los administrados un tratamiento común ante ellas. De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia constitucional el régimen estatutario de los funcionarios comprende los contenidos del artículo 103.3 CE: el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para el ejercicio de sus funciones.

Como desarrollo de este marco constitucional y ante las dificultades que provocaba la dispersión de la legislación estatal básica en numerosas normas, mediante la Ley 7/2007, de 12 abril, se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público. Anteriormente se había aprobado la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, una regulación con carácter de legislación básica que, aunque se había gestado con carácter provisional, estuvo en vigor durante más de dos décadas. Esta reforma fue completada por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y, más tarde, por la Ley 9/1987, de 12 de junio, que regula el sistema de representación de los funcionarios públicos y su participación y negociación colectiva para la determinación de sus condiciones de empleo. Estas tres Normas legales han venido constituyendo hasta ahora el núcleo esencial de la legislación básica del Estado en la materia y, a su vez, han sido modificadas puntualmente, complementadas o desarrolladas por múltiples normas de distinto rango elaboradas por el Estado y por las Comunidades Autónomas.

El Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación y determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. El Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: Administración General del Estado; Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla; Administraciones de las Entidades Locales; Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas; y Universidades Públicas. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige pues por la legislación estatal aplicable, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local. Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Recordemos también que de conformidad con los artículos 147.2 y 148.1 CE, la organización de las instituciones de autogobierno, competencia esencial de las Comunidades Autónomas, se extiende asimismo a la Administración autonómica.

Destacamos finalmente que en los Estatutos de Autonomía se han diseñado modelos mixtos de organización administrativa, que adjudican tareas a las Administraciones

autónomas, pero que también recurren a técnicas de administración descentralizada en favor de las Administraciones locales.²⁶

²⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. II., *op. cit.*, ps. 67 y ss.

CAPÍTULO XII

EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y LIBERTADES. TITULARIDAD Y REQUISITOS

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea
UNED

SUMARIO. 1. El título I de la Constitución española de 1978. Requisitos para el ejercicio de los derechos. 2. Capacidad jurídica y capacidad de obrar: conceptos generales. 3. Titularidad de los derechos. 3.1. Personas físicas y personas jurídicas. 3.1.1. *Personas físicas*. 3.1.2. *Personas jurídicas privadas*. 3.1.3. *Personas jurídicas e instituciones públicas y grupos*. 3.2. La titularidad de los derechos en la Constitución española. 4. Nacionalidad española, titularidad y ejercicio de los derechos. 5. Los ciudadanos de la Unión Europea como titulares de los derechos. 6. Los extranjeros como titulares de los derechos. 6.1. Los derechos de los extranjeros en la Constitución. 6.2. La legislación de desarrollo en materia de derechos de los extranjeros. 7. La edad. 7.1. Edad, capacidad de obrar y titularidad de los derechos. 7.2. Legislación de menores. 7.3. Los derechos de los menores y principios de actuación de las Administraciones públicas.

1. El sistema de derechos y libertades: el Título I de la Constitución española. Requisitos para el ejercicio de los derechos

A) El sistema de derechos y libertades. El título I de la Constitución

El ordenamiento jurídico español es hoy un ordenamiento complejo en el que coexisten un número muy elevado de normas de distinta jerarquía, naturaleza, ámbito de aplicación y, especialmente, diferente origen. Así, el ordenamiento articula las normas emanadas de los órganos centrales del Estado y de los órganos de las Comunidades Autónomas que, de conformidad con la Constitución española, poseen capacidad normativa en el ámbito de sus respectivos territorios y, de igual manera, unas y otras coexisten con las normas (y también principios y objetivos) emanadas de organizaciones, instituciones o acuerdos internacionales. Entre estas últimas, las declaraciones, acuerdos y normas relativas a derechos y libertades ocupan un lugar extraordinariamente importante pues, como también se ha señalado anteriormente, el reconocimiento y tutela de los derechos y libertades ha encontrado en el ámbito internacional un marco fundamental. Por tanto, no cabe hoy acercarse al estudio de los derechos y libertades sin integrar las obligadas referencias a la tutela internacional aunque resulta igualmente obligado distinguir en dicho ámbito internacional las diferentes organizaciones e instituciones pues tanto el reconocimiento como la tutela es sustancialmente diferente en cada una de las instancia internacionales.

Por tanto, el sistema de derechos y libertades español no es exclusivamente un sistema de producción interna, puesto que junto al nivel central, encontramos el nivel autonómico y el nivel internacional de reconocimiento y tutela de derechos. Gran parte de los Estatutos de Autonomía han incorporado referencias a los derechos y libertades de los ciudadanos en el ámbito de las respectivas Comunidades Autónomas. Estas referencias son de diferente alcance y, en general, incorporan una remisión a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución aunque deberían hacer alusión a

todos los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico que sean aplicables en cada Comunidad y no exclusivamente a los derechos referidos en el Texto Fundamental.

Por otro lado, en el denominado nivel internacional debemos, además, distinguir entre los documentos internacionales que tienen su origen en acuerdos o pactos concretos de aquellos otros que han surgido en el marco de una organización internacional específicamente creada para la tutela de los derechos o que tiene entre sus objetivos esta tutela. De la misma manera deberían distinguirse por el ámbito territorial de la protección ofrecida, lo que nos permite diferenciar nítidamente el trabajo de Naciones Unidas del que realiza el Consejo de Europa. Finalmente, la singularidad de la Unión Europea como realidad supranacional, obliga a un estudio particular.

Como es de todos conocidos, el Título I de la Constitución recoge y regula los derechos y libertades (aunque hay algún otro derecho fuera del Título I, como es el derecho al acceso a los documentos).

Durante los trabajos de elaboración de la Constitución el tratamiento que debían recibir los derechos y libertades fue uno de los aspectos más debatidos. Los constituyentes entendieron que los derechos y libertades representaban, junto a la separación y control del poder político, la base fundamental del nuevo régimen constitucional, a la vez que con ellos se rompía frontalmente con los principios imperantes durante el régimen de Francisco Franco.

Finalmente, el Título I de la Constitución, *De los derechos y deberes fundamentales* (arts. 10 a 55), fue aprobado con la siguiente estructura:

Artículo 10:

Dignidad de la persona y reconocimiento de los derechos como fundamento del orden político y de la paz social. Se reconoce igualmente el valor de los Tratados Internacionales como criterio de interpretación de los derechos y libertades constitucionales.

Capítulo I: De los españoles y los extranjeros (arts. 11 a 13).

Se recoge en estos preceptos lo relativo a la nacionalidad, mayoría de edad y derechos de los extranjeros.

Capítulo II: Derechos y libertades (arts. 14 a 38).

Artículo 14: Igualdad ante la ley.

Se consagra en este artículo la igualdad *formal*, que junto con el reconocimiento de igualdad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) y las menciones específicas a la igualdad que encontramos a lo largo del texto constitucional, representan la consagración constitucional de este valor, principio y derecho esencial en el sistema democrático.

Sección primera: De los derechos fundamentales y de las libertades públicas (arts. 15 a 29).

En esta Sección se recogen los derechos máximamente tutelados por el Ordenamiento jurídico español y en ella figuran los derechos que, en algún sentido, fueron considerados básicos por los constituyentes para la organización de la sociedad (y, por ello, dotados, como hemos dicho, de amplias garantías). En esta Sección 1.^a, se encuentran el derecho a la vida y a la integridad física y moral; la prohibición de la pena de muerte en tiempos de paz; la libertad religiosa e ideológica; la libertad y la seguridad personales; el derecho al honor y a la intimidad; la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; la libertad de circulación y de residencia; las libertades de expresión, información y comunicación; los derechos de reunión, de asociación y de participación; el derecho a la tutela judicial efectiva; los derechos educativos; derecho a la sindicación y a la huelga y, por último, el derecho de petición.

Sección segunda: De los derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 30 a 38).

En la Sección segunda se reconocen otro grupo de derechos, los cuales no gozan, como veremos en su momento, del mismo nivel de garantías que los anteriores aunque siguen teniendo un alto nivel de protección. Estos derechos son los relativos a los derechos y obligaciones militares y a la objeción de conciencia; los deberes fiscales; el derecho al matrimonio, a la propiedad privada y a la herencia; el derecho de fundación, el derecho-deber de trabajar; el derecho a la negociación colectiva, el reconocimiento de los Colegios Profesionales y de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Capítulo III: De los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52).

Se ha discutido frecuentemente sobre la naturaleza jurídica de los aspectos regulados en este Capítulo III, en el cual parece innegable que se reconocen ciertos derechos aunque también debe aceptarse que otros preceptos regulan situaciones que difícilmente podrían ser calificadas como derechos en sentido estricto, sino que se refieren y regulan determinadas obligaciones de los poderes públicos en orden a la mejor organización de la colectividad. En este Capítulo III encontramos la protección de la familia, de la maternidad y de los niños; la obligación de los poderes públicos en orden a la promoción del desarrollo económico, la distribución equitativa de la renta, el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, del acceso a la cultura; la tutela de los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero y del medio ambiente; el derecho a una vivienda digna; la promoción de la juventud; la protección de los disminuidos físicos y psíquicos y de la tercera edad; la defensa de los consumidores y la regulación de organizaciones profesionales.

Capítulo IV: De las garantías de las libertades y derechos fundamentales (arts. 53 y 54).

En este Capítulo IV la Constitución recoge las garantías de los derechos, normativas y jurisdiccionales (art. 53) y la institución del Defensor del Pueblo como garante de los derechos del Título I (art. 54).

Capítulo V: De la suspensión de los derechos y libertades (art. 55).

El único artículo del Capítulo V está dedicado a la suspensión de derechos. En su apartado primero, se regula la posibilidad de suspender determinados derechos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio (art. 116 CE). En el apartado segundo, se contempla la posibilidad de la suspensión individual de derechos de conformidad con lo que, en su caso, establezca una ley orgánica y con intervención judicial y control parlamentario, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Entre los caracteres más relevantes del Título I de la Constitución pueden señalarse los siguientes:

- a) Los derechos no adoptan ningún tipo de clasificación salvo que las garantías se otorgan a determinados grupos de derechos; por tanto, es habitual clasificar los derechos constitucionales en función de l diferente nivel de garantías que reciben.
- b) La Constitución ha destacado un grupo de derechos sobre el resto, son los

llamados “derechos fundamentales” recogidos en los artículos 15 a 29, ambos inclusive, los cuales reciben las máximas garantías otorgadas por el ordenamiento jurídico. Muy similares garantías (salvo la reserva de ley orgánica) reciben la igualdad -artículo 14- y la hoy inoperante objeción de conciencia al servicio militar reconocida en el artículo 30.2 CE.

- c) El Título I, además de derechos y libertades, regula deberes y obligaciones de los individuos y de los poderes públicos así como garantías institucionales y, como ya se señaló anteriormente, lo relativo a la suspensión temporal de algunos derechos.
- d) El Título I consagra derechos civiles, políticos y personales de las tres primeras generaciones de derechos pero aquellos derechos que pertenecen a la cuarta generación son apenas reconocidos como principios de política social y económica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos puede afirmarse, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que en nuestro ordenamiento jurídico la naturaleza de los derechos y libertades es doble: por un lado, son *derechos públicos subjetivos*, quedando los poderes públicos obligados a respetarlos en los términos estrictos que hayan sido recogidos en la Constitución y, por otro lado, se constituyen como *elementos objetivos* del propio ordenamiento jurídico (entre otras, SSTC 25/1981, de 14 de julio, 34/1986, de 21 de febrero), en la medida en la que configuran el sistema de valores constitucionalizado. La dimensión subjetiva de los derechos y libertades favorece la existencia de la libertad de opción del individuo y permite que éste organice su vida conforme a sus objetivos vitales dentro del respeto a los principios básicos del sistema democrático y a los valores fundamentales del mismo (libertad, igualdad, justicia ...).

En la STC 25/1981, de 14 de julio antes citada, el Tribunal Constitucional afirmó el doble carácter de los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).

Recoge así el Tribunal Constitucional un enfoque institucional de los derechos y libertades, enfoque en el que ha fundamentado en algunas de sus resoluciones la posición preferente de algún derecho o libertad —por ejemplo la libertad de expresión— en razón de su dimensión *institucional*.

Es importante insistir en que no todos los derechos constitucionales son derechos públicos subjetivos, aunque sí todos los derechos responden o incorporan un orden de valores cuyo conjunto constituyen el entramado fundamental del sistema constitucional.

B) Requisitos para el ejercicio de los derechos

El ejercicio de los derechos requiere el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de la existencia de un titular capaz de ser sujeto de derechos y el cumplimiento del procedimiento que, en cada caso, se establezca para el ejercicio del derecho en cuestión.

Aunque algunos derechos sólo requieren la abstención de los poderes públicos para que puedan ser libremente ejercidos por los sujetos, una gran mayoría de ellos requieren, sin embargo, la intervención de los poderes públicos, intervención que determina algunas de las exigencias procedimentales que se analizan en este capítulo. En otros casos, los requisitos que se exigen son inherentes a la propia naturaleza del derecho, que no lograría su fin sin el establecimiento de los mismos (por ejemplo, la exigencia de mayoría de edad para el ejercicio

del derecho de sufragio), o son elementos necesarios para garantizar la seguridad jurídica o la protección de los derechos de terceros.

Podemos distinguir, en suma, dos tipos distintos de requisitos para el ejercicio de los derechos:

a) *Requisitos subjetivos*

Son todos aquellos que se refieren al sujeto de los derechos, dentro de los cuales debemos, a su vez, distinguir:

- 1) Capacidad
 - Capacidad jurídica.
 - Capacidad de obrar.
- 2) Titularidad
 - Personas físicas.
 - Personas jurídicas (privadas y públicas).
 - Instituciones.
 - Grupos.
- 3) Nacionalidad
 - Nacionales (y asimilados).
 - Ciudadanos de la UE.
 - Extranjeros.
- 4) Edad
 - Mayoría de edad.
 - Minoría de edad.

b) *Requisitos procedimentales*

Denominamos así a todas aquellas exigencias de procedimiento encaminadas a la consecución del libre ejercicio de los derechos. El procedimiento no es un sistema de limitación o restricción de los derechos sino un elemento de consecución del fin perseguido por el derecho. El procedimiento tiene, como señala G. Peces Barba, carácter finalista. La finalidad de los derechos puede ser²⁷:

- *Genérica*, porque engloba a todos los derechos y persigue favorecer el desarrollo integral de la persona humana en el contexto de la sociedad en la que viva.
- *Concreta*, cuando se refiere a un derecho y determina el objetivo que el sujeto pretende obtener con el ejercicio del mismo.

Para conseguir tanto la finalidad *genérica* como la finalidad *concreta* de los derechos y libertades, resulta imprescindible en algunos casos que su ejercicio se regule específicamente, lo cual no puede considerarse, como hemos señalado anteriormente, un límite arbitrario sino una necesidad del propio ordenamiento para garantizar el libre ejercicio de los derechos.

Como veremos en el epígrafe siguiente, a través de los requisitos subjetivos y, entre ellos, principalmente con el concepto de *titularidad* del derecho, podemos responder a la pregunta *quién* tiene reconocido por el ordenamiento jurídico el derecho en cuestión; los requisitos procedimentales nos permiten responder a *cómo* y *cuándo* pueden ejercerse los derechos.

El Tribunal Constitucional²⁸ ha confirmado que no se produce vulneración de los derechos constitucionales por someter a éstos a los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico (siempre que tales requisitos sean compatibles con la misma Constitución) y que el carácter *permanente* e *imprescriptible* de los derechos no impide, sin embargo, que sí prescriba la

²⁷ PECES-BARBA, G.: *Derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 119.

²⁸ La STC 10/1985, de 28 de enero, que resolvió un recurso de amparo de un particular contra Tabacalera, deniega el amparo solicitado porque el particular había solicitado la indemnización a la que el recurso se refería fuera de plazo, habiendo prescrito su derecho a ella. También la STC 15/1985, de 5 de febrero, deniega la pretensión de la actora por caducidad de la acción. La posición del Tribunal Constitucional considerando adecuado a la Constitución que los derechos puedan estar sujetos a procedimiento, siempre éste no suponga un sacrificio desproporcionado del derecho, se ha mantenido a lo largo de los años.

acción para ejercerlos, especialmente cuando ello se establece para proteger la seguridad jurídica u otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Algunos requisitos procedimentales se encuentran en la propia Constitución, aunque, en general, el procedimiento para el ejercicio de cada derecho está recogido en la legislación de desarrollo.

2. Capacidad jurídica y capacidad de obrar: conceptos generales

El derecho subjetivo representa la habilitación del sujeto para invocar una norma y hacer valer la pretensión de que otros adopten un determinado comportamiento o permitan que el sujeto realice una determinada actividad sin intromisiones. Para ello y con carácter general el ordenamiento jurídico exige que el sujeto posea la capacidad necesaria que le permita ser titular del derecho en cuestión. En este orden de cosas es preciso recordar la distinción que el ordenamiento realiza entre *capacidad jurídica*, *capacidad de obrar* y *titularidad*.

- a) La *capacidad jurídica* «consiste en la capacidad de ser destinatarios de los efectos jurídicos previstos por la norma y, por tanto, sujeto o titular de los derechos subjetivos que de ella derivan». Esta *capacidad jurídica* es reconocida por el ordenamiento español tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. El reconocimiento de la *capacidad jurídica* no implica, sin embargo, que el sujeto sea *titular*, en todo momento y en toda circunstancia, de todos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.
- b) La *capacidad de obrar* requiere la previa existencia de la *capacidad jurídica* y de la *titularidad* concreta respecto del derecho o acción jurídica afectada y representa la posibilidad de intervenir personalmente y sin intermediarios en el mundo jurídico en general y naturalmente en todo lo concerniente a los derechos y libertades. El pleno goce y ejercicio directo de los derechos implica estar en posesión tanto de la *capacidad jurídica*, como de la *titularidad* y de la *capacidad de obrar*, aunque, si falta esta última, el ordenamiento jurídico permite que, en determinados casos, sea suplida por la intervención de otra persona. Así sucede, por ejemplo, con los menores de edad que, aunque pueden ser titulares de derechos, no poseen *capacidad de obrar* actuando en su nombre un tutor o representante. Igual situación se produce en el caso de las personas con capacidad reducida o sin capacidad para adoptar decisiones autónomamente²⁹.
- c) La *titularidad* es el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace a favor de un sujeto como agente y destinatario de un derecho o acción jurídica concreta contemplados en el ordenamiento jurídico. En todo caso, la *titularidad* requiere la previa existencia de la *capacidad jurídica*, no así de la *capacidad de obrar* que, como hemos señalado, puede ser suplida por un tutor o representante.

En la Constitución no hay previsiones específicas en relación con la adquisición de la capacidad jurídica, por lo que se acude a las normas civiles que han identificado los conceptos de *persona*, *personalidad jurídica* y *capacidad jurídica*. En este sentido, y refiriéndose a la persona física, el artículo 29 del Código Civil, que abre el Capítulo Primero, —De las personas naturales— del Título II —Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil— establece que «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente», el cual afirma que «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno» (art. 30 CC). Así, pues, para el Derecho se es persona y se adquiere capacidad jurídica a través del nacimiento con vida. De lo anterior se deduce que el no nacido o el nacido sin vida, en los términos del artículo 30

²⁹ En el caso de la persona jurídica la disociación sujeto-representante no se produce por estos motivos, ya que la minoría de edad o de la incapacidad son atribuibles sólo a las personas físicas.

CC, no es persona a efectos jurídicos. El Tribunal Constitucional confirmó esta tesis en su STC 53/1985 de 11 de abril (despenalización de ciertos supuestos de aborto), en otras posteriores y en la más reciente STC 44/2023, de 11 de mayo (que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 2/2010 Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

La personalidad así reconocida sólo se pierde por la muerte de las personas físicas (art. 32 CC); la minoría de edad y determinadas incapacidades mentales de las personas no son sino restricciones de la capacidad de obrar.

Paralelamente, la constitución, inscripción y/o registro permiten nacer a la «persona jurídica» ante el ordenamiento. Al respecto, el artículo 35 del Código Civil establece que son personas jurídicas:

- a) Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley y, añade el mismo precepto, que su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubieren quedado válidamente constituidas.
- b) Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados³⁰.

Debe insistirse en que la adquisición de la capacidad jurídica no supone la correlativa adquisición de todos y cada uno de los derechos y libertades que el ordenamiento recoge (constitucionales, legales, de producción interna y de producción externa). Por el contrario, cada derecho requiere un titular que, en la inmensa mayoría de los supuestos, es la persona física (españoles y/o extranjeros, según los casos), pero, como ya hemos señalado, otros derechos permiten que la titularidad de los mismos sea atribuible también o en exclusiva a las personas jurídicas.

3. Titularidad de los derechos

Al abordar el análisis de los derechos y presupuesta la capacidad jurídica del sujeto, como *status* general ante el ordenamiento jurídico, que poseen las personas físicas, nacionales y no nacionales, y las personas jurídicas reconocidas por el ordenamiento, se nos presentan dos problemas: a) determinar quién es titular del derecho; y b) si, en el caso concreto, posee ese sujeto la suficiente capacidad de obrar para ejercerlo y defenderlo directamente o si, por el contrario, precisa de otro sujeto que supla esa falta de capacidad. A continuación, analizamos estas dos cuestiones a través de diversos conceptos.

3.1. Personas físicas y personas jurídicas

3.1.1. *Personas físicas*

Como se ha indicado el sujeto de los derechos es la *persona física* (aunque los ordenamientos jurídicos reconocen también la titularidad de algunos derechos a las *personas jurídicas*) situación contemplada por el ordenamiento multinivel español y confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Algunos derechos vienen atribuidos a la persona física por la propia naturaleza del derecho (por ejemplo, el derecho al matrimonio), de otros derechos pueden ser titulares tanto las personas físicas como jurídicas (por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio).

3.1.2. *Personas jurídicas privadas*

El reconocimiento de determinados derechos a las *personas jurídicas* privadas deriva de la necesidad del tráfico jurídico o de la conveniencia de tutelar aspectos concretos de su

³⁰ Ver también artículos 36 a 39 del Código Civil.

desenvolvimiento en la sociedad; la *finalidad genérica* de los derechos reconocidos a estos entes es la promoción del desarrollo de las personas en el seno de la sociedad; la *finalidad concreta* puede ser más limitada y circunscrita a los propios fines de la entidad. La atribución de la titularidad de algunos derechos a las personas jurídicas plantea, sin embargo, importantes problemas; este reconocimiento no es, como ha señalado A. Gómez Montoro, un punto de llegada sino de partida, es decir, con tal atribución no siempre se resuelven problemas, sino que empiezan³¹.

En casos concretos, las personas jurídicas privadas *tienen fines públicos*, en cuyo caso el reconocimiento de sus derechos implica también favorecer el acceso de los ciudadanos a otros derechos individuales o a otros bienes constitucionales. Así sucede, por ejemplo:

- a) con los partidos políticos que son asociaciones privadas que articulan funciones constitucionales (art. 6 CE); expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política de los ciudadanos;
- b) con el derecho que se reconoce a las personas jurídicas (y también a las físicas) para crear centros docentes (art. 27.6 CE), lo cual permite el desenvolvimiento del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza constitucionalizada en el apartado 1 de este último precepto;
- c) igualmente es el artículo 27.10 CE, en el que se ha constitucionalizado como derecho fundamental la autonomía universitaria, cuyo sujeto son las distintas universidades públicas y privadas. El reconocimiento de este derecho, confirmado por el Tribunal Constitucional, ha sido quizá uno de los más controvertidos de los que han sido otorgados a las personas jurídicas.

De la validez de las *personas jurídicas* como sujetos de derechos da muestra el hecho de que el Tribunal Constitucional ha reconocido su legitimidad para interponer recursos de amparo, aunque no puede establecerse una regla general válida para todos los casos; la naturaleza del recurso y los derechos presuntamente violados determinarán en cada caso la atribución o no de la titularidad.

En la STC 19/1983, de 14 de marzo, que resolvió un recurso de amparo en el que, entre otros aspectos, se pronunció sobre la *titularidad* de los derechos de personas jurídicas y la legitimidad de las mismas para interponer recursos de amparo (también, STC 53/1983, de 20 de junio), el Tribunal Constitucional estimó, en el caso concreto, que la Diputación Foral de Navarra poseía la titularidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constitucionalizada en el artículo 24.1 de la Constitución. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional argumentó que la *titularidad de los ciudadanos de derechos fundamentales* a la que alude el artículo 53.2 de la Constitución no limita ni excluye la posible titularidad de las personas jurídicas, aunque debe examinarse cada derecho en particular. Por otra parte, la expresión *todas las personas* que se emplea en el artículo 24.1 de la Constitución comprende, a juicio del Tribunal, a todas las personas físicas y jurídicas capaces de ser parte en un proceso (STC 137/1985, de 17 de octubre).

En general, puede afirmarse que se reconoce a las personas jurídicas, además de la titularidad de aquellos derechos que la Constitución les atribuye directamente, también la de otros derechos. El propio texto constitucional permite esta interpretación cuando, en algunos de sus preceptos, se alude a la persona jurídica y a entidades, comunidades o grupos, así, por ejemplo, «la libertad de educación está reconocida a los centros docentes (art. 27 CE); el derecho a fundar confederaciones está reconocido a los sindicatos (art. 28.1 CE); la libertad religiosa se garantiza a las asociaciones de este carácter (art. 16 CE) o las asociaciones tienen reconocido el derecho de su propia existencia (art. 22.4 CE)»³². Así, pues, los derechos

³¹ GÓMEZ MONTORO, A.: «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas», en *La democracia constitucional*. Estudios en Homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, CEPC/TC/-UCM/FOG/CD, Madrid, 2002, pág. 390.

³² STC 139/1995, de 26 de septiembre.

fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas (STC 23/1989, 2 de febrero). Y, además, como se ha indicado, son titulares únicos de algún derecho, como la autonomía universitaria, definida, por el propio Tribunal Constitucional, como un derecho fundamental.

Ahora bien, afirmó también el Tribunal Constitucional que «no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas. Siendo éstas una creación del Derecho corresponde al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación fijando los límites concretos y específicos, y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas» (STC 23/1989, de 2 de febrero). El reconocimiento de la titularidad de algunos derechos a las personas jurídicas permite no sólo la defensa de los legítimos intereses de las mismas, sino, principalmente, la tutela indirecta de los derechos e intereses de las personas individuales que las componen. Esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional que, en su sentencia 139/1995, de 26 de septiembre, afirmó que: «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.

La incorporación de la persona jurídica como titular de derechos no impide, sin embargo, que quede excluida de algunos de ellos que por su naturaleza y alcance pertenecen exclusivamente a la persona física (por ejemplo, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y que, respecto de otros, pueda modularse la regulación legal en función de que el titular sea persona física o jurídica (STC 117/1998, de 2 de junio)³³ e, incluso, que en algún caso, la posición de la persona jurídica pueda tener una protección menor que la que pudiera recibir la persona física³⁴.

3.1.3. *Personas jurídicas e instituciones públicas y grupos*

a) La atribución de la titularidad a las personas jurídicas e instituciones públicas

Si como hemos expuesto anteriormente, el reconocimiento a las personas jurídicas privadas de algunos derechos persigue –como fin genérico– la tutela de los intereses de las personas físicas que las forman, es coherente que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no haya avalado el reconocimiento de derechos a personas jurídicas e instituciones *públicas*, ya que éstas forman parte, aunque sea en sentido amplio, del Estado, de la estructura jurídico-pública y tal reconocimiento podría llevar a una cierta confusión entre *sujeto* y *destinatario* de los derechos. Frecuentemente son las personas jurídicas e instituciones públicas las que deben realizar actos de tutela de los derechos de los particulares de tal suerte que el reconocimiento de derechos propios a ellas podría entrar fácilmente en colisión con sus funciones públicas. Así pues, podemos decir que las personas jurídicas e instituciones públicas no tienen reconocidos derechos constitucionales salvo el derecho a la tutela judicial efectiva derivado del artículo 24 CE,

³³ El Tribunal Constitucional, en la sentencia citada, afirma al respecto: «Dejando a un lado las distintas teorías que han tratado de explicar el fundamento de las personas jurídicas, éstas sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los instrumentos o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento» [FJ 4]. También se manifiestan estas diferencias, por ejemplo, en la STC 69/1999, de 26 de abril, en la que el Tribunal afirma que: «... tampoco existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas, ... con el del domicilio constitucionalmente protegido, ya que éste es un concepto «de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo» (SSTC 22/1984, fundamentos 2 y 5; 160/1991, fundamento jurídico 8, y 50/1995, fundamento jurídico 5, entre otras).... 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 (STC 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.

³⁴ Tal caso se planteó, por ejemplo, respecto de la autorización judicial para la entrada en el domicilio de una persona jurídica. En este caso, el Tribunal Constitucional afirmó que, respecto de «la autorización judicial a una entrada en local cuya protección constitucional es necesariamente menor a la del domicilio de las personas físicas, y expresando la causa y objeto de la misma, a lo que la resolución de la Audiencia añade la exigencia que se afecte la inviolabilidad domiciliar del modo menos gravoso posible», no cabe concluir sino sobre «la plena constitucionalidad de la misma» (STC 69/1999, de 26 de abril).

en lo que se refiere a la posibilidad de ser parte en el proceso (SSTC 64/1988, de 12 de abril, 129/1995, de 11 de septiembre, 237/2000, de 16 de octubre), y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley con relación igualmente al derecho al proceso (STC 100/1993, de 22 de marzo).

Sin embargo, la proliferación de entidades públicas que actúan con cierta independencia podría requerir la revisión esta doctrina jurisprudencial en el futuro. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional parecen abrir esta posibilidad (STC 159/1986, de 16 de diciembre y STC 190/1996, de 25 de noviembre, con relación a la libertad de expresión de Televisión Española.

b) La atribución de la titularidad a los grupos sin personalidad jurídica

La atribución a los *grupos* sin personalidad jurídica de la titularidad de los derechos (o, de algunos de ellos), presenta también importantes problemas jurídicos. Si bien el Tribunal Constitucional, en la misma línea que venimos señalando para el caso de las personas jurídicas e instituciones públicas, ha manifestado que, «en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades y prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos. Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental» (STC 64/1988, de 12 de abril). Es igualmente cierto, como señala A. Gómez Montoro³⁵ que difícilmente puede otorgarse la titularidad de un derecho a quien carece de subjetividad jurídica, lo cual no significa que sus intereses queden exentos de tutela ya que ésta debe articularse a través del Derecho objetivo y no del reconocimiento de derechos subjetivos.

Por último, cabe reseñar que el Tribunal Constitucional parece haber reconocido también, con carácter excepcional, la titularidad de algunos derechos a *grupos* que carecían, en sentido estricto, de personalidad jurídica (tal ha sido, por ejemplo, el caso de los grupos parlamentarios) o se ha manifestado de manera ambigua respecto de algún grupo o colectividad a la que parece reconocer un principio de titularidad de derechos.

3.2.La titularidad de los derechos en la Constitución española

La Constitución española utiliza una muy diferente terminología para referirse al sujeto de los derechos. Así, en ocasiones el sujeto son los españoles (arts. 14, 19, 29, 30, 35 CE...); otros artículos mencionan expresamente a los ciudadanos (arts. 9, 23 CE); hay, también, alusiones específicas a los *extranjeros* (art. 13 CE); otros varios artículos constitucionales se refieren directamente a la *persona* (arts. 10, 17, 24 CE) o emplean el término todos (arts. 15, 27, 28, 29, 31, 35); y, por último, otros artículos utilizan expresiones diferentes como *el hombre y la mujer* (art. 32 CE) o, simplemente, no mencionan expresamente al sujeto y utilizan expresiones como *se reconoce*, *la ley regulará*, *la ley garantizará*, determinándose el sujeto en la legislación de desarrollo. A pesar de esta extrema pluralidad terminológica, la Constitución española omite cualquier referencia a la persona jurídica como sujeto de derechos y, de igual manera, no queda totalmente aclarada en el texto la titularidad de los extranjeros respecto de los derechos constitucionales. La determinación de quién sea titular de los derechos forma parte, como ha

³⁵ GÓMEZ MONTORO, A.: «Titularidad de los derechos fundamentales», ARAGÓN REYES, M. (Coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, T. III, Civitas, 2001, pág. 128.

afirmado A.J. Gómez Montoro³⁶, de lo que se podría denominar el *Derecho general de los derechos* y, como ya señalamos anteriormente, debería quedar fijado por el constituyente en el texto fundamental.

Aunque podría defenderse que en el ordenamiento español los derechos constitucionales (cuyo titular sea una persona física) se reconocen a todos los ciudadanos (y a los extranjeros en los términos que el ordenamiento establece), existiendo siempre, por tanto, *capacidad jurídica* y *titularidad*, y posponiendo, en determinados supuestos, el reconocimiento de la necesaria *capacidad de obrar* hasta la mayoría de edad del sujeto, creemos que tal tesis es difícilmente compatible con el sistema de derechos constitucionales. Como hemos manifestado anteriormente, el reconocimiento de una *titularidad general* para todos los derechos implicaría necesariamente que, en los casos en los que el sujeto no pudiera ejercer el derecho directamente (por ejemplo, por minoría de edad), podría suplirse la falta de capacidad mediante representante, cosa que, como sabemos, no sucede de manera general. Es obvio que existen derechos constitucionales cuyo ejercicio es de carácter personal y no admiten intermediario (así, por ejemplo, el derecho de sufragio, el derecho a la objeción de conciencia, el derecho al matrimonio...). En estos casos, parece que debe concluirse que, aun existiendo capacidad jurídica, no hay *titularidad* del derecho en concreto.

En la Constitución, podemos distinguir varios supuestos en relación con la atribución de la titularidad:

- a) Que la titularidad de determinados derechos se atribuya exclusivamente a las personas físicas o a las personas jurídicas. Hay derechos constitucionales cuyo sujeto es exclusivamente la persona jurídica (el reiterado derecho a la autonomía universitaria) como también hay derechos cuyo titular es sólo la persona física (derecho a la educación, libertad de conciencia...).
- b) Que la titularidad de un derecho se atribuya tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas (inviolabilidad del domicilio, libertad de circulación, propiedad...).
- c) Que se atribuya la titularidad de un derecho a la persona física pero que ésta, por carecer de la necesaria capacidad de obrar (por ejemplo, por minoría de edad o incapacidad), no pueda ejercerlo directamente y precise de un representante (derecho a la integridad física y moral, prohibición de tortura y trato inhumano o degradante, derecho a la propiedad privada, derecho a la intimidad y a la propia imagen...).
- d) Que la titularidad dependa de la existencia de otro requisito subjetivo, por ejemplo, la edad, la capacidad y, en determinados casos, la nacionalidad (derecho al matrimonio, derecho y deber de trabajar, de sufragio activo y pasivo...).
- e) Aunque la práctica totalidad de los derechos tienen un titular individual (con independencia de que el ejercicio pueda ser o no colectivo y plural), excepcionalmente podría defenderse que hay derechos que requieren una titularidad *múltiple* (o *cotitularidad*) por su naturaleza grupal (por ejemplo, el derecho de huelga). Pero, incluso en este último supuesto podría defenderse la titularidad individual aun con la necesidad de que el ejercicio del derecho —en este caso, el derecho a la huelga— sea colectivo. Distinguiríamos así entre la titularidad colectiva o cotitularidad y el ejercicio colectivo de un derecho de titularidad individual que es, obviamente, cosa bien distinta.

El Tribunal Constitucional, por otro lado, no siempre ha seguido estrictamente la terminología constitucional a la hora de reconocer la titularidad de derechos. Así, por ejemplo, ha extendido los derechos esenciales de la persona a todos los extranjeros, aunque la literalidad del artículo 13.1 CE parecía indicar una interpretación más restrictiva. Al respecto, en su STC 95/2000, de 10 de abril de 2000, en la que se resolvía el derecho a la asistencia sanitaria de una mujer extranjera que carecía del permiso de residencia y que convivía con un español, el Alto Tribunal afirmó que: «... este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del

³⁶ GÓMEZ MONTORO, A.J.: «Titularidad de derechos fundamentales», en ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, ob. cit., pág. 116.

principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el artículo 13.1 CE, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde nuestra STC 107/1984, de 23 de noviembre, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales».

Por tanto, para determinar quién sea el titular de un derecho en cada caso debe acudirse obviamente al texto constitucional, pero es igualmente inexcusable la consulta de los Estatutos de Autonomía, de la legislación de desarrollo, de los tratados internacionales, y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Derechos Humanos. Sólo un análisis sistemático de todo ello, como corresponda al caso, nos permitirá fijar con precisión la posición del ordenamiento jurídico multinivel español en este punto.

La titularidad de los derechos constitucionales es irrenunciable, como ha confirmado el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias, aunque, obviamente, sí puede renunciarse el ejercicio concreto de uno o más derechos en una circunstancia o caso igualmente determinado. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 76/1990, de 26 de abril, estableció claramente que: «desde la perspectiva del sujeto responsable, es claro que esta abstención en el ejercicio de impugnaciones no supone una renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva, lo que sería en sí mismo inconstitucional, dado el carácter irrenunciable e indisponible de este derecho fundamental, sino simplemente al uso de tal derecho y de las acciones en que se manifiesta por un período de tiempo y en relación con un acto administrativo concreto». También, aunque con carácter excepcional, pueden suspenderse algunos derechos constitucionales. La Constitución española prevé esta posibilidad en el artículo 55, que será objeto de análisis en un capítulo posterior.

Podríamos decir que la titularidad de los derechos se pierde con la muerte como se pierde con ésta la personalidad civil (art. 32 del Código Civil). Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una vez fallecido el titular de los derechos, y extinguida su personalidad (de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Código Civil citado), desaparece —afirma el Alto Tribunal— «también el mismo objeto de la protección constitucional. De esta suerte no cabe aceptar la indefensión de una persona fallecida». Esto es una consecuencia de la desaparición del sujeto del derecho y de la finalización del reconocimiento de la capacidad jurídica que se le otorgó con el nacimiento.

4. Nacionalidad española, titularidad y ejercicio de los derechos.

El artículo 11 CE establece que la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley (arts. 17 a 28 del Código Civil). En lo que a estas páginas interesa, la nacionalidad es un atributo directamente vinculado al ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el ordenamiento español. Las diferencias para el acceso y el libre ejercicio de los derechos entre los nacionales (y asimilados) y los no nacionales (aunque hay categorías muy distintas entre estos últimos) deben estar firmemente fundamentadas en principios y criterios constitucionales y legales, y tener en el principio de igualdad su horizonte tanto para los nacionales y asimilados como para los no nacionales, en los términos legalmente

establecidos.

El valor (art. 1.1 CE), el principio (art. 9.2 CE) y el derecho a la igualdad (art. 14 CE), enmarcan transversalmente el ordenamiento multinivel español. La Constitución contiene otras referencias a la igualdad; así, específicamente, el 139.1 CE establece que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» y, en el mismo sentido, el artículo 149.1 CE, que enumera las materias de competencias exclusivas del Estado, establece, como primera de ellas, que le corresponde la: «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». El derecho a la igualdad no representa, sin embargo, que todas las personas físicas, de nacionalidad española, sean titulares, en todo momento y en toda circunstancia, de todos los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Ese *status* general de sujeto de Derecho descansa en el reconocimiento de la capacidad jurídica, como capacidad general de ser agente y receptor de efectos jurídicos. La titularidad no es una capacidad general, sino que tiene que ver con el derecho concreto del que se predique dicha titularidad; por tanto, no se vulnera la igualdad, por ejemplo, si a un menor de edad no se le reconoce la titularidad del derecho de sufragio.

Más discutible resultan otras matizaciones del principio de igualdad que, sin embargo, han recibido respaldo jurisprudencial. Así el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 173/1998, de 23 de julio, estableció respecto del contenido del mencionado artículo art. 139.1 CE, que consagra la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio, que este tipo de preceptos «son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales. El principio consagrado en este artículo 139.1 CE, constituye un límite y una directriz que acota y guía el ejercicio de las competencias que poseen el Estado «ex» artículo 149 CE y las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. El Estado mediante sus competencias y la reserva de ley orgánica puede y debe asegurar «una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservar también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente del legítimo ejercicio de la autonomía» (STC 319/1993, con cita de la STC 122/1988). Para las Comunidades Autónomas este precepto también establece una limitación, aunque debe advertirse que ese «principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que en cualquier parte del territorio se tengan los mismos derechos y obligaciones» (STC 337/1994, fundamento jurídico 19); y, en segundo lugar, que dado el ámbito de aplicación territorialmente limitado de la legislación autonómica, lo primero que en ella debe preservarse es el trato igual que en ella debe dispensarse a todos los residentes en una determinada Comunidad Autónoma.

La jurisprudencia constitucional, por tanto, admite ciertas matizaciones en la aplicación del principio de igualdad en relación con la descentralización territorial.

Esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, al decidir sobre la compatibilidad de la inclusión de derechos en algunos Estatutos de Autonomía (entre ellos, en el de Cataluña), ya que esta tendencia legislativa en algunas Comunidades Autónomas podría vulnerar, entre otros, el derecho a la igualdad en el acceso y el ejercicio de los derechos en todo el territorio nacional. El Tribunal Constitucional ha avalado la posibilidad de que los Estatutos incorporen derechos, pero ha interpretado dicho contenido vinculándolo al ámbito competencial de cada Comunidad y rebajando su naturaleza jurídica en muchos casos a la de principios.

5. Los ciudadanos de la Unión Europea como titulares de los derechos

Como es conocido, el Tratado de la Unión Europea conformó la *ciudadanía europea* y con ella se consolidó un *status* de ciudadano europeo singular. Los ciudadanos europeos de cualquiera de los Estados miembros son sujetos del Derecho de la Unión Europea y específicamente son sujetos de los derechos fundamentales reconocidos en este ámbito.

El Preámbulo del Tratado de la Unión Europea estableció la ciudadanía europea y su artículo 9 consagró dicha ciudadanía estableciendo que «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».

El Tratado de Funcionamiento ha regulado también expresamente las cuestiones relativas a la nacionalidad y a la ciudadanía europea. En el artículo 20, tras reiterar, en su apartado 1, lo que dice en artículo 9 del TUE antes citado, se establece: que los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados; y que tienen, entre otros, los derechos:

- a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;
- b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;
- c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;
- d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.

Establece igualmente este precepto que estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos. Los artículos 21, 22, 23 y 24 se dedican al reconocimiento de los derechos de circulación, de sufragio, de protección diplomática y consular, la iniciativa legislativa popular, el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y la posibilidad de dirigirse a otras instituciones y de presentar quejas ante el Defensor del Pueblo Europeo (derechos que están incluidos igualmente en la Carta de Derechos Fundamentales). Complementariamente el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento establece que en «el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».

6. Los extranjeros como titulares de derechos

6.1. Los derechos de los extranjeros en la Constitución

Es frecuente en la historia de los derechos y libertades la referencia a los derechos del hombre o a los derechos humanos en un sentido evidentemente universalista, pero es lo cierto que el reconocimiento efectivo de los derechos ha caminado unido al desarrollo de los Estados nacionales y al reconocimiento que de los mismos se ha llevado a cabo en el ámbito internacional. El artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos impone a los Estados que los derechos reconocidos en dicho Convenio se apliquen a todas las personas dependientes de su jurisdicción, «otorgando de esta forma al Convenio una efectividad o alcance territorial»³⁷.

La participación de España en la Unión Europea ha incorporado la categoría de *ciudadano europeo* a nuestro ordenamiento, pero la condición de extranjero sigue manteniéndose respecto de los nacionales de terceros Estados. Aunque en las últimas décadas la legislación relativa a los extranjeros se ha modificado para ampliar sus derechos y tutelar sus intereses, la situación de los extranjeros continúa estando muy alejada del estándar de protección que reciben los nacionales y

³⁷ FREIXES SANJUÁN, T., REMOTTI CARBONELL, J.C.: «Los derechos de los extranjeros en el ámbito del Consejo de Europa: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos», en *Revista Migraciones*, 2 (1997), pág. 163.

los ciudadanos de la Unión.

El artículo 13 de la Constitución española recoge los criterios básicos en torno al reconocimiento y ejercicio de los derechos de los extranjeros en España. El apartado 1 de dicho precepto establece que: *Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.* De conformidad con este precepto existe en la Constitución una cláusula abierta por la cual serán los tratados y las leyes las que determinen el *status* de los extranjeros en materia de derechos y libertades, dentro de los reconocidos en el Título I.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la expresión *libertades públicas* debe ser interpretada en un sentido amplio y, por tanto, comprende también a los derechos. El Alto Tribunal ha señalado también que los extranjeros gozan en España de los derechos vinculados a la dignidad personal reconocida en el artículo 10.1 CE. Los derechos de los extranjeros tienen, pues, fundamento constitucional, aunque tales derechos sean, finalmente, de configuración legal. Expresamente afirmó el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, que la «previsión del artículo 13 de la CE de que los «extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley» no supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros respecto de los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente Título, en los términos que establecen los Tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional, aunque, en cuanto a su contenido, todos ellos, sin excepción, son derechos de configuración legal».

No exige el artículo 13.1 ningún requisito que la ley deba respetar en relación con los derechos de los extranjeros como, por ejemplo, la reciprocidad (salvo lo que a continuación se dice respecto al derecho de participación) o la preferencia por los nacionales de determinados países. Sí, sin embargo, se contempla la existencia de lazos históricos entre España y otros países en el artículo 11.3 CE, cuando establece que el Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los *países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una peculiar vinculación con España.* La cláusula general que contiene el artículo 13.1 de la Constitución y que comprende, como se ha dicho, a todos los derechos del Título I, queda limitada respecto al derecho de participación política por lo establecido en el apartado 2 del mismo artículo 13 que, literalmente, establece: *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.*

El término «y pasivo», fue incluido mediante reforma constitucional de 27 de agosto de 1992, para acomodar el artículo 13.1 de la Constitución al artículo 8 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) que reconocía el derecho de sufragio activo y pasivo, en términos de reciprocidad, a los nacionales de todos los países integrados en la Unión. De la redacción de este precepto podemos deducir que la Constitución es mucho más abierta en relación con los *derechos civiles* que con los *derechos de naturaleza política* y, en especial, con el derecho de participación política que se reconoce en el artículo 23 del texto fundamental.

6.2. La legislación de desarrollo en materia de derechos de los extranjeros

El artículo 13 de la Constitución ha recibido un amplio y diversificado desarrollado del que destacan las siguientes normas:

- a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

- b) Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, de 1 de julio de 2015.
- c) Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.
- d) Reglamento (UE) n ° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida
- e) Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- f) Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.
- g) La Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (LEP).
- h) El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- i) Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.
- j) Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha pretendido reconocer a los extranjeros un status que manifieste la previsión constitucional contenida en el artículo 13.1 CE. La Ley, en su artículo 2 *ter*, *Integración de los inmigrantes*, establece que es obligación de los poderes públicos promover la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley y que las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato.

En cuanto a los derechos de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, la Ley Orgánica establece que se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la Ley Orgánica 4/2000 en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

En general esta Ley Orgánica reconoce a los extranjeros, en los mismos términos que a los españoles, los derechos inherentes a la persona humana (la vida, la integridad física y psíquica...); en cuanto a otros derechos, la Ley distingue entre los extranjeros que se encuentren legalmente en España —que posean autorización de estancia o residencia— de aquellos otros que no posean esta condición y, también, distingue en ocasiones en razón de otros requisitos como el empadronamiento (participación política, art. 6), establece limitaciones (libre circulación, art. 5). En relación con el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, el artículo 10 de la Ley Orgánica establece que los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en la Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente. Además, los extranjeros tienen también derecho a acceder al empleo público en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico

del Empleado Público.

La Ley Orgánica prevé también el acceso de los extranjeros a determinados servicios esenciales, como la asistencia sanitaria (art. 12).

En cuanto a la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (LRDA)*, tiene por objeto cumplir el mandato constitucional contenido en el apartado 4 del artículo 13 con relación a que una ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España. La LRDA contiene la regulación respectivamente del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

El derecho de asilo protege a los extranjeros que sean perseguidos por actos políticos y a los que hayan cometido delitos políticos o conexos que no se hayan realizado en España; la protección que otorga esta ley no se extiende a los actos de terrorismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 13.3 de la Constitución. La concesión del derecho de asilo otorga al extranjero inviolabilidad mientras se encuentre en territorio español.

Por otro lado, esta Ley reconoce también la condición de refugiado en los términos contemplados en los Tratados y Convenios internacionales y, en especial, en la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de Ginebra de 28 de julio de 1951 y en el Protocolo sobre el mismo tema, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967; ambos documentos forman parte del ordenamiento jurídico español por adhesión de fecha 22 de junio de 1978.

Por su parte, la *Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (LEP)*, regula, con todas las garantías, este acto de soberanía que, conforme a la Ley española, requiere reciprocidad. El artículo 2 de esta Ley establece que se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las leyes españolas y las del Estado solicitante de la extradición señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en la legislación española. El artículo 3 de esta Ley establece que no se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales Españoles, según el ordenamiento jurídico español. La cualidad de nacional será apreciada por el tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes de nuestro ordenamiento jurídico, y siempre que no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición.

Por último, la *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*, incorpora diversas normas que afectan a los extranjeros que se encuentren en España. Así, el artículo 13, regula lo relativo a la acreditación de su identidad y a la obligación de llevar su documentación y de mostrarla cuando sea requerido por las autoridades o sus agentes en cumplimiento de la ley. Añade también este artículo 13 que los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal.

La Ley Orgánica 4/2015³⁸, ha introducido una nueva Disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que se refiere específicamente a un régimen especial de Ceuta y Melilla. Esta nueva Disposición adicional establece que los «extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España». Añade esta Disposición, en su apartado 2, que «el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos

³⁸ En su Disposición final primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

humanos y de protección internacional de la que España es parte».

Por último, el apartado 3 de la Disposición adicional se refiere a la tramitación de las solicitudes de protección internacional que deberán formalizarse en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

7. La edad

7.1. Edad, capacidad de obrar y titularidad de los derechos

La Constitución española ha establecido que los españoles son mayores de edad a los 18 años (art. 12 CE). La edad, en concreto la mayoría de edad, es un elemento de incidencia directa en el reconocimiento tanto de la titularidad como de la *capacidad de obrar* de las personas físicas. La *capacidad de obrar* implica siempre, como ya dijimos, la previa existencia de la capacidad jurídica y, en su caso, de la titularidad. La Constitución española menciona la edad en los siguientes preceptos:

- artículo 12, para establecer la mayoría de edad a los 18 años;
- artículo 32.2, para remitir a la ley la regulación de la edad para contraer matrimonio;
- artículo 39.3, en el que se establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante la minoría de edad de éstos;
- artículo 39.4, que reconoce a los niños la protección prevista en los acuerdos internacionales sobre la materia;
- artículo 50, que regula las obligaciones de los poderes públicos respecto de las personas de la denominada *tercera edad*;
- artículos, 57.1, 58, 59, 60 y 61, del Título II, que regulan aspectos relativos a la Corona como la sucesión, la regencia, la tutela y el juramento del Rey y del Príncipe de Asturias;
- Disposición Adicional 2.a, relativa a la mayoría de edad fijada en el artículo 12 CE respecto a los derechos forales en el ámbito del Derecho privado;
- Disposición Transitoria 8.a 3, que estableció normas transitorias para el caso de disolución de las Cortes (art. 115 CE) sin que se hubiera producido el desarrollo de los artículos 68 (composición del Congreso de los Diputados) y 69 (composición del Senado) de la Constitución.

Sin perjuicio del progresivo reconocimiento de la autonomía de las personas menores de edad, en nuestro sistema multinivel de derechos, podemos distinguir tres casos en relación con la edad y la titularidad:

- a) Que el menor de edad no sea titular del derecho por ser la edad requisito necesario para la atribución de dicha titularidad (por ejemplo, derecho de sufragio).
- b) Que se atribuya la titularidad del derecho al menor de edad pero que, por carecer éste de la capacidad de obrar que acompaña a la minoría de edad, no pueda ejercerlo y/o defenderlo directamente y precise de un representante (así, por ejemplo, los derechos a la integridad física y moral, prohibición de tortura y trato inhumano o degradante, derecho a la propiedad privada, derecho a la intimidad y a la propia imagen...). En este caso, existe un titular del derecho que puede ejercerlo a través de un tercero y ser receptor pasivo de los efectos jurídicos, pero sólo puede incidir activamente en ellos y defenderlos a través de un tutor o representante.
- c) Que se le atribuya tanto la titularidad como la capacidad de obrar aun siendo menor de edad. Este es el caso, por ejemplo, del derecho a la libertad de decisión en el ámbito sanitario donde la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la*

autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que el menor será escuchado antes de realizar cualquier acto médico que le afecte si tiene doce años cumplidos. Además, si el menor tiene dieciséis años o está emancipado puede adoptar sus propias decisiones en este ámbito (con excepción de actos que se refieran a reproducción asistida o a ensayos clínicos). En el ámbito de la investigación biomédica y los ensayos clínicos tiene mucho interés el principio del interés superior del menor aunque, como señala C. Elías «no en su interpretación absoluta que sostiene que dicho interés debe prevalecer sobre cualquier otro, sino más bien en una interpretación más orientada a su bienestar (Kindeswohl), buscando la protección concienzuda de los menores de edad»³⁹, para permitir la realización de investigaciones aunque «no beneficie al menor, siempre que la carga y el riesgo sean mínimos», conforme a esta tesis la autora citada propone el término «bienestar del niño» en lugar de la expresión más usual de «interés superior del menor».

También, en su redacción inicial, la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo reconoció a las mujeres de 16 y 17 años la capacidad para adoptar decisiones autónomamente en esta materia, pero esta previsión fue modificada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, que exigió, junto al consentimiento de la mujer, el de sus representantes legales. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, volvió a reconocer la autonomía de las mujeres de 16 y 17 años para adoptar esta decisión.

También el Código civil reconoce la titularidad del derecho constitucional al matrimonio a los menores de edad en determinados casos.

En las últimas décadas se aprecia una tendencia legislativa favorable a la participación del menor en las decisiones que le afecten, cuando el ordenamiento no le reconoce la capacidad de actuar plenamente respecto de los derechos de los que es titular o cuando estén afectados sus intereses jurídicos, reconociendo relevancia jurídica a su manifestación de voluntad.

En general, el ordenamiento gradúa dicha relevancia jurídica en razón del grado de madurez del menor (por ejemplo, el de aceptación o rechazo de tratamientos médicos en menores entre doce y dieciséis años, en el caso de la autorización para el matrimonio de menores de edad o en los supuestos de objeción de conciencia).

7.2. Legislación de menores

La idea de proteger específicamente a los menores es relativamente reciente y tiene en la primera *Ley de Protección a la Infancia, de 12 de agosto de 1904*, un hito importante. Como sucede en el caso de los mayores de edad, el conjunto de los derechos reconocidos a los menores y su articulación jurídica requiere una interpretación integrada de los preceptos constitucionales, legales, de los convenios y tratados internacionales, y de las normas comunitarias que se refieren a este importante asunto. Las Comunidades Autónomas han regulado también con mucha amplitud los derechos de los menores en el marco de sus respectivas competencias.

Entre la abundante legislación que afecta a las personas menores de edad, cabe reseñar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; Ley Orgánica 8/2021,

³⁹ Elías Méndez, C.: «The Principle of the Best Interests versus the Wellbeing of the Child in Biomedical Research», en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada = Law and the human genome review: genetics, biotechnology and advanced medicine*, núm. 48 (2018), p. 32.

de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

7.3. Los derechos de los menores y principios de actuación de las Administraciones públicas

Como ya hemos señalado, la Constitución, en su artículo 12, establece que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años. A partir de este momento y si no existe otra causa de restricción (incapacidad, sentencia firme...), el sujeto adquiere la titularidad de aquellos derechos que requieren mayoría de edad y el pleno ejercicio tanto de los que ya tenía como de los adquiridos como consecuencia de la mayoría de edad. La edad fijada en el artículo 12 CE —18 años— es la misma que recoge el artículo 1⁴⁰ de la Convención de los Derechos del Niño (CDN)⁴¹.

El artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales consagra los derechos de los menores en los siguientes términos:

- Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar.
- Pueden expresar su opinión libremente y ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez;
- En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial; todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus padres, salvo si son contrarios a sus intereses.

Los veintisiete Estados miembros de la Unión han ratificado, además, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

En el sistema multinivel español sobre los derechos de los menores se han venido consolidando ciertos principios generales que articulan el marco jurídico imprescindible para la regulación de los derechos de los menores, teniendo como referencia las previsiones constitucionales y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴², de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- a) *Principio de reconocimiento máximo de derechos.* La tendencia general, tanto en la legislación de producción interna como en la de producción internacional y comunitaria, es la de extender los derechos reconocidos a los menores, salvo en los casos en los que, por las propias características o fines del derecho, sea éste incompatible con la minoría de edad. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.
- b) *Interés superior del menor,* es «un concepto procedente del Derecho anglosajón que se ha introducido en nuestro ordenamiento a través de la ratificación de determinados instrumentos internacionales, pero que no se encuentra incluido expresamente en la Constitución española» que puede modificar o limitar el derecho de los padres

⁴⁰ El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: *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.*

⁴¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 y, para España, el 5 de enero de 1991 (BOE, 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁴² Esta Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, fue ampliamente reformada por la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, completada por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* y ha sido modificada también por la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*.

cuando se pone en riesgo el bienestar del hijo⁴³. En España, «el principio del interés del menor se ha incorporado a la legislación interna de forma relevante, impactando asimismo en el ámbito jurisprudencial de forma significativa»⁴⁴, incluyendo una mayor definición y articulación del concepto de (art. 2 de la LO 1/1996), incorporando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los criterios de la *Observación general n.º 14*, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Este concepto que venía siendo aplicado jurisprudencialmente queda ahora definido en la Ley Orgánica con un triple contenido: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo, de forma que ante «la posibilidad de diversas lecturas o interpretaciones de una disposición jurídica deberá optarse por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor»⁴⁵ y como norma de procedimiento. Complementariamente, se establece un criterio de ponderación proferente entre derechos de manera que, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo.

Además de su reconocimiento directo en la legislación como derecho sustantivo, a efectos de interpretación, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios generales:

- la satisfacción de las necesidades básicas del menor,
- la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, o
- la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

Los anteriores criterios deben ponderarse en función de elementos tales, como:

- la edad y madurez del menor,
- la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, o
- la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten.

Como norma de procedimiento, la preeminencia del interés superior del menor debe manifestarse en las garantías procesales y en el procedimiento en sí mismo (derecho a ser informado, oído y escuchado; intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos, adopción de decisiones que incluyan en su motivación los criterios utilizados...).

c) *Principio de tutela directa y subsidiaria*. La tutela directa se encomienda preferentemente a los progenitores o, en su caso, a los tutores o representantes del menor (art. 39.3 CE, art. 5 de la CDN) y la tutela subsidiaria es, en general, asumida por los poderes públicos, sin perjuicio de las políticas generales de promoción y protección sectorial (art. 39.2 y 4 CE, arts. 2, 3 y 4 CDN).

d) *Principio de audiencia. Derecho a ser oído y escuchado*. La legislación sobre menores tutela también la posibilidad del menor de manifestar su voluntad en el marco del ejercicio de los derechos que le corresponden, fortaleciendo este principio en los

⁴³ ELÍAS MÉNDEZ, C.: «El principio de bienestar del menor en lugar del interés superior del menor en el ámbito de la investigación biomédica: una propuesta de *lege ferenda*», en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Menores e investigación biomédica*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 105.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Idem*, p. 106.

siguientes aspectos (arts. 9 y 10 LO 1/1996, en la redacción dada por la LO 8/2015, de 22 de julio):

- se reconoce el derecho del menor ser oído y escuchado sin discriminación por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que pueda verse afectado.
- se sustituye el término *juicio* que figuraba en la Ley de 1996, por el de *madurez*, que ya venía siendo utilizado mayoritariamente antes de la reforma de 2015. En todo caso, la Ley adopta el criterio de que los menores tienen *suficiente madurez* a los doce años cumplidos.
- se establece que, en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente.
- se reconoce al menor la posibilidad de plantear *quejas* ante el Defensor del Pueblo o ante las instituciones autonómicas homólogas.

Además de los principios enunciados, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, incluye un catálogo de derechos entre los que se encuentran algunos derechos fundamentales consagrados en la Constitución, por lo que la Ley del menor lo que realmente hace es confirmar la titularidad de los menores en relación con estos derechos. Así, por ejemplo, los siguientes:

- *Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.* El artículo 4 de la Ley Orgánica (en concordancia con el art. 18 CE) establece que 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».
- *Derecho a la información.* Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo y 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 (art. 5 en concordancia con el artículo 20 CE).
- *Libertad ideológica, de conciencia y de religión.* El artículo 6 (en concordancia con el art. 16 CE) reconoce a los menores la libertad de ideología, conciencia y religión y establece que 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. 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.
- *El derecho de participación, asociación y reunión.* El artículo 7 de la Ley Orgánica (en concordancia con los arts. 23, 22 y 21 CE respectivamente) atribuye la titularidad de estos derechos fundamentales a los menores y encomienda a los poderes públicos el fomento de la constitución de órganos de participación de los menores y de organizaciones sociales para la infancia.
- *La libertad de expresión.* El artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1996, establece que los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos, y que 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 la propia Ley Orgánica.

El artículo 11 de la Ley Orgánica completa las previsiones anteriores con una serie de principios rectores de la acción administrativa, tendentes a garantizar los derechos de los menores reconocidos en la Constitución y en la Ley. En este sentido, las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, y desarrollarán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia, y servicios para los

menores, los cuales tienen derecho a acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus padres o tutores o instituciones.

Las Administraciones públicas deben impulsar políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales, teniendo en cuenta –según dispone expresamente la Ley Orgánica– que el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos. La Ley encomienda a las Administraciones 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 otras condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.

El artículo 11, en su apartado 2, fija taxativamente los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en este ámbito:

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

La Ley Orgánica incluye también los *deberes* en su art. 9 bis, que dispone que las personas menores de edad, “de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social”. Los poderes públicos quedan obligados a promover y fomentar el “conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal”. La ley Orgánica regula específicamente los deberes en el ámbito familiar, en el ámbito escolar y en el ámbito social (art. 9 ter, quáter y quinquies).

Respecto de la protección de las personas menores de edad es relevante citar la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Esta Ley orgánica tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida (art. 1 LO).

La Ley orgánica 8/2021 se aplica todas las personas menores de edad que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia y también a las personas menores de edad de nacionalidad española en el exterior (arts. 2 y 51 LO).

La Ley Orgánica de 2021 asume los principios y criterios generales de interpretación del interés superior del menor, recogidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y enuncia otros como la prohibición de toda forma de violencia sobre los niños, niñas y adolescentes; la promoción del buen trato al niño, niña y adolescente como elemento central de todas las actuaciones o la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la victimización secundaria.

Por su parte la disposición final segunda de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril modificó el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores con relación a las penas correspondientes a determinados delitos en función de la edad del menor infractor.

CAPÍTULO XIII

CONTENIDO ESENCIAL Y LÍMITES DE LOS DERECHOS CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea
UNED

SUMARIO. 1. *Contenido esencial de los derechos.* 1.1. Concepto. 1.2. La concepción institucional de los derechos 1.3. Delimitación del contenido esencial de un derecho. 1.4. Contenido esencial y desarrollo legislativo de los derechos. 2. *El carácter limitado de los derechos.* 3. *Tipos de límites de los derechos.* 4. *Clasificación de los derechos.* 4.1. Clasificación cronológica. 4.2. Clasificación por la fuente de producción. 4.2.1. Derechos constitucionales. 4.2.2. Derechos reconocidos en convenios y tratados internacionales. 4.2.3. Derechos comunitarios. 4.2.4. Derechos legales. 4.3. Clasificación por su contenido. 4.3.1. Derechos del ámbito personal. 4.3.2. Derechos de la esfera privada. 4.3.3. Derechos del ámbito político. 4.3.4. Derechos del ámbito económico. 4.4. Clasificación por su naturaleza. 4.4.1. Derechos de libertad o autonomía. 4.4.2. Derechos de prestación. 4.5. Clasificación por el sujeto. 4.5.1. Derechos individuales. 4.5.2. Derechos colectivos. 4.6. Clasificación por sus garantías. 4.6.1. Garantías constitucionales. 4.6.2. Garantías internacionales. 4.6.3. Garantías en el ámbito de la Unión Europea.

1. Contenido esencial de los derechos

1.1. Concepto

En la regulación constitucional de los derechos y libertades, es cada vez más frecuente la exigencia de que la ley respete su núcleo básico o *contenido esencial*. Esta exigencia se encuentra en el artículo 53.1 de la Constitución, que determina que el desarrollo legislativo deberá respetar el *contenido esencial* del derecho y ha tenido amplia repercusión en la jurisprudencia constitucional tanto nacional como foránea. Sin embargo, nada dice la Constitución acerca del concepto y alcance del contenido esencial de los derechos como tempranamente reconoció el Tribunal Constitucional (STC 37/1981, de 16 de noviembre); la Constitución no determina cuál sea el contenido esencial de los derechos y libertades, por tanto las controversias que al respecto puedan suscitarse deben ser resueltas por el propio Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), corresponde, en último término y para cada caso concreto, llevar a cabo esa determinación.

La idea de que los derechos poseen un contenido esencial se incluyó en el artículo 19.2 de la Constitución alemana de 1949, que establece que *en ningún caso la esencia de un derecho fundamental podrá ser traspasada* y representa, tanto en ese país como en España, la prohibición de que se regule un derecho de tal manera que, como afirma nuestro Tribunal Constitucional, desfigure y difumine los límites del derecho hasta hacerlo irreconocible. En la misma línea, se pronuncia la Constitución portuguesa de 1976 en su artículo 18.3.

El contenido esencial del derecho delimita un ámbito indisponible para el legislador que garantiza que dicho derecho no sea desnaturalizado por la legislación de desarrollo.

La conveniencia de proteger el contenido esencial de los derechos ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional español como ya previamente habían hecho el Consejo Constitucional francés, de la Corte Constitucional italiana y del Tribunal Constitucional austriaco que ha sentado la doctrina de que la ley no puede suprimir la esencia de los derechos fundamentales. De igual manera, el artículo 17 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* prohíbe cualquier acto que pueda llevar a la destrucción de los derechos fundamentales y la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* determina que cualquier limitación de los derechos reconocidos en ese texto debe ser establecida por ley y respetar su contenido esencial.

1.2. Delimitación del contenido esencial del derecho

El más importante problema es, sin duda, saber en cada caso cuál es el contenido esencial de un derecho concreto. El Tribunal Constitucional ha ido progresivamente delimitando lo que debe entenderse por contenido esencial de un derecho y, a través de sus sentencias, también el contenido esencial de derechos concretos. En un primer momento el contenido esencial de un derecho representaba para el Tribunal Constitucional una restricción a la potestad legislativa del Estado puesto que éste no podía invadir esa esfera esencial (STC 5/1981, de 13 de febrero); se postula, pues, que ninguna limitación introducida por el legislador que desconozca o desnaturalice el derecho puede estar justificada⁴⁶.

Con todo, fue en la posterior Sentencia 11/1981, de 8 de abril, en la que más nítidamente expuso el Tribunal los medios a través de los cuales podía conocerse el *contenido esencial* de los derechos. Señaló el Tribunal que para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 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.

- a) 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 la denominación 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 el legislador ha regulado un derecho concreto de manera ajustada o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Así, pues, este primer camino trataría de acudir a la naturaleza jurídica del derecho comparando la literalidad de la norma con la idea generalizada que sobre el derecho en cuestión tengan los juristas, jueces y los especialistas en Derecho. Mediante este sistema constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades del mismo que le hacen reconocible como perteneciente a un tipo concreto y sin las cuales se desnaturalizaría y dejaría de

⁴⁶ MARTÍN RETORTILLO, L., DE OTTO Y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 127.

pertenecer a dicho tipo. El Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 11/1981, de 8 de abril, lo expresa de la siguiente forma:

«El contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 CE, puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los Jueces y, en general, los especialistas en Derecho, de modo que 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».

b) Un segundo camino para definir el contenido esencial de un derecho sería, sigue afirmando el Tribunal Constitucional, tratar de buscar 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 necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos». Según este criterio, se vulneraría el contenido esencial de un derecho cuando queda sometido a limitaciones excesivas que lo hacen impracticable. Nuevamente fue en la sentencia 11/1981 citada donde el Tribunal afirmó:

«El contenido esencial puede determinarse también complementariamente a partir de lo que se llama los intereses jurídicamente protegidos, de modo que 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».

Añade, por último, el Tribunal Constitucional que estos dos caminos para encontrar el «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. Por tanto, como ha señalado, T. Freixes, para el Tribunal Constitucional «el contenido esencial puede concretarse a partir de la reconocibilidad del tipo abstracto o preexistente conceptualmente, e inherente a la concepción social del momento de la juridificación (aunque puede presentarse una evolución del concepto), y/o también, a partir de la reservación de los intereses jurídicos como núcleo duro subyacente o médula de los derechos»⁴⁷.

1.3. Contenido esencial y desarrollo legislativo de los derechos

El mencionado apartado 2 del artículo 53 CE establece la obligación de respeto del contenido esencial de los derechos regulados en el Capítulo II, del Título I (artículos 14 a 38), por tanto esta garantía del desarrollo legislativo de los derechos no se refiere a la totalidad de los derechos constitucionales ni legales sino tan solo, como hemos dicho, a un grupo específico de derechos. El Tribunal Constitucional, entre otras en su STC 101/1991, de 13 de mayo, ha confirmado este ámbito acotado al establecer que la

⁴⁷ FREIXES, SANJUÁN, T.: «Contenido esencial de los derechos fundamentales», en ARAGÓN REYES, M. (Coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, ob. cit., pág. 132.

cláusula de respeto al contenido esencial no es aplicable al Capítulo III, del Título I (arts. 39 a 53).

Debemos tener en cuenta igualmente, que los derechos afectados por la cláusula del respeto del contenido esencial (arts. 1 a 38) son plenamente eficaces y aplicables aunque no hubieran sido desarrollados por la ley, puesto que el desarrollo legislativo al que el apartado 2 del artículo 53 CE alude es una facultad del legislador pero no un requisito para la eficacia de estos derechos.

Por otro lado, la cláusula del respeto al contenido esencial de los derechos del Capítulo II, no debe llevarnos a considerar que el resto de los derechos constitucionales podrían ser regulados de manera que quedarán desnaturalizados o resultarían impracticables. Así, el respeto al contenido esencial de los derechos contenidos en los artículos 14 a 38, es una reiteración garantista frecuente en la Constitución española, producto de las circunstancias históricas en las que se elaboró el texto constitucional y del deseo de los constituyentes de romper con los principios del régimen anterior. Lo expuesto lleva a la conclusión, según la autora citada, de que nos encontramos ante una garantía formal pero no material ya que, tanto unos como otros derechos, deben ser regulados, en su caso, de manera que se respete su esencia y su naturaleza propia. En mi opinión, y entendiendo que no debe haber en la Constitución expresiones o frases sin relevancia alguna, creo que el legislador ordinario se encuentra más firmemente vinculado al contenido esencial o a la naturaleza propia de los derechos contenidos en el Capítulo II, del Título I (arts. 14 a 38), mientras que goza de un mayor margen de discrecionalidad a la hora de regular otros derechos constitucionales aun con el límite de mantener mínimamente la identidad de cada derecho.

2. El carácter limitado de los derechos

Como vimos en un capítulo anterior, el reconocimiento y progresiva incorporación de los derechos a las sociedades humanas ha sido un proceso largo, costoso y, todavía hoy, inacabado. Si bien no puede considerarse sencillo elaborar una teoría completa acerca de los derechos y libertades, mucho más complejo resulta su articulación efectiva en las democracias actuales donde dichos derechos deben coexistir con valores y bienes constitucionalmente protegidos, con garantías institucionales y con las necesidades organizativas de la propia sociedad. Con todo, afirmar la existencia de un conjunto de derechos sin poder asegurar, como señala G. Peces-Barba⁴⁸, su realización, su ejercicio y su vigencia práctica resulta perjudicial para la doctrina de los derechos del hombre. En el Estado constitucional democrático, señala M. Aragón Reyes, «los derechos de los ciudadanos son, pues, constitucionales y no meramente legales», aunque ésta no es condición suficiente «pero sí una de las condiciones necesarias para que esa forma de Estado suponga la efectiva juridificación de la democracia, esto es, el modo de hacer compatible la existencia del poder político institucionalizado y la subsistencia de una sociedad de hombres libres»⁴⁹.

El Tribunal Constitucional muy tempranamente declaró que no existen en el ordenamiento español «derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites» (STC 2/1982, de 29 de enero), manifestación que ha sido repetida en numerosas sentencias del Alto Tribunal. Esta idea de la limitación de los derechos, responde a la pretensión de que el reconocimiento de un derecho no lleve, *de facto*, a una situación de abuso o de uso antisocial del derecho (art. 7.2 del Código Civil) y permite, también, avalar la tesis

⁴⁸ PECES-BARBA, G.: *Derechos fundamentales*, Biblioteca Un. Guadiana, Madrid, 1976, pág. 117.

⁴⁹ ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y derechos fundamentales*, Quaderns de Treball, Centre d'Estudis de Drets Humans, UAB, 2 (1994), pág. 16.

de que para que todos los derechos reconocidos puedan ser ejercitados ninguno de ellos puede ser ilimitado.

La doctrina, de manera casi unánime y siguiendo la jurisprudencia constitucional, ha defendido el carácter limitado de los derechos, que no son, por tanto absolutos, sino que deben articularse en un sistema en el que sea posible el ejercicio de todos ellos, lo cual sólo es factible, como antes dijimos, aceptando que pueden tener límites. El constituyente, como ha señalado, F. Balaguer, «al prefigurar los derechos establece ya límites» que «actúan directamente en relación con el contenido esencial del derecho garantizado en constituciones como la alemana o la española. De tal manera que la ausencia de desarrollo legislativo no impide la realización esencial del derecho»⁵⁰.

Por otro lado, no debemos desconocer que, en ocasiones, se trata como un problema de *límites* del derecho lo que no es sino una cuestión de *contenido* del derecho, problema al que se ha aludido en epígrafes anteriores. Determinar cuál sea el contenido de cada derecho evitaría, en gran medida, muchos de los problemas que denominamos de *límites* de los derechos. Sin embargo, establecer el contenido exacto de cada derecho es una labor ingente en la que debe interpretarse conjuntamente, la Constitución, la legislación de desarrollo, las normas internacionales, si es el caso, y la jurisprudencia nacional y supranacional.

A pesar de lo expuesto, algún sector doctrinal, ha defendido que algunos derechos constitucionales son absolutos. Avala esta posición la contundente redacción de algún precepto constitucional como sucede, por ejemplo, con el derecho a la *integridad física y moral* reconocido en el artículo 15 de la Constitución, sin que, en *ningún caso* — afirma la Constitución— pueda nadie ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; igual sucede con el derecho a *no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias*, reconocido en el artículo 16.2 de la Constitución.

Se ha señalado que cuando se habla de derechos limitados se está haciendo relación principalmente a los llamados derechos de libertad, es decir, aquellos derechos que permiten actuar al sujeto en un ámbito de *agere licere*, y es precisamente ese ámbito de autonomía el que, en determinados casos, puede verse recortado o circunscrito para la tutela de otros derechos, bienes y valores, siendo mucho más difícil la aplicación de esta teoría a otros derechos que básicamente consisten en ámbitos de inmunidad frente al poder. Con todo y aun siendo cierto que el texto constitucional permite deducir cierto carácter intangible de algunos derechos, tanto la legislación de desarrollo como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya han introducido elementos interpretativos al respecto. Por ejemplo, cabe exigir una declaración sobre las propias creencias religiosas si el ciudadano ha solicitado al Estado la exención de un deber (así sucedía en el caso de la objeción de conciencia al servicio militar). En cuanto al derecho a la integridad física y moral el verdadero problema práctico no se presenta en relación con la literalidad constitucional sino con el propio concepto de *tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes*.

Hoy el problema jurídico-constitucional de los derechos y libertades se refiere tanto a su reconocimiento como a sus límites y garantías y, por ello, resulta esencial determinar el alcance de su regulación en el texto constitucional (expreso o inferido de otro derecho o libertad) así como la posición jurídica de los demás derechos y libertades con los que pueda entrar en colisión.

3. Tipos de límites de los derechos

⁵⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, v.e. (Enero-Junio, 2004).

La doctrina se ha ocupado abundantemente del problema de los límites de los derechos y, de facto, los límites de los derechos pueden ser clasificados según diversos criterios. Por mi parte, coincido parcialmente con opiniones doctrinales de otros autores aunque estimo que la clasificación de los límites de los derechos debe enunciarse de la siguiente forma:

1. Límites constitucionales

1.1. Límites genéricos (se refieren al sistema constitucional de derechos). La Constitución española no contiene referencias generales a los límites de los derechos, salvo la contenida en el artículo 10.1 CE —«el respeto a la ley y a los derechos de los demás»— A mi juicio, el apartado 1 del artículo 10 CE, sólo indirectamente establece un límite genérico al ejercicio de los derechos, ya que no sólo «el respeto a la ley y a los derechos de los demás», son fundamento del orden político y de la paz social, sino también la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad igualmente mencionados en este precepto. Los límites constitucionales genéricos, pueden subclasificarse en:

- a) Límites derivados de los valores y principios constitucionales y de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho.* El Tribunal Constitucional ha aceptado que algunos fines sociales pueden constituirse como límites de los derechos. El Tribunal Constitucional, en su sentencia STC 22/1984, de 17 de febrero, señala que existen «ciertamente fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución». Otorgar una prioridad absoluta a los fines sociales respecto de los derechos y libertades sin ningún tipo de matización, sigue afirmando el Tribunal, conduciría «ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores de ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama».
- b) Límites derivados del mandato contenido en el artículo 10.2 CE,* que obliga a interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades constitucionales, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

1.2. Límites colectivos

Cuando afectan a un grupo determinado de derechos constitucionales.

1.3. Límites específicos

Cuando aluden a un solo derecho.

Dentro de los límites *colectivos* y *específicos* podemos, a su vez, diferenciar:

- Límites derivados de la concurrencia de dos o más derechos.
- Límites derivados de la propia naturaleza del derecho (STC 5/1981, de 13 de febrero).
- Límites derivados del status de determinadas categorías de personas.
- Límites derivados de exigencias objetivas.
- Límites vinculados a la declaración de los estados excepcionales (art. 116 CE).

2. Límites internacionales

Son los derivados de los compromisos de Derecho internacional convencional adquiridos por el Estado mediante su incorporación a organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Consejo de Europa...) o los generados como consecuencia de la ratificación de Convenio y Tratados internacionales sobre la protección de los derechos y libertades o sobre sus garantías. Las declaraciones internacionales de derechos han incorporado algunas menciones a límites genéricos de los derechos. Así, por ejemplo, el artículo 29.2 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, reconoce que el ejercicio de los derechos sólo debe quedar «sujeto a las limitaciones establecidas en la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

De igual modo, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* incorpora en algunos de sus preceptos (8.2, 9.2, 10.2, 11.2), una cláusula que permite establecer ciertas restricciones en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio, si están previstas en la ley y constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para garantizar la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. También el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, recoge previsiones semejantes a las del Convenio Europeo ya que los límites al ejercicio de los derechos deben estar previstos en la ley y deben proteger los derechos o la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (art. 19.3).

3. Límites de Derecho de la Unión Europea

Estos límites se encuentran tanto en los Tratados constitutivos, como en sus modificaciones posteriores y en el Derecho comunitario derivado y obligan a los Estados miembros por aplicación del principio de competencia. La previsible aprobación de una futura *Constitución europea* definirá sustancialmente este aspecto. En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales, recoge una cláusula semejante a las incorporadas a los dos últimos textos citados. Así, en su artículo 52 —Alcance de los derechos garantizados— establece que: «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. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, 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*». Pero la Carta abunda aún más en este problema al regular el nivel de protección de los derechos reconocidos (art. 53) estableciendo que «*Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o 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*».

Por último, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe el abuso de derecho al establecer, en su artículo 54, que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá ser interpretada en un sentido que implique el reconocimiento de un derecho a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o

libertades reconocidos o persiga limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.

4. Límites legales

La legislación de desarrollo, tanto estatal como autonómica, puede incorporar ciertos límites tanto a derechos constitucionales como a derechos de configuración legal. En este caso, podemos distinguir los límites legales de manera semejante a los límites constitucionales antes mencionados:

4.1. Límites generales

Si afectan al sistema de derechos en su conjunto. En este supuesto, seguramente, poco frecuente, los límites legales generales admiten la misma subclasificación que en su momento indicamos para los constitucionales de igual denominación ya que el valor normativo supremo de la Constitución determina la sujeción de todas las normas de inferior rango a sus principios:

- Límites derivados de los valores y principios constitucionales y de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho.
- Límites derivados del mandato contenido en el artículo 10.2 CE, que obliga a interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades constitucionales, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

4.2. Límites colectivos

Cuando afectan a un grupo determinado de derechos ya sean constitucionales o de configuración legal.

4.3. Límites específicos

Si aluden a un solo derecho constitucional o de configuración legal.

Los límites legales colectivos y específicos admiten la misma subclasificación que hemos señalado para los límites constitucionales de igual denominación. Así, tendríamos:

- Límites derivados de la concurrencia de dos o más derechos.
- Límites derivados del status de determinadas categorías de personas.
- Límites derivados de exigencias objetivas.
- Límites vinculados a la declaración de los estados excepcionales (art. 116 CE).

5. Límites jurisprudenciales

Serían los límites definidos por la jurisprudencia (Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia y Tribunales nacionales ordinarios), emanada específicamente con ocasión de la resolución de casos en los que se vieran implicados derechos y libertades.

En este punto, el Tribunal Constitucional, en la temprana sentencia 11/1981 de 8 de abril, señaló que los límites de los derechos no quedan circunscritos a los que expresamente contenga el Texto Constitucional y a los que derivan del libre ejercicio de unos y otros derechos reconocidos en la Constitución, sino que también hay límites *mediatos*, sólo indirectamente emanados de la Constitución pero necesarios para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Dijo entonces, expresamente, el Tribunal Constitucional que no podía aceptarse la tesis «de que los

derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática de la Constitución y del Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones; en otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos».

En la citada sentencia el Tribunal afirmó también que la «Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo»; y que, en consecuencia, corresponde «al legislador ordinario regular con mayor o menor generosidad las condiciones de ejercicio de un derecho siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales, límites que existen siempre y que, en ocasiones, se establecen sólo de modo mediato o indirecto».

Sentencias posteriores (120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, en el caso de la huelga de hambre de presos del GRAPO) han venido a confirmar la existencia, junto a los límites directos incluidos en el texto constitucional, de los límites mediatos o indirectos. En todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable», 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» y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halle aquel a quien se le impone». Por tanto, los límites no pueden vulnerar el contenido esencial del derecho.

4. Clasificación de los derechos

Se pueden realizar diversas clasificaciones de los derechos y libertades atendiendo a distintos criterios (la materia, el sujeto, las garantías, etc.).

En este Capítulo optaremos por clasificar conforme a distintos criterios los derechos y libertades constitucionales para ofrecer una visión más completa de los mismos, aunque, como se indica por extenso en un próximo capítulo, la Constitución española permite clasificar los derechos constitucionales preferentemente en razón de las garantías que reciben. Pero actualmente, una clasificación de derechos en el ordenamiento jurídico español, también debe tener en cuenta a los derechos legales, derechos que provienen de convenios y tratados internacionales y a los derechos reconocidos y aplicados en el ámbito comunitario. Tomando en consideración los aspectos anteriormente citados, la clasificación de los derechos en el ordenamiento jurídico español comprendería las que a continuación se señalan.

4.1. Clasificación cronológica

Como se señaló en el Capítulo primero, los derechos y libertades han surgido progresivamente, unidos a la evolución socio-política de los grupos humanos. Podemos pues, clasificarlos, circunscribiéndonos al Estado de Derecho, en función de la teoría de las generaciones:

4.1.1. Derechos de primera generación.

- 4.1.2. Derechos de segunda generación.
- 4.2.3. Derechos de tercera generación.
- 4.2.4. Derechos de cuarta generación.

4.2. Por la fuente de producción

4.2.1. Derechos constitucionales

Denominamos así a los derechos expresamente incluidos en la Constitución española de 1978.

4.2.2. Derechos reconocidos en convenios y tratados internacionales e incorporados al Derecho interno

Los derechos incorporados al ordenamiento interno a través de fuentes internacionales son directamente aplicables en nuestro país por la fuerza y el valor de ley que tienen reconocido los tratados internacionales en nuestro ordenamiento.

4.2.3. Derechos en la UE reconocidos en los Tratados constitutivos, en sus modificaciones y en el Derecho derivado

Como ya hicimos al tratar de los límites, distinguimos el Derecho internacional convencional del Derecho de la UE por su singularidad y por las repercusiones jurídicas que conlleva. Así, distinguiríamos los derechos y libertades incluidos en los Tratados constitutivos, los que se han incorporado en las sucesivas modificaciones de dichos Tratados (por ejemplo, el Tratado de Maastrich, el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Niza, el Tratado de Lisboa), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que posee carácter vinculante para las instituciones de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la UE), así como los derechos reconocidos por el denominado Derecho derivado.

4.2.4. Derechos legales

Es frecuente utilizar la expresión *derechos legales* para referirnos al desarrollo mediante ley que reciben los derechos constitucionales. Frecuentemente la escueta redacción de los derechos reconocidos en el Texto Fundamental hace prácticamente imprescindible que la legislación de desarrollo establezca las condiciones y parámetros de su ejercicio para conseguir su máxima eficacia aun cuando, como hemos señalado en un epígrafe anterior, los derechos constitucionales —de manera especial los contenidos en el Capítulo II, del Título I— pueden y deben ser aplicados aunque no hubieran recibido desarrollo legislativo. Con todo, prácticamente todos ellos han recibido dicha legislación de desarrollo.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos también denominar *derechos legales* o de *configuración legal* a aquellos derechos reconocidos en la ley sin que existan de ellos menciones expresas en el Texto Constitucional, aunque en algunos casos, puede, sin embargo, encontrarse fundamento constitucional en otro derecho sí regulado en la Constitución. Esta posibilidad nos permite identificar los derechos nacidos al amparo de la legislación de las Comunidades Autónomas (tengan o no su base expresa en la Constitución). En la actualidad la mayoría de los Estatutos de Autonomía aluden a los

derechos de los ciudadanos de las respectivas Comunidades Autónomas y regulan aspectos de los mismos que han sido, además, desarrollados mediante ley autonómica. De igual manera esta denominación es aplicable a derechos reconocidos en Tratados Internacionales e incorporados al ordenamiento interno.

4.3. Por su contenido

Por su contenido material, siguiendo a P. Pérez Tremps⁵¹, los derechos y libertades pueden ser:

4.3.1. Del ámbito personal

Si se refieren a la naturaleza misma del individuo (derecho a la vida, a la integridad física y moral, etc.).

4.3.2. De la esfera privada

Cuando se refieren al ámbito más cercano de la vida humana (derecho al honor, a la intimidad, derecho a la educación, inviolabilidad del domicilio, etc.).

4.3.3. Del ámbito político

Los derechos y libertades de este grupo se refieren a la actividad del sujeto en relación con la organización política y social (derecho de reunión y de asociación, derecho de participación política, libertad de expresión, etc.).

4.3.4. Del ámbito económico

Se denominan de esta manera a los derechos incorporados por el Estado social que se proyectan en los aspectos laborales, de prestación, Seguridad Social, bienestar, etc.

4.4. Por su naturaleza

Los derechos y libertades en razón de su naturaleza pueden ser:

4.4.1. Derecho de libertad o inmunidad

Cuando imponen básicamente una actitud de abstención por parte de los poderes públicos y de los particulares.

4.4.2. Derechos de prestación

Cuando, contrariamente al caso anterior, se pide una actuación positiva por parte del Estado. Con todo, en los Estados actuales, como ya hemos indicado, la frontera entre los derechos de libertad y los derechos de prestación a veces se difumina, ya que casi todos los derechos requieren algún tipo de actividad del Estado que los haga accesibles a los ciudadanos.

⁵¹ PÉREZ TREMP, P.: *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 112.

4.5. Por el sujeto

En relación con el sujeto del derecho podemos distinguir:

4.5.1. Derechos individuales

Son los que el ordenamiento reconoce a las personas y pueden ejercerse por éstas sin la concurrencia de otros sujetos, tanto si se trata de nacionales como de extranjeros, en la medida en la que el propio ordenamiento jurídico recoja los derechos de éstos (derecho a la vida, a la integridad física, libertad religiosa, derecho de sufragio, etc.).

4.5.2. Derechos colectivos

Pueden denominarse así los derechos que se reconocen a grupos, ya se trate de personas jurídicas o de otros colectivos, incluso el propio Estado en sus relaciones interiores y, especialmente, en las relaciones internacionales y, también, a aquellos derechos que, aunque se reconocen a las personas individualmente, éstas sólo pueden ejercerlos en unión de otras personas (derecho de huelga, derecho a la negociación colectiva, etc.).

4.6. Por sus garantías

Los distintos ordenamientos jurídicos establecen diferencias en cuanto a las garantías que otorgan a determinados grupos de derechos y libertades. Tratamos por extenso de las garantías de los derechos en la Constitución española en otro capítulo posterior, se señalan ahora algunos datos a los solos efectos de construir la clasificación. Distinguimos en este apartado, las garantías incorporadas a la Constitución respecto de los derechos reconocidos en ella y, también en algún caso, respecto de la legislación de desarrollo, de las garantías que reciben los derechos incorporados a nuestro ordenamiento a través del Derecho internacional y, específicamente, del Derecho comunitario.

4.6.1. Garantías constitucionales

a) Derechos máximamente tutelados

De conformidad con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, los derechos de mayor nivel de garantías son los comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II, del Título I, que comprende los artículos 15 a 29. Estos preceptos vinculan a todos los poderes públicos; requieren ley orgánica para su desarrollo la cual está sometida a control de constitucionalidad; respeto del contenido esencial; reciben tutela preferente y sumaria y, en su caso, pueden ser recurridos en amparo ante el Tribunal Constitucional. Corresponde a estos derechos y a los demás incluidos en el Texto Constitucional, también las garantías institucionales (Defensor del Pueblo y, en su caso, Ministerio Fiscal).

b) Derechos cuasi-máximamente tutelados

En este apartado debemos incluir el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE y la actualmente inoperante objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2 CE),

pues en ambos casos reciben iguales garantías que los derechos fundamentales citados en el apartado anterior a excepción de la garantía normativa que representa el desarrollo mediante ley orgánica.

4.6.1.3. Derechos con garantías de nivel medio

Pertencen a este grupo los derechos regulados en la Sección segunda, del Capítulo II del Título I, artículos 30 a 38 (puesto que de la igualdad que pertenece al Capítulo II ya se ha tratado), las cuales, como en el apartado anterior, vinculan a todos los poderes públicos aunque su desarrollo legislativo se realiza mediante ley ordinaria que está sometida a control de constitucionalidad; requieren respeto de su contenido esencial pero no gozan de tutela preferente y sumaria ni de recurso de amparo.

c) Derechos y principios de nivel mínimo

Los principios de la política social y económica recogidos en el Capítulo III del Título I, artículos 39 a 52, reciben garantías sustancialmente menores a los anteriores. Así, el reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Cuando cualquiera de ellos sea desarrollado mediante ley o norma con su rango o fuerza, ésta quedará sujeta a control de constitucionalidad (art. 161.1.a) de la Constitución.

4.6.2. Garantías internacionales

a) Derechos dotados de garantías diplomáticas

Representan, en términos jurídicos, el menor nivel de garantías aun reconociendo la importancia y la eficacia que, en el ámbito internacional, poseen estos actos.

b) Derechos dotados de garantías legales

Cuando dichas garantías se encuentran reconocidas expresamente en textos jurídicos de aplicación en los Estados Parte que comprometen a dichos Estados a su cumplimiento.

c) Derechos dotados de garantías jurisdiccionales

Representa el máximo nivel de garantía jurídica. Tal es el caso, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

d) Garantías institucionales

En este caso, las garantías provienen de la tutela de una institución (unipersonal o colegiada) creada al efecto. Tal es el caso, por ejemplo, del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

4.6.3. Garantías en el ámbito de la Unión Europea

- a) Garantías incorporadas a los Tratados constitutivos y a sus modificaciones posteriores
- b) Garantías reconocidas en el Derecho derivado
- c) Garantías jurisdiccionales, representada por el Tribunal de Justicia que tiene competencias en el ámbito del Derecho comunitario.
- d) Garantías institucionales, como el *Defensor del Pueblo Europeo* y el *Supervisor Europeo de Protección de Datos*.

CAPÍTULO XIV

LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea
UNED

SUMARIO. 1. *La suspensión de derechos: concepto, origen y evolución.* 2. *La suspensión de derechos en la Constitución española.* 3. *La suspensión de derechos del apartado 1 del artículo 55 de la Constitución.* 3.1. Derechos que pueden ser suspendidos. 3.2. Carácter excepcional de las medidas de suspensión de derechos 3.3. Temporalidad y ámbito territorial. 3.4. Sujetos. 4. *Estados excepcionales.* 4.1. Aspectos y disposiciones comunes a los estados de alarma, excepción y sitio. 4.2. El estado de alarma. 4.2.1. Presupuesto fáctico. 4.2.2. Declaración y responsabilidad. 4.2.3. Efectos. 4.2.4. Situaciones de alarma en España. 4.3. El estado de excepción. 4.3.1. Presupuesto fáctico. 4.3.2. Declaración y plazo. 4.3.3. Derechos afectados por la declaración del estado de excepción. 4.4. El estado de sitio. 4.4.1. Presupuesto fáctico. 4.4.2. Declaración y plazo. 4.4.3. Efectos. 5. *La suspensión individual de derechos.* 5.1. Concepto. 5.2. Derechos que pueden ser suspendidos individualmente. 5.3. Regulación de la suspensión individual de derechos.

1. La suspensión de derechos: concepto, origen y evolución

El régimen constitucional emerge como un sistema de control del poder político para garantía de la libertad. La Constitución —la Constitución normativa y suprema— es el instrumento jurídico que articula esa garantía. Por tanto, la normatividad del Texto Constitucional es elemento imprescindible para que el poder político quede sujeto a los preceptos constitucionales y las libertades puedan ejercerse con plenitud. En este sentido, la conclusión debería ser que, en ningún caso, los preceptos constitucionales pueden ceder ni ser suspendidos, aunque, sin embargo, pueden darse en la sociedad circunstancias extraordinarias que requieran medidas de igual naturaleza. Figuras como la suspensión de derechos vienen a constituirse en instrumentos de defensa de la Constitución y del orden constitucional en tanto tienen como fin restablecer la situación de normalidad que se ha podido ver alterada por circunstancias extraordinarias.

La institución de la suspensión excepcional de derechos o garantías constitucionales tiene su origen en Inglaterra en la figura de *Martial Law* (ley marcial), como derecho derivado del *Common Law*, mediante cuya aplicación la Corona y todo ciudadano podía repeler por la fuerza cualquier insurrección, revuelta o resistencia violenta a la ley. En Francia, tras la Revolución, se incorporó también a través de la institución de *Etat de siège* y se extendió por otros países europeos. Así, la propia Constitución francesa de 1958 prevé, en su artículo 16, poderes extraordinarios del Presidente de la República y en el artículo 35 se regula la declaración de guerra y el estado de sitio. Por su parte la Constitución alemana, en la reforma adoptada en 1968, incluyó cuatro tipos de estados excepcionales: a) situaciones catastróficas u otros accidentes graves (art. 35); b) estado de necesidad interno (art. 80.a); c) estado de tensión (art. 80. a); y d) estado de defensa (art. 115.a).

Esta institución se ha recogido también en diversos textos internacionales de derechos

como sucede con el artículo 15 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* de 1950 en el que se regula el denominado *derecho de derogación*. El artículo 15.1 del Convenio establece que «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional». Nos encontramos, como ha señalado J.C. Remotti, «ante una disposición del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, bajo la denominación de derecho de derogación, permite la suspensión de determinados derechos garantizados en el Convenio cuando se produzcan determinadas circunstancias y con la observación de determinados requisitos»⁵². Con esta previsión, el Convenio Europeo habilita a los Estados para que, en situaciones excepcionales, adopten medidas reparadoras que les permitan volver a una situación de normalidad constitucional lo antes posible. De igual manera, el artículo 4.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, establece que: «En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social».

2. La suspensión de derechos en la Constitución española

La Constitución española de 1978 ha incorporado a su articulado la suspensión de derechos en dos modalidades: a) la suspensión de derechos cuando medie la declaración (art. 55.1 CE) de uno de los tres supuestos previstos en el artículo 116 CE (alarma, excepción y sitio); y b) la suspensión individual de derechos (art. 55.2).

La institución no era desconocida en nuestro constitucionalismo ya que algunas Constituciones históricas españolas regularon en su momento la suspensión de derechos, así, por ejemplo, la Constitución de 1812 (art. 308); la Constitución de 1837 (art. 8); la Constitución de 1845 (art. 8); la Constitución de 1869 (art. 31); la Constitución de 1876 (art. 17); la Constitución de 1931 (art. 42). También la Ley Orgánica del Estado, en su artículo 10.a), recogió la posibilidad de que el Jefe del Estado, asistido por el Consejo del Reino, adoptará medidas excepcionales en circunstancias concretas. El ordenamiento constitucional español «ha adoptado el modelo de derecho de excepción clásico, basado en la previsión, ante el supuesto de una situación de emergencia, de una serie de modificaciones puntuales y concretas respecto de la vigencia ordinaria de la Constitución»⁵³.

3. La suspensión de derechos del apartado 1 del artículo 55 de la Constitución

3.1. Derechos que pueden ser suspendidos

⁵² REMOTTI CARBONELL, J.C.: «El derecho de derogación», en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coord.): *Los derechos en Europa*, UNED, Madrid, 2001, pág. 462 y *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999, págs. 133 a 175.

⁵³ CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 47.

El apartado 1 del artículo 55 CE, establece que, previa declaración del estado de excepción o de sitio (no de alarma), podrán ser suspendidos los siguientes derechos constitucionales (la mayoría de ellos, fundamentales):

- Art. 17. 1, 2 y 4. Derecho a la libertad personal y la seguridad; límite de 72 horas de detención preventiva y habeas corpus.
- Art. 17.3. Información al detenido, asistencia letrada y derecho a no declarar (sólo para el estado de sitio)
- Art. 18, 2 y 3. Inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones.
- Art. 19. Libertad de circulación y residencia.
- Art. 20, 1. a) y d) y 5. Libertad de expresión y derecho a la información; secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información.
- Art. 21. Derecho de reunión.
- Art. 28.2. Derecho de huelga.
- Art. 37.2. Conflictos colectivos.

Como puede comprobarse por el elenco de derechos constitucionales que pueden ser suspendidos en caso de declaración del estado de excepción o de sitio, se trata de medidas de carácter excepcional ya que la suspensión afecta a derechos y libertades esenciales del ciudadano (salvo la posibilidad de suspender el derecho a la declaración de conflicto colectivo, regulada en el art. 37.2 CE, el resto de los supuestos afectan a derechos fundamentales). Por otro lado, como más adelante se explica, el artículo 116 CE, menciona tres situaciones de anormalidad susceptibles de generar la respectiva declaración del estado de alarma, de excepción o de sitio, mientras que el artículo 55.1 CE que venimos analizando prevé la suspensión de derechos sólo para las dos últimas situaciones citadas (excepción y sitio). El estado de alarma no habilita, pues, para la suspensión de derechos aunque, como veremos más adelante, sí permite adoptar ciertas medidas y pedir determinadas prestaciones a los ciudadanos para paliar las consecuencias de la situación que dio origen a la declaración del estado de alarma.

Por otro lado y aunque pueda resultar paradójico, la declaración del estado de guerra o la propia situación bélica, a la que se alude en los artículos 15, 63.3 y 169 CE no conlleva la posibilidad de suspensión de derechos que sí se ha previsto, como venimos diciendo, para las situaciones de excepción y sitio.

3.2. Carácter excepcional de las medidas de suspensión de derechos

La Constitución ha querido remarcar el carácter excepcional y temporal de la posible declaración de cualquiera de los estados excepcionales, estableciendo una serie de medidas cautelares para impedir la alteración del normal funcionamiento de los poderes públicos. Estas medidas se encuentran en el artículo 116.5 que establece que no podrá procederse «a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieran en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados». De igual manera, queda previsto en el mismo artículo que, en el caso de que la declaración de uno de esos estados se produjera cuando el Congreso estuviera disuelto, las competencias de la Cámara serían asumidas por la Diputación Permanente. En un principio, podría resultar extraño que el artículo 116.5 CE que hemos citado, aluda exclusivamente al Congreso de los Diputados y no al Senado, duda que se disipa al comprobar que es la Cámara Baja la que posee las competencias de autorización, control y toma de conocimiento de la declaración de estos estados excepcionales.

De otra parte, el apartado 6 del citado artículo 116 CE, confirma que la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no modifican el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes tal y como está regulado en la Constitución y en la ley. Se insiste, pues, en el carácter excepcional de la situación que justifica la adopción de las medidas restrictivas de derechos a las que venimos aludiendo pero que en modo alguno permiten a los poderes públicos omitir sus obligaciones y responsabilidades.

Por último, el artículo 169 CE, dentro del Título X de la reforma constitucional, prohíbe que se inicie un procedimiento de reforma constitucional en tiempo de guerra o bajo la vigencia de alguno de los estados de alarma, excepción o sitio. Se ha señalado acertadamente, que la redacción constitucional parece circunscribir la prohibición al inicio del procedimiento de reforma constitucional, tanto ordinaria como agravada cuando, en realidad, la inadecuación del momento es igualmente palpable en los casos en los que la declaración se produzca una vez iniciado el procedimiento de reforma constitucional. Sin embargo, creemos que esta previsión constitucional que acota la prohibición al inicio de la reforma constitucional puede tener su explicación en la todavía mayor inconveniencia de suspender —aunque sea temporalmente— el procedimiento de modificación constitucional. Es cierto, sin embargo, que la Constitución no establece plazos para llevar a cabo ninguno de los dos procedimientos de reforma constitucional (ordinario y agravado), por lo que sería jurídicamente posible regular un procedimiento de suspensión de la tramitación de la reforma constitucional en el caso de que se produjera la declaración de, al menos, el estado de excepción o de sitio. Esta solución, no prevista expresamente en el artículo 169 CE, no está tampoco vedada absolutamente en dicho precepto y se acomoda al espíritu de este artículo 169 CE que no es otro que el de que dos procesos excepcionales —por distintos motivos— como la reforma de la Constitución y la declaración de un estado excepcional, se produzcan aisladamente sin interferencias de un proceso y otro.

3.3. Temporalidad y ámbito territorial

Como se verá con más detenimiento en los apartados dedicados a los distintos estados excepcionales, la declaración de los mismos tiene carácter temporal y puede quedar circunscrita a un ámbito territorial determinado dentro del territorio nacional. Es más, frecuentemente es así ya que la situación de crisis suele darse en un punto concreto del territorio y resulta innecesario aplicar estas medidas excepcionales al resto del país. El carácter temporal, de otro lado, confirma la naturaleza absolutamente extraordinaria de las medidas restrictivas de derechos que acompañan a la declaración de los estados de excepción o de sitio (igual carácter temporal tiene la declaración del estado de alarma) y el fin perseguido por dicha declaración que no es otro que restablecer la normalidad social y/o política alterada.

3.4. Sujetos

La declaración de cualquiera de los estados excepcionales (alarma, excepción y sitio) afecta a los sujetos que se encuentren dentro del ámbito territorial señalado en la declaración o a todas las personas que se encuentren en el país si la declaración —en el caso menos probable— afectara a todo el territorio nacional.

4. Estados excepcionales

4.1. Aspectos y disposiciones comunes a los estados de alarma, excepción y sitio

Como venimos señalando, la Constitución española optó por definir tres situaciones excepcionales que habilitaban para adoptar determinadas medidas. El artículo 55.1 CE, como igualmente hemos mencionado, sólo cita dos de estas situaciones a las que denomina *estado de excepción* y *estado de sitio*. Es el artículo 116 CE el que más pormenorizadamente regulada dichos estados incluyendo el tercero de ellos: el estado de alarma (no mencionado en el art. 55.1 CE porque no habilita a la suspensión de derechos).

El artículo 116.1 CE contiene la reserva de ley orgánica como mandato ineludible al legislador, ley que debe contener las competencias y limitaciones correspondientes. La *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio* vino a dar cumplimiento al mandato constitucional; los artículos 162 a 165 del Reglamento del Congreso de los Diputados, regulan el procedimiento para la adopción y declaración de los estados excepcionales

La Constitución no delimita los supuestos en los que cabe declarar los estados excepcionales; el artículo 116 CE se limita a enunciarlos y a establecer una regulación básica de cada uno de ellos. Por su parte, la LO 4/1981, de 1 de junio, establece que procederá la «declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes» (art. 1).

El carácter restrictivo de las medidas a adoptar en cualquiera de las situaciones excepcionales viene reiterada en el artículo 1.2 de la LO 4/1981, que determina que tanto las medidas a adoptar como la duración de la declaración de cualquiera de los estados excepcionales serán las «estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad»; añadiendo expresamente la Ley Orgánica que su «aplicación se realizará en forma proporcionada a las circunstancias».

Como se señaló anteriormente, la declaración de uno de los estados excepcionales tiene carácter temporal y las medidas adoptadas bajo su vigencia decaen en el mismo momento en el que expira tal declaración. El artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/1981, establece expresamente esta caducidad de las competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas, así como las concretas medidas adoptadas sobre la base de las competencias excepcionales, salvo las que consistieren en sanciones firmes. Por otro lado, la declaración de alguno de los estados excepcionales, como se afirma en el apartado 4 del artículo 1 de la Ley Orgánica, no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, afirmación que debe entenderse en sentido formal, especialmente en el caso de la declaración del estado de sitio que, como veremos más adelante, permite que la autoridad militar asuma competencias que normalmente no ejerce.

La declaración de uno de los estados excepcionales requiere publicidad y a tal fin debe ser inmediatamente publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, difundida por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen. La fecha de la publicación será la de la entrada en vigor de la declaración del estado excepcional. También deben ser ampliamente difundidas las medidas de la autoridad competente que puedan dictarse durante la vigencia del estado excepcional (art. 2 LO 4/1981).

Como hemos señalado anteriormente, la declaración de un estado excepcional no modifica el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes, por tanto los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de uno de los estados excepcionales pueden ser impugnados en vía jurisdiccional (art. 3.1 LO); además, quienes resulten directamente perjudicados, en su persona, derechos o bienes, por la aplicación de actos o disposiciones adoptados durante un estado

excepcional tendrán derecho a una indemnización (art. 3.2 LO).

4.2. El estado de alarma

4.2.1. Presupuesto fáctico

El estado de alarma puede declararse cuando se produce una situación de anormalidad social por cualquiera de los siguiente motivos (art. 4 LO 4/1981):

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos. 28, 2 y 37, 2 de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en el artículo 4 de la Ley Orgánica.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Como puede deducirse de lo estipulado en el artículo 4 de la Ley Orgánica la situación de alteración o anormalidad puede provenir de causas climáticas, meteorológicas, fenómenos naturales o, en el caso del apartado c) citado, de conflictos laborales (huelga, conflicto colectivo) en los que no queden garantizados los servicios públicos esenciales.

4.2.2. Declaración y responsabilidad

La competencia para la declaración del estado de alarma le corresponde al Gobierno que podrá realizar dicha declaración en todo o en parte del territorio nacional (art. 4 LO), aunque, si los hechos afectan exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad Autónoma, el Presidente de ésta puede dirigirse al Gobierno para solicitar que se declare el correspondiente estado de alarma (art. 5 LO). El Presidente de la Comunidad Autónoma no posee, pues, la competencia de declaración del estado excepcional pero sí puede instar al Gobierno central para que emita dicha declaración.

La declaración del estado de alarma se lleva a cabo mediante Decreto del Consejo de Ministros, en el que figurará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma. La duración del estado de alarma no podrá exceder de quince días aunque, si fuera necesario, podría ser prorrogado con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga (art. 6 LO). Si la situación requiere dicha prórroga las condiciones de la misma ya no son fijadas por el Gobierno sino que lo son por el órgano que la autoriza, en este caso, el Congreso de los Diputados.

Si el Gobierno aprueba el Decreto declarando el estado de alarma, dará inmediatamente cuenta al Congreso de los Diputados de dicha declaración y le suministrará la información que le sea requerida por la Cámara. Igualmente el Gobierno queda obligado a dar cuenta al Congreso de los Diputados de los Decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma adoptando las medidas necesarias a dicha situación (art. 8 LO).

Respecto de las acciones y de los efectos derivados del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración, como se señaló anteriormente, afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad (art. 7 LO). Esta previsión resulta necesaria ya que, como establece el artículo 8 de la Ley Orgánica, todas las autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los

integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente (el Gobierno o el Presidente de la Comunidad Autónoma en el caso señalado anteriormente), en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza (art. 9.1 LO).

El Presidente de una Comunidad Autónoma que actúe por delegación del Gobierno como autoridad competente en el ámbito de un estado de alarma podrá requerir la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales (art. 9.2 LO).

El estado de alarma, como estado excepcional, requiere de todo el esfuerzo posible para la rápida vuelta a la normalidad. Por este motivo, la Ley Orgánica 4/1981, determina que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes; si estos actos de incumplimiento o resistencia fuesen cometidos por funcionarios, las autoridades podrán suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, se dará traslado al Juez y se notificará, además, al superior jerárquico por si considera los hechos constitutivos de falta disciplinaria.

De otra parte, si los incumplimientos o resistencias fueran imputables a autoridades, las facultades de éstas que fuesen necesarias para el cumplimiento de las medidas acordadas en ejecución de la declaración de estado de alarma podrán ser asumidas por el Gobierno o por el Presidente de la Comunidad Autónoma en el caso, ya citado, de que la declaración del estado de alarma afecte exclusivamente al territorio de esa Comunidad Autónoma (art. 10).

4.2.3. Efectos

El Decreto inicial declarando el estado de alarma debe contener las medidas para el restablecimiento de la normalidad, medidas que pueden completarse con la aprobación de Decretos posteriores. Tanto el inicial como los sucesivos que puedan dictarse durante la vigencia del estado de alarma, pueden autorizar todas o algunas de las medidas siguientes a las que alude el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981:

- a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo 4 de la Ley Orgánica.

En los casos de catástrofes, calamidades o desgracias públicas y de crisis sanitarias, epidemias y situaciones de contaminación grave (apartados a) y b) citados), la autoridad competente puede adoptar además las medidas inherentes a la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, las relativas a materia de aguas y las correspondientes a la protección contra los incendios forestales (art. 12 LO). También, en los casos de alteración de los servicios públicos esenciales y de desabastecimiento de productos de primera necesidad (apartados c) y d) citados), el

Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento (art. 12 LO).

4.2.4. Situaciones de alarma en España

A) *El Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo*

En los últimos días de noviembre de 2010 se gestó y puso en marcha una protesta por parte de los controladores aéreos basada en reivindicaciones laborales insatisfechas a pesar de las negociaciones que venían produciéndose desde tiempo antes. La situación fue deteriorándose y los problemas para los usuarios fueron creciendo en intensidad cuando un número muy elevado de controladores abandonaron sus puestos de trabajo alegando –la mayoría de ellos– razones médicas. La situación terminó en el cierre del espacio aéreo. El Gobierno, finalmente, respondió a la situación con el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo declarando – como el propio título indica– el estado de alarma previsto en el artículo 116 CE y en la Ley Orgánica reguladora de los estados excepcionales con el «fin de afrontar la situación de paralización del servicio público esencial del transporte aéreo».

El mismo día que el anterior, se publicó también el Real Decreto Real 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA, conforme a su artículo único, el Ministerio de Defensa pasaba a ejercer la dirección del control de la circulación aérea general en todo el territorio nacional hasta que se recuperara la normalidad en la prestación de sus servicios por los controladores aéreos civiles. Se disponía igualmente que el jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire debía adoptar todas las decisiones necesarias para la organización, planificación, supervisión y control de los controladores de tránsito aéreo al servicio de la entidad pública AENA. A tal efecto debía activar los recursos de control de tráfico aéreo del Ministerio de Defensa y exigir la presencia en sus puestos de trabajo de los controladores civiles ausentes.

El Gobierno fundamentó su decisión de intervención legislativa en las circunstancias extraordinarias que concurrían por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, para tutelar el derecho fundamental a la libre circulación (art. 19 CE) que había quedado comprometido con la paralización del servicio público esencial para la sociedad que es el transporte aéreo. Por tanto, la base jurídica se encontró en el apartado c) del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. La declaración de Estado de Alarma afectó a todo el territorio nacional, a la totalidad de las torres de control de los aeropuertos de la red y a los centros de control gestionados por AENA). El Real Decreto estableció que, de conformidad con lo establecido en los artículos 9.1 y 12.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en relación con el artículo 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasaran a tener, durante la vigencia del Estado de Alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 4/1981 y, por tanto, quedaron sometidos a las órdenes de la autoridad militar mencionada en el propio Real decreto y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre del Código Penal Militar. Los controladores civiles de tránsito aéreo al servicio de AENA mantuvieron todas las facultades inherentes a las licencias, habilitaciones, anotaciones y certificados médicos de los que eran titulares, aunque debieron ejercer dichas atribuciones bajo la organización y supervisión del Ejército del Aire.

Como autoridad delegada del Gobierno, el artículo 6 del Real decreto estableció que el Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que designe eran competentes para adoptar las decisiones pertinentes en cumplimiento de lo establecido en el Real Decreto.

El Real Decreto se aprobó por un plazo inicial de quince días, pero el estado de alarma fue prorrogado hasta el 15 de enero de 2011 en el que se publicó el Real Decreto 28/2011, de 14 de enero, por el que se deroga el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA. En esta norma se confirma que, habiendo cesado las circunstancias extraordinarias que determinaron la promulgación del Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA, debe dejarse sin efecto la atribución a dicho Departamento de las competencias de dirección del control de la circulación aérea general.

B) Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y sus prórrogas.

a) Presupuesto de hecho y ámbito territorial

En diciembre de 2019, en la ciudad de Wuhan (China), aparecieron los primeros casos de una enfermedad causada por un nuevo tipo de coronavirus de altísimo índice de contagio que fue clasificado como SARS-CoV-2 (COVID-19). Con extraordinaria rapidez se extendió a otros muchos países de diferentes continentes y en enero de 2020 la afectación a algunos países era ya notable. Ante la propagación del virus la Organización Mundial de la Salud (OMS) se vio obligada a declarar, el 30 de enero de 2020, la situación de «emergencia de salud pública», para pasar a calificar la situación como «pandemia» el 11 de marzo de 2020.

En España, se conoció el primer caso el 31 de enero de 2020 en La Gomera⁵⁴; el segundo caso se produjo, el 9 de febrero, en Son Espases (Mallorca)⁵⁵. El tercer caso de positivo en coronavirus fue el de un médico italiano que estaba de vacaciones en la isla de Tenerife y se conoció el 24 de febrero. Los tres primeros casos se consideraron importados; el 25 de febrero se conocieron nuevos casos de contagio en varias ciudades de la Península (Madrid, Barcelona y Castellón) y el día 26 se conoció el primer caso de contagio local en Sevilla, sin que el afectado hubiera viajado a ninguna zona de riesgo. El día 4 de marzo se informó del primer fallecimiento en España asociado al coronavirus, aunque el óbito se había producido el 13 de febrero en Valencia y la confirmación del caso se produjo en una necropsia posterior.

La primera manifestación de las inevitables consecuencias económicas de esta crisis sanitaria fue la anulación del *Mobile World Congress* que tenía que celebrarse en Barcelona del 24 al 27 de febrero de 2020.

El 9 de marzo el Ministerio de Sanidad confirmó la existencia de 1.200 positivos, más del doble de los computados apenas 24 horas antes. El 10 de marzo, el Ministerio de Sanidad declaró que la situación requería de “contención reforzada”, especialmente en las zonas más afectadas en aquel momento. El 11 de marzo, los fallecidos ascendían a 55 y, como ante se dijo, la OMS declaró la situación como de pandemia. En ese momento, el IBEX 35 sufría la mayor caída de su historia, como sucedía en otras bolsas mundiales. El día 12 de marzo todos los centros educativos de España, de cualquier nivel, estaban ya cerrados.

Las 48 horas siguientes elevaron extraordinariamente los casos positivos detectados en España y, el día 13 de marzo, el presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, en rueda de prensa vespertina anunció que había comunicado a SM el Rey que, el día siguiente, sábado 14, se reuniría el

⁵⁴ Se trataba de un turista alemán que había contraído el virus en su propio país y que después de ser tratado en España, se recuperó y volvió a Alemania.

⁵⁵ Se trató de un turista británico de vacaciones en esa localidad.

Consejo de Ministros extraordinario para aprobar la declaración del estado de alarma previsto en el artículo 116 CE y desarrollado en la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*, cosa que sucedió con la aprobación y publicación del *Real Decreto Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. El Real Decreto 463/2020, de alarma, el Real Decreto 465/2020, de modificación del Real Decreto anterior y las tres primeras prórrogas del aquel, Reales Decreto 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, así como la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19, fueron recurridos por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso. El Tribunal Constitucional resolvió este recurso por STC 148/2021, de 14 de julio, que será objeto de comentario en el apartado h) de este epígrafe.

Apenas 4 días después de la publicación del Real Decreto 463/2020 declarando el estado de alarma en España, se publicó el ya citado *Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, que modificó algunas cuestiones que durante las primeras horas de vigencia del estado de alarma generaron problemas interpretativos y se incluyeron algunos cambios que se consideraron necesarios.

A la fecha de aprobación del Real Decreto, existía una innegable situación de crisis sanitaria, con profundas repercusiones que afectaban de manera generalizada a todo el país y que requerían de la aplicación de medidas extraordinarias que solo podían adoptarse mediante la activación de uno de los estados excepcionales, en este caso, el menos severo de todos ellos, el estado de alarma.

Se cumplía, por tanto, la previsión del artículo 4.b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que habilita al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad. El Gobierno afirmó en el propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que las medidas adoptadas resultaban imprescindibles para hacer frente a la situación originada por la pandemia, que resultaban proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y que no suponían la suspensión de ningún derecho fundamental, cumpliéndose así lo previsto en el artículo 55.1 CE que prevé dicha suspensión solo en los casos de declaración de los estados de excepción y sitio, pero no para la declaración del estado de alarma⁵⁶.

En cuanto al ámbito territorial, el artículo 2 del Real Decreto estableció que la declaración del estado de alarma afectaba a todo el territorio nacional, de conformidad con una de las posibilidades contempladas en el art. 6.2 LO 4/1981.

b) Plazo y autoridad competente

El artículo 3 del Real Decreto se refiere a la duración del estado de alarma, que se fijó en quince días naturales desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020 que fue el 14 de marzo, por tanto, hasta el 28 de marzo de 2020. Este plazo se ajustó a lo establecido en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 4/1981 que prevé, además, que solo puede prorrogarse este plazo inicial con autorización expresa del Congreso de los Diputados —cosa que aconteció reiteradamente, como se menciona más adelante— el cual podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga.

Por su parte, el artículo 4 del Real Decreto, estableció que, a los efectos del estado de alarma declarado, la autoridad competente era el Gobierno y que para el ejercicio de las funciones referidas en el propio Real Decreto, eran autoridades competentes delegadas y en sus

⁵⁶ Ver entre otros: SARRIÓN ESTEVE, J.: «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», ob. cit.

respectivas áreas de responsabilidad, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno: a) la Ministra de Defensa; b) el Ministro del Interior; c) el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y d) el Ministro de Sanidad, señalándose, además, que sería éste último quien asumiría las responsabilidades que no correspondieran a la competencia de los ministros y ministra anteriores.

El Real Decreto estableció igualmente que los «integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales quedarían bajo las órdenes directas del ministro del Interior», en todo lo necesario para la «protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza» (art. 5.1 Real Decreto). Los agentes de la autoridad quedaron facultados para practicar las comprobaciones necesarias para el cumplimiento de las medidas establecidas en el estado de alarma en personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos para «comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en este real decreto, salvo las expresamente exceptuadas» (art. 5.2 del Real Decreto). Se establece también la obligación de la ciudadanía de colaborar y, sobre todo, de no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones (art. 5.2 del Real Decreto).

El estado de alarma fue prorrogado 6 veces.

La declaración y regulación del estado de alarma fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional. La STC 148/2021 de 14 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020 de declaración del estado de alarma y otros posteriores de modificación y prórroga del mismo, estimó que las medidas adoptadas habían supuesto una *suspensión* de derechos (y no una mera *limitación* –o *restricción*– de los mismos que es lo que permite la declaración del estado de alarma) de tal manera que las normas que habían sido impugnadas resultaban inconstitucionales en la medida en la que dicha suspensión no cabía en la declaración del estado de alarma y habría requerido, en su caso, la declaración del estado de excepción (pero, obviamente, no se daba el supuesto de hecho).

4.3. El estado de excepción

4.3.1. Presupuesto fáctico

Como en el caso del estado de alarma, la declaración del estado de excepción requiere de un presupuesto fáctico que habilite a la adopción de medidas excepcionales. Este presupuesto se encuentra recogido en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981 que establece que procederá declarar el estado de excepción «*Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo*».

Aunque no lo dice así el artículo 13 de la Ley Orgánica, nos encontramos ante alteraciones del orden público que responden normalmente a motivaciones políticas ante las cuales el estado de excepción resulta un instrumento de respuesta. El artículo 13 citado, menciona algunos de los supuestos en los que debe considerarse alterado el orden público a los efectos de la posible declaración del estado de excepción (alteración del libre ejercicio de los derechos y libertades o el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, o de los servicios públicos esenciales...), pero estos supuestos no son los únicos, ya que el propio precepto de la Ley Orgánica dispone que cabe apreciar también alteración del orden público por «cualquier otro aspecto».

De igual manera, forma parte del presupuesto fáctico para la declaración del estado de excepción, el que la alteración del orden público sea de tal gravedad que éste no pueda ser controlado ni mantenido aplicando las competencias ordinarias de los poderes públicos. Por tanto, debe producirse a) la grave alteración del orden público; y b) la imposibilidad de restablecerlo por los medios ordinarios.

4.3.2. Declaración y plazo

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, el Gobierno podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción. La solicitud de autorización debe contener los siguientes extremos:

- a) Determinación de los efectos del estado de excepción, con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, que no podrán ser otros que los enumerados en el apartado 1 del artículo 55 de la Constitución.
- b) Relación de las medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita.
- c) Ámbito territorial del estado de excepción, así como duración del mismo, que no podrá exceder de treinta días.
- d) La cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la autoridad gubernativa esté autorizada para imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción.

Recibida por el Congreso de los Diputados la solicitud del Gobierno procederá, en su caso, a su aprobación. La autorización proclamando el estado de excepción debe fijar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial (que puede ser todo o parte del territorio nacional) y la duración del mismo que, como señala expresamente el artículo 116.3 CE, no podrá exceder de 30 días, prorrogables por otro plazo igual. La prórroga se tramitará con el mismo procedimiento de la solicitud inicial. La Cámara Baja puede aprobar la solicitud en los términos en los que fue enviada por el Gobierno o puede introducir modificaciones en la misma (art. 13.3 LO).

El Gobierno, una vez obtenida la autorización del Congreso de los Diputados, puede proceder a declarar el estado de excepción por Decreto aprobado en Consejo de Ministros (art. 14 LO). Si una vez declarado el estado de excepción, el Gobierno aprecia la necesidad de adoptar medidas distintas o complementarias de las previstas en el Decreto de declaración, dirigirá nueva solicitud de autorización al Congreso de los Diputados con las modificaciones necesarias. Como se ha señalado anteriormente, la declaración del estado de excepción puede afectar a todo o a parte del territorio nacional. Cuando, en este último caso, el territorio afectado por la declaración del estado de excepción se refiera a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el artículo 31 de la Ley Orgánica 4/1981 dispone que la autoridad gubernativa podrá coordinar el ejercicio de sus competencias con el Gobierno de dicha Comunidad. No nos encontramos en este caso ante una delegación de competencias a la Comunidad Autónoma como en el supuesto de estado de alarma respecto del Presidente de la Comunidad afectada, sino ante una coordinación de ambas Administraciones, central y autonómica, en el marco de las medidas adoptadas en la declaración del estado de excepción.

El Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, puede poner fin al estado de excepción antes de que finalice el período para el que fue declarado, dando cuenta de ello inmediatamente al Congreso de los Diputados (art. 15 LO).

4.3.3. Derechos afectados por la declaración del estado de excepción

La declaración del estado de excepción puede generar la suspensión de determinados derechos contenidos en los artículos 17, 18, 19, 20, 21, 28 y 37 CE, dentro del ámbito territorial afectado por la declaración.

1. Respecto de la libertad personal (art. 17 CE), la autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que existan sospechas fundadas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. Los detenidos conservan los derechos que les reconoce el artículo 17.3 de la Constitución y debe darse traslado al Juez competente en el plazo de veinticuatro horas, que podrá requerir información y conocer personalmente lo relativo al caso.
2. Respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), la autoridad gubernativa puede disponer inspecciones y registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público. La inspección o el registro se realizan por la propia autoridad o por sus agentes que deben ir provistos de orden formal y escrita. El reconocimiento de la casa, papeles y efectos tiene cierto carácter público, ya que podrá ser presenciado por el titular de la misma o el encargado o por uno o más individuos de su familia mayores de edad y, en todo caso, por dos vecinos de la casa o de las inmediaciones, si los hubiere, o, en su defecto, por dos vecinos del mismo pueblo o del pueblo o pueblos limítrofes.
3. Si el derecho afectado por el estado de excepción es el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas, siempre que resulte necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público. La intervención debe ser comunicada inmediatamente por escrito motivado al Juez competente (art. 18 LO).
4. Respecto de la libertad de circulación constitucionalizada en el artículo 19 CE, la autoridad gubernativa puede intervenir y controlar toda clase de transportes y la carga de los mismos. Puede, igualmente, prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir; pueden delimitarse zonas de protección o seguridad y dictar las condiciones de permanencia en las mismas y prohibir en lugares determinados la presencia de personas que puedan dificultar la acción de la fuerza pública.

Bajo el estado de excepción en el ámbito de la restricción de la libertad de circulación, puede exigirse a personas determinadas, siempre que existan fundados motivos en razón de la peligrosidad que para el mantenimiento del orden público suponga la persona afectada por tales medidas, que comuniquen, con una antelación de dos días, todo desplazamiento fuera de la localidad en que tengan su residencia habitual, disponer su salida de la localidad o fijar temporalmente la residencia de personas determinadas en localidad o territorio adecuado a sus condiciones personales. En los casos de desplazamientos, los poderes públicos deben allegar los recursos económicos necesarios para tales desplazamientos y alojamientos (art. 20 LO).

5. Cuando las medidas adoptadas y autorizadas en la correspondiente declaración del estado de excepción, afecten a la libertad de expresión y al derecho a la información constitucionalizados en el artículo 20 CE, las competencias de la

autoridad gubernativa permiten suspender publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales. Igualmente se puede ordenar el secuestro de publicaciones. Sin embargo, estas drásticas medidas no pueden llevar aparejada ningún tipo de censura previa (art. 21 LO).

6. Respecto de la restricción del derecho de reunión, la declaración del estado de excepción, permite a la autoridad gubernativa someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones, así como disolver las reuniones y manifestaciones que pudieran celebrarse. Sin embargo, las reuniones orgánicas que celebren, en cumplimiento de sus funciones y fines constitucionales (arts. 6 y 7 CE), los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa. Para acceder a los locales en los que se estuvieran celebrando estas reuniones, los agentes públicos deben portar una autorización formal y escrita, que, sin embargo, no será necesaria cuando en dichos locales se estuviesen produciendo alteraciones graves del orden público constitutivas de delito o agresiones a las Fuerzas de Seguridad y en cualesquiera otros casos de flagrante delito (art. 22 LO).
7. La declaración del estado de excepción puede afectar, como se señaló anteriormente, al derecho a la huelga y al derecho a plantear conflicto colectivo en el ámbito laboral (arts. 28.2 y 37.2 CE), prohibiéndose por la autoridad gubernativa las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 23 LO).
8. Pueden adoptarse otras medidas como la incautación de toda clase de armas, municiones o sustancias explosivas. Los extranjeros pueden verse requeridos para realizar comparecencias o para renovar permisos de residencia. De otra parte, puede ordenarse la intervención de industrias y comercios o la suspensión temporal de actividades (arts. 24 y 25 LO).

Tanto por las medidas que pueden adoptarse como por la importancia del presupuesto fáctico que permite la declaración del estado de excepción, es palpable que nos encontramos, aunque se circunscriba a una parte del territorio nacional, ante una situación de crisis muy grave y por ello es de suponer que sólo se adoptará cuando efectivamente resulte imposible retornar a la normalidad social y política ejerciendo las competencias ordinarias de los poderes públicos.

4.4. El estado de sitio

El estado de sitio es, sin duda, el más grave de los estados excepcionales tanto por el presupuesto fáctico que debe precederle como por las consecuencias jurídicas y políticas que conlleva. Es «un instrumento de defensa extraordinaria del estado frente a una agresión violenta (o su amenaza inmediata) al ordenamiento constitucional o a la soberanía e integridad de España»⁵⁷.

4.4.1. Presupuesto fáctico

El artículo 32 de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, establece que puede declararse el estado de sitio cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros

⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, P.: «Estado de sitio», en ARAGÓN REYES, M. (Coord.): *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 236.

medios.

En el supuesto de estado de sitio, la amenaza supera el ámbito del orden público interno y se convierte en un peligro grave para la soberanía, para la independencia del país o para la integridad el ordenamiento constitucional. Como en el caso del estado de excepción, la declaración del estado de sitio requiere que, junto al presupuesto fáctico citado, se produzca la imposibilidad de remediar la situación con las competencias ordinarias de los distintos poderes públicos.

4.4.2. Declaración y plazo

En este caso, la competencia para la declaración del estado de sitio corresponde exclusivamente al Congreso de los Diputados que la adoptará, en su caso, por mayoría absoluta de sus miembros de conformidad con lo establecido en el artículo 116.4 CE. Es la propia Cámara quien determina el ámbito territorial, la duración y las condiciones del estado de sitio. La Constitución reserva al Gobierno la propuesta que —dice expresamente el artículo 116.4 CE— le corresponde en exclusiva, de tal manera que es sólo el Congreso de los Diputados a petición del Ejecutivo puede pronunciarse sobre la posible declaración del estado de sitio.

4.4.3. Efectos

La declaración del estado de sitio acumula los efectos que pueden producir los dos estados anteriores ya que, el artículo 32.3 de la Ley Orgánica establece que la declaración puede autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido que se reconocen en el artículo 17.3 CE (información al detenido de sus derechos, de las razones de su detención, derecho a no declarar y asistencia letrada), medidas de suspensión de derechos exclusivas, por otra parte, del estado de sitio que no pueden adoptarse ni en el estado de alarma ni en el estado de excepción.

Quizá, con todo, sea la previsión contenida en el artículo 33 de la Ley Orgánica 4/1981, la más excepcional de las que acompañan a este estado de sitio. Dispone dicho precepto que el Gobierno, que dirige la política militar y de defensa asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio respecto del estado de sitio, siendo también el Gobierno el que designa la autoridad militar que, bajo dirección del Ejecutivo, ejecute las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera.

Designada la autoridad militar, ésta procederá a publicar y difundir los oportunos bandos que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, siempre dentro de lo establecido en la Constitución, en la Ley Orgánica y en la propia declaración del estado de sitio (art. 34 LO). En el estado de sitio, pues, no se «cuestiona la supremacía del poder civil, pero sí supone que el poder civil se sirve de la “autoridad militar” y de las Fuerzas Armadas para hacer frente a una situación de emergencia en el interior del Estado»⁵⁸.

Por último, debe señalarse que el Congreso de los Diputados en la declaración del estado de sitio aprobada puede determinar que algunos delitos comunes puedan quedar sujetos, durante la vigencia del estado excepcional, a la jurisdicción militar. La adopción de esta medida tiene cobertura constitucional en el artículo 117.5 CE que, tras proclamar el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y

⁵⁸ *Ibidem*.

funcionamiento de los Tribunales, añade que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio.

Como antes ya hemos señalado, la declaración del estado de sitio no anula las competencias de las autoridades civiles que, como dispone el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/1981, continúan en el ejercicio de todas las facultades que no hayan sido conferidas a la autoridad militar, quedando, además, obligadas a facilitar a la autoridad militar toda la información que ésta les solicite y cuantas noticias referentes al orden público lleguen a su conocimiento.

5. La suspensión individual de derechos

5.1. Concepto

La posibilidad de suspender derechos a personas concretas para la averiguación de acciones relativas al terrorismo tiene, como señala A. M. García Cuadrado⁵⁹, escasos precedentes en los países de nuestro entorno aunque sí se han adoptado medidas legislativas sobre estas situaciones extraordinarias, permitiendo privar de ciertos derechos a quien abuse de ellos (Alemania); o restringiendo el disfrute de ciertos derechos por motivos concretos como es el caso de Italia, Austria o Bélgica.

La suspensión individual de derechos es una medida complementaria para restablecer la normalidad política que hubiera podido verse alterada. La Constitución española, como ha señalado J.C. Remotti Carbonell, acoge una medida de carácter potestativo y no preceptivo, siendo el legislador ordinario el que «sin estar obligado a ello, sí habilitado, valorará libremente la necesidad y oportunidad de dictar una ley orgánica que desarrolle lo dispuesto en el artículo 55.2 CE»⁶⁰.

En España, la última de las denominadas leyes antiterroristas, la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que modificó la Ley 11/1980, de 1 de diciembre, fue declarada parcialmente inconstitucional por el Tribunal Constitucional entendiendo este órgano jurisdiccional que algunos de sus preceptos vulneraban lo establecido en el apartado 2 del artículo 55 CE, que habilitaba este tipo de legislación. La Sentencia del Tribunal Constitucional provocó la aprobación de la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo que derogó la Ley Orgánica 9/1984 en lo que no había sido ya anulado por el Tribunal Constitucional. La Ley 10/1995, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal ha tipificado los delitos de terrorismo y la Ley Orgánica 4/1988, también de 25 de mayo, reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal incluyendo (arts. 520 bis, 553 y 579) el procedimiento y los derechos suspendidos.

Para un sector de opinión, estas reformas han transformado inadecuadamente el carácter excepcional de la suspensión de derechos en una regulación ordinaria dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Opino, sin embargo, que la excepcionalidad de la previsión contenida en el artículo 55.2 alude a la situación de alteración o peligro de la normalidad política siendo más conveniente, como se ha hecho, incluir la regulación jurídica en las leyes sustantivas y procesales generales.

5.2. Derechos que pueden ser suspendidos individualmente

Como venimos señalando, junto a la posibilidad de suspensión de derechos precedida

⁵⁹ GARCÍA CUADRADO, A.M.: *Sistema constitucional de derechos y libertades*, ob.cit., pág. 179.

⁶⁰ REMOTTI CARBONELL, J.C.: *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., pág. 184.

por la declaración del estado de excepción o de sitio, o la adopción de medidas concretas en el caso de la declaración del estado de alarma, la Constitución española regula también, en el artículo 55.2, la suspensión individual de derechos al establecer que una «ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2 y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

La posibilidad de suspensión individual se proyecta sobre derechos fundamentales que también podrían ser objeto de suspensión previa declaración del estado de excepción y de sitio: por un lado, puede ser suspendido individualmente el plazo máximo de 72 horas fijado para la detención preventiva reconocido en el artículo 17 CE; y, por otro lado, pueden ser suspendidos para personas determinadas la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, ambos reconocidos en el artículo 18 CE.

5.3. Regulación de la suspensión individual de derechos

La actual legislación de desarrollo del artículo 55.2 CE, establece en qué medida y con qué garantías puede quedar modificado el ejercicio individual de los derechos citados en el mencionado precepto constitucional.

- a) En lo que se refiere a la suspensión del plazo máximo de 72 horas fijado para la detención preventiva (art. 17.2 CE), el Tribunal Constitucional ha señalado que la restricción sólo puede consistir en ampliar dicho plazo. En este sentido, el artículo 520 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habilita una prórroga de 48 horas; es decir, el plazo máximo, aplicando las previsiones del artículo 55.2 CE, queda fijado en 120 horas, es decir, 5 días (STC 199/1987).
- b) En relación con la suspensión de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), la modificación inherente a la aplicación de la suspensión individual de derechos se refiere a la intervención judicial requerida para la entrada en el domicilio que nunca debe ser totalmente suprimida pero sí que queda modificada en el sentido regulado en el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que determina que la policía debe informar inmediatamente al juez de cualquier detención que haya sido realizada en un domicilio al amparo de lo preceptuado en el artículo 55.2 CE.
- c) Sobre la suspensión del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la legislación actual permite que las comunicaciones sean interceptadas por la autoridad gubernativa, sin la autorización judicial que prevé el mencionado precepto constitucional, aunque dicha intervención deberá ser inmediatamente comunicada al juez (art. 579.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal), el cual tiene competencias para revocar la iniciativa de la autoridad gubernativa si considera que no hay motivos suficientes o que no se dan las circunstancias requeridas para la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones.

Como puede comprobarse al analizar cada uno de los supuestos de la denominada suspensión individual de derechos, más que ante una auténtica suspensión de derechos estamos ante un régimen restrictivo en el ejercicio de algunos derechos que, sin embargo, no implica la total suspensión de los mismos afirmación que deriva de la aplicación del principio de proporcionalidad y de la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho de derogación recogido en el artículo 15 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

CAPÍTULO XV

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea
UNED

SUMARIO. 1. *La interpretación.* 1.1. Concepto y caracteres de la interpretación: la interpretación de la Constitución e interpretación constitucional. 1.2. La interpretación del Derecho constitucional. 1.2.1. El método hermenéutico clásico. 1.2.2. El método axiológico integrador. 1.2.3. El método tópico problemático. 1.2.4. El método hermenéutico concretizador. 1.2.5. El método normativo estructurante. 2. *Normas de interpretación y Constitución española.* 2.1. Normas de interpretación en la Constitución. 2.2. Interpretación conforme a la Constitución. 3. *La interpretación de los derechos y libertades.* 3.1. Normas constitucionales sobre interpretación de los derechos y libertades. 3.2. El alcance de la norma interpretadora del artículo 10.2 de la Constitución. 3.3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como criterio interpretativo. 3.4. Criterios sobre interpretación de los derechos y libertades. 3.5. La interpretación de los derechos contenidos en los tratados internacionales. 3.6. La interpretación de los derechos contenidos en el Derecho comunitario.

1. La interpretación

En este Capítulo analizamos las cuestiones relativas a la interpretación, para lo cual debemos partir de un concepto general y de unos caracteres de la interpretación que se proyectan sobre la Constitución, por un lado, y sobre un ámbito más amplio que nos permitirá analizar la interpretación del ordenamiento constitucional y no sólo del Texto Fundamental.

El valor normativo supremo de la Constitución y su consecuencia principal como es su aplicabilidad directa, la cuestión principal que se plantea es cómo debe operar el agente llamado a aplicarla. Resulta evidente que, como señala M.L. Balaguer, el «entendimiento de la labor del intérprete es completamente distinto en un sistema jurídico como el liberal, basado en sus orígenes en la pretensión de reducir a la nada la actividad interpretativa... frente al sistema jurídico actual»⁶¹. Para E. Alonso García⁶² el proceso interpretación-aplicación es un todo inescindible y consiste en la determinación de normas subconstitucionales. Resulta prácticamente imposible determinar el objeto de la interpretación sin una previa definición de Derecho. Para el positivismo formalista, el campo de la interpretación comenzaba y acababa en la ley; para otras concepciones del Derecho que incorporan a la ley principios y valores (ordenamiento constitucional), la interpretación también alcanzará a estos últimos. En este sentido, debemos distinguir entre *interpretación de la Constitución* e *interpretación constitucional*. La primera acotaría su desenvolvimiento en el texto jurídico-formal de la Constitución; la segunda alcanzaría a los valores y principios constitucionales, por ello «la interpretación de la Constitución no puede fundamentarse en la estructura tradicional de la interpretación de la ley. De ahí que no pueda ser solamente

⁶¹ BALAGUER CALLEJÓN M.L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 21.

⁶² ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, pags. 2 y sigs.

interpretación de la Constitución sino, sobre todo, interpretación constitucional del ordenamiento».

La interpretación constitucional participa del método de interpretación del Derecho pero, además de las reglas de interpretación comunes a cualquier otra rama de conocimiento, el método de interpretación del Derecho constitucional presenta reglas especiales y propias que responden a la particularidad de su objeto: la especificidad de la norma constitucional⁶³:

1. Estamos, en primer lugar, ante un estatuto jurídico de lo político. Esto legitima el recurso a los principios jurídico-estructuradores (Estado de Derecho, democrático, social, etc.). En cualquier caso, ha de tratarse de valores incorporados en las normas. El Tribunal Constitucional, ha señalado que la interpretación constitucional, como antes dijimos, debe buscar la compatibilidad entre los preceptos y principios contenidos en el Texto Fundamental. Unos y otros se informan recíprocamente como señaló el Alto Tribunal en su Sentencia 6/1987, de 27 de febrero, sin que pueda apreciarse jerarquía entre ellos (STC 19/1987, de 17 de febrero).
2. Desde el punto de vista del método, es importante considerar que la interpretación de la Constitución no consiste, con frecuencia, en «decidir» un caso sometido a apreciación jurisdiccional, sino que supone fijar reglas de concretización válidas para la Administración y para el legislador.
3. Es un postulado la vinculación a la *voluntas constitutionis*. Los aplicadores de la Constitución no pueden atribuir un significado arbitrario a las disposiciones constitucionales, sino que deben investigar lo dicho por ella, la voluntad objetiva del constituyente más que la subjetiva; esto es: lo dicho en el precepto en relación con su contexto.
4. En cuanto a la influencia del elemento temporal, la interpretación ha de permitir la actualización del programa constitucional sin sobrepasar los límites de una tarea interpretativa, lo que significa que no caben rupturas, mutaciones constitucionales silenciosas ni revisiones apócrifas. No cabe una rigidez absoluta ni una interpretación que sin más se pliegue a la orientación política dominante en un determinado momento histórico ya que el proceso de interpretación quedaría desvirtuado.

2. Normas de interpretación y Constitución española

2.1. Normas de interpretación en la Constitución

Es usual que todo ordenamiento jurídico incorpore algunas reglas acerca de la interpretación de las normas. En España estas normas de carácter general se encuentran en el Título Preliminar del Código Civil y en los artículos 3º y 4º del citado Código. Por la influencia que estas normas interpretativas tienen sobre el resto del ordenamiento, el Tribunal Supremo ha calificado el Título Preliminar de *materialmente constitucional* (TS 21 de noviembre de 1984) El Tribunal Constitucional ha aclarado que tales preceptos, en su mayor parte, son aplicables a todo el ordenamiento, y que «sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conservan en el Código Civil su encaje» (STC 37/1987, de 26 de marzo).

En la Constitución española no encontramos criterios generales de interpretación

⁶³ LAFUENTE BALLE, J.M.: *La judicialización de la interpretación constitucional*, Colex, Madrid, 2000, pág. 37. Ver también, CANOSA USERA, R.: *Interpretación constitucional y fórmula política*, CEC, Madrid, 1988.

salvo el contenido en el artículo 10.2, el cual establece que las «normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificadas por España». A pesar de ello y como ya se señaló anteriormente, defendemos la existencia de un carácter axiológico en la Constitución, en el cual debe inspirarse toda actividad interpretadora, así las normas del Código Civil quedan ahormadas por estos valores, principios y criterios (STS de 13 de julio de 1982).

2.2. Interpretación conforme a la Constitución

El Tribunal Constitucional español ha confirmado la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico en función del texto constitucional. Así, la Constitución es definida por el Alto Tribunal como una norma cualitativamente distinta de las demás y superior a ellas cuando afirma que a *partir de la entrada en vigor de la Constitución, es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla conforme a aquélla* (STC 9/1981, de 31 de marzo). Esta vinculación de la ley a la Constitución declarada por el Tribunal Constitucional determina que deba rechazarse la *aplicación de una regla que conduce a un resultado opuesto al que el precepto constitucional declara deseable* (STC 19/1982, de 5 de mayo y SSTC 22/1985, de 15 de febrero; 77/1985, de 27 de junio; 2/1987, de 21 de enero, y 115/1987, de 7 de julio, entre otras).

La Constitución es, afirma el Tribunal Constitucional en su Sentencia 9/1981, de 31 de marzo, la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Naturaleza singular que se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución. Esta naturaleza y valor supremo determinan que la aplicación de la Constitución dé lugar a la derogación de las leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras.

La Constitución es, también, una norma unitaria, forma un todo *en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática* (SSTC 6/1983, de 4 de febrero y 227/1988, de 29 de noviembre).

Además y de conformidad con lo que se ha expuesto anteriormente, el Tribunal Constitucional ha confirmado que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental (STC 18/1981, de 8 de junio), sin desechar ninguna palabra por considerarla vana (STC 37/1988, de 3 de marzo) y buscando la proporcionalidad entre los actos y sus consecuencias (STC 24/1990, de 15 de febrero).

Este criterio, como insistiremos más adelante, se exige prioritariamente en la interpretación de los derechos y libertades, en la que el Tribunal Constitucional se acoge al principio de la interpretación más favorable a la libertad y a la mayor efectividad del derecho.

Así, pues, siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera (STC 122/1983, de 16 de diciembre).

Debemos considerar, por otro lado, que la interpretación constitucional debe tener siempre muy presente el tipo de norma que analiza, su estructura normativa, su finalidad y su alcance. Debe, asimismo, prestar suma atención a las normas que integran el bloque de la constitucionalidad como complemento del criterio interpretativo. La importancia de dichas normas interpuestas reside en que, a los efectos del control de la

constitucionalidad de las leyes, son reflejo de la Constitución y, por ende, pauta para el control de normas de su mismo rango.

El criterio histórico aunque relevante no puede ser determinante a juicio del Tribunal Constitucional para determinar o no la adecuación de una norma a la Constitución. La historia de un precepto ayuda a interpretarla pero, resulta claro para el Alto Tribunal, que no se debe juzgar la constitucionalidad de una norma por su historia (STC 37/1988, de 3 de marzo). Por otro lado, respecto de una norma preconstitucional no rige el monopolio del juicio de constitucionalidad que este Tribunal tiene respecto a las normas con rango de Ley posteriores a la Constitución (arts. 163 CE y 35 y siguientes LOTC). Digamos, por último, que el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas de la Constitución porque, en ese caso, como señala el Tribunal Constitucional, se colocaría en el mismo plano del poder constituyente, realizando actos propios de éste (STC 76/1983, de 5 de agosto). Por el contrario sí es posible que el Tribunal Constitucional dicte sentencias interpretativas (STC 5/1981, de 13 de febrero) en las que es el propio Tribunal Constitucional el que dice en que única manera puede interpretarse una ley para que sea compatible con la Constitución. En estos casos, estamos ante una actividad que propiamente es una fuente del Derecho (STC 8/1985, de 25 de enero) del mismo rango que la ley, e incluso superior⁶⁴.

3. La interpretación de los derechos y libertades

La interpretación que debe hacerse de los derechos y libertades participa de los criterios generales del proceso de interpretación que se ha descrito en los apartados anteriores pero posee también alguna peculiaridad que habilita a un tratamiento diferenciado de la misma. Por otro lado, en este epígrafe abordaremos los criterios de interpretación de los derechos constitucionales y también de los derechos de producción internacional, los derechos comunitarios y los derechos legales.

3.1. Normas constitucionales sobre la interpretación de los derechos y libertades

Como ya se ha señalado, la Constitución española sólo contiene una norma expresa de interpretación específica en materia de derechos en el artículo 10.2 CE que establece: *«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*.

El precepto constitucional citado, alude directamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) de Naciones Unidas y genéricamente a los demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades. Por tanto, el criterio de interpretación comprende a cualquier acuerdo o convenio internacional, bilateral o multilateral, de cualquier alcance y naturaleza que pueda referirse a derechos y libertades, entre los que se encuentran, además de la citada Declaración Universal, entre otros los siguientes:

- a) En el ámbito de Naciones Unidas
 - El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (Nueva York, 1966).
 - El Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (Nueva York, 1966).

⁶⁴ F. RUBIO LLORENTE: «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1 (1982), págs. 52-59.

- Convenio contra la eliminación de todas las formas de discriminación.
- Convención de los Derechos del Niño.

b) En el ámbito del Consejo de Europa

- Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950).
- Convenio de Biomedicina y Derechos Humanos.
- Protocolo de prohibición de clonación humana.

c) En el ámbito de la Unión Europea

- Tratados constitutivos (artículos referentes a derechos y libertades).
- Tratado de Maastrich.
- Tratado de Ámsterdam.
- La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Esta regla de interpretación ha sido utilizada en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional en sus sentencias relativas a la interpretación de los derechos y libertades aunque no ha terminado de definir el Alto Tribunal la posición constitucional de esta norma de interpretación. Por otro lado, el artículo 10.2 CE exige que España haya ratificado el Tratado que se toma como criterio de interpretación aunque tal requisito ha sido obviado en algunas ocasiones por el Tribunal Constitucional (38/1981, 28 de noviembre, 36/1984, de 14 de marzo y 114/1984, 29 de noviembre).

En sus sentencias el Tribunal Constitucional ha otorgado a los tratados y convenios internacionales un carácter interpretativo de las normas constitucionales, pero este carácter interpretativo no es banal pues da verdadero contenido a los preceptos constitucionales ya que:

- configura el sentido y el alcance de los derechos constitucionales (SSTC 254/1993;
- define los perfiles exactos de su contenido (STC 28/1991, de 14 febrero).

Con todo el Tribunal Constitucional ha negado que los tratados y convenios sean parámetro de la constitucionalidad. Así, en su Sentencia 64/1991, el Tribunal Constitucional afirmó que «La interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del Texto Constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales». Distingue, pues, el Tribunal Constitucional entre parámetro de interpretación y parámetro de validez; los tratados pueden ser lo primero pero no lo segundo.

Aunque teóricamente la distinción resulta comprensible, en la práctica resulta de difícil aplicación. En su sentencia 36/1991, de 14 de febrero, el Tribunal vuelve a pronunciarse sobre la cláusula de interpretación del artículo 10.2 CE, afirmando que la misma «se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, 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 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 la violación indirecta y mediata del artículo 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso».

En su Declaración 1/2004, el Tribunal Constitucional, a instancia del Gobierno, se pronunció sobre la compatibilidad o no de diversos aspectos del proyecto de Constitución Europea con la Constitución española, uno de dichos ámbitos se refería a la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales a dicho proyecto de Constitución Europea en relación con la previsión contenida en el artículo 10.2 de la Constitución española de la que venimos tratando. El Alto Tribunal estima que –de haberse producido la entrada en vigor de la Constitución Europea (que, como sabemos, no aconteció) la Carta de Derechos Fundamentales se habría erigido en pauta para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce; ello, además, sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión. Recordemos que la propia Carta el ámbito de aplicación de los derechos en ella contenidos a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, haciendo expresa salvedad de que con la Carta no se altera, por ampliación, el ámbito competencial de la Unión Europea. Pero, como el mismo Tribunal Constitucional señala, el hecho de haber ratificado la Constitución Europea y con ella el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales convertía a ésta última en un “convenio sobre derechos ratificado por España, por lo que pasaría a ser uno de los convenios o tratados mencionados en el artículo 10.2 de la Constitución y, por tanto, podría ser tomado en consideración como parámetro de interpretación de los derechos constitucionales.

El Alto Tribunal señala que es doctrina reiterada 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 forma que deben ser tomados en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico de los derechos fundamentales que ha reconocido la Constitución (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales sería claramente similar al que en la actualidad tiene el Convenio de Roma que ha terminado por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo.

El Tribunal Constitucional, de otra parte, afirmó, en su sentencia 120/1990, de 27 de junio, que no le corresponde al 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 CE y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del artículo 10.2 CE, 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». El Tribunal Constitucional, sobre este mismo asunto, afirmó, en su sentencia 28/1991, de 14 de febrero, que, «si bien 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 CE), en ningún caso la contradicción de una Ley con un derecho fundamental 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».

3.2. El alcance de la norma interpretadora del artículo 10.2 de la Constitución

Como se ha descrito en el epígrafe anterior, la norma de interpretación contenida en el artículo 10.2 CE alude, literalmente, a los *derechos fundamentales y libertades públicas*. Como se señaló en un capítulo anterior, aunque la terminología no es uniforme ni compartida por toda la doctrina, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en el ámbito de los derechos constitucionales, venimos denominando derechos fundamentales a los contenidos en la sección 1.^a, del Capítulo II, del Título I de la Constitución (arts. 15 a 29); por otro lado, también señalamos en su momento la distinción, fundamentalmente de origen francés, entre *derechos y libertades públicas*. Cabría, pues, preguntarse si la norma de interpretación contenida en el reiterado artículo 10.2 CE se refiere exclusivamente a los derechos contenidos en los artículos 15 a 29 (ya que las libertades públicas también pertenecen a este mismo grupo) o si, por el contrario, debemos hacer una lectura amplia del precepto constitucional y entender que la mención a *derechos fundamentales y libertades públicas es sinónimo o equivalente a derechos constitucionales*.

La adhesión a la primera de las tesis dejaría fuera del ámbito de la cláusula de interpretación del artículo 10.2 CE a un número muy amplio de derechos (los derechos de los extranjeros, la igualdad —art. 14 CE— todos los contenidos en la sección 2.^a, del Capítulo II del Título I —arts. 30 a 38— y los derechos que se encuentran en el Capítulo III del mismo Título I), tanto más cuanto los derechos del Capítulo II son también, para un sector de la doctrina, derechos fundamentales. De otra parte, resultaría incomprensible que mientras que las normas relativas a algunos derechos podrían ser interpretadas conforme a los tratados y convenios válidamente celebrados por nuestro país e incorporados a nuestro ordenamiento interno, otros derechos también constitucionales no podrían ser interpretados con igual criterio por el simple hecho de encontrarse fuera de la sección 1.^a del Capítulo II, del Título I.

Creemos, por ello, que la norma de interpretación contenida en el reiterado apartado 2 del artículo 10 CE, debe aplicarse a todos los derechos constitucionales, incluidos los que el constituyente español incorporó al Capítulo III con la denominación de Principios de política social y económica (como puede ser el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado; el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada o el derecho a la protección de la salud). Esta tesis no contradice, por otro lado, la doctrina del Tribunal Constitucional que estima, como dijimos, que la cláusula de interpretación que venimos analizando sirve de nexo de unión entre nuestro sistema de derechos —todo el sistema— y los derechos reconocidos en el ámbito internacional.

3.3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como criterio interpretativo

La norma constitucional de interpretación de los derechos y libertades se refiere, como expresamente se ha señalado anteriormente, a las normas relativas a aquellos en relación con lo que dispusieran la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y convenios internacionales ratificados por España y así se entendió en principio. Sin embargo, la STC 36/1984, de 14 de marzo, estableció que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos podía entenderse comprendida en las menciones del artículo 10.2 CE. En este caso, el Tribunal manifestó expresamente que la «remisión que el artículo 10.2 de la CE 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 aun aconseja referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos». En el mismo sentido, la STC 114/1984, de 29 de noviembre, entendió que la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos era un criterio válido para la interpretación a la que alude el artículo 10.2 CE. En este caso, el Tribunal Constitucional resolvía un asunto relativo a la prueba ilícitamente obtenida y, al respecto, afirmó que el «recurso a la vía interpretativa impuesta por el artículo 10.2 de la CE no resulta concluyente, por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre». Este valor interpretativo ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional exclusivamente a las sentencias del Tribunal Europeo no, por ejemplo, a las opiniones o resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La utilización de la jurisprudencia del Tribunal Europeo como criterio de interpretación fue, desde entonces, incorporada a un amplio número de sentencias del Tribunal Constitucional y se considera, de otra parte, un criterio cierto del estándar de derechos europeo.

3.4. Criterios sobre la interpretación de los derechos y libertades

Como dijimos anteriormente, la interpretación de derechos y libertades participa de los criterios generales sobre interpretación pero ofrece, también criterios propios entre los que podemos distinguir los siguientes:

- 1) los derechos deben interpretarse siempre en el marco de los valores, principios y demás derechos consagrados en la Constitución;
- 2) los derechos forman un sistema dentro de la Constitución y del propio ordenamiento jurídico, por lo tanto deben ser interpretados sistemáticamente y no aisladamente;
- 3) los derechos constitucionales deben interpretarse conforme a la Constitución y no conforme a la ley;
- 4) en caso de conflicto entre derechos, la interpretación debe valorar la función que la Constitución asigna a los derechos en sentido objetivo (como elementos del sistema constitucional) y en sentido subjetivo (que se espera de ese derecho en cuestión en relación con el individuo);
- 5) el Tribunal Constitucional ha confirmado que los derechos no son absolutos, por tanto, la interpretación debe valorar esta característica;
- 6) el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que la interpretación de derechos debe realizarse de acuerdo al principio denominado favor libertatis, conforme al cual la interpretación favorecerá: a) el ejercicio libre del derecho hasta donde sea posible sin vulnerar otro derecho o bien constitucionalmente protegido; b) buscando la mayor efectividad del derecho; y c) permitiendo la manifestación de la fuerza expansiva de los derechos. En este sentido, en la STC 69/1984, de 11 de Junio; el Alto Tribunal (en un caso relativo a la aplicación del art. 24.2 CE) afirmó que el razonamiento ha de responder a «una interpretación de las normas conforme a la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental». Reitera esa posición el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 17/1985, de 9 de febrero, al señalar que

«como reiteradamente ha afirmado este Tribunal Constitucional, obliga a interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental».

3.5. La interpretación de los derechos contenidos en los tratados internacionales

Como hemos venido señalando, la Constitución española ha dedicado su única norma sobre interpretación a los derechos y libertades, vinculándolos a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y a los demás tratados y convenios ratificados por España. Pero, cabe preguntarse cómo deben interpretarse los derechos contenidos en dichos Tratados y Convenios cuando, válidamente celebrados y ratificados por nuestro país, pasan a integrarse en el Derecho interno. Participamos de la tesis de que los tratados internacionales gozan en nuestro ordenamiento de rango de ley y, por ello, están subordinados a la Constitución, en el mismo nivel normativo que el resto de las leyes (leyes orgánicas, leyes ordinarias, leyes de las Comunidades Autónomas) y normas con su rango y con su fuerza y supraordenados a otras normas de rango inferior a la ley (decretos, órdenes ministeriales ...). La incorporación de los Tratados al Derecho interno mediante su publicación oficial tal y como establece la Constitución, aglutina su validez internacional e interna de forma inseparable aunque genere los correspondientes efectos jurídicos en cada uno de los respectivos ámbitos internacional e interno.

Si partimos, como creemos correcto, del rango legal de los tratados y convenios internacionales y aceptamos, también, su peculiar naturaleza jurídico-internacional, debemos concluir que, en materia de interpretación de los derechos en ellos reconocidos, debemos atender a los siguientes criterios:

- Por lo que se ha explicado anteriormente, los derechos contenidos en un tratado son, en el ordenamiento español, derechos con rango de ley y su interpretación se hará siempre en función de la Constitución y les son aplicables el resto de los criterios interpretativos que se han mencionado en epígrafes anteriores.
- Si el tratado incorpora sus propias reglas de interpretación, se seguirán éstas siempre que las mismas no sean contrarias a la Constitución.

Su subordinación a la Constitución permite un doble control de constitucionalidad: *previo y posterior*. En cuanto al control previo, el artículo 95 CE establece que la celebración de un «tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional», por tanto, los tratados pueden incorporarse al ordenamiento interno siempre que sean acordes con la Constitución. En el caso anterior, el Gobierno, el Congreso de los Diputados o el Senado pueden solicitar al Tribunal Constitucional, previamente a su ratificación, que declare si existe o no contradicción entre cualquiera de los preceptos de un tratado internacional y la Constitución. El control de constitucionalidad posterior se realiza, si es al caso, mediante el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de amparo.

3.6. La interpretación de los derechos contenidos en el Derecho de la Unión Europea

Como en otros apartados de esta obra, hemos diferenciado el Derecho internacional general del Derecho de la Unión Europea, si bien, en este punto, debemos tener en cuenta que este último se integra por normas de distinta naturaleza. Así el *Derecho originario* está integrado por los Tratados constitutivos de las Comunidades y por los Tratados de modificación de aquellos que se han ido aprobando a lo largo de estos años (Acta Única, Tratado de Maastrich, Tratado de Ámsterdam, Tratado de Niza, Tratado de

Lisboa) y por el *Derecho derivado* que es el generado por las instituciones europeas. Como sabemos, el Derecho de la UE y el Derecho de producción interna de los distintos países miembros, se rigen por el denominado principio de competencia conforme al cual no existe jerarquía entre uno y otro ordenamiento sino aplicación preferente del Derecho europeo en el Estado miembro. El Tribunal Constitucional lo ha confirmado, entre otras, en su sentencia 28/1991, de 14 de febrero, de la siguiente manera: «A partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual —por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales». Tal vinculación no significa que, por aplicación del artículo 93 CE, se haya dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea de rango y fuerza constitucionales, ni quiere decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado artículo 93 de la Constitución. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, el Derecho de la Unión Europea, ni originario ni derivado, integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español. En mi opinión, esa tajante afirmación del Tribunal Constitucional podría matizarse en relación con los Tratados constitutivos y sus modificaciones posteriores ya que, a todos los efectos, son tratados internacionales vinculados por lo establecido en los artículos 93 y siguientes de la Constitución y sujetos, en mi opinión, al control de constitucionalidad previo y posterior al que antes aludimos. Los Tratados comunitarios son publicados oficialmente en España y a partir de ese momento adquieren, junto a su originaria naturaleza internacional-comunitaria, la naturaleza de Derecho interno. Es precisamente esta última dimensión jurídica la que permitió, por ejemplo, el control previo del Tribunal Constitucional sobre el contenido del Tratado de Maastricht (específicamente entre la regulación contenida en el artículo 8 del Tratado en relación con el artículo 13 de la Constitución y que provocó la primera reforma de la Constitución española en 1992).

Capítulo XVI

Garantías constitucionales, legales e institucionales de los derechos y libertades

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea
UNED

SUMARIO. 1. Garantías de los derechos y libertades. 2. Garantías normativas. 2.1. Vinculación de los poderes públicos a los derechos. 2.2. Rigidez constitucional. 2.3. Garantías de su desarrollo legislativo: la reserva de ley. 2.4. Garantías sobre el contenido de los derechos y libertades. 2.5. Derechos-garantía. 2.6. Exenciones de obligaciones. 2.7. Obligaciones y prohibiciones de la actuación de los poderes públicos. 3. Garantías jurisdiccionales. 3.1. Protección jurisdiccional genérica. 3.1.1 *La tutela judicial efectiva*. 3.1.2. *El recurso de inconstitucionalidad*. 3.1.3. *El recurso previo de inconstitucionalidad*. 3.1.4. *La cuestión de inconstitucionalidad*. 3.2. Protección jurisdiccional específica. 3.2.1. *Procedimiento preferente y sumario*. 3.2.2. *Recurso de amparo*. 4. Instituciones de garantía. 4.1. Garantía parlamentaria. 4.2. El Ministerio Fiscal. 4.3. El Defensor del Pueblo. 4.4. El Defensor del Pueblo Europeo.

1. Garantías de los derechos y libertades

Si ya en 1789 el artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* afirmaba que la sociedad en la cual «la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución», tales principios siguen siendo en la actualidad requisito inexcusable de cualquier Estado democrático, siendo además el segundo instrumento del primero: la garantía y plena vigencia de los derechos. La validez del reconocimiento de los derechos y libertades se encuentra hoy, como ya intuyeron los representantes del pueblo francés en 1789, en la eficacia de sus garantías.

Los derechos y libertades sostienen, como explicaremos después, el sistema democrático y forman también un elemento objetivo del sistema. Por ello, junto a la conveniencia de asegurar su libre ejercicio nos encontramos también ante la necesidad de tutelar el propio orden constitucional del que aquéllos forman parte, para lo cual puede resultar preciso, incluso, interrumpir temporalmente la vigencia de algunos derechos y libertades reconocidos, ya sea respecto de personas concretas y en situaciones determinadas (suspensión individual de los derechos) ya en situaciones de crisis constitucionales (estados excepcionales).

Así como el constitucionalismo fue el soporte para el reconocimiento de los derechos y libertades, los sistemas de aseguramiento de éstos han sido también recogidos frecuentemente por los textos fundamentales y elevados, junto con aquéllos, al mayor nivel normativo.

Las garantías son, pues, instrumentos jurídicos de aseguramiento de los derechos y libertades y por ende del valor normativo de la Constitución. La eficacia de los derechos y libertades requiere de unos instrumentos jurídicos que permitan restablecer o preservar los derechos fundamentales de los «ciudadanos ante actuaciones de los poderes públicos o de otros ciudadanos que los amenacen o vulnere»⁶⁵.

Algunas de las garantías constitucionales precisan desarrollo legislativo (así sucede frecuentemente con las garantías institucionales); otras se encuentran plenamente expresadas en

⁶⁵ CARRASCO DURÁN, M.: *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002, pág. 30.

el texto constitucional; y, todavía, un tercer grupo está integrado por aquellas garantías que poseen rango legal y no constitucional. En los modernos Estados democráticos las garantías de los derechos se extienden a los mismos ámbitos que los derechos a los que aseguran; así podemos distinguir, en materia de garantías, un ámbito interno, uno supranacional (Unión Europea) y un ámbito internacional. En los Capítulos 3 y 4 nos hemos referidos al nivel supranacional e internacional, por lo que corresponde ahora centrarnos en las garantías de ordenamiento de producción interna.

La Constitución española, por otro lado, ha otorgado gran relevancia al sistema de protección de los derechos y libertades, siendo uno de los criterios de clasificación de los derechos constitucionales⁶⁶. En todo caso, las garantías se articulan en los diferentes niveles normativos (*sistema multinivel*) de forma que algunas de ellas tienen existencia en uno o más niveles (por ejemplo, la institución del defensor del pueblo como garantía institucional, existe tanto en el nivel central como en el autonómico y en el europeo)

En este capítulo nos centraremos en el análisis de las garantías constitucionales y de las garantías estatutarias. Las primeras son aquellas que están explícitamente reguladas en la Constitución española; las garantías estatutarias son las establecidas en los diferentes Estatutos de Autonomía, principalmente en aquéllos en los que, mediante reforma estatutaria, se ha incorporado un catálogo de derechos (Andalucía, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Illes Balears, Valencia).

En nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el nivel central como autonómico, y como afirma Pérez Luño al que seguimos en parte de esta exposición⁶⁷, podemos señalar tres grandes bloques de garantías:

- a) Garantías normativas.
- b) Garantías jurisdiccionales.
- c) Garantías institucionales.

Utilizaremos esta estructura para abordar el análisis de las diferentes garantías.

2. Garantías normativas

Este tipo de garantías, de carácter preventivo, son disposiciones constitucionales y, en su caso, legales, que tienden a impedir la posible vulneración de los derechos y libertades, a proteger el catálogo que de ellos recoja el texto fundamental y a salvaguardar su contenido.

Las garantías que hemos denominado *normativas* se caracterizan, entre otros aspectos, por integrarse en el decurso del propio derecho de manera que con su regulación y con su ejercicio queda implícita su tutela. Estas garantías son las siguientes:

- Vinculación de los poderes públicos a los derechos.
- Rigidez constitucional.
- Garantías de su desarrollo legislativo: la reserva de ley.
- Garantías sobre el contenido de los derechos y libertades.
- Garantías que adoptan la forma de derechos.
- Exenciones de obligaciones.
- Exigencias y prohibiciones a la actuación de los poderes públicos.

2.1. Vinculación de los poderes públicos a los derechos

La consecuencia directa e inmediata del reconocimiento del valor normativo supremo de la Constitución es la supeditación del resto de la legislación a sus principios y la vinculación de todos los ciudadanos y de los poderes públicos a la misma y al resto del ordenamiento jurídico,

⁶⁶ PEREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 65.

⁶⁷ *Ibidem*.

como así se ha dispuesto en el artículo 9.1 del texto constitucional.

Aunque la disposición del artículo 9.1 es lo suficientemente clara y contundente, la Constitución española de 1978 ha reiterado, en su artículo 53.1, la vinculación de los poderes públicos específicamente a los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I (arts. 14 a 38).

Una interpretación sistemática de los artículos 9.1 y 53.1 supone, en opinión de AE. Pérez Luño⁶⁸, una extensión del carácter vinculatorio de los derechos no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares, es decir, que los derechos y libertades deben no sólo ser respetados por los poderes públicos, sino que también son eficaces —con las matizaciones oportunas— en las relaciones entre particulares, como efectivamente sucede y ha sido ya confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Este mismo criterio extensivo permite afirmar que los poderes públicos deben quedar igualmente vinculados por los derechos contenidos en el Capítulo III (arts. 39 a 52) y ello a pesar de que el artículo 53.1 sólo mencione el Capítulo II. Efectivamente, el artículo 53.3 establece que el reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, *informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*, de donde estimamos correcto concluir que también existe un principio de vinculación de los poderes públicos a estos preceptos.

2.2. Rigidez constitucional

Hecha por el constituyente una opción sobre la extensión del catálogo de derechos y libertades, resultaba necesario establecer instrumentos normativos de garantía dirigidos a evitar la alteración de los derechos y libertades reconocidos.

La garantía del contenido de este catálogo de derechos y libertades se articula en torno al principio de *rigidez constitucional*, de modo que se agravan, por lo general, los mecanismos de reforma que afectan a estos preceptos.

La Constitución española ha incorporado en su Título X las previsiones acerca de su propia reforma, estableciendo un procedimiento de reforma *ordinario* y un procedimiento *agravado*: el procedimiento *ordinario* (art. 167 CE), permite abordar la modificación de cualquiera de los preceptos constitucionales salvo las siguientes materias reservadas, por el artículo 168 CE), al procedimiento *agravado*:

- 1) El Título Preliminar.
- 2) Los derechos fundamentales, de la Sección primera, del Capítulo II, del Título I (arts. 15 a 29).
- 3) La Corona (Título II, arts. 56 a 65); y
- 4) La revisión total de la Constitución.

Según lo expuesto, la Constitución otorga la garantía de la rigidez constitucional a todos los derechos, aunque con las siguientes matizaciones:

- a) Los denominados *derechos fundamentales* (Sección 1ª, Capítulo II, Título I, arts. 15 a 29 CE), quedan protegidos mediante el procedimiento agravado de reforma constitucional, de donde se deduce la intención de los constituyentes de buscar si no una inalterabilidad absoluta de este elenco de derechos sí su protección reforzada.
- b) Los demás derechos constitucionales (así como el resto del articulado) gozan de la protección que representa el procedimiento de reforma ordinario.

2.3. Garantías de su desarrollo legislativo: la reserva de ley

El principio de *reserva de ley* sustenta la garantía del desarrollo legislativo de los derechos y libertades; en ocasiones se establece *reserva de ley orgánica*, como sucede en nuestro ordenamiento jurídico, con la consiguiente exigencia de mayorías cualificadas para la

⁶⁸ *Ibidem*.

aprobación de estas leyes. Con la reserva a la ley de la regulación de determinados preceptos quiere significarse que se somete a la voluntad popular manifestada a través de sus representantes en el Parlamento la determinación del contenido y límites de estos derechos dentro del respeto a la Constitución. El principio de *reserva de ley* sustrae al Ejecutivo la facultad de regular directamente estas materias, aunque no, obviamente, la iniciativa de dicha regulación a través de proyectos de ley. La competencia de enmienda y aprobación la ejerce el Parlamento, que posee, además, su iniciativa propia a través de las proposiciones de ley. En materia de derechos y libertades, la Constitución española establece el principio de *reserva de ley genérica*⁶⁹ para determinados derechos (los contenidos en el Capítulo II del Título I, de conformidad con lo establecido en el art. 53.1 CE) pero ese principio general de reserva de ley se convierte, como ya dijimos, en *reserva de ley orgánica* para el desarrollo de los *derechos fundamentales*, que son los reconocidos, como venimos señalando, en los artículos 15 a 29 exclusivamente. La Ley Orgánica requiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 CE, para su aprobación, modificación o derogación el voto favorable de la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto. El objetivo de reservar determinados preceptos a la regulación mediante ley orgánica no es otro que el de garantizar que, tanto su inicial desarrollo como su modificación o derogación, cuenten con un amplio consenso parlamentario, evitando así que mayorías no muy amplias en el Parlamento puedan regular o modificar el contenido de dichos preceptos. Por último, el artículo 86.1 de la Constitución establece que no podrá regularse mediante Decreto-Ley, entre otros aspectos, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I. Respecto de esta previsión constitucional se suscitó la duda acerca del alcance del mencionado artículo 86.1, distinguiéndose al menos dos tesis:

- a) Según una opinión restrictiva, la mención contenida en el artículo 86.1 de la Constitución se refería exclusivamente a los derechos fundamentales (arts. 15 a 29 CE) y, por tanto, venía a coincidir con la reserva de ley orgánica, es decir, los derechos fundamentales no podían ser objeto de regulación mediante decretos-leyes porque debían ser regulados por ley orgánica lo cual resultaba, cuando menos, reiterativo.
- b) Conforme a otra opinión, en este caso, extensiva, dicha expresión venía a identificarse con todos los derechos contenidos en el Título I, sin que la falta de correspondencia literal entre lo que dice el artículo 86.1 de la Constitución —*derechos, deberes y libertades de los ciudadanos*— y el rótulo que encabeza el Título I, —*De los derechos y deberes fundamentales*— deba resultar determinante. Esta segunda opinión no ha sido avalada por el Tribunal Constitucional que, en su Sentencia de 111/1983, de 2 de diciembre, realiza una interpretación restrictiva para no reducir, afirma el Alto Tribunal, el ámbito del decreto-ley hasta el punto de que resultara una fuente prácticamente imposible de utilizar. Con todo, el Tribunal no ha llegado a determinar qué derechos y con qué alcance podrían ser regulados mediante decreto-ley, ya que la sentencia citada —Caso Rumasa— contiene una argumentación compleja aplicable a ese supuesto concreto sin que pueda afirmarse que cualquier otro caso merecería idéntica resolución por parte del Tribunal Constitucional.

2.4. Garantías sobre el contenido de los derechos y libertades

Como ya se ha explicado anteriormente, el respeto al contenido esencial de los derechos se encuentra recogido en el artículo 53.1 CE y representa la prohibición de que se regule un derecho de tal manera que, como afirma nuestro Tribunal Constitucional, desfigure y difumine los límites del derecho hasta hacerlo irreconocible o destruyendo su contenido material convirtiéndolo en un derecho puramente formal (STC de 16 de noviembre de 1981). Ante la ausencia de definición en la propia Constitución, el Tribunal Constitucional ha ido progresivamente delimitando lo que debe entenderse por contenido esencial de un derecho que,

⁶⁹ GARCIA MORILLO, J.: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 33.

en todo caso, representa una restricción a la potestad legislativa del Estado, puesto que éste no podía invadir esa esfera esencial (STC 5/1981, de 13 de febrero) ni desnaturalizarlo.

1.1. Derechos-garantía

En nuestro ordenamiento constitucional algunos instrumentos de tutela se presentan bajo la forma de derechos concretos que garantizan aspectos de otro del cual dimanar. La Constitución española ofrece ejemplos significativos de este tipo de garantías. Así, por ejemplo, el derecho a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE, concreta un aspecto de la libertad personal; el más significativo, sin embargo, es el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 CE, configurada como un derecho-garantía de todos los demás derechos en la medida en la que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales es uno de los instrumentos jurídicos más relevante para la protección del libre ejercicio de los derechos e intereses legítimos de las personas.

1.2. Exenciones de obligaciones

Otro medio de aseguramiento de los derechos y libertades consiste en prohibir que el sujeto sea obligado a realizar determinados actos que pondrían en peligro el libre ejercicio de alguno de sus derechos constitucionales. En este sentido, el artículo 16.2 de la Constitución establece que *nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*, tutelándose así la libertad ideológica y religiosa que el apartado 1 del mismo precepto consagra.

El Tribunal Constitucional⁷⁰, sin embargo, ha matizado esta prohibición, en relación con los objetores de conciencia, estableciendo que no se conculca la garantía del artículo 16.2 CE cuando se requiera del sujeto determinada información sobre su religión o creencias siempre que ello sea consecuencia de una petición del propio interesado tal y como ya señalamos al tratar del ejercicio de los derechos y libertades.

2.7. Obligaciones y prohibiciones en la actuación de los poderes públicos

Encontramos también en la Constitución española que ciertas garantías de los derechos y libertades provienen del establecimiento de ciertos controles y exigencias a la actuación de los poderes públicos. Así, por ejemplo:

- a) Cuando se exige dar entrada a la opinión o actividad de los particulares en materia de enseñanza (art. 27.7 CE).
- b) Cuando se requiere resolución judicial previa a determinados actos de los poderes públicos, como la suspensión o disolución de asociaciones (art. 22.4 CE); la entrada en domicilios particulares (art. 18.2 CE). Estos casos, también pueden verse, obviamente, desde la perspectiva de la garantía judicial que, en este caso, tiene carácter preventivo.
- c) Cuando se prohíbe realizar determinados actos que podrían alterar el libre ejercicio de los derechos y libertades, como realizar censura previa (art. 20.2 CE).

2. Garantías jurisdiccionales

Podríamos definir las garantías jurisdiccionales como aquellas que pueden ser instadas para prevenir o reparar la vulneración de un derecho. Estos medios de aseguramiento de los derechos y libertades pueden manifestarse en forma de procesos, ya sean propiamente judiciales — ordinarios o especiales — ya se substancien ante órganos jurisdiccionales sin carácter judicial; también pueden consistir en mecanismos de garantía que operan dentro de dichos procesos.

⁷⁰ Ver STC 160/1987, de 27 de octubre de 1987.

En la Constitución española podemos distinguir, siguiendo a Pérez Luño⁷¹, entre:

- una protección jurisdiccional *genérica*; que se refiere a la tutela de los derechos y libertades a través de las garantías jurisdiccionales que son comunes a todos los bienes e intereses del ordenamiento jurídico; y
- una protección *específica*, que puede obtenerse a través de procedimientos o instancias creados exclusivamente para el aseguramiento de los derechos y libertades.

2.1. Protección jurisdiccional genérica

La protección jurisdiccional genérica, como ya se ha indicado, es un medio de aseguramiento de los derechos y de los demás intereses y bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento jurídico, respecto de la cual debemos distinguir la tutela judicial efectiva que se sustancia ante los jueces y tribunales ordinarios y el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

3.1.1. La tutela judicial efectiva

a) Concepto

El artículo 24.1 de la Constitución española, consagra el acceso a la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia 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.

El apartado 1 del artículo 24 CE, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva para la defensa de los derechos e intereses de las personas, sin que, en ningún caso, pueda durante el proceso producirse indefensión. Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ampliamente regulado, en sus diversas dimensiones, en el Capítulo VI —Justicia—, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 47 a 50). Estamos, como afirma el Tribunal Constitucional, ante un derecho relacional e instrumental (STC 50/1985, de 29 de marzo).

El artículo 24, 1 y 2 de la Constitución ha consagrado dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que mientras el apartado segundo se refiere preferentemente a las denominadas «garantías procesales», el primero establece una garantía previa al proceso que vela porque éste discurra por los cauces debidos. El apartado 2, tiende a la misma garantía, pero a través de los concretos instrumentos procesales que se citan en dicho apartado (STC 46/1982, de 12 de julio). La estrecha relación que, como hemos dicho, existe entre el apartado primero y segundo del artículo 24 de la Constitución no significa, sin embargo, una mera redundancia, sino que, por el contrario, cada apartado de este precepto constitucional posee sustantividad propia. El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el apartado primero del artículo 24, permite que un acto de los poderes públicos, en particular, de los órganos judiciales, que viole algunos de los derechos declarados en el

⁷¹ PEREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 81.

apartado segundo del mismo precepto, suponga una violación de la tutela judicial efectiva consagrada en el apartado primero (SSTC 89/1985, de 19 de julio; 179/1993, de 31 de mayo).

De otra parte, el derecho a la tutela judicial no es un derecho de libertad que pueda ejercitarse sin más y directamente a partir de la Constitución, sino, como afirma el Tribunal Constitucional (STC 99/1985, de 30 de septiembre), un derecho de prestación que requiere la articulación de unos cauces legales, es decir, se trata de un derecho de configuración legal. Dice al respecto el Tribunal Constitucional que estamos ante un «derecho de prestación que sólo puede ser reclamado de Jueces y Tribunales ordinarios integrantes del Poder Judicial... y paralelamente, dispensado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» (STC 205/1990, de 13 de diciembre).

Como venimos afirmando respecto de otros derechos, la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto que pueda ejercitarse al margen del proceso establecido en la ley, sino que debe ejercerse dentro de los cauces legales y con sometimiento a los requisitos establecidos legalmente, siempre que tales requisitos no lo hagan impracticable o lo desnaturalicen (STC 149/1986, de 26 de noviembre). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha insistido en varias de sus sentencias (entre otras, STC 57/1985, de 29 de abril), en que ningún requisito formal puede convertirse en un obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo, de manera que no son admisibles aquellos obstáculos que resulten excesivos, que sean producto de un formalismo extremo y desproporcionado. Se trata, pues, de que la forma garantice y unifique el ejercicio del derecho a la tutela judicial no que lo impida.

b) Contenido

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo, ya que bajo esta denominación se comprenden también los siguientes derechos:

- El derecho de acceso a los Jueces y Tribunales —derecho de acceso a la jurisdicción— se concreta, como ha señalado el Tribunal Constitucional, en el derecho a ser parte en un proceso, poder promover la actividad jurisdiccional en pro de una decisión justa (STC 115/1984, de 3 de diciembre y otras posteriores). Desde la Sentencia 37/1995, de 7 de febrero, el Tribunal Constitucional ha reiterado que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial consagrado en el artículo 24.1 CE radica en el acceso a la jurisdicción que permite al ciudadano reivindicar lo que estime justo a su derecho.
- El derecho a obtener un fallo de los órganos jurisdiccionales fundado en Derecho; este derecho obliga a la motivación de las resoluciones judiciales tal y como prescribe el artículo 120.3 de la Constitución. Mediante la motivación de la resolución judicial, el particular conoce las razones y fundamentos que han llevado al órgano jurisdiccional al fallo, así como las normas en las que dicho órgano judicial se ha apoyado para emitir su resolución (STC 14/1991, de 18 de enero).
- El derecho a que el fallo se cumpla o ejecute y el recurrente sea repuesto en su derecho o, en su caso, compensado (STC 26/1983, de 13 de abril).

La atribución de la defensa de los derechos e intereses legítimos a los jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial es coherente con la atribución exclusiva del *ius puniendi* a los órganos estatales, así como con el principio de separación de poderes que atribuye al Poder Judicial la función de administrar la justicia; la Constitución ha confirmado esta tesis al atribuir en exclusiva la función jurisdiccional a Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (art. 117.1 y 3 CE).

El artículo 24.2 CE, consagra, en concreto, los siguientes derechos procesales:

- *al Juez ordinario predeterminado por la ley*. Esta garantía exige que el órgano judicial haya sido creado por la norma jurídica y que ésta le haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico o procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 47/1983, de 31 de mayo; 44/1985, de 22 de marzo; 119/1993, de 19 de abril y otras posteriores);

- *a la defensa y a la asistencia de letrado*. Entre otras, SSTC 42/1982, de 5 de julio; 53/1990, de 26 de marzo y 110/1994, de 11 de abril);
- *a ser informados de la acusación formulada* (entre otras, STC 62/1994, de 28 de febrero);
- *a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías* (entre otras, SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 96/1987, de 10 de junio; 35/1994, de 31 de enero);
- *a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa* (entre otras, SSTC 50/1988, de 22 de marzo 60/1988, de 8 de abril);
- *a no declarar contra sí mismo* (entre otras, STC 75/1987, de 25 de mayo);
- *a no confesarse culpable* (entre otras, 109/1986, de 24 de septiembre);
- *a la presunción de inocencia* (entre otras, SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, 24/1984, de 23 de febrero; 138/1992, de 13 de octubre; 76/1990, de 26 de abril).

c) Titularidad

El sujeto del derecho a la tutela judicial es tanto la persona física como la persona jurídica, cuya titularidad fue confirmada por el Tribunal Constitucional al establecer que las personas jurídicas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (STC 8 de febrero de 1982). En cuanto a las personas físicas, corresponde este derecho a los nacionales y a los extranjeros, de conformidad, además, con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta posición ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 99/1985, de 30 de septiembre. De otra parte, este derecho queda expresamente reflejado en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El artículo 53 CE, establece que los derechos contenidos en el artículo 14, la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I, se tutelarán ante los Tribunales ordinarios conforme a 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 también se aplicará, dice el mismo precepto, a la objeción de conciencia regulada en el artículo 30.2 CE.

3.1.2. El recurso de inconstitucionalidad

a) Concepto y competencia

La Constitución española, como ya hiciera la Constitución de 1931, ha establecido un control de constitucionalidad atribuyendo la competencia del mismo al Tribunal Constitucional. El recurso de inconstitucionalidad es una garantía genérica del contenido de la Constitución, se configura, pues, como un medio de defensa de la integridad del contenido del texto fundamental.

El recurso de inconstitucionalidad se encuentra regulado en el artículo 161.1. a) de la Constitución y procede interponerlo ante el Tribunal Constitucional contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que pudieran haber vulnerado cualquier precepto de la Constitución.

Se trata, pues, de una garantía jurisdiccional genérica pues opera tanto en la protección de los derechos y libertades como en otros aspectos contenidos en el texto constitucional. Las previsiones constitucionales han sido desarrolladas por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (art. 31 a 34 de la LO).

b) Legitimación

Entendemos por legitimación la capacidad que reconoce el ordenamiento jurídico a determinados sujetos para interponer el recurso del que tratamos. La Constitución española (art. 162.1.a) reconoce legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad a:

- El Presidente del Gobierno.

- El Defensor del Pueblo.
- Cincuenta Diputados.
- Cincuenta Senadores.
- Los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas, para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, previo acuerdo adoptado al efecto.

El reconocimiento de la legitimación a favor de instancias públicas, substrayendo esta posibilidad a los particulares, permite afirmar que el *recurso de inconstitucionalidad* es un medio de control de los propios poderes públicos respecto de la actividad legislativa de las Cortes. Se trata, sin duda, de un control de la minoría respecto de la actividad legislativa de la mayoría parlamentaria.

c) *Plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad*

El artículo 31 de la Ley Orgánica 3/1979, de 3 de octubre, dispone que el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley podrá promoverse a partir de su publicación oficial y, por su parte, el artículo 33.1 de la Ley Orgánica establece que el plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad es de *tres meses* a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley.

Sin perjuicio de la regla general establecida en el mencionado artículo 33.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el apartado 2 del citado precepto establece que el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de *nueve meses* contra Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley en relación con los cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:

- «a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar su convocatoria cualquiera de las dos Administraciones.
- b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. Este acuerdo podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo previsto en este apartado.
- c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y se inserte en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente».

Así, pues, este apartado 2 del artículo 33, incluye un plazo específico mayor que el general del artículo 33.1 en relación con recursos relativos al Estado Autonómico a fin de permitir la solución de conflictos y evitar la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad. Lo establecido en este apartado 2 del artículo 33 se entiende sin perjuicio de la facultad de interposición del recurso de inconstitucionalidad por los demás órganos y personas a que hace referencia el artículo 32 y que se citaron anteriormente.

La demanda de impugnación se presenta ante el Tribunal Constitucional y en ella se deberán expresar la identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción (o, sus comisionados), identificando la ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisando el precepto constitucional que se entiende infringido.

d) *Tramitación*

Una vez que la demanda sea admitida a trámite, el Alto Tribunal debe dar traslado de la

misma al Congreso de los Diputados y al Senado, lo cual se realiza por conducto de sus presidentes; se da traslado igualmente al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia. En el supuesto de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, se dará traslado también a los órganos legislativo y ejecutivo de la Comunidad afectada a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas (art. 34.1 LO).

El apartado 2 del artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que la personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de *quince días*. Transcurrido este plazo, la misma Ley Orgánica determina que el Tribunal dictará sentencia en el plazo de diez, salvo que, mediante resolución motivada, el propio Tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de treinta días.

De otra parte, la Ley 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, incorporó la Disposición Adicional quinta, que atribuye al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las *Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya*, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 31/1979, de 18 de diciembre). El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal. El parámetro de validez de las *normas forales* enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de la ley Orgánica, el cual establece que:

- Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas (bloque de la constitucionalidad).
- Asimismo, el Tribunal podrá declarar *inconstitucionalidad formal* (por infracción del artículo 81 CE), los preceptos de un Decreto-ley, Decreto Legislativo, Ley que no hubiera sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido.

La interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos, se regirá por lo dispuesto en el Título II de la Ley Orgánica para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente.

3.1.3. *El recurso previo de inconstitucionalidad*

a) *Concepto y alcance*

En la primera redacción de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se contempló el «recurso previo de inconstitucionalidad» que permitía la impugnación de leyes orgánicas y suspendía además su entrada en vigor hasta que se dictara la correspondiente sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso. El fundamento de este recurso previo era impedir que entraran en vigor leyes orgánicas que después podían ser total o parcialmente anuladas por el Tribunal Constitucional. Este recurso previo de inconstitucionalidad fue suprimido por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, aprobada a iniciativa por iniciativa del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), que basó su propuesta en que la oposición utilizaba el recurso previo de inconstitucionalidad para retrasar la entrada en vigor de las normas y, en concreto, la de las leyes orgánicas, que eran aprobadas por la mayoría en las Cortes Generales.

Más de tres décadas después, se impulsó una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional para recuperar el recurso previo de inconstitucionalidad, aunque en este caso afectó exclusivamente a las leyes orgánicas que aprueban los Estatutos de Autonomía o sus reformas y no a todas las leyes orgánicas, como se hizo inicialmente.

La reforma se plasmó en la *Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación*. Como se dice en la propia exposición de motivos de la Ley, se hacía necesario garantizar el equilibrio entre la especial posición jurídica y legitimidad de los Estatutos de Autonomía, como normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, en cuya aprobación intervienen las instituciones de la propia Comunidad, pero también del Estado, y la participación, en determinados casos, del cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma.

El caso paradigmático de este necesario equilibrio fue el de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, que fue aprobada en referéndum el 18 de junio de ese mismo año⁷². Después de su aprobación y del referéndum estimatorio, se presentaron ante el Tribunal Constitucional varios recursos que impugnaban diversos preceptos de la norma estatutaria. El Tribunal Constitucional resolvió dichos recursos, en algún caso, con la consiguiente declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos del Estatuto⁷³, lo que provocó, no solo una reacción política de gran calado, sino también una diversidad de opiniones doctrinales sobre si las reformas estatutarias debían someterse a referéndum antes de someterse, en su caso, al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional. La reforma de la Ley del Tribunal Constitucional de 2015 es, por tanto, la respuesta a esta última cuestión y se decanta por considerar que es preferible someter a control de constitucionalidad la reforma del Estatuto —a través del recurso previo de inconstitucionalidad— antes de que, en su caso, se pronuncie el pueblo en referéndum.

El alcance de la reforma afecta a los siguientes tres preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

- Se modifica el artículo 2, para incluir entre las funciones del Tribunal Constitucional, la del «Del control previo de inconstitucionalidad en el supuesto previsto en el artículo setenta y nueve de la presente Ley»
- Se añade un nuevo epígrafe d) bis en el artículo 10.1, que regula los ámbitos de los que conoce el Tribunal Constitucional, que dice: «De los recursos previos de inconstitucionalidad contra Proyectos de Estatutos de Autonomía y contra Propuestas de Reforma de los Estatutos de Autonomía.»
- Se añade un nuevo título VI bis y un nuevo artículo 79, cuyo contenido se comenta en los apartados siguientes.

b) *Legitimación y objeto*

El artículo 79.1 y 2 de la LOTC establece que son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos; y que el recurso previo tiene por objeto la impugnación del texto definitivo del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de Reforma de un Estatuto, una vez aprobado por las Cortes Generales.

En cuanto a la legitimación, el artículo 79.3 LOTC se remite a quienes tienen, según la Constitución y la Ley Orgánica (art. 32), dicha legitimación para interponer el recurso

⁷² La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña se aprobó por *Ley orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña*, sancionada por Su Majestad el Rey Juan Carlos I el día 19 de julio de 2006. Publicada en catalán, en aranés y en castellano en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC 4680, 20.07.2006) y en castellano en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE 172, 20.07.2006).

⁷³ Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional (RI 8045-2006), sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña (BOE 172, 16.07.2006); Sentencia 48/2010, de 9 de septiembre, del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña (BOE 246, 11.10.2010); Sentencia 137/2010, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional (RI 9501-2006), sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña (BOE 16, 19.01.2011); y Sentencia 138/2010, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional (RI 9330-2006), sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña (BOE 16, 19.01.2011).

de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía, por tanto, están legitimados:

- a) El presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) Cincuenta Diputados.
- d) Cincuenta Senadores.

Y, junto a los anteriores, tienen igual legitimidad los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, ya que el apartado 2 del mismo artículo 32 LOTC les reconoce esta legitimación para recurrir las «leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía». Se requiere, pues, una afectación al ámbito propio que, en todo caso, tendría siempre la Comunidad Autónoma afectada por el Estatuto en cuestión y, posiblemente, otras Comunidades.

c) Plazo de interposición del recurso previo de inconstitucionalidad

El plazo para la interposición del recurso previo es sumamente breve, *tres días* desde la publicación del texto aprobado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», publicación que se produce tras la aprobación definitiva en la Cámara. La interposición del recurso suspende automáticamente todos los trámites subsiguientes (art. 79.4 LOTC), por tanto, el texto del Estatuto o su reforma no pueden ser objeto ninguna otra tramitación hasta que se pronuncie el Tribunal Constitucional. Para evitar dilaciones excesivas, el Tribunal Constitucional debe resolver el recurso previo en un plazo improrrogable de 6 meses.

En los supuestos en los que el proyecto de Estatuto o la propuesta de reforma del mismo deba ser sometida a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, dicho referéndum no podrá convocarse hasta que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado y, además, se hayan suprimido o modificado, por las Cortes Generales, en su caso, los preceptos declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (art. 79.5 LOTC). Con esta previsión se evita que el cuerpo electoral de una Comunidad Autónoma se pronuncie sobre un texto o partes del mismo que, posteriormente, puedan ser declarados inconstitucionales.

d) Tramitación

En cuanto a la tramitación, el artículo 79.6 LOTC se remite a las normas previstas para la tramitación del recurso de inconstitucionalidad ordinario, recogidas en el capítulo II del título II de la Ley Orgánica (arts. 31 a 34), que fue objeto de comentario en el epígrafe 3.1.2, al que nos remitimos. La única peculiaridad, ya señalada anteriormente, es que este precepto establece la obligación de que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso previo en el plazo improrrogable de 6 meses desde su interposición. Para cumplir con este plazo, el Tribunal adoptará las medidas necesarias, reduciendo los plazos ordinarios y dando en todo caso preferencia a la resolución de estos recursos sobre el resto de los asuntos en tramitación.

e) Efectos de la sentencia

Si la sentencia declara la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada en el recurso, se dará continuidad a los trámites conducentes a la entrada en vigor del Estatuto o de su reforma, incluido, en su caso, el correspondiente procedimiento de convocatoria y celebración de referéndum (art. 79.7 LOTC).

Si, por el contrario, la sentencia declara la inconstitucionalidad del texto impugnado o de preceptos concretos del mismo, que deberán especificarse en la propia sentencia y el precepto o preceptos constitucionales infringidos, las materias afectadas de inconstitucionalidad deben ser suprimidas o modificadas por las Cortes Generales, antes de que pueda seguirse la tramitación que corresponda (art. 79.8 LOTC).

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el recurso previo de inconstitucionalidad de un Estatuto de Autonomía no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que puedan interponerse tras la entrada en vigor, con fuerza de ley, del texto impugnado en la vía previa (art. 79.9 LOTC).

3.1.4. La cuestión de inconstitucionalidad

a) Concepto

La *cuestión de inconstitucionalidad* es un procedimiento que permite al juez ordinario consultar al Tribunal Constitucional sobre la posible inconstitucionalidad de uno o más preceptos de una norma con rango de ley, de cuya validez dependa el fallo en un caso concreto (art. 5.2 LOPJ). En España, pues, junto al control abstracto de las normas (recurso de inconstitucionalidad) «se admite, a través de la cuestión, que los Jueces y Tribunales intervengan en la defensa del principio de supremacía de la Constitución ayudando, con su intervención, a garantizar la constitucionalidad de la ley»⁷⁴.

Los Jueces y Tribunales elevan la cuestión de inconstitucionalidad cuando, según establece el artículo 5.3 de la LOPJ, «por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional», manifestándose así, claramente, el principio de interpretación *conforme*, principio que no solo vincula a Jueces y Tribunales sino también al propio Tribunal Constitucional que debe siempre que sea posible realizar una interpretación que favorezca la permanencia en el ordenamiento de los preceptos enjuiciados⁷⁵.

Dispone el artículo 163 de la Constitución⁷⁶ que, en estos casos, el órgano judicial planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, de oficio o a instancia de parte. El artículo 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece que: *Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.*

No se trata, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «de una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación en que se encuentra de actuar sometidos a la ley y a la Constitución» (STC 17(1981, de 1 de junio). Mediante este instrumento jurídico los Jueces y Tribunales adquieren la facultad de interpretar la ley en función de la Constitución, realizando una comparación entre ellas de la que deriva una consecuencia jurídica (STC 14/1981, de 29 de abril) que, en su caso, fundamentará la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual, sin embargo, tiene reservada la competencia para declarar finalmente si existe o no vulneración de la Constitución y, en su caso, dictar la inconstitucionalidad (STC 2 de febrero de 1981). El juez o Tribunal debe, como ha declarado el Tribunal Constitucional, inaplicar la ley preconstitucional si entienden que han quedado derogadas por la Constitución y, solo en caso de duda, elevar la cuestión al Tribunal Constitucional (STC 2 de febrero de 1981).

La cuestión de inconstitucionalidad puede activarse tanto para normas preconstitucionales como posteriores a la Constitución.

b) Tramitación

El órgano judicial, según dispone el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

- sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia o la resolución jurisdiccional que procediese;
- debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona;
- el precepto constitucional que se supone infringido;
- y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la

⁷⁴ GARCÍA COUSO, S.: *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 1998, pág. 25.

⁷⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M^a L.: *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico*, ob. cit., pág. 162.

⁷⁶ El artículo 163 de la Constitución dice: «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 en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

validez de la norma en cuestión.

Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial debe oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta. A continuación, y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. El auto que se dicte no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad origina la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Si el Tribunal Constitucional admitiera la cuestión de inconstitucionalidad, el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

Admitida por el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días.

El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de 15 días. Concluido el procedimiento, el Tribunal Constitucional dictará sentencia en el plazo de 15 días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de 30 días.

El Tribunal puede rechazar, en trámite de admisión, la cuestión de inconstitucionalidad, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, en los casos en los que «faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada», decisión que debe ser motivada (art. 37 LOTC).

El Tribunal Constitucional puede plantearse también una *autocuestión de inconstitucionalidad*. Esta posibilidad se encuentra reconocida en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁷⁷ y permite que, cuando el Tribunal Constitucional estime un recurso de amparo, porque uno o más preceptos de la ley aplicada lesiona derechos fundamentales, la Sala del Tribunal Constitucional que resolvió el recurso de amparo elevará la cuestión al Pleno del Tribunal, que podrá declarar la inconstitucionalidad del o de los preceptos de dicha ley vulneradores de la Constitución en nueva sentencia, dictaminando su expulsión del Ordenamiento jurídico.

c) *La depuración de normas preconstitucionales.*

La cuestión de inconstitucionalidad permite la depuración del ordenamiento jurídico respecto de las normas preconstitucionales. La entrada en vigor del texto constitucional no hizo desaparecer automáticamente todo el Ordenamiento jurídico anterior; la *Disposición Derogatoria* de la Constitución⁷⁸ establece la expulsión del Ordenamiento de una serie de normas de forma expresa y, en general, de *cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella* permitiendo, por el contrario, la supervivencia de todas cuantas normas anteriores no vulneraran los principios constitucionales. Por lo tanto, es posible la coexistencia de la

⁷⁷ El artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece: «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».

⁷⁸ La Disposición Derogatoria de la Constitución establece:

«1. Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios Fundamentales del Movimiento de 17 de mayo de 1958, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, el del Trabajo de 9 de marzo de 1938, la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y en los mismo términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945».

Constitución con normas preconstitucionales, siempre que éstas no se opongan en todo o en parte a los preceptos constitucionales⁷⁹. Dado el distinto carácter del régimen actual del que se mantuvo hasta 1975 se ha producido paulatinamente una profunda renovación de nuestro ordenamiento —especialmente en materia de derechos y libertades— pero no se puede excluir totalmente la existencia de algunas leyes anteriores a la Constitución que son coherentes con ésta y permanecen, por ello, en el ordenamiento actual.

El alcance normativo de la Constitución se manifiesta también ante situaciones que, creadas bajo la vigencia de leyes preconstitucionales contrarias al texto fundamental vigente, no hayan agotado sus efectos al día de entrada en vigor de la Constitución, considerándose que los efectos que pudieran producirse como consecuencia de aquella regulación preconstitucional estarían viciados de inconstitucionalidad. Tal es así que, por ejemplo, no podrían mantenerse en la actualidad disposiciones testamentarias creadas al amparo de la ley anterior que discriminara a los hijos por razón de su nacimiento dentro o fuera del matrimonio, pues lo prohíben los artículos 14 y 39.2 de la Constitución. Estas situaciones son cada vez más improbables cuanto más tiempo pasa desde la aprobación de la Constitución.

2.2. Protección jurisdiccional específica

Denominamos protección jurisdiccional específica a aquella que el ordenamiento jurídico ha creado exclusivamente para la defensa de uno o más derechos constitucionales, ya tengan carácter fundamental o no. En nuestro ordenamiento este tipo de protección debe diferenciarse por razón del momento en que se produce entre:

- a) Garantías jurisdiccionales específicas *a priori* que constituyen actos jurisdiccionales que tutelan un específico derecho. El ejemplo paradigmático es la exigencia de resolución judicial para la disolución o suspensión de las actividades de las asociaciones, que garantiza el derecho fundamental de asociación contemplado en el artículo 22 de la Constitución.
- b) Garantías jurisdiccionales específicas *a posteriori* que se articulan a través del *habeas corpus*, del *procedimiento preferente* y *sumario* ante los Tribunales ordinarios y del *recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional.

3.2.1. Procedimiento preferente y sumario

Como ya hemos señalado, el artículo 53.2 de la Constitución establece que la defensa de los derechos máximamente tutelados (arts. 14 a 29 y objeción de conciencia del artículo 30.2 CE), se realizará mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Este mandato se ha cumplido articulando varios procedimientos según los supuestos, pero, en todo caso, basados en los principios constitucionales citados.

- a) La *preferencia* implica un mandato al legislador para que articule los procedimientos adecuados de la tutela a la que se refiere el artículo 53.2. CE, de modo que los procesos relativos a los derechos máximamente protegidos sean incoados inmediatamente después de la presentación del escrito en el que quede planteada «la pretensión que los motiva, sin esperar el turno que pudiera corresponderles ordinariamente y sean resueltos sin esperar el orden habitual de señalamiento para deliberación y fallo determinado por el momento de la conclusión de su tramitación»⁸⁰.
- b) La *sumariedad* puede ser entendida⁸¹ en tres sentidos:
 - 1) Como proceso que tiene limitado su objeto, los medios de pruebas y otros

⁷⁹ Disposición derogatoria 2: «2. En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogado el Real decreto de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876.

⁸⁰ Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

⁸⁰ CARRASCO DURÁN, M.: *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 56.

⁸¹ *Idem*, pág. 58.

elementos del proceso a fin de conseguir una mayor celeridad en la tramitación.

- 2) Como proceso que tiene limitado su objeto a determinadas cuestiones, con lo que viene a coincidir con el concepto de *procedimiento especial*.
- 3) Como proceso que tiene una tramitación peculiar que favorece la resolución más rápida del caso, pero sin pérdida de garantías y con la posibilidad de realizar todos los trámites procesales que sean requeridos.

En nuestro ordenamiento jurídico, existen varios procesos para el amparo judicial de los derechos fundamentales.

a) Civil

En el ámbito del proceso civil, incluida la tutela de los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen, regulados en la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección al honor, la intimidad personal y la propia imagen*, se aplica el art. 249.2 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, que dispone que se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: «2.º Las [demandas] que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente».

b) Penal

En el ámbito del proceso penal, la *Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*, dio nueva redacción al Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Procedimiento abreviado), y su Disposición derogatoria única, declaró derogados los artículos 1 a 5 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona que se aplicaban, en el ámbito penal, hasta ese momento para la tutela de los derechos fundamentales. Actualmente, el procedimiento abreviado canaliza la protección jurisdiccional respecto de aquellos tipos penales que pudieran afectar a derechos fundamentales regulados en el Código Penal.

c) Habeas corpus

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus» establece, en su artículo 1, que a través del procedimiento del «habeas corpus», se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente. El procedimiento de «habeas corpus» se detalla en el capítulo 9 de esta obra, al que nos remitimos.

d) Laboral

En el proceso laboral resultan de aplicación los artículos 177 a 184 de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*

e) Contencioso-administrativo

Por lo que respecta al proceso contencioso-administrativo que puede instarse para la defensa de la igualdad (art. 14 CE) y de los derechos fundamentales (arts. 15 a 29, a salvo lo ya mencionado respecto de los derechos del artículo 18.1 CE) y aunque ya no sea al caso, de la objeción de conciencia del artículo 30.2 CE, rige la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Esta Ley regula, en sus artículos 114 a 122, lo relativo al proceso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona. El artículo 114 establece que el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos que se regula es el mencionado en el artículo 53.2 CE, y que podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32 de la propia Ley⁸², siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades

⁸² Los artículos 31 y 32 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, dice:

Artículo 31.1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos

por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado. A todos los efectos, dice el apartado 3, del artículo 114 de la Ley 29/1998, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente.

El artículo 122 de la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* incorpora el procedimiento específico para la tutela del derecho de reunión constitucionalizado en el artículo 21 de la Constitución.

f) Régimen electoral

En materia electoral, es la *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*, la que especifica los recursos que pueden interponerse en el supuesto de vulneración de los derechos fundamentales implicados en el proceso electoral. Específicamente, se regulan el recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos por parte de las Juntas Electorales (art. 49 LOREG)⁸³ y el contencioso electoral en relación con los acuerdos adoptados por las Juntas Electorales sobre la proclamación de representantes electos, así como la elección y proclamación de los presidentes de las Corporaciones Locales (arts. 109 a 117).

g) Militar

En el proceso especial para la defensa de los derechos fundamentales que puedan verse vulnerados en el ámbito militar quedan regulados en el artículo 453 de la *Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar* que establece que «contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el artículo 518 (Del procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario).

h) Derecho de rectificación

El artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil excluye de su ámbito la tutela del derecho de rectificación, mediante el cual toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. La tutela específica de este derecho está regulada en la *Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, del Derecho de Rectificación*, (arts. 1 a 8 LODRec.).

i) Disolución de partidos políticos

Los artículos 10 y 11 de la *Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos*, regula el procedimiento propio para la suspensión, disolución o declaración de ilegalidad de un partido político. Se volverá sobre este punto al analizar el derecho de participación en el capítulo 18, al que nos remitimos.

3.2.2. Recurso de amparo

1. Concepto

El recurso de amparo es una garantía específica de algunos derechos y libertades prevista en el artículo 53.2 CE, cuya resolución corresponde al Tribunal Constitucional de conformidad con lo establecido en el artículo 161. 1. b) CE. Al igual que en el caso del recurso de inconstitucionalidad, la *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* ha desarrollado lo concerniente al procedimiento y consecuencias jurídicas de este recurso.

La Constitución española, como ya dijimos, ha establecido un conjunto de garantías que se extienden a todos los derechos constitucionales (y, también, a otros aspectos del ordenamiento)

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.

⁸³ El artículo 49.1 LOREG, establece: «A partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo. En el mismo acto de interposición debe presentar las alegaciones que estime pertinentes acompañadas de los elementos de prueba oportunos».

aunque ha previsto igualmente unas garantías específicas aplicables sólo a un muy reducido número de derechos, éste es el caso del recurso de amparo.

2. *Derechos protegidos.* Los derechos que pueden ser tutelados mediante el recurso de amparo coinciden con los que son objeto de tutela preferente y sumaria:

- a) La igualdad consagrada en el artículo 14 de la Constitución, no así el valor igualdad recogido en el artículo 1.1 ni el principio de igualdad real y efectiva reconocido en el artículo 9.2.
- b) Los derechos fundamentales comprendidos en la reiterada Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I (arts. 15 a 29).
- c) La objeción de conciencia al servicio militar reconocida en el artículo 30.2 CE (hoy sin operatividad al haberse suprimido el servicio militar obligatorio), pero no el resto del artículo 30, ni siquiera el resto del apartado segundo en el que se reconoce la objeción de conciencia. El artículo 53.2 establece que procederá el recurso de amparo exclusivamente para la tutela de la objeción de conciencia y no para lo establecido en el resto del artículo.

3. *Actos lesivos y plazos para interponer el recurso de amparo*

El artículo 41.2 de la *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* establece que el recurso de amparo constitucional protege, en los términos establecidos en la propia Ley Orgánica, frente a las violaciones de los derechos y libertades arribada citados, 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.

Los únicos actos de poderes públicos que parecen quedar exentos del recurso de amparo son los de los entes públicos extranjeros o los de las organizaciones internacionales o supranacionales, aunque el creciente protagonismo de estos organismos internacionales implica, en ocasiones, cierto control indirecto si el acto internacional requiere para su total eficacia de un acto interno⁸⁴.

El artículo 41.3 de la LOTC determina con claridad la finalidad del recurso de amparo que no es otra que la de «restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso». Se trata, pues, de un mecanismo jurisdiccional para restablecer al particular en el ejercicio de sus derechos y libertades vulnerados por la acción u omisión de un poder público.

Son, por tanto, recurribles en amparo:

- 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 y Asambleas, sean firmes (art. 42).
- Las violaciones 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, en el plazo de *veinte días* contados desde el siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial (art. 43).
- Las violaciones que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, en el plazo de *treinta días*, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, siempre que se cumplan los requisitos siguientes (art. 44):

⁸⁴ *Idem*, pág. 648.

- Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.
- 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.
- 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.

4. *Carácter subsidiario del recurso de amparo.*

El recurso de amparo tiene carácter *subsidiario* en tanto en cuanto es preciso haber agotado la vía ante los tribunales ordinarios (mediante el procedimiento judicial que en cada caso corresponda) y su incidencia es tanto *subjetiva*, pues tutela el derecho a instancia del particular, como *objetiva*, pues, con tal defensa, se tutela también el ordenamiento constitucional del que los derechos y libertades son parte fundamental (STC 17/1981, de 26 de enero).

5. *Legitimados.* De conformidad con lo que dispone el artículo 46 LOTC, están legitimados para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional:

- a) toda persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, por actos o decisiones 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;
- b) toda persona natural o jurídica que haya sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, por disposiciones, actos jurídicos 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, funcionarios o agentes; o las violaciones de derechos que provengan en un acto u omisión de un órgano judicial.

1. *Tramitación*

El recurso de amparo no representa una *tercera instancia jurisdiccional ni casacional* ya que su objetivo es la tutela del ciudadano respecto de sus derechos basado en un juicio de constitucionalidad (STC 24/1990, de 15 de febrero). El recurso de amparo no es un procedimiento de *unificación jurisprudencia* (SSTC 58/1986, de 14 de mayo; 54/1988, de 24 de marzo; 144/1988, de 12 de julio; 82/1989, de 9 de mayo). Al respecto el Tribunal Constitucional ha afirmado en reiteradas ocasiones que no le «corresponde la unificación de los criterios judiciales, ni por ello «decidir la pauta a seguir en el futuro en el orden estrictamente procesal», pues la interpretación de los «requisitos legales exigibles para tener acceso al recurso es un tema de mera legalidad ordinaria». El conocimiento de los recursos de amparo corresponde a las Salas del Tribunal Constitucional y, en su caso, a las Secciones.

El recurso de amparo se iniciará mediante demanda, con exposición clara y concisa de los hechos y con cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y los documentos que avalen la petición. El aspecto más relevante de esta fase inicial del procedimiento es que el artículo 49 LOTC exige que en la demanda se justifique *la especial trascendencia constitucional del recurso*.

Dado que el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite, la Sección, por unanimidad de sus miembros, debe acordar mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurran los siguientes requisitos:

- Que la demanda cumpla con los requisitos establecidos en la propia Ley Orgánica (arts. 41 a 46 y 49).
- Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional *en razón de su especial trascendencia constitucional* (STC 155/2009, de 25 de junio de 2009), 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.

7. *Suspensión*

La interposición del recurso de amparo no suspende los efectos del acto o sentencia impugnados, pero, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, puede acordarse la suspensión total o parcial, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona (art. 56 LOTC).

8. *Sentencia*

La sentencia que resuelva el recurso de amparo podrá otorgarlo o denegarlo. En el caso de que la sentencia sea estimatoria del recurso y otorgue el amparo, contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- 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.
- Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.
- Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Si la Sala o, en su caso, la Sección, estiman el recurso porque sea la propia Ley la que lesione el derecho fundamental, se elevará la *cuestión de inconstitucionalidad* al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3. Instituciones de garantía.

Una tercera instancia de aseguramiento de los derechos y libertades podemos encontrarla en instituciones que dedican a ello gran parte de su actividad o que son creadas a estos efectos. Entre las primeras, podemos destacar la actividad del Parlamento y la del Ministerio Fiscal; y entre las segundas, la del Defensor del Pueblo.

3.1. Garantía parlamentaria

En el Ordenamiento constitucional español, el Parlamento asume, entre otras, la importante función de controlar la actividad del Gobierno, a través de la cual, puede incidir en el aseguramiento de los derechos y libertades mediante *preguntas, interpelaciones, o comisiones de investigación*. Todo ello sin olvidar la competencia de enmienda y aprobación que corresponde al Parlamento sobre los proyectos de ley que presente el Gobierno.

3.2. El Ministerio Fiscal

Artículo 124 CE.

«1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

a) *Concepto*

Aunque la figura del *Ministerio Fiscal* suele vincularse al ejercicio, en nombre del Estado, de la acción penal y en tal sentido tiene su origen en la sustitución del sistema inquisitivo en el enjuiciamiento penal por el actual sistema acusatorio formal o sistema mixto en el que al juez o tribunal se le sustrae la función de acusar. La naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal no es cuestión pacífica y depende en gran medida de las funciones que se encomiendan a esta institución en los distintos ordenamientos jurídicos. A ello debemos añadir que, prácticamente durante toda su historia, ha presentado una innegable vinculación con el Gobierno al que, frecuentemente, *representaba*, ya ante el Poder Judicial, ya ante la Administración de Justicia, según se utilizara una u otra expresión en el correspondiente texto constitucional o en las normas de desarrollo. La Constitución de 1931 y mucho antes el Estatuto de Bayona habían elevado a rango constitucional —más propiamente la primera que el segundo— el tratamiento de la institución que estudiamos.

Se han formulado diversas tesis para conocer la definición conceptual del Ministerio Fiscal, entre las que podemos señalar las siguientes:

- Que era un órgano adscrito a los Tribunales con una triple función: la defensa de la legalidad; la defensa de los intereses del Estado y la defensa de los intereses particulares (F. Prieto-Castro)⁸⁵.
- Que era un órgano del Estado con funciones en la Administración de Justicia, dotada de *imperium*, aunque sin competencias decisorias que le corresponderían al Estado para el logro de la Justicia (M. Fernández Martín Granizo)⁸⁶.
- Que era un órgano administrativo del Estado al que se le encomendaba la defensa de la legalidad y de los intereses del Estado en la actuación de los Tribunales (M. Serra Domínguez)⁸⁷.
- Que debía ser (aunque no lo fue) un órgano de la Administración de Justicia con funciones en la jurisdicción penal (J. Zafra)⁸⁸.

El artículo 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dispone que el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

La Ley determina que el Ministerio Fiscal es imparcial y actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados (art. 7).

Aunque las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos ha sido siempre uno de los temas más debatidos en orden a su naturaleza y organización, lo cierto es que la Ley 50/1981, contempla que el Gobierno pueda interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales actuaciones concretas que se consideren pertinentes en orden a la defensa del interés público. La comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se lleva a cabo a través del Ministro de Justicia y del Fiscal General del Estado, pero el presidente del Gobierno, si lo estima necesario, puede dirigirse directamente al Fiscal General del Estado sin intermediación del ministro.

⁸⁵ PRIETO-CASTRO, L.: *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil. Discurso (20-4-1953)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953.

⁸⁶ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: «El Ministerio Fiscal en España», ob. cit.,

⁸⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El Ministerio Fiscal», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XVI, Barcelona, 1978.

⁸⁸ ZAFRA, J.: «Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal», *Revista de Derecho procesal*, 4 (1961), págs. 68 y sigs.

La petición del Gobierno no tiene carácter vinculante y el Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resuelve sobre la viabilidad o procedencia de la solicitud y expone su resolución al Gobierno de forma razonada.

b) *Órganos y funciones*

En España, el Ministerio Fiscal está incardinado en el Poder Judicial, aunque la *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* le reconoce autonomía funcional; ejerce sus funciones a través de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, como ya se señaló anteriormente, a los principios de legalidad e imparcialidad (art. 2.1 LEOMF).

El Ministerio Fiscal está integrado por los siguientes órganos (art. 12.1 LEOMF):

- el *Fiscal General del Estado*, nombrado y cesado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial. El Fiscal General del Estado debe ser elegido entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión (art. 124.4 CE y art. 29.1 LEOMF);
- el *Consejo Fiscal*, presidido por el Fiscal General del Estado e integrado por once miembros más provenientes de distintas instancias del Ministerio Fiscal;
- la *Junta de Fiscales de Sala*, presidida por el Fiscal General del Estado e integrada además por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, los Fiscales Jefes de Sala, el Inspector Fiscal, Fiscal de la Audiencia Nacional y Fiscal de la Secretaría Técnica;
- la *Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas*, presidida por el Fiscal General del Estado, estará integrada por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, por dichos Fiscales Superiores, y por el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica, que actuará como secretario. Su función será asegurar la unidad y coordinación de la actuación y funcionamiento de las Fiscalías en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Consejo Fiscal por este Estatuto.
- la *Fiscalía ante el Tribunal Supremo* integrada por todos los Fiscales que prestan sus servicios en este Alto Tribunal;
- *Fiscalía ante el Tribunal Constitucional*;
- la *Fiscalía de la Audiencia Nacional*, integrada igualmente por los Fiscales adscritos a este órgano jurisdiccional;
- *las Fiscalías Especiales*;
- *La Fiscalía Jurídico Militar*;
- las *Fiscalías de las Comunidades Autónomas*, integradas por los Fiscales destinados a este tipo de Tribunales en las Comunidades Autónomas;
- las *Fiscalías Provinciales*, como en casos anteriores se asignan los Fiscales necesarios para el funcionamiento de estos Tribunales;
- las *Fiscalías de Área*;
- la *Fiscalía del Tribunal de Cuentas*, en la que figuran los Fiscales que trabajan en este Tribunal que, como establece el artículo 136 de la Constitución, es el supremo órgano de fiscalización de los fondos públicos.
- la *Unidad de Supervisión y Control de Protección de Datos*⁸⁹.

Para el cumplimiento de sus funciones, de las que sólo una de ellas es la defensa de los derechos y libertades, el Ministerio Fiscal posee un conjunto de competencias entre las que, a los efectos referidos en este epígrafe, cabe destacar las siguientes:

⁸⁹ Se añade por la disposición final 2.1 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

- a) interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 162.1.b. de la Constitución), en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (art. 46.1.b. CE);
- b) intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad en la forma en que las Leyes establezcan;
- c) intervenir en los procesos judiciales de amparo. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece efectivamente que será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal entre otros, en la tramitación en todo caso de los recursos de amparo, con lo que se da la coincidencia de que el Ministerio Fiscal puede presentar un recurso de amparo y participar posteriormente en el mismo en su calidad de Fiscal del Tribunal Constitucional (art. 47.2 LOTC);
- d) defender igualmente la legalidad en los procesos contencioso-administrativos en que interviene.

Esta función garantista se aparta del tradicional ejercicio de la acción penal (quizá sea mejor decir que complementa), que es común a otros ordenamientos jurídicos y dota al modelo español de una naturaleza que, un sector de la doctrina denomina mixta y en la que confluyen su dependencia orgánica del Ejecutivo junto a la necesaria independencia funcional como defensor de la legalidad y de los derechos y libertades.

3.3.El Defensor del Pueblo

Artículo 54 CE.

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

a) Concepto y naturaleza

El Defensor del Pueblo fue una institución constitucionalmente nueva en 1978, aunque para un sector de la doctrina tenga precedentes en figuras de nuestro Derecho histórico. Así se ha señalado que la institución del Defensor del Pueblo (art. 54 CE) tiene, con las necesarias matizaciones, precedentes en el *Justicia Mayor de Aragón* y también en la figura *Sahib-al-Mazalim*, aunque su regulación y funciones entronca con el Ombudsman escandinavo que aparece por primera vez en la Constitución sueca de 1809 y cuya figura se extiende posteriormente a países como Finlandia o Noruega. Inglaterra adopta una institución de similares características que se denomina *Parliamentary Commissioner*, mientras que Francia reguló un *Mediateur de la République* (y, a partir de 2011, un *Défenseur des Droits*)⁹⁰ aunque su naturaleza y funciones difieren en parte de la institución sueca que ha servido de modelo al Defensor del Pueblo español.

b) Designación, mandato y cese

De conformidad con el artículo 54 de la Constitución, el *Defensor del Pueblo* es un *Alto Comisionado* de las Cortes Generales, al que se atribuye la defensa de los derechos comprendidos en el Título I. El citado precepto constitucional remite a una ley orgánica la regulación de esta institución, mandato que se cumplió con la aprobación de la *Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo*.

El *Defensor del Pueblo* es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

⁹⁰ Sobre la actual figura del «Defensor de los Derechos» (Défenseur des Droits) en el art. 71-1 de la Constitución francesa (26 de junio de 2011), puede consultarse: SANCHEZ NAVARRO, A.J: «La difícil articulación de una nueva institución: el Défenseur des Droits francés», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, pp. 413-434.

Ejercerá las funciones que le encomienda la Constitución y la presente Ley (art. 1 LODP).

El Defensor del Pueblo es designado parlamentariamente, por mayoría de tres quintos de cada Cámara (Congreso y Senado), en sesiones plenarias independientes (art. 2 LODP). Si no se logran estas mayorías, las sucesivas propuestas precisarían el voto favorable de los tres quintos del Congreso de los Diputados y la mayoría absoluta del Senado y la propuesta, de un solo nombre cada vez, se formaliza a través de la Comisión Mixta Congreso-Senado que se encarga, además, de articular las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y el Parlamento. El Defensor es elegido para un período de cinco años y se permite la reelección.

La Comisión Mixta Congreso-Senado adopta sus acuerdos por mayoría simple y se reúne por decisión conjunta de los presidentes del Congreso y del Senado y, en todo caso, cuando deba proponerse un candidato a Defensor del Pueblo. En el trámite de propuesta se observa, como señala JM. Vera Santos⁹¹, la prevalencia del Congreso sobre el Senado, ya que una vez que la Comisión Mixta ha propuesto un candidato debe reunirse el Congreso de los Diputados en un plazo no inferior a diez días para proceder a la votación que, como se dijo anteriormente, para ser afirmativa requiere una mayoría de tres quintos de la Cámara; posteriormente debe reunirse el Senado, en un plazo máximo de 20 días, para una votación en la que se requiere igual mayoría cualificada, aunque, como antes se señaló, de no alcanzarse ésa en la Cámara Alta, es suficiente la mayoría absoluta el Senado para que el candidato pueda ser nombrado.

Puede ser designado Defensor del Pueblo cualquier español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos (art. 3 LODP); los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado acreditan conjuntamente con sus firmas el nombramiento del Defensor del Pueblo que debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado y tomará posesión de su cargo ante los miembros de las Mesas de ambas Cámaras, reunidas conjuntamente. Una vez designado, el Defensor del Pueblo propone el nombramiento de dos *Adjuntos* que deben recibir la conformidad de la Comisión Mixta Congreso-Senado.

El Defensor del Pueblo no está sujeto a mandato imperativo alguno, no recibe instrucciones de ninguna autoridad y desempeña sus funciones con autonomía plena. Igualmente se incorporan a la Ley un conjunto de prerrogativas como son:

- Inviolabilidad por las manifestaciones o actos que formule en el desempeño de su función.
- Inmunidad, no pudiendo ser detenido sino en caso de flagrante delito y fuero especial, correspondiendo su inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Estas prerrogativas se extienden a los Adjuntos al Defensor del Pueblo en el cumplimiento de sus funciones.

Según el artículo 5 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo cesa por cualquiera de las siguientes causas:

- Por renuncia.
- Por expiración del mandato para el que fue designado.
- Por muerte o incapacidad sobrevenida.
- Por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.
- Por haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso.

c) *Funciones*

La Constitución, como hemos indicado, encomienda al Defensor del Pueblo la defensa de

⁹¹ VERA SANTOS, J. M.: *El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2002, pág. 36.

todos los derechos contenidos en el Título I de la Constitución (arts. 10 a 55) y sus funciones, en general, se extienden a:

- la inspección y comprobación del funcionamiento de los servicios públicos;
- la orientación y propuesta sobre las medidas necesarias para la subsanación de anomalías en el funcionamiento de dichos servicios públicos, para lo cual puede emitir informes y dirigirse a los distintos órganos públicos;
- la defensa jurisdiccional de los derechos y libertades a través, como se señaló anteriormente, de su legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo.

En nuestro país, distintas Comunidades Autónomas se han dotado de una institución similar –aunque con denominaciones diferentes– para el ámbito de sus respectivos territorios autónomos, con las que el Defensor del Pueblo mantiene relaciones de coordinación. Así, por ejemplo, *Defensor del Pueblo Andaluz* (Andalucía); *Valedor do Pobo Galego* (Galicia); *Justicia de Aragón* (Aragón); *Diputado del Común* (Canarias); *Defensor del Pueblo de Navarra* (Navarra); *Procurador del Común* (Castilla y León); *Ararteko* (País Vasco); *Procurador General* (Principado de Asturias); *Síndic de Greuges* (Cataluña); *Síndic de Greuges* (Comunitat Valenciana)⁹².

3.4.El Defensor del Pueblo Europeo

Cuando el *Tratado de la Unión Europea* (Maastricht, 7 de febrero de 1992, en vigor el 1 de noviembre de 1993), incorporó un *Defensor del Pueblo Europeo* (DPE), la Unión Europea se alineó con lo que décadas anteriores habían hecho un número relevante de Estados miembros, algunos de los cuales, además, tenían precedentes históricos de instituciones similares, tal era el caso de España⁹³. En todo caso, la aparición del Defensor del Pueblo Europeo vino a consolidar la mutua influencia en el modelo institucional entre la Unión Europea y los Estados miembros que se aprecia en otras muchas instituciones y organismos⁹⁴ y que se articula en un sistema jurídico multinivel; El DPE no es, sin embargo, «un ombudsman nacional, sino que tiene suficientes peculiaridades distintivas»⁹⁵ que lo diferencian de otras instituciones análogas en los Estados miembros.

La función esencial del Defensor es tutelar los grandes principios y valores en los que se asienta la construcción europea: la democracia, el Estado de Derecho y los derechos de los ciudadanos europeos, a través de su actividad de control de los casos de mala administración de las instituciones, órganos y organismos de la UE en el desempeño de sus respectivas funciones (excepto el Tribunal de Justicia en sus funciones jurisdiccionales, que no quedó sometido a este control)⁹⁶. La figura del Defensor del Pueblo, tanto en los Estados miembros como en la propia Unión Europea, responden, como ya hemos indicado, a un mismo objetivo: el control de los poderes e instituciones y la promoción de una buena administración en favor de los derechos de los administrados⁹⁷.

El Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo (EDPE) está recogido en el *Reglamento (UE, Euratom) 2021/1163 del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021 por el que se fijan el*

⁹² También el Principado de Asturias se dotó de esta figura, que fue creada por la Junta General del Principado de Asturias por la Ley 5/2005, de 16 de diciembre, del procurador general y suprimida por la Ley 2/2013, de 21 de junio, de supresión del procurador general.

⁹³ GOMEZ SANCHEZ, Y.: *Derecho Constitucional Europeo. Derechos y libertades*, Sanz y Torres, 2005, p.462.

⁹⁴ KOURTIKAKIS, K.: «Imitation and supranational politics: some lessons from the European Ombudsman and the European Court of Auditors», *European Political Science Review*, núm. 2:1, 2010, pp. 27-48.

⁹⁵ CARMONA Y CHOSSAT, J.F.: *El defensor del pueblo europeo*, INAP, 2000, p. 118.

⁹⁶ Artículo 2 del TUE.

⁹⁷ Sobre los elementos constitucionales que afectan a la administración de la UE, puede consultarse: ELÍAS MÉNDEZ, C.: «La administración de la Comisión Europea como ejemplo de la reforma de la Administración Pública europea: Análisis en clave constitucional en el contexto de la crisis económica». *ReDCE*, núm. 20, julio-diciembre, 2013, pp. 19-54.

Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo (Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo) y por el que se deroga la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom.

CAPÍTULO XVII

LA IGUALDAD: VALOR, PRINCIPIO, DERECHO Y ELEMENTO TRANSVERSAL DEL SISTEMA DE DERECHOS

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea
UNED

SUMARIO. 1. La diferenciación social y la igualdad. 2. La igualdad en el Estado de Derecho. 2.1. Los principios del Estado de Derecho. 2.2. La igualdad en el Estado liberal y en el Estado social: igualdad formal e igualdad real. 3. La igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Unión Europea. 4. La igualdad en la Constitución española y su interpretación por el Tribunal Constitucional. 4.1. La plural recepción constitucional del principio de igualdad. 4.2. La cláusula del artículo 14 CE. 4.3. La igualdad promocional (art. 1.1 CE) y la igualdad real efectiva (art. 9.2 CE). 4.3.1. *La igualdad promocional*. 4.3.2 *La igualdad real y efectiva*. 4.4. Prohibición de discriminación. 4.5. Diferencias admitidas por razón de sexo. 4.6. Violencia de género: especial referencia a la jurisprudencia sobre el artículo 153.1 del Código Penal. 4.6.1. *La Ley Orgánica contra la violencia de género*. 4.6.2. *La jurisprudencia sobre el artículo 153.1 del Código Penal*. 4.7. La jurisprudencia de la equiparación. 5. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 5.1. Introducción. 5.2. Objeto, sujetos y ámbito de aplicación. 5.2.1. *Objeto*. 5.2.2. *Sujetos*. 5.2.3. *Ámbito de aplicación*. 5.3. Principios y criterios de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 5.4. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. 5.5. Acoso sexual y acoso por razón de sexo. 5.6. Acciones positivas. 5.7. Presencia equilibrada de mujeres y hombres en instituciones y órganos. 5.8. Educación. 5.9. Igualdad en el Ejército y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 5.10. Protección. 5.11. Modificación legislativa. 6. Jurisprudencia constitucional sobre la representación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales. 7. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

1. La diferenciación social y la igualdad

Seguramente puede afirmarse que la *igualdad* es una reivindicación presente en un amplio número de sociedades y, por ello, el problema de su incorporación y regulación en los ordenamientos ha sido también una constante en las organizaciones sociales. La integración del ser humano en grupos organizados, en sociedades más o menos elaboradas y complejas, se ha basado siempre en la asignación de distintos roles o funciones dentro del grupo. Esta distribución generaba inevitablemente una distinta posición dentro del grupo y, a través de ella, una diferente consideración y valoración de la persona.

Ciertas diferencias naturales entre los hombres (debidas a factores físicos, edad, salud o sexo) han sido en las sociedades primitivas el origen de la desigualdad social. El mantenimiento de estas diferencias podría haber sido comprensible en el marco de sociedades que tendían exclusivamente a la supervivencia y en las que conceptos como el de *dignidad humana* o el de *libre desarrollo de la personalidad* resultaban inimaginables. Las diferenciaciones así establecidas han sido denominadas *factores originarios de diferenciación social*.

La creciente complejidad de las sociedades terminó generando otros factores de diferenciación social: el nacimiento, la riqueza, la reputación y, especialmente, la división sexual

del trabajo a partir de la consolidación del sistema de propiedad. Estos no son, como los anteriores, originarios sino *factores adquiridos de diferenciación social*. La distinción esencial entre un tipo y otro de factores de diferenciación social se encuentra en los distintos fines que persiguen. Mientras que los primeros tienden a mantener la cohesión del grupo en sociedades muy elementales en las que la supervivencia es el fin prioritario, los segundos son instituidos para lograr el beneficio de un determinado sector social o económico en detrimento de otro y, en todo caso, responde a un modelo social complejo nutrido de principios que buscan deliberadamente la diferenciación social.

Es en época más cercana cuando comienza a notarse un esfuerzo por atenuar las consecuencias de las diferencias originarias y por erradicar las diferencias institucionales y jurídicas que a lo largo de los años se han ido consolidando como consecuencia de una deficiente organización de los grupos humanos. Nacen así las reivindicaciones en favor de la igualdad entre distintos sectores de población.

Los ordenamientos jurídicos han recepcionado estas demandas de diferente forma y con distinto alcance jurídico, aunque puede apreciarse una evidente interrelación entre la tutela consolidada en los Estados nacionales y la articulada en el ámbito internacional, especialmente en el seno de Consejo de Europa y de la Unión Europea. Por este motivo, en este capítulo se incluyen, junto a las referencias constitucionales y del resto del Derecho de producción interna, las necesarias menciones al ámbito europeo.

2. La igualdad en el Estado de Derecho

2.1. Los principios del Estado de Derecho

La necesidad de controlar el poder político y someterlo a normas jurídicas alentó la aparición de una forma de organización estatal que, finalmente, se ha conocido como *Estado de Derecho*. El Estado de Derecho pretende consolidar un modelo de Estado presidido por la idea central de la *limitación jurídica del poder*. La fórmula de *Estado de Derecho* rompe con la concepción sobre la inmunidad del poder que tuvo su más firme expresión en el reconocimiento del poder ilimitado del Rey en las Monarquías absolutas, en las cuales el Monarca, amparado por el principio *Rex legibus solutus*, no quedaba vinculado por las leyes.

Es éste un modelo de Estado, en suma, en el que el poder queda subordinado y controlado por el Derecho, el cual determina los márgenes de su actividad y los medios que debe utilizar para alcanzar los fines concretos que el mismo Derecho debe definir⁹⁸.

La trascendencia del modelo de Estado radica en que sólo en el seno de una organización política que postule y defienda los principios democráticos —que se incorporaron posteriormente a la originaria fórmula del Estado de Derecho— que proteja la libertad y la dignidad de la persona humana pueden explicarse reivindicaciones y derechos que en otros regímenes carecerían de sentido. Tal es el caso de la *igualdad*, reivindicación que aparece unida a los movimientos revolucionarios predemocráticos, y cuyo contenido esencial se ha modificado como consecuencia de la evolución sociopolítica hasta la actual configuración del principio de igualdad, material y formal, y las más modernas reivindicaciones de la igualdad como es, específicamente, la igualdad entre los sexos.

2.2. La igualdad en el Estado liberal y en el Estado social: igualdad formal e igualdad real

El Estado liberal de Derecho —que aceptamos como primera formulación histórica del Estado de Derecho— se apoyó, de una parte, en la *separación entre la sociedad civil y el*

⁹⁸ Sobre lo que aquí se expone acerca del Estado de Derecho y su evolución pueden consultarse: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Introducción al régimen constitucional español*, Sanz y Torres, 3ª ed., Madrid, 2003, págs. 309 y sigs. y, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coord.): *Lecciones de Derecho Político I*, UNED, Madrid, 2001, págs. 83 y sigs.

Estado, entendiendo la primera como la vida de los hombres al margen de las relaciones estatales, bien porque la mayoría de esas relaciones no se encontraban entre los fines del Estado liberal, bien porque su regulación y atención escapaban a su estructura organizativa. Así nació la idea de una ordenación social distinta y autónoma respecto de la organización estatal. El Estado liberal mantiene un margen operativo circunscrito a la organización política en sentido estricto.

La mayor parte de las relaciones que afectan a los individuos son ajenas al Estado, el cual extiende su actividad casi exclusivamente a realizar y mantener aquellos servicios públicos que no pueden ser obra de la iniciativa privada; a garantizar el orden público en el interior y la defensa del país frente a ataques externos.

En lo económico, ha hecho fortuna la expresión *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*, para definir otra de las características más emblemáticas del Estado liberal de Derecho como es el abstencionismo. La idea central de los *fisiócratas*, según la cual el Estado no puede interferir el orden natural de la sociedad ni de la economía —que se regulan autónomamente— fue plenamente asumida por el Estado liberal y generó la defensa a ultranza del mercado como la expresión de la libertad de distintas fuerzas en cuyo desenvolvimiento el Estado, como ya dijimos, no debe intervenir.

En este contexto, la igualdad no podía ser entendida sino como respeto de la vida y la libertad y aplicación del ordenamiento jurídico a todos sin excepción, pero también sin diferencia alguna. La plasmación más nítida es la abolición de los privilegios.

Técnicamente el concepto de igualdad se une al de generalidad de la ley; el Estado de Derecho, y como él, el Estado liberal, «se establece y manifiesta con el predominio de la ley en el sentido de la norma abstracta y general»⁹⁹. Se defendió, pues, que el Estado «ni debía ni a la larga podía, tratar de modificar el orden social natural, sino que su función habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo y, todo lo más, a intervenir transitoriamente para eliminar algún bloqueo a la operacionalización del orden autorregulado de la sociedad»¹⁰⁰.

En este contexto, las primeras reivindicaciones acerca de la igualdad tienen carácter revolucionario y suele cifrarse una de sus más cabales manifestaciones en el artículo 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1787: «*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común*».

Similares declaraciones podemos encontrar en el artículo 1 de la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776*, cuando declaraba: «*Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto...*».

Estas primeras manifestaciones del principio de igualdad liberal permitieron la abolición de un número relevante de privilegios. En este período la igualdad se articuló en torno al concepto de igualdad formal entendida ésta, además, exclusivamente como *igualdad ante la ley* que se proyectaba en dos dimensiones:

- a) La igualdad jurídica de todos los ciudadanos (abolición de privilegios).
- b) La generalidad de la ley.

La igualdad así entendida parte del paradigma —manifestado expresamente en los primeros textos citados— de que, con la sola mención normativa, los hombres (pero, no los hombres y las mujeres), serían a partir de ese momento realmente iguales. Paradigma que, como sabemos, era falso.

Como igualmente conocemos la organización liberal demostró en la mayoría de los países

⁹⁹ FORSTHOFF, E; DOEHRING, K.; ABENDROTH, W.; *El Estado social*, Madrid, 1986, pág. 125.

¹⁰⁰ GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Ed., Madrid, 1977, pág. 23.

donde se implantó y desarrolló su insuficiencia para resolver muchos de los problemas que planteaba la sociedad de la época, especialmente en su vertiente económica donde el liberalismo resultó ineficaz para organizar en términos de mínima justicia las relaciones socioeconómicas.

Esta concepción decimonónica de la *igualdad ante la ley*, *igualdad en la aplicación del Derecho* o *igualdad formal* resultó insuficiente, aunque ni entonces ni ahora pueda afirmarse que resultó ineficaz. Insuficiente porque al considerar que todos los hombres eran iguales (expresión que no incluía a las mujeres), omitiendo toda consideración a las circunstancias económicas, educativas, culturales, etc. que rodean la vida de las personas, excluyó elementos esenciales para la comprensión y tratamiento de la realidad social.

La mera libertad e *igualdad formal*, el simple reconocimiento de los derechos, no logró atemperar las profundas desigualdades en las que se encontraban amplios sectores de la población. Población que no podía por sí misma superar dichas dificultades toda vez que las circunstancias que las generaban —propiedad de los medios de producción, acceso a la cultura y a la formación profesional, asistencia sanitaria— escapaban a sus posibilidades. La crisis del Estado liberal era ya inevitable y con ella se extenderá progresivamente una interpretación más amplia del inicial principio de igualdad de forma que a la *igualdad ante la ley* se incorporará ahora la *igualdad en la ley*, es decir, *igualdad en el contenido de la norma*. Este más exigente principio bifronte de igualdad se constituye, durante el primer tercio del siglo XX, como un límite al legislador ordinario que ve así circunscrita su discrecionalidad en la regulación mediante normas en el cumplimiento de esta igualdad en el contenido de las mismas.

Ésta será la situación del principio de igualdad cuando se extienda la crisis del Estado liberal y éste demuestre su incapacidad para regular la cada vez más compleja sociedad industrial; la transformación llegó de la mano del intervencionismo económico a través de un nuevo modelo de Estado: el *Estado social*. Como señala García Pelayo¹⁰¹, desde «el último tercio del siglo XIX se desarrolló en los países más adelantados una política social cuyo objetivo inmediato era remediar las pésimas condiciones vitales de los estratos más desamparados y menesterosos de la población. Se trataba así de una política sectorial no tanto destinada a transformar la estructura social cuanto a remediar algunos de sus peores efectos y que no procedía sino seguía a los acontecimientos». Fueron estas primeras intervenciones sectoriales parciales y sin otro alcance que atenuar el problema concreto las que cimentaron el nuevo modelo de Estado que no dejó de ser *Estado de Derecho*, pero sí dejó de ser *Estado liberal*.

La población ya no demandaba la abstención del Estado y el libre desenvolvimiento de la sociedad civil, sino que ahora solicitaba servicios y prestaciones públicas. Pero este nuevo Estado interventor transforma también el principio de igualdad. Esta transformación opera cuando se abandona en parte la concepción de la igualdad como un punto de partida y se defiende, sin embargo, la igualdad como una finalidad¹⁰² y sobre todo como un instrumento de transformación social lo cual, por otro lado, era uno de los postulados principales del Estado social. Podríamos, incluso, enunciar la tesis de manera más radical ya que el Estado liberal no podía crear una sociedad en la que la igualdad primara, pues ello hubiera resultado incompatible con sus principios estructurales. Sólo en un Estado social que propugna la redistribución y la nivelación social podía defender un principio de igualdad que se superponga a las desigualdades naturales.

Será el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial (que también extenderá la implantación de la justicia constitucional), el que definitivamente incorpora esta nueva vertiente del principio de igualdad que ahora emerge como una *igualdad material* (también denominada, *real*, *efectiva* o de *oportunidades*) que a partir de entonces coexiste con el más tradicional principio de *igualdad formal*, en sus manifestaciones de *igualdad ante la ley* e *igualdad en la ley*.

La *igualdad material* o *efectiva* puede representar una excepción al principio de igualdad y

¹⁰¹ GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ob. cit., pág. 18.

¹⁰² RUBIO LLORENTE, F.: «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEPC, Madrid, 1993, pág. 656.

se manifiesta precisamente como una exención de la obligación de aplicar rigurosamente el principio de igualdad ante y en la ley, a la vez que representa, por lo general, la obligación de asumir por los poderes públicos la acción transformadora que el Estado social implica.

3. La igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Unión Europea

a) *La igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*

En el ámbito internacional la igualdad ha sido ampliamente reconocida. El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰³ es el referente más cercano a la igualdad formal reconocida en la Constitución española —también en su artículo 14— aunque, el artículo 14 del Convenio Europeo, ha venido teniendo carácter exclusivamente relacional, es decir, se ha aplicado siempre en relación con otro de los derechos contemplados en el propio Convenio y no extiende su eficacia fuera de los parámetros de dicho Texto internacional, cosa que no ha sucedido con la interpretación del artículo 14 CE. Para completar este ámbito reducido del artículo 14 del Convenio, el Consejo de Europa elaboró el *Protocolo nº 12*, que consta de seis artículos y tiene por objeto consagrar una prohibición general de la discriminación por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. El *Protocolo 12*, garantiza que nadie sea discriminado en cualquier forma y en cualquiera de los Estados miembros que hayan ratificado el Protocolo¹⁰⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha consolidado una amplia jurisprudencia sobre igualdad, en la que aborda también la igualdad de mujeres y hombres (entre otras muchas: *STEDH de 19 junio 2018, Demirel vs. Turquía*).

b) *La igualdad en la Unión Europea*

Con todo, la más importante evolución del principio de igualdad se ha producido en el ámbito de la Unión Europea en la cual, partiendo de la igualdad de retribución, entre hombres y mujeres, para un mismo trabajo reconocido en los Tratados originarios desde 1957 (actual artículo 157 del TFUE), se ha construido un sólido estándar en otros varios ámbitos que ha tenido su paralelo en los ordenamientos de los Estados miembros, aunque, como ha señalado Cristina Elías, «con apenas normas significativas en relación con la violencia de género o la posición de las mujeres en puestos de liderazgo (solo soft-law)»¹⁰⁵.

El artículo 19 TFUE permite que la Unión adopte «acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». La Unión ha sido igualmente activa en la lucha contra la trata de seres humanos, en especial de mujeres y niños, con base en lo establecido en los artículos 79 (políticas de inmigración) y 83 (delitos transfronterizos) del TFUE, así como en la erradicación de la violencia contra las mujeres, apoyándose en el artículo 168 TFUE, que determina que, al «definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana».

De otra parte, el artículo 153 del TFUE establece una serie de áreas donde la Unión Europea puede actuar para cumplir con los objetivos de política social establecidos en el art. 151 TFUE. Entre esas áreas se encuentra «i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo», a través de la cual se ha promovido y actuado en favor de la igualdad en un ámbito tan sensible como el laboral.

¹⁰³ El artículo 14 del CEDH establece: «Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones 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».

¹⁰⁴ España autorizó la firma del Protocolo nº 12, el 26 de agosto de 2005.

¹⁰⁵ Elías Méndez, C.: «Woman». Analysis of the Current Legal Status of Women in the EU: Consolidated Rights and Deficiencies», en Bartolini, A., Cippitani, R., Colcelli, V. (Eds.), *Dictionary of Statutes within EU Law. The Individual Statutes as Pillar of European Union Integration*, Springer International Publishing, Suiza, p. 637.

El mencionado artículo 157 TFUE regula aspectos esenciales de la igualdad de mujeres y hombres. En el apartado 1, de dicho artículo, se recoge el ya citado principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor; mientras que en el apartado 2 se define qué debe entenderse por *retribución* y por *igualdad de retribución*, para evitar que interpretaciones incorrectas permitan la pervivencia de la desigualdad, *de facto*, entre mujeres y hombres en este ámbito.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, contiene una amplia y detallada regulación de la igualdad en los artículos 20 a 26, ambos inclusive.

Con relación a la igualdad en general y a la igualdad de mujeres y hombres en particular, son especialmente relevantes los artículos 20, 21 y 23:

- el artículo 20, reconoce la tradicional igualdad ante la ley;
- el artículo 21, recoge los motivos de prohibición de discriminación incluyendo algunos tan novedosos como las características genéticas o la orientación sexual.
- el artículo 23, consagra el acervo comunitario en material de igualdad entre hombres y mujeres estableciendo que dicha igualdad deberá ser garantizada en todos los ámbitos, inclusive en el campo del empleo, trabajo y retribución y, añade dicho precepto, que el principio de igualdad incorporado a este artículo de la Constitución no impide el mantenimiento ni la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado (acciones positivas).

El resto de los artículos que integran este capítulo de la Carta dedicado a la igualdad, regulan las siguientes materias:

- el artículo 22, reconoce la diversidad cultural, religiosa y lingüística
- el artículo 24, consagra los derechos del menor.
- el artículo 25, los derechos de las personas mayores
- el artículo 26, incorpora los derechos de las personas con discapacidad.

Junto a los Tratados y la Carta, el Derecho derivado ha venido regulando diversos aspectos de la igualdad, con especial referencia a la igualdad de mujeres y hombres.

El Tribunal de Justicia ha reconocido el derecho fundamental a la igualdad en abundante jurisprudencia (entre otros asuntos y además de los ya citados en estas páginas, *Racke*, de 17 de abril de 1997; *EARL*, de 17 de abril de 1997; *Karlsson*, de 13 de abril de 2000, todos ellos previos a la vigencia de la Carta); con posterioridad, otras sentencias del TJUE abordaron problemas relativos a la igualdad y, específicamente, a la igualdad de mujeres y hombres. Así, entre otras, la SSTJUE, *Kelly*, de 21 de julio de 2011; *Kleist*, de 18 de noviembre de 2010; *Roca Álvarez*, de 30 de septiembre de 2010; *Gueye y Salmerón Sánchez*, de 15 de septiembre de 2011; *Kalliri*, de 18 octubre 2017; *Espadas Recio*, de 9 noviembre 2017; M.B, de 26 junio 2018, entre otras muchas.

4. La igualdad en la Constitución española y su interpretación por el Tribunal Constitucional

4.1. La plural recepción constitucional del principio de igualdad

Si algo resulta de general aceptación es el carácter normativo y garantista de nuestra Constitución. La proclamación de la fórmula constitutiva del *Estado social y democrático de Derecho* (art. 1.1 CE) obligaba a un reconocimiento de la igualdad coherente no sólo con dicha fórmula sino con los principios imperantes en el constitucionalismo de finales del siglo XX. El tratamiento de la igualdad en la Constitución española se ha materializado en distintas vertientes:

- a) como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 CE;
- b) como *igualdad material*, o *igualdad real y efectiva*, en el artículo 9.2 CE;

- c) en el artículo 14 CE, se ha incorporado el más tradicional principio de *igualdad formal o igualdad ante y en la ley*; y
- d) por último, a lo largo del texto constitucional podemos ver manifestaciones concretas derivadas de la cláusula general del artículo 14 CE (así, por ejemplo, la igualdad de los hijos y de las madres, art. 39 CE).

Esta pluralidad de reconocimiento constitucional de la igualdad puede reconducirse a dos categorías: a) los *criterios inspiradores* contenidos en los artículos 1.1 y 9.2 CE; y b) la cláusula *conferidora de derechos* del artículo 14 CE, ya que el resto de las manifestaciones concretas lo son de la cláusula general contenida en este artículo 14 CE¹⁰⁶. Todos los preceptos citados gozan del máximo nivel normativo y, por ello, la clasificación señalada no debe llevarnos a concluir sobre un distinto valor normativo de los denominados criterios inspiradores y de la cláusula del artículo 14 CE; tanto unos como otra vinculan al legislador y limitan su discrecionalidad a la hora de desarrollar el texto constitucional¹⁰⁷, pero sí reciben un distinto nivel de garantías. Todos ellos pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad, si en el desarrollo de los mismos se vulnera el alcance con el que la Constitución los ha regulado; pero, en lo concerniente a las garantías jurisdiccionales, sólo el artículo 14 CE las recibe a máximo nivel ya que, además de una protección preferente y sumaria, ante su presunta vulneración puede acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. No le corresponde, sin embargo, la garantía normativa de ley orgánica (art. 81 CE) que solo se aplica a los derechos fundamentales contenidos en los artículos 15 a 29 CE.

La Constitución por otro lado, consagra diferencias en razón de objetivos distintos. De entre todas ellas, debe destacarse la desigualdad en el acceso a la Corona, derivada de la preferencia del varón sobre la mujer establecida en el artículo 57.4 CE.

4.2. La cláusula del artículo 14 de la Constitución

Como vimos en páginas precedentes, la denominada *igualdad formal o igualdad ante la ley* —luego, también, igualdad en la ley— fue el primer gran logro en materia de equiparación jurídica de los ciudadanos. Posteriormente, como intentaremos poner de manifiesto, a este primer sentido jurídico de la igualdad se ha incorporado el que conocemos como principio de *igualdad real y efectiva*, que no ha sustituido al primigenio principio de igualdad formal, sino que lo ha completado y, en cierto sentido, lo ha transformado. Esta transformación se ha operado a través de una interpretación extensiva del principio de igualdad formal —como ha señalado el Tribunal Constitucional— de tal suerte que ha permitido alcanzar objetivos propios de la igualdad material a partir de la cláusula contenida en el artículo 14 CE. Por ello, ambas vertientes del principio de igualdad deben ser complementarias y no excluyentes.

El derecho a la igualdad, por otro lado, operó automáticamente desde el mismo instante de vigencia del Texto Fundamental como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se ha discutido si la igualdad consagrada en el artículo 14 CE es un *principio* o es un *derecho*; en las sentencias del Tribunal Constitucional se encuentran ambas denominaciones, pero actualmente se considera, sin duda, un *derecho*; derecho, además, máximamente protegido (art. 53.2 CE), como ya se ha indicado.

El derecho a la igualdad contenido en este artículo 14 comprende aquellas dos vertientes de la igualdad aparecidas en el Estado liberal:

- a) la *igualdad en la aplicación del Derecho* (que obliga a una aplicación e interpretación uniforme de la ley con independencia del sujeto); y
- b) la *igualdad en la ley* (igualdad en el contenido de la norma, trato igual en la norma).

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Matizó esta opinión F. RUBIO LLORENTE en su trabajo «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REDC*, 31 (1991), pág. 10.

La segunda, como señala T. Freixes¹⁰⁸, vincula al legislador de la ley y del reglamento y se vulnera cuando la norma distingue, sin justificación razonable, supuestos de hecho iguales, mientras que la primera vincula al operador jurídico (ejecutivo y judicial) que debe aplicar la norma. Se vulnera la *igualdad en la aplicación de la ley* cuando uno de los operadores jurídicos mencionados interpreta la norma en un supuesto concreto de manera distinta —y perjudicial— a como lo venía haciendo en casos sustancialmente iguales.

La detección de los supuestos en los que pueda haberse vulnerado la igualdad en la aplicación de la ley son muy complejos ya que al Tribunal Constitucional le podría corresponder, finalmente, realizar un «juicio sobre juicios»¹⁰⁹, es decir, analizar la argumentación judicial previa por la que el juez ordinario determinó que un caso presentaba un rasgo diferenciador de otro y, por tanto, permitía una diferente resolución judicial¹¹⁰; o que aun existiendo idénticos supuestos fácticos el juez ordinario determine que no fueron estos los fundamentos de una resolución anterior¹¹¹.

El Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia 183/1985, de 20 de diciembre (FJ, 2), confirma que el principio de igualdad jurídica, reconocido en el artículo 14 de la Constitución «se proyecta también en el proceso de aplicación, incluso judicial, del Derecho, determinando así, como se indicó en la STC 49/1982, que un mismo órgano jurisdiccional no puede, en casos iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada». Además, la discriminación constitucionalmente proscrita quedará verificada cuando las resoluciones que quieran traerse a la comparación procedan del mismo órgano jurisdiccional.

En última instancia, lo que «el principio de igualdad en la aplicación de la ley exige no es tanto que la ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio, que pueda reconocerse como tal»¹¹², lo cual sí produciría lo que el mismo Tribunal Constitucional denomina *desigualdad aplicativa*¹¹³.

De otra parte, la *igualdad en el contenido de la ley* no significa, sin embargo, la obligación de que la norma dé siempre y en todo caso un trato idéntico a todos los supuestos similares (no idénticos); la igualdad ante la ley no opera respecto de personas o de grupos que se rigen por estatutos distintos (STC 148/1990, de 1 de octubre), o en los que debe valorarse circunstancias específicas. El principio de igualdad ante la ley resulta así compatible con un trato diferenciado siempre que las situaciones o los sujetos posean algún rasgo distintivo que justifique la diferenciación. El Tribunal Constitucional ha afirmado que «...conforme a reiterada doctrina»¹¹⁴ de este Tribunal, el principio de igualdad «ante o en la Ley» impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable, o que resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios o juicios de valor generalmente aceptados, además de que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos». Se aceptan, pues, las diferencias de trato para situaciones en las que puedan apreciarse diferencias que deban ser relevantes en el caso concreto. La jurisprudencia constitucional aplica el *test de la razonabilidad* para determinar qué diferencias son compatibles

¹⁰⁸ *Ídem*, pág. 187.

¹⁰⁹ OLLERO, A.: *La igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEPC, Madrid, 2005, pág. 46.

¹¹⁰ Entre otras, 183/1985, de 20 de diciembre; 82/1990, de 4 de mayo; 183/1991, de 30 de septiembre; 104/1996, de 11 de junio; 102/2000, de 10 de abril; 57/2001, de 26 de febrero; 7/2005, de 17 de enero.

¹¹¹ OLLERO, A.: *La igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, ob. cit., pág. 46.

¹¹² GONZÁLEZ RIVAS, JJ.: *La Constitución de 1978: Estudio sistemático y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 170.

¹¹³ STC 51/2005, de 14 de marzo.

¹¹⁴ Entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril; 1/2001, de 15 de enero; 152/2003, de 17 de julio; y 193/2004, de 4 de noviembre.

con el derecho a la igualdad y qué diferencias, sin embargo, resultan contrarias al mismo y, por ello, a la Constitución.

El principio de igualdad exige, pues, que la diferencia de trato esté objetivamente justificada y que exista proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida. El *test* de *proporcionalidad* se proyecta, pues, en dos sentidos:

- a) si la diferencia de trato incluida en la ley obedece a la consecución de fines constitucionalmente relevantes; y
- b) si esta diferencia de trato es proporcionada al fin que se persigue, de manera que no se consagre una excepción al principio de igualdad que no sea estrictamente necesaria para la consecución de los fines constitucionales. Desde el momento en el que queda habilitada la diferenciación razonable es fácil dar un paso más y considerar que, también en esta cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, podemos encontrar apoyo jurídico-constitucional para las *acciones positivas*, como así ha hecho el Tribunal Constitucional.

A continuación, abordaremos el concepto de igualdad promocional e igualdad real y efectiva, la prohibición de discriminación, la denominada doctrina de la equiparación y, por último, la denominada discriminación positiva.

4.3. La igualdad promocional (art. 1.1 CE) y la igualdad real efectiva (art. 9.2 CE)

4.3.1. La igualdad promocional

Con ya dijimos, la Constitución española ha incorporado, junto a la igualdad formal o igualdad ante la ley, otros aspectos del principio de igualdad, entre ellos, el que podríamos denominar la *igualdad promocional*, inserta en el valor igualdad, recogido en el artículo 1.1 CE, que representa el compromiso del Estado social y democrático de Derecho en la consecución de este ideal y su consagración en todos los ámbitos de la sociedad¹¹⁵. Supone, también, dotar a la igualdad de un fundamento historicista en tanto se presume que se trata de un concepto evolutivo que permitirá una interpretación acorde con las cambiantes circunstancias sociales.

Los valores del artículo 1.1 CE poseen valor normativo supremo (entre otras, STC 132/89, de 18 de julio) y habilitan para fundamentar en ellos un recurso de inconstitucionalidad, pero, sobre todo, proyectan un contenido que permite concretar y, en su caso, resolver casos particulares. El sistema de valores y principios constitucionales obliga a una interpretación de la Constitución y de las leyes que sea acorde con el carácter finalista de dichos valores y principios (STC 18/1981, de 8 de junio).

El Tribunal Constitucional se ha apoyado en la igualdad «como valor superior» para resolver casos concretos. Respecto del *valor igualdad*, la STC 8/1983, de 18 de febrero (caso Telefónica II)¹¹⁶, el Tribunal afirmó que la «igualdad se configura como un valor superior que... se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución proclama». En dos sentencias más recientes, el Tribunal Constitucional, confirma su doctrina anterior y se apoya en el *valor libertad* para fundamentar su fallo en casos como el de la ley de eutanasia (STC 19/2023, de 22 de marzo) y el de la ley de interrupción voluntaria del embarazo (STC 44/2023, de 9 de mayo).

4.3.2. La igualdad real y efectiva

Como ya se ha señalado, la igualdad formal fue completada por un nuevo concepto de

¹¹⁵ Sobre la evolución de la igualdad puede consultar mi trabajo: «La lucha por la igualdad en el Estado de Derecho», en ALVARADO, J. (coord.), *Estudios sobre historia de la intolerancia*, Sicania University Press/Sanz y Torres, 2011, págs. 671-688.

¹¹⁶ Esta STC recoge prácticamente los *Fundamentos Jurídicos* que su predecesora, la STC 7/1983, de 14 de febrero. Ambas sentencias se refieren al recurso de amparo interpuesto por trabajadoras de la Compañía Telefónica que habían sido obligadas a abandonar su puesto de trabajo al contraer matrimonio.

igualdad: la igualdad real y efectiva que, progresivamente, ha tenido entrada en los ordenamientos nacionales y también en el ámbito internacional.

La Constitución española de 1978, incorpora este concepto de igualdad real y efectiva, o igualdad material, en el artículo 9.2 CE.

La consecución de la igualdad real y efectiva contemplada como una verdadera obligación del legislador en el artículo 9.2 CE (SSTC 83/1984, de 24 de julio y 8/1986, de 21 de enero), puede requerir, a juicio del Alto Tribunal, una acción legislativa que excede de la que cabría ubicar en el ámbito de la igualdad formal reconocida en el artículo 14 CE (STC 27/1981, de 20 de julio).

Sin embargo, por otro lado, el Tribunal en su sentencia 98/1985, de 27 de julio (caso Ley Orgánica de Libertad Sindical), señaló que los criterios contenidos en el artículo 9.2 en orden a la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad y la libertad de los grupos y personas sea real y efectiva, no justifican la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que presuntamente se incumple tal mandato. Al respecto añade el Tribunal Constitucional, que las prescripciones del artículo 9.2 no actúan como un límite concreto en la actuación de los poderes públicos, criterio del que discrepamos puesto que si el artículo 9.2 CE citado establece una «obligación de los poderes públicos», tal obligación no puede sino ser vinculante para dichos poderes públicos, ya que el carácter normativo supremo del Texto Fundamental así lo exige.

Por otro lado, la fórmula del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) y los principios del artículo 9.2 CE, se proyectan sobre la igualdad como criterios interpretadores que permiten determinar si, en el caso concreto, ha habido o no discriminación. En este sentido, el Tribunal Constitucional estimó prontamente que la determinación de qué deba entenderse, en el contexto del caso concreto, por desigualdad que entrañe discriminación, viene dada esencialmente por la propia Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados aspectos entre los cuales destaca el principio del Estado social y democrático de derecho del artículo 1.1 y el mandato del artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y a «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (STC 19/1982, de 5 de mayo, sobre pensión de viudedad; STC 216/1991, de 14 de noviembre; STC 31/2018, de 10 de abril, sobre educación diferenciada por sexos).

Según esta posición jurisprudencial, de la igualdad real y efectiva consagrada en el artículo 9.2 CE no se deriva un derecho, pero sí una obligación (STC 189/1987, de 24 de noviembre) de promover la igualdad real y efectiva, incluso cuando ello implique cierta matización de la igualdad formal (STC 98/1985, de 29 de julio).

Como posteriormente señalaremos, el Tribunal Constitucional ha confirmado que, en el marco de esta obligación promocional de la igualdad que atañe a los poderes públicos, éstos pueden articular medidas de acción positiva. Las medidas de acción positiva son consideradas por el Tribunal Constitucional como parte de una interpretación derivada del contenido en el artículo 9.2 CE (y, añadiríamos nosotros, también, de la igualdad promocional del artículo 1.1 CE). Las medidas de acción positiva fueron consagradas en el Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea desde donde han llegado a los ordenamientos nacionales, como el español.

4.4. Prohibición de discriminación

a) *Los supuestos prohibidos expresamente en el artículo 14 CE*

El artículo 14 CE, tras la cláusula general de la *igualdad formal*, incorpora un elenco de causas específicas de prohibición de discriminación, estableciendo que no podrá «prevaler discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El término discriminar significa, en sentido estricto, «separar, distinguir, o diferenciar una cosa de otra»; sólo una acepción más amplia lo identifica con «trato diferente dado a una persona o grupo por motivos de raza, religión o sexo».

En sí mismo, pues, discriminar es separar o distinguir, sólo en su aplicación jurídica es

sinónimo de *trato desfavorable*. Así, la cláusula de prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CE impide el *trato diferenciador desfavorable* por los motivos establecidos en el mencionado artículo 14 CE (aunque no solo, como se dice a continuación) (SSTC 128/1987, de 16 de julio y 166/1988, de 26 de septiembre). En la primera de estas Sentencias, el Tribunal Constitucional afirma que el «artículo 14 de la Constitución viene a establecer, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos, entre los que se encuentran los derivados del sexo de las personas. Esta referencia constitucional expresa no implica (STC 75/1983, FJ 3.º, entre otras) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE» (como es el caso del sexo y la consiguiente discriminación de la mujer).

Como acabamos de señalar, el derecho a la igualdad permite cierta diferencia de trato siempre que sea razonable, es decir, cumpla fines constitucionales y sea proporcional. Por ello, podría entenderse que, en un caso concreto, resultaría constitucional cierta diferencia de trato basada en cualquiera de los motivos contemplados en el artículo 14 CE, si no fuera porque la cláusula de prohibición de discriminación reduce prácticamente a la nada la posibilidad de diferenciar desfavorablemente por estos motivos o, como ha señalado un sector doctrinal, obliga a aplicar el *test de razonabilidad* con una exigencia máxima cuando esté implicada una de las *categorías sospechosas*, mencionadas en el artículo 14 CE.

b) *Discriminación directa e indirecta*

El Tribunal ha venido distinguiendo, en relación con el sexo, la discriminación *directa* y la *indirecta*; y, respecto de la primera, la *discriminación directa expresa* y *discriminación directa oculta*. La *discriminación directa* ha sido definida por el Tribunal Constitucional (STC 145/1991, de 1 de julio), como «aquel tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa». La misma Sentencia define la *discriminación indirecta* como aquella en la que la diferencia de trato es formalmente correcta y no aparece directamente vinculada al sexo, pero genera unas consecuencias discriminatorias sobre un concreto colectivo por razón de su sexo¹¹⁷ (así, por ejemplo, la minusvaloración del trabajo femenino).

c) *La diferenciación razonable*

La posibilidad de diferenciación razonable, por otro lado, ha quedado confirmada en una nutrida jurisprudencia del Tribunal Constitucional entre cuyas resoluciones podemos destacar la STC 19/1982, de 5 de mayo, en la que se establece que con «arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal (así, Sentencias de 2 y 10 de julio de 1981, 10 de noviembre de 1981, 26 de febrero de 1982), y a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que también se recoge en anteriores decisiones nuestras, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; pero no lo es menos que este tratamiento legal desigual tiene un límite que consiste en la discriminación, es decir, en el hecho de que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable». Añade el Alto Tribunal que la determinación de qué deba entenderse por desigualdad que entrañe discriminación viene dada por la Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista, entre los cuales descuella el principio del Estado social y democrático de Derecho, que informa una serie de disposiciones, como el mandato del artículo 9.2, y el conjunto de los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I.

d) *No discriminación en el ámbito laboral*

La aplicación del principio de no discriminación se manifiesta también en la conocida Sentencia 7/1983, de 14 de febrero (caso Telefónica) que resolvió el recurso interpuesto por un

¹¹⁷ El Tribunal Constitucional ha considerado una discriminación directa la diferencia de trato desfavorable a una mujer por razón de su embarazo (SSTC 166/1988 y 173/1994).

grupo de trabajadoras de Telefónica que, al contraer matrimonio, habían sido obligadas a dejar sus puestos de trabajo —bajo la fórmula jurídica de la excedencia forzosa— de conformidad con lo que en ese momento establecía la legislación laboral. Las recurrentes solicitaron el reingreso a partir de la vigencia de la Constitución sobre la base de la aplicación del principio de igualdad, de modo que encontraron el amparo del Tribunal Constitucional en su pretensión. Similares argumentos, encontramos en la STC 241/1988, de 9 de diciembre, que resolvió el recurso interpuesto en el caso de las mujeres que ejercían como médicos y que no podían reincorporarse al trabajo salvo que fueran «cabeza de familia».

Especial significación tuvieron en su momento, la STC 216/1991 en la que el Tribunal Constitucional otorgó el amparo a una mujer que había visto rechazada su solicitud de ingreso, por su condición de mujer, en la Academia General del Aire porque no se había desarrollado el artículo 36 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional. El Tribunal declara que el acto por el que se rechaza el ingreso de esta mujer a la Academia General del Aire vulnera su derecho a la igualdad; y la STC 229/1992, de 14 de diciembre, en la que el Tribunal Constitucional declara el derecho de las mujeres, que habían superado las correspondientes pruebas, a ocupar un puesto de ayudante minero en condiciones de igualdad con los hombres.

e) No discriminación, identidad de género y transexualidad

La prohibición de discriminación consagrada en la Constitución ha irradiado en otros aspectos específicos como la identidad de género y la transexualidad y, en general, en los derechos de las personas LGTBI+.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas inició el reconocimiento de derechos del colectivo LGTBI+, camino que siguieron algunas Comunidades Autónomas aprobando leyes en esta misma materia. La Ley 3/2007, de 15 de marzo fue derogada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que tiene por objeto «desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales ... erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad» (Preámbulo de la Ley). Los artículos 43 a 51 de la Ley regulan el nuevo procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y adecuación documental correspondiente. La ley 4/2023 modifica sustancialmente el requisito de edad para solicitar la rectificación registral del sexo. Mientras que la Ley de 2007 exigía mayoría de edad, la Ley de 2023 establece una graduación de la edad para realizar la solicitud de rectificación registral de la mención relativa al sexo, en los siguientes términos:

- las personas mayores de dieciséis años pueden solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo;
- las personas menores de dieciséis años y mayores de catorce pueden presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales; en caso de desacuerdo de los interesados y sus representantes legales, se nombrará un defensor judicial (arts. 235 y 236 del Código Civil);
- las personas con discapacidad pueden solicitar, con las medidas de apoyo que en su caso precisen, la rectificación registral de la mención relativa al sexo;
- las personas menores de catorce años y mayores de doce pueden solicitar la autorización judicial para la modificación de la mención registral del sexo (cap. I bis, título II, Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria).

Antes de la aprobación de la Ley 4/2023 el Tribunal Constitucional había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos temas, entre otras, en su STC 176/2008, de 22 de diciembre, que resolvió un recurso de amparo presentado por un padre al que se había privado, a instancia de la madre del niño, del régimen de visitas establecido en la separación, alegando

varios motivos, como desinterés y retrasos en el pago de la pensión, pero también el hecho de que el padre se estaba sometiendo a un tratamiento para cambio de sexo y que se maquillaba y se vestía habitualmente como una mujer. El padre alegó ante el Tribunal Constitucional que había sido realmente su condición de transexual femenino¹¹⁸ la que había determinado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas, lo que suponía una vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual, reconocida en el art. 14 CE. En lo que a estas páginas interesa, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional confirma que los casos de transexualidad están dentro de la cláusula de prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 y que una sentencia basada exclusivamente en este criterio vulneraría la igualdad. Sin embargo, en este caso, el Tribunal estimó conforme a Derecho las restricciones del régimen de visitas porque se probó que la restricción se había basado en la constatación de que el padre sufría inestabilidad emocional que podría ser trasladada al menor, cuyo interés superior debía ser criterio prevalente en la decisión.

De igual manera, la STC 67/2022, de 22 de junio, abordó la necesaria definición de los conceptos de *sexo* y *género* a efectos de su aplicación en casos en los que se viera implicada la igualdad de mujeres y hombres, cualquiera que fuera su opción sexual o de género, como medida imprescindible para poder abordar una correcta interpretación de sus derechos. Esta sentencia denegó el recurso de amparo interpuesto por una persona que se autodefinía como «persona transgénero» y que había sido despedida de su puesto de trabajo en una empresa internacional, pero sujeta a la legislación laboral española, durante el periodo de prueba laboral. Lo más relevante de esta sentencia es que, por primera vez, el Tribunal Constitucional define conceptos esenciales como *sexo* y *género* que, hasta ese momento, venían utilizándose como sinónimos, o, al menos, sin distinción conceptual. En la STC 67/2022 que comentamos, el Tribunal aporta un criterio de distinción entre los conceptos de género y sexo. Dice la sentencia que el sexo, «que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen. ... Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las que se dan en las personas intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana» (FJ 3). De otra parte, aunque el género se conecta a las características biológicas, «no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género». Así, pues, para el Tribunal Constitucional, mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico. Sexo y género no son excluyentes, pero tampoco son sinónimos y deben ser correctamente interpretados para garantizar la seguridad jurídica contemplada en el artículo 9.3 de la Constitución española.

f) *No discriminación, discapacidad y dependencia*

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre¹¹⁹, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, tiene como objetivo articular medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14

¹¹⁸ Esta es la denominación que figura en la Sentencia del Tribunal Constitucional. Es frecuente, sin embargo, el uso de «transexual femenina» para identificar los casos como el de la Sentencia citada.

¹¹⁹ Reformado por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

y 49 de la Constitución¹²⁰.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, regulariza, aclara y armoniza la legislación previa sobre derechos y discapacidad, de conformidad con el mandato de la disposición final segunda de la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*¹²¹. Esta norma adapta la legislación española a la Convención, dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad y reconoce expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

El objeto del Real Decreto Legislativo es garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, así como el de establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 1).

La *Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad*, derogó los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3 de la Ley 5/1985, en lo que se establecía que carecían de derecho de voto los «declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio»; y los «internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio», con lo que se amplió el derecho de participación política de algunas personas con discapacidad.

Además, se modifica la redacción del art. 3.2 que pasó a decir: «Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.»

En relación con la situación de dependencia, se aprobó la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, que tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. La Ley crea un *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español.

La legislación sobre derechos de las personas con discapacidad ha sido completada con algunos de los preceptos contenidos la *Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo* y con el *Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público*.

¹²⁰ El 7 diciembre de 2018, el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución, relativo a los derechos de las personas con discapacidad. En este anteproyecto se eliminaba la palabra *disminuidos* del texto del artículo 49 y se adaptaba toda su redacción a los derechos contenidos en la Convención de 2006. La disolución de las Cámaras en marzo y septiembre de 2019, impidieron la tramitación de esta reforma constitucional. Al cierre de estas páginas los intentos de retomar la reforma por parte del Gobierno de Pedro Sánchez han sido infructuosos y la disolución de las Cámaras en junio de 2023 ha vuelto a posponer esta ineludible reforma constitucional.

¹²¹ En la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

4.5. Diferencias admitidas por razón de sexo

Como venimos defendiendo, no toda diferenciación debe tener el reproche constitucional, aunque sí deben ser enjuiciadas con extrema severidad y recae sobre ellas una cierta presunción de ilegitimidad. La línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Constitucional partía del principio general de que era inconstitucional la diferencia de trato motivada exclusivamente por el sexo de la persona afectada (STC 19/1989, de 31 de enero); o, en palabras del propio Tribunal que «la condición femenina no es suficiente para justificar la diferenciación» (STC 8/1982, de 21 de diciembre).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ha aceptado una línea doctrinal que da cobijo a determinadas diferenciaciones por considerarlas compatibles con lo establecido en el artículo 14 CE¹²², como los casos siguientes:

- a) *Supuestos laborales* en los que el puesto de trabajo está necesariamente vinculado al sexo (actriz o empleada o limpiadora en un vestuario deportivo...). El Tribunal Constitucional ha declarado constitucional la exclusión de una mujer de un puesto de trabajo para el que se requería una gran fuerza física (STC 198/1996, caso de una funcionaria basculera); en estos casos, no hay, propiamente, en mi opinión, un problema de género sino de requisitos esenciales para el desenvolvimiento de un puesto de trabajo. En este caso, debe comprobarse que la exclusión responde claramente a la falta de idoneidad (y, por tanto, que en iguales condiciones también habría sido excluido un hombre). Si la exclusión, sin embargo, operara respecto de todo el género femenino, por ejemplo, habría que concluir afirmando la evidente vulneración de la igualdad.
- b) *Supuestos de desigualdades consagradas en la Constitución o derivadas, en apariencia, directamente de ella.* Tal es el caso de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden de sucesión al Trono. Sobre este particular tuve la oportunidad de pronunciarme en trabajos anteriores a los que ahora me remito¹²³ y en los que concluía que estábamos ante una norma constitucional inconstitucional siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que sentó la doctrina de las normas constitucionales inconstitucionales. Recientemente se ha planteado también el caso de la sucesión en los títulos nobiliarios, caso en el que el Tribunal Constitucional que debió pronunciarse (STC 126/1997, de 22 de diciembre y su antecedente STC 27/1981, de 20 de julio) con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal *ad quo*, negó que hubiera discriminación por razón de sexo, basándose en dos argumentos: a) el carácter simbólico de los títulos nobiliarios; y b) la aceptación por el Tribunal de que un régimen histórico permite no enjuiciar la diferenciación que se implantó en un momento en el que la igualdad no era un principio jurídico.

4.6. Violencia de género: especial referencia a la jurisprudencia sobre el artículo 153.1 del Código Penal

4.6.1. La Ley Orgánica contra la violencia de género

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género¹²⁴, se adoptó para luchar contra la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las

¹²² Seguimos, en parte, a LÓPEZ GUERRA, L.: «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución española de 1978», en VV. AA., T.: *Mujer y Constitución*, ob. cit., pág. 28 y sigs.

¹²³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., MELLADO PRADO, P.: «En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978», en *Revista de Derecho Político*, núm. 22, (1986); (Coordinación en colaboración con A. Torres del Moral). *Estudios sobre la Monarquía parlamentaria*, UNED, Madrid, 1995; «Comentario al apartado 4 del artículo 57 de la Constitución española de 1978» en *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Tomo II, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 585 a 618.

¹²⁴ Reformada por Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; completada por el Real Decreto 752/2022, de 13 de septiembre, por el que se establecen las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1). La Ley define la violencia de género como todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. La *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, incluyó un apartado 4 al artículo 1 de la Ley 1/2004, incorporando a los tipos de violencia contra la mujer la que se ejerce con el «objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

El artículo 1.2 de la mencionada Ley Orgánica 1/2004, establece «medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia»¹²⁵. El artículo 61.2, por su parte, establece que en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente debe pronunciarse, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, sobre medidas complementarias que garanticen eficazmente la protección de los afectados.

Complementariamente a lo anterior, el artículo 65 de la misma Ley Orgánica 1/2004, que regula las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, permite que el Juez pueda suspender el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, para el inculcado por violencia de género, respecto de los menores que dependan de él. Si no acuerda la suspensión, el Juez debe pronunciarse «en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores». De igual manera, debe «adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución»¹²⁶.

4.6.2. La jurisprudencia sobre artículo 153.1 del Código Penal

Un aspecto relevante de la Ley para la protección contra la violencia de género está contenido en el artículo 37 que da nueva redacción al artículo 153.1 del Código Penal que toma en cuenta, a efecto de imposición de la pena, el sexo del agresor y la relación con la víctima. El artículo 153.1 CP, establece al respecto lo siguiente: «*El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años*».

En este precepto se observa la predeterminación legal del sexo, diferenciando los sujetos

¹²⁵ Texto introducido por la *Disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.

¹²⁶ La *Ley 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género*, modificó varios artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial para introducir medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género; materias específicas en las pruebas de selección y de la formación especializada en la Escuela Judicial y la formación continua de las Carreras Judicial y Fiscal; pruebas de especialización para acceder a órganos judiciales especializados en violencia sobre la mujer, e impulsar la especialización de los Juzgados de lo Penal.

activo y pasivo, derivando consecuencias jurídicas diversas en función del sexo de los sujetos. Esta diferenciación en razón del sexo fue el elemento sometido a control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional al considerarse que, en materia penal, no cabía distinguir en razón del sexo de agresor y de la relación con la víctima, para imponer la sanción que correspondiera.

La STC 59/2008, de 14 de mayo, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el mencionado artículo 153.1 del Código penal (reiteró doctrina el TC, en sus SSTC 76/2008; 80/2008, 81/2008, 82/2008, 83/2008 y 45/2009), cuyos fundamentos principales se comentan en un apartado posterior.

a) El análisis del artículo 14 CE

El Tribunal Constitucional comienza recordando su doctrina acerca del artículo 14 de la Constitución sintetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, conforme a la cual dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados:

- el principio de igualdad; y
- las prohibiciones de discriminación.

El primer inciso del artículo 14 incluiría la 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 (STC 200/2001, FJ 4).

En palabras conclusivas de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, «los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (FJ 6; también SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3; 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

Además de la cláusula general de igualdad, el artículo 14 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 (STC 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 (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2)».

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 (STC 200/2001, FJ 4). No obstante, como destaca la Sentencia citada, «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, 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 ...), 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» (FJ 4).

b) Opción del legislador penal

El Tribunal Constitucional prosigue recordando que la duda de constitucionalidad se refiere a una opción legislativa sobre una determinada conducta y su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador – dice el Alto Tribunal– al que compete «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

La diferenciación entre el hombre y la mujer a los efectos de este artículo del Código penal –sigue afirmando el Tribunal– la fundamentó el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa «que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada».

El *Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género*, haciéndose eco de lo que señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, reitera que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado sino que se manifiesta como un símbolo de la desigualdad existente en nuestra sociedad que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Esta norma modifica los artículos 20, 23 y 27 de la citada Ley 1/2004, incluyendo previsiones que facilitan a las mujeres víctimas de violencia el acceso a las garantías judiciales y a determinadas ayudas económicas.

4.7. La jurisprudencia de la equiparación

La doctrina ha acuñado la denominación *jurisprudencia de equiparación* para referirse a aquellas sentencias del Tribunal Constitucional que extienden conquistas en el terreno de la igualdad al sexo que, hasta ese momento, no gozaba de las mismas¹²⁷.

El Tribunal Constitucional, en algunas de sus sentencias, resolvió los recursos presentados por hombres que reivindicaban derechos a los que sólo podían acceder, hasta entonces, las mujeres, equiparando a aquéllos en dicha situación o derecho. Eliminó así el Tribunal Constitucional la diferencia de trato favorable a las mujeres equiparando a los hombres en los «beneficios» que la norma reconocía sólo a aquéllas. Esta doctrina constitucional se reflejó en la STC 81/1982, de 21 de diciembre (caso ATS), en la que el Alto Tribunal considera que procede

¹²⁷ Para T. FREIXES, la doctrina de equiparación se proyecta en dos ámbitos: a) un grupo de resoluciones que reconocen a los hombres derechos o medidas legales que, hasta ese momento, sólo tenían reconocidas las mujeres (equiparación de los hombres a las mujeres); y b) otro grupo de sentencias que, inversamente, reconocen a las mujeres derechos o medidas legislativas, hasta ese momento, privativas de los hombres (equiparación de las mujeres a los hombres). FREIXES, SANJUÁN, T.: «Constitución, Tratado de Ámsterdam e igualdad entre hombres y mujeres», en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, ob. cit., pág. 192. En este apartado se cita una selección de las resoluciones del Tribunal Constitucional que corresponden a la equiparación de los hombres con las mujeres. Las sentencias que dan fe del caso inverso, según esta tesis, han sido mencionadas en el apartado dedicado a la interdicción de la discriminación recogida en el artículo 14 CE.

extender las conquistas sociales que hasta el momento se otorgaban a un sexo también al otro. En este caso concreto, los hombres que prestaban servicios como ayudantes técnicos sanitarios (ATS) en un determinado hospital percibían menor remuneración por el trabajo realizado en domingo que el que recibían las mujeres a las que se les computaban todas las horas realizadas como horas extraordinarias, cosa que no sucedía con los hombres. La parte demandada, el Instituto Nacional de la Salud, alegó que se trataba de una medida proteccionista para la mujer y que ningún precepto constitucional impedía adoptar tales medidas.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que la «protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al artículo 14 CE» (FJ, 2).

Sentada la conclusión por el Tribunal Constitucional acerca de la necesidad de igualar la situación de los hombres a la que venían disfrutando las mujeres, el segundo problema, como afirmó el propio Tribunal Constitucional, era determinar el mecanismo que se debía utilizar para conseguir dicha equiparación, pues, podía privarse a la mujer de la «condición privilegiada que en un momento anterior se le concedió» o podía ampliarse el contenido de los derechos del varón para que llegaran a poseer el mismo alcance. 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, el Tribunal Constitucional entendió que no debía privarse a la mujer de los derechos de los que ya gozaba, sino que había que extenderlos también a los hombres que estuvieran en igual situación laboral, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pudiera establecer, si lo consideraba oportuno, un régimen diferente del actual, siempre que se respetara la igualdad de los trabajadores.

Supuesto similar fue el resuelto por la STC 103/1983, de 22 de noviembre (caso pensiones de viudedad), en la que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el apartado 2 del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, que establecía que sólo las viudas podían tener derecho a percibir la pensión de viudedad. Estas medidas tenían su justificación en una posición claramente paternalista de los poderes públicos y, en el fondo, escondían la consideración de la mujer como sexo inferior y merecedor por ello de medidas paliativas¹²⁸. Poco antes, el Tribunal Constitucional ya había declarado inconstitucional la regulación de las pensiones de orfandad que se reconocían únicamente a las hijas o hermanas del fallecido (STC 3/1983, de 24 de enero).

El Tribunal ha continuado esta línea jurisprudencial en otras sentencias como la STC 207/1987, de 22 de diciembre, en la que otorga el amparo solicitado por el personal de vuelo masculino en orden a su equiparación en los beneficios que, en cuanto a la opción de retiro anticipado, disfrutaban las mujeres que realizaban el mismo trabajo. Responde, también, a esta línea argumental la STC 142/1990, de 20 de septiembre, en la que se declaró inconstitucional la exclusión de los viudos de la posibilidad de acceso a la prestación del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), que sólo se reconocía a las viudas, ya que, como diferenciación basada en el sexo, suponía un atentado al principio de igualdad en la Ley que no desaparece, como señala el Tribunal Constitucional, por el hecho de venir impuesta por una norma con rango de Ley, pues el principio de igualdad vincula también al legislador, y las normas preconstitucionales han de entenderse carentes de validez desde la entrada en vigor de la Constitución en cuanto le sean contrarias.

Resulta evidente que estas resoluciones pusieron fin a la aplicación de normas protectoras para las mujeres con las que existía, sin duda, el peligro de que se consolidara una posición de inferioridad de éstas en el mundo laboral; peligro que fue certeramente señalado por el Tribunal Constitucional en su posterior Sentencia 28/1992, de 9 de marzo, en la que estableció que la prohibición de discriminación por razón de sexo «exige la eliminación en principio de las normas protectoras del trabajo femenino que pueden suponer por sí mismas un obstáculo para el

¹²⁸ Sobre este tema puede consultarse: TORRES DEL MORAL, A./GÓMEZ SÁNCHEZ, Y: «Principio de igualdad y pensiones de viudedad», *Revista de Derecho Político*, 35 (1992), págs. 33 a 58.

acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo que los varones». Participo de la opinión de que, efectivamente, estas acciones protectoras resultan ilegítimas no sólo porque en determinados casos podían discriminar al hombre sino, sobre todo, porque partían de una concepción de la mujer como «individuo socialmente inferior» y por ello no merecedora de acciones de igualdad efectiva sino de este tipo de acciones protectoras. Sí debemos, sin embargo, distinguir nítidamente las denominadas acciones protectoras de aquellas otras que tengan como fin la verdadera equiparación de la mujer con el hombre, en las que es legítimo tomar en consideración la histórica situación de postergación de la mujer respecto del hombre en todos los aspectos de la sociedad. El reconocimiento de esta diferente situación de partida se encuentra presente tanto en la legislación más reciente como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

5. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

5.1. Introducción

Después de la aprobación de la Constitución española de 1978, se discutió ampliamente sobre la conveniencia de elaborar y aprobar una «ley para la igualdad de mujeres y hombres». Algunos sectores doctrinales apoyaron esta posibilidad mientras que otros rechazaron la propuesta. Alegaban estos últimos que no era posible desarrollar el principio de igualdad. Este principio debía ser respetado por los poderes públicos, pero no podía desarrollarse mediante una ley porque esta norma no haría sino reproducir literalmente lo que ya decía la Constitución española.

Después de más de cuatro décadas de vigencia de la Constitución española resulta obvio que la igualdad, como el resto de los derechos constitucionales, puede y debe ser desarrollada por ley. Así se hizo mediante la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres¹²⁹. La aprobación de esta Ley Orgánica viene a demostrar que con la prohibición de discriminación por razón de sexo «proclamada en el artículo 14 de la Constitución no es un instrumento jurídico suficiente para garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres que es el objeto de la LOI»¹³⁰. La Ley 3/2007 (LOI) incorporó al ordenamiento español dos directivas de la Unión Europea en materia de igualdad de trato¹³¹ y ha sido modificada especialmente por la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*.

Las Comunidades Autónomas han sido especialmente receptivas a estos problemas que han tenido reflejo en los catálogos de derechos incluidos en los Estatutos de Autonomía reformados y, también, en la aprobación de leyes específicas sobre igualdad de mujeres y hombres, así lo han hecho las siguientes Comunidades Autónomas:

5.2. Objeto, sujetos y ámbito de aplicación

5.2.1. Objeto

¹²⁹ Entre otros, pueden consultarse mis trabajos: «Towards an *equal dignity*: the Spanish Organic Act 3/2007, of March 22nd, on the Effective Equality between Women and Men», en NICCOLAI, S., RUGGIU, I.: *Dignity in change. Exploring the Constitutional Potential of the Gender and Anti-Discrimination Law*, European Press/Academic Publishing, Florence (Italy), 2010. «Desafíos para la igualdad en la sociedad contemporánea: géneros», en Aragón Reyes, M., Valadés Ríos, D., Tudela Aranda, J. (cords.): *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, 2023, págs. 581-608.

¹³⁰ VENTURA FRANCH, A./GARCÍA CAMPÁ, S.: «Hacia una nueva dogmática del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres» en VENTURA FRANCH, A./GARCÍA CAMPÁ, S. (dirs.): *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, 2018, pág. 56.

¹³¹ La Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, derogada por Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

De conformidad con el artículo 1, el objeto de la Ley es hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y, específicamente, eliminar la discriminación de la mujer, en cualquier circunstancia o condición y, especialmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural. El artículo 1 de la LOI afirma expresamente que las «Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes». Para alcanzar este objetivo, la Ley establece principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo¹³². La Ley prohíbe toda discriminación, *directa* o *indirecta*, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (art. 3 y 6). Para cumplir tal objetivo, el artículo 1.2 afirma que la LOI establece un conjunto de principios de actuación de los poderes públicos y que regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, y prevé medidas específicas para erradicar la discriminación por razón de sexo.

5.2.2. *Sujetos*

Además, de las mujeres y hombres, la LOI es receptiva al problema de la igualdad en colectivos específicos de mujeres y hombres, tal es el caso de las personas con discapacidad. La Ley Orgánica regula en varios de sus preceptos situaciones específicas para este colectivo de personas. Especialmente relevante son los casos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad (art. 14.6 LOI).

La LOI introducen mejoras en el permiso de maternidad (ampliándolo en dos semanas para los supuestos de hijo o hija con discapacidad), pudiendo hacer uso de esta ampliación indistintamente ambos progenitores; establece acciones positivas en las actividades de formación para, entre otros colectivos, personas con discapacidad (art. 60); la LOI introdujo modificaciones importantes en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que contemplan la situación de las personas con discapacidad; y se modificaron igualmente la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, entre otras varias.

De otra parte, la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ha reformado las circunstancias que agravan la responsabilidad penal (art. 22 CP) e incluido con tal carácter de agravante el «Cometer el delito por la *enfermedad que padezca o su discapacidad* con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta» (4ª).

5.2.3. *Ámbito de aplicación*

En cuanto al ámbito de aplicación, la LOI extiende sus efectos a todas las personas, las cuales «gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo»; mientras que las obligaciones derivadas de la LOI afectan a toda «persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia» (art. 2 LOI).

5.3. Principios y criterios de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

La Ley Orgánica de Igualdad establece unos principios y criterios generales que deben aplicarse en las políticas públicas de igualdad y que podemos sintetizar en los siguientes:

- El principio de *prevención de conductas discriminatorias*.
- El principio de establecimiento de *políticas activas* para hacer efectivo el principio de

¹³² Sobre este particular, consultar: ELÍAS MÉNDEZ, C.: «Técnicas para la consecución de la igualdad en la Ley Orgánica 3/2007: análisis y propuestas de mejora», en ALVARADO, J. (coord.), *Estudios sobre historia de la intolerancia*, Sicania University Press, Sanz y Torres, 2011, págs. 671-688.

igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y de la realidad social, cultural y económica donde pueda generarse o perpetuarse la desigualdad.

- Del principio anterior deriva el principio de *transversalidad (maestreming)*. En este sentido, el artículo 4 LOI establece que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.
- El principio *territorial* mediante el cual la Ley de igualdad implica a las políticas públicas en toda España (estatales, autonómicas y locales). La Ley se aprobó en base a la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y españolas en el ejercicio de los derechos constitucionales.
- El principio de aplicación de las *acciones positivas*. La Ley de igualdad establece el marco general para la adopción de estas acciones positivas. Este mandato se dirige a todos los poderes públicos con el fin de remover las situaciones de desigualdad de hecho (o fácticas) que no puedan ser corregidas a través de la aplicación del principio de igualdad jurídica o formal. Para los supuestos en que estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual a favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional (art. 11 LOI).
- El principio de distinción entre discriminación *directa e indirecta* (art. 6 LOI).
- El principio de *inversión de la carga de la prueba*. Como también establece el Derecho de la Unión Europea, la Ley española incluye el principio de la inversión de la carga de la prueba. Corresponde a quien estableció la medida presuntamente discriminatoria probar que dicha medida no es discriminatoria (art. 13 LOI). Este principio no es de aplicación a los procesos penales.
- La implantación de un *lenguaje no sexista* en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas (art. 14.11 LOI).
- La *colaboración* entre las distintas Administraciones públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas (art. 14.9 LOI).
- El *fomento de la efectividad del principio de igualdad* entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares (art. 14.10 LOI).

5.4. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo

El artículo 5 LOI, establece que se respetará la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo público y en el de la empresa privada en:

- el acceso al empleo;
- en la formación profesional y
- en la promoción profesional;
- en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido; y
- en la afiliación a organizaciones sindicales y empresariales.

Sin embargo, este mismo artículo 5 establece que 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, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

Desde la aprobación de la Ley, otras normas del ordenamiento jurídico español se han modificado para dar entrada a los principios y derechos contenidos en esta Ley Orgánica. Así, por ejemplo, la disposición final tercera, de la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del*

sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha incluido el permiso para atender diversos aspectos relativos a la procreación, a la adopción y al acogimiento, modificando al efecto la letra f) del apartado 3 del artículo 37 del *Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo* y la letra e) del artículo 48 del *Real Decreto-Ley 5/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto básico del empleado público*¹³³. La Ley dedica atención también a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, siendo este último ámbito uno de los más relevantes para incluir medidas de conciliación. El artículo 44 LOI establece que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras de manera que fomenten un equilibrio en las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (art. 44.1). En este mismo artículo se reconoce el derecho al permiso y prestación por maternidad (art. 44.2) y, para «contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares», se reconoce igualmente a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad¹³⁴.

5.5. Acoso sexual y acoso por razón de sexo

La Ley de Igualdad establece que, a los efectos de esta Ley, el *acoso sexual* y el *acoso por razón de sexo* serán siempre consideradas acciones discriminatorias. También se considerará un acto de discriminación por razón de sexo el establecimiento de una condición o requisito para el ejercicio de un derecho que, en sí misma, represente una situación de acoso sexual o de acoso por razón de sexo.

La Ley incluye su propia definición de *acoso sexual*, como «cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo» (art. 7 LOI). De otra parte, la Ley también define el *acoso por razón de sexo* como «cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo» (art. 7 LOI).

El acoso sexual está tipificado como delito en el artículo 184 del Código Penal el cual establece que el «que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses» (art. 184.1).

La pena por delito de acoso sexual puede agravarse en determinados casos establecidos en el Código Penal.

5.6. Acciones positivas

Como ya se ha señalado en epígrafes anteriores, junto al supuesto de las denominadas acciones protectoras que el Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucionales (salvo las sentencias que implicaban aspectos relativos a la maternidad), han aparecido otras acciones de naturaleza distinta que el Tribunal Constitucional ha venido considerando compatible con la Constitución y que han reconocido aspectos favorables a las mujeres que, sin embargo, se le negaban al sexo masculino, aunque este tratamiento diferenciado está desvinculado de consideraciones relativas a cualidades físicas o psíquicas de las personas afectadas y, en especial,

¹³³ La letra e) del artículo 48 dice: e) *Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.*

¹³⁴ Puede consultarse: *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.*

del género femenino.

El Tribunal Constitucional ha admitido estas diferencias de trato basándose en la prohibición de discriminación y entendiéndolo que, para aplicar esta cláusula real y efectivamente, en ocasiones era preciso reconocer cierto trato diferenciado ventajoso a la mujer. La acción específica en favor de un sexo que se encuentra en situación de desigualdad, frecuentemente, en una desigualdad histórica o estructural, se ha denominado *acción positiva* o *discriminación positiva*.

Las acciones positivas han tenido una amplia recepción en el Derecho de la Unión Europea y, consecuentemente, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El artículo 157 TFUE permite articular medidas basadas en acciones positivas; en igual sentido se pronuncia el 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE el cual, después de declarar que «La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución» (art. 23.1), establece que «El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

El artículo 11 de la Ley Orgánica de Igualdad (LOI) introduce la posibilidad de que los poderes públicos establezcan medidas específicas (*acciones positivas*) en favor de las mujeres para corregir desigualdades de hecho respecto de los hombres. Las medidas son aplicables mientras subsista la desigualdad, no son, por tanto, medidas permanentes y deben ser «razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso». Como se ha indicado, la Ley española señala específicamente a las mujeres y no «al sexo menos representado» como hace el artículo 157.4 TFUE y el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales. La diferencia es relevante, ya que, en el caso español, la habilitación legal para articular acciones positivas debe ser siempre en favor de la mujer, mientras que, en el Derecho de la Unión Europea, dichas acciones también pueden establecerse a favor de los hombres si son éstos el sexo menos representado en el ámbito de que se trate.

Como ha señalado María Luisa Balaguer, las acciones positivas en sentido estricto son las definidas anteriormente, pero también «serían acciones positivas muchas otras de las reguladas en esta Ley» [Ley 3/2007, LOI]. «Podría considerarse que la propia LOI, en cuanto regula específicamente la igualdad entre mujeres y hombres para corregir la desigualdad de género, es una acción positiva en su conjunto. Y luego, en el articulado de la LOI, pueden considerarse acciones positivas cada una de las medidas que se establecen para conseguir esa igualdad» (por ejemplo, art. 5, sobre desigualdad compensatoria en el acceso al empleo)¹³⁵.

Además de la regulación expresa contenida en la LOI con relación a las acciones positivas, otras normas del ordenamiento español incluyen igualmente este tipo de acciones; así, por ejemplo, la tipificación del delito de violencia de género en la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que fue objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad que fueron desestimados por el Tribunal Constitucional.

La acción positiva se justifica en razón de la pertenencia a un grupo que de manera estructural y sistemática es considerado inferior en la sociedad, lo cual irradia en todas sus actividades. Es precisamente esta proyección sobre el grupo lo que ha suscitado dudas sobre la constitucionalidad de la acción positiva ya que, según algunas opiniones, difícilmente puede ser constitucional la diferenciación por razón de sexo cuando es uno de los criterios expresamente excluidos del artículo 14 CE. Sin embargo, la obligación de los poderes públicos de remover la desigualdad, a veces estructural, justifica la utilización de las acciones positivas que han sido avaladas por el Tribunal Constitucional (SSTC 128/1987, -caso Guarderías- 109/1993, -caso Lactancia I- y 187/1993 -caso Lactancia II-) argumentando a favor de la consecución de fines constitucionales y aplicando el principio de *proporcionalidad*.

¹³⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: «Acciones positivas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en VENTURA FRANCH, A./GARCÍA CAMPÁ, S.: *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*», Aranzadi, 2018, Pág. 291.

5.7. Presencia equilibrada de mujeres y hombres en instituciones y órganos

Otro importante elemento de la Ley de igualdad lo constituyen las medidas para garantizar una representación equilibrada de mujeres y hombres en órganos e instituciones públicas y puestos de responsabilidad. En este sentido, establece la Ley en su artículo 52 que el Gobierno atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, considerados en su conjunto, cuya designación le corresponda. La presencia de hombres y mujeres será tal que ninguno de los dos sexos tenga más del 60% ni menos del 40% de representación (Disposición provisional primera). Esta representación se aplica también a órganos de selección y comisiones de valoración.

De otra parte, la Disposición Adicional segunda de la LOI ha incorporado un nuevo artículo 44 bis a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General estipulando que en las listas electorales debe haber una representación equilibrada de mujeres y hombres en la proporción antes citada. Dispone específicamente la Ley que 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.

5.8. Educación

a) *Igualdad y educación*

Es igualmente relevante señalar que la Ley de Igualdad presta especial atención al ámbito educativo incluyendo medidas de integración de la igualdad en los diferentes niveles educativos. Se establece la obligación de las autoridades educativas de prestar especial atención a que los *currícula* de mujeres y hombres, en todos los niveles, sean valorados en términos de igualdad, así como la promoción de la incorporación de la mujer a los diferentes niveles de dirección y supervisión educativa. La Ley de igualdad es también sensible al ámbito de la actividad artística y de creación y producción intelectual donde las mujeres han sido frecuentemente discriminadas. La Ley permite el establecimiento de acciones positivas en esta área.

La *Ley 2/2006, de 3 de mayo de Educación*, reformada por la reformada por la *Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre*, recoge mandatos expresos sobre igualdad. Así, en el artículo 1, b), c) y l). Este último reconoce el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género. En el artículo 2b), la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, es uno de los fines del sistema educativo español. También en el artículo 40, e), entre los objetivos de la formación profesional, se incluye «Fomentar la igualdad efectiva de oportunidades entre hombres y mujeres, así como de las personas con discapacidad, para acceder a una formación que permita todo tipo de opciones profesionales y el ejercicio de las mismas» y en el artículo 124.1 se *establece que los centros* elaborarán un plan de convivencia en el que se incluirán la realización de actuaciones para la resolución pacífica de conflictos con especial atención a las actuaciones de prevención de la

violencia de género, igualdad y no discriminación. Este precepto incluye también (apart. 5) la obligación de las Administraciones educativas de adoptar protocolos de actuación frente a indicios de acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género y cualquier otra manifestación de violencia.

b) La educación diferenciada por sexo

La *Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa*¹³⁶ reformó el artículo 84.3 de la *Ley Orgánica 3/2006, de Educación*, prohibiendo la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social y añadiendo que no constituía tal discriminación «la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960». Añadía este precepto que la elección de la educación diferenciada por sexos no podía implicar un trato menos favorable para las familias, alumnos y alumnas y centros ni una desventaja respecto de los conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto.

El Tribunal Constitucional en la STC 31/2018, de 10 de abril de 2018 resolvió un recurso de inconstitucionalidad sobre esta materia y, por mayoría, desestimó el recurso de inconstitucionalidad considerando que la educación diferenciada por sexos no puede ser considerada discriminatoria; que «se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos». El Tribunal afirmó también que, desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad de enseñanza, es conforme a la Constitución «cualquier modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y libertades que reconoce el art. 27.2 CE» y concluyó que la educación diferenciada podía cumplir con tales objetivos y validó el artículo 84.3 de la *Ley Orgánica*.

Con posterioridad, la *Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*, estableció que, «con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, y no separarán al alumnado por su género», estableciendo, por tanto, la coeducación en los centros que reciban fondos públicos (apart. 1, disposición adicional vigésima quinta). En el mismo sentido, el artículo 13.2 de la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, dispone que «en ningún caso, los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos, discriminándolos, a grupos o personas individuales por razón de alguna de las causas establecidas en esta ley, podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública»¹³⁷.

5.9. Igualdad en el Ejército y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

En relación con el acceso de la mujer en condiciones de igualdad al Ejército, la *Ley de Igualdad* establece que las «normas sobre personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas» (art. 65 LOI)¹³⁸. Con una redacción matizadamente distinta se regula la igualdad de la mujer en el acceso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad respecto de los cuales la *Ley* establece que «las

¹³⁶ Derogada por la *Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*.

¹³⁷ Contra determinados preceptos de la *Ley 15/2022* y, en concreto contra el art. 13.2, se interpuso recurso de inconstitucionalidad (n.º 6706-2022) por el Grupo Parlamentario Vox con fecha 16 de noviembre de 2022, pendiente de resolución al cierre de estas páginas.

¹³⁸ El *Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas*, no incluye ninguna previsión al respecto.

normas reguladoras de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado promoverán la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, impidiendo cualquier situación de discriminación profesional, especialmente, en el sistema de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas» (art. 67 LOI). La diferencia estriba en que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas «se procurará la efectividad» del principio de igualdad, mientras que en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «se promoverá la igualdad efectiva entre hombres y mujeres» de donde se desprende un cierto mayor margen de discrecionalidad en el ámbito de las Fuerzas Armadas respecto de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

La *Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, reconoce la igualdad de mujeres y hombres y la eliminación de cualquier discriminación por razón de sexo o género, como principios transversales en la regulación del ejercicio de los derechos y libertades en el ámbito militar (art. 4.1). Dispone la *Ley Orgánica* igualmente que las autoridades promoverán las medidas necesarias para garantizar la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres (art. 4.2)¹³⁹.

Por su parte, la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, solo menciona, en su artículo 6, el principio de igualdad de oportunidades, pero no hay mención expresa a la igualdad de mujeres y hombres. Por el contrario, en la *Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil*, encontramos, en su artículo 3¹⁴⁰, una redacción claramente similar a la del artículo 4 de la *Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*. Esta coincidencia se debe, sin duda, a la naturaleza militar del instituto de la Guardia Civil. En ambas leyes, el compromiso con la igualdad de mujeres y hombres es expreso.

Por último, la *Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional*, en su artículo 3.3, reconoce que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, como un principio informador, se respetará en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el acceso, la formación, la promoción profesional y las condiciones de trabajo de los Policías Nacionales, de conformidad con lo establecido en la *Ley Orgánica* para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁴¹.

5.10. Protección

El artículo 4 LOI establece que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Conforme a lo establecido en esta *Ley Orgánica*, cualquier persona puede recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución. Esta posibilidad puede utilizarse incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos. En los

¹³⁹ Artículo 4. Principio de igualdad. 1. En las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 2. Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva impidiendo cualquier situación de discriminación, especialmente en el acceso, la prestación del servicio, la formación y la carrera militar.

¹⁴⁰ Artículo 3. Igualdad. 1. En el régimen interno y funcionamiento de la Guardia Civil no podrá establecerse ni practicarse discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo u orientación sexual, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que en el ámbito de la Guardia Civil la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva, impidiendo cualquier situación de discriminación profesional, especialmente en la prestación del servicio, en el sistema de ingreso, formación, situaciones administrativas, ascenso y acceso de la mujer a todos los niveles de mando y organización del Instituto.

¹⁴¹ El artículo 3.3, dice: La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, como principio informador del ordenamiento jurídico, se observará en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el acceso, la formación, la promoción profesional y las condiciones de trabajo de los Policías Nacionales, de acuerdo con lo dispuesto en la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

casos de acoso sexual y acoso por razón de sexo la persona acosada será la única legitimada en los litigios que pudieran sustanciarse por estos motivos.

5.11. Modificación legislativa

La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombre no solo incorpora principios generales y medidas, sino que incluyó un importante número de modificaciones legislativas. La Ley Orgánica del Régimen Electoral General, La Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley del Ministerio Fiscal, la Ley sobre la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, la Ley General de Sanidad y las normas laborales entre otras fueron modificadas por la Ley de Igualdad que, a lo largo de todas sus Disposiciones Adicionales dio nueva redacción a numerosos preceptos generando un importante cambio en el ordenamiento jurídico español.

6. Jurisprudencia constitucional sobre la representación equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales

La STC 12/2008, de 29 de enero¹⁴², resolvió la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife y el recurso de inconstitucionalidad presentado por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados en relación con el artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, por posible vulneración del art. 23, en relación con los artículos. 6 y 14, de la Constitución. La discrepancia se refería a la inclusión de los criterios de paridad en las listas electorales respecto de la libertad de los partidos políticos para organizar sus candidaturas.

Dos años antes de la adopción por las Cortes Generales de la Ley Orgánica 3/2007, la Comunidad Autónoma Vasca aprobó la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, que fue también recurrida ante el Tribunal Constitucional por violación de la Constitución, entre otros motivos, por las previsiones de la Ley sobre representación equilibrada de mujeres y hombres en diferentes niveles de la administración y las candidaturas electorales.

El Tribunal Constitucional rechazó este recurso y consideró que las previsiones de la Ley Vasca eran acordes con la Constitución, estableciendo un precedente para lo que posteriormente resolvió en la Sentencia 12/2008 que resolvió el recurso interpuesto contra la Ley Orgánica 3/2007. Para resolver las impugnaciones realizadas contra la Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional, después de repasar los criterios internacionales (específicamente los derivados del Convenio de Roma), así como los del Derecho de la Unión Europea, concluyó que en todos ellos se pone de relieve que la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres constituye una piedra angular del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho de la Unión Europea.

En base a una argumentada exposición, el Tribunal Constitucional estimó que la reforma electoral cuestionada era plenamente constitucional.

7. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

El artículo 14 CE, reiteradamente citado, consagra el derecho a la igualdad y prohíbe la discriminación por razón específicamente de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancias personal o social. Supuestos que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, no constituyen un elenco cerrado.

A la legislación española y sobre igualdad, especialmente sobre igualdad de mujeres y

¹⁴² Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre anulación de candidaturas electorales pueden consultarse las SSTC 96 a 127/2007.

hombres, se une la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, que tiene por «objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución» (art. 1.1). Para ello la Ley 15/2022, incorpora «derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, establece principios de actuación de los poderes públicos y prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado» (art. 1.2).

En el Preámbulo de la Ley se avanza que el fin de la norma es legislar sobre un derecho antidiscriminatorio, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y desarrollando plenamente Directivas sobre igualdad que –dice el Preámbulo– no pudieron ser plenamente desarrolladas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación se define en la Ley como «la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2». Para la plena efectividad de este derecho se prohíbe toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad y se consideran vulneraciones de este derecho «la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes» (art. 4.1).

Se ha destacado acertadamente la gran novedad que representa la inclusión, en el artículo 4.1 citado, de la *discriminación por omisión*¹⁴³, al prohibir no solamente conductas activas discriminatorias (se prohíbe «no hacer») sino también «el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes». El precepto amplía el concepto legal de discriminación para considerar discriminatorio no solo la acción sino también la omisión o inacción en materia de acciones positivas, la dejación de funciones o el incumplimiento de obligaciones contra la discriminación¹⁴⁴. «La consecuencia directa es que discrimina tanto quien da un trato perjudicial o desfavorable a las mujeres, como quien está obligado a evitarlo, bajo distintas fórmulas (acciones positivas, elaboración y ejecución de planes de igualdad, aprobación de ciertos informes, etc.), y no lo hace. En consecuencia, la discriminación ya no solo consiste en una obligación de no hacer, sino también en una obligación de hacer, de manera que, si no se cumple, también se discrimina»¹⁴⁵.

La ley establece que este derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico, lo que determina que se integre y observe con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Además, la Ley incluye la obligación de que en las políticas antidiscriminatorias se tome en consideración la perspectiva de género.

La Ley se aplica a toda persona, a la que se reconoce el derecho a la no discriminación con independencia de su «nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal» (art. 2.1). En este mismo precepto, la Ley amplía las causas de no discriminación contenidas en el artículo 14 CE, establecimiento que nadie podrá ser discriminado por razón de «nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, *convicción* u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y

¹⁴³ GARCÍA CAMPÁ, S.: «La discriminación por omisión de acciones positivas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso- Administrativo, 134/2021, de 24 de febrero». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 459, 255-262; GARCÍA CAMPÁ, S. y VENTURA FRANCH, A: «¿Se puede discriminar sin hacer nada?», puede consultarse en: <https://www.valedordopobo.gal/es/sobre-feminismo/se-puede-discriminar-sin-hacer-nada-la-discriminacion-de-las-mujeres-por-omision/>, 2022.

¹⁴⁴ GARCÍA CAMPÁ, S. y VENTURA FRANCH, A: «¿Se puede discriminar sin hacer nada?», ob. cit.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La prohibición de discriminación por razones de enfermedad vuelve a reiterarse en el art. 2.3, especificándose que caben las diferencias de trato por este motivo distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública.

Algunas de estas causas de no discriminación habían sido ya reconocidas por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (por ejemplo, la discapacidad, la orientación sexual o la salud).

El incumplimiento de las obligaciones previstas en la ley da lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización.

La Ley establece también la nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en la Ley.

Respecto de la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación regulado en esta Ley, además, de la legitimación individual de las personas afectadas, están también legitimados «los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos estarán legitimadas, en los términos establecidos por las leyes procesales, para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa».

Como ya sucede en otras leyes, se incorpora a la Ley 15/2022 el principio de inversión de la carga de la prueba, conforme al cual, «cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (art. 30).

CAPÍTULO XVIII

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN Y EL EMPLEO PÚBLICOS

María José Ciáurriz Labiano
Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado
UNED

Sumario 1. Introducción. 2. La libertad religiosa y los derechos que conlleva. 3. Los derechos y deberes religiosos de los funcionarios y empleados públicos. 3.1. El planteamiento constitucional. 3.2. El Estatuto Básico del Empleado Público y el Estatuto de los Trabajadores. 3.3. Las Declaraciones de derechos fundamentales y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. 4. El deber de los funcionarios públicos de atención a los derechos fundamentales. 4.1. El Registro de Entidades Religiosas. 4.2. Los deberes de los funcionarios a partir de los Acuerdos Estado-Confesiones Religiosas. 5. Algunas expresiones normativas de los derechos y deberes de los funcionarios públicos. 5.1. Visión de conjunto. 5.2. La libre adscripción a una confesión religiosa. 5.3. La manifestación de las creencias. 5.4. Los actos públicos de carácter religioso. 5.4.1. La norma general. 5.4.2. El caso singular de las Fuerzas Armadas. 5.5. La simbología religiosa. 6. Las Objeciones de conciencia. 6.1. La importancia del tema. 6.2. La objeción de conciencia al servicio militar. 6.3. Los temas relacionados con la bioética. 6.4. Los matrimonios homosexuales. 6.5. El juramento y la promesa. 7. Actos culturales y ritos religiosos. 7.1. Cultos y Ritos. 7.2. Los ritos matrimoniales. 7.3. La sepultura religiosa. 8. La enseñanza y la asistencia religiosa. 8.1. La enseñanza. 8.2. La seguridad social. 8.3. La asistencia religiosa. 8.4. Festividades. 9. Una referencia a las Comunidades Autónomas

1. Introducción

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EB), indica en su art. 1 que su función es “establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación”. Tal ámbito abarca, a tenor del art. 2, “la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, las Universidades Públicas”. A todos los funcionarios incluidos en este ámbito les obliga, según el art. 53.1, el deber de respetar, en el ejercicio de sus funciones, “la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico”. Y, en fin, la conducta de los funcionarios -art. 53.4- “se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Simultáneamente, la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, que reforma la precedente Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995, establece en su art. 4.2 el derecho de éstos de no ser discriminados para el empleo, directa o indirectamente, por una serie de razones, entre ellas la religión. El art. 17.1 de la misma norma insiste en que se entenderán nulos los preceptos reglamentarios y las demás normas que den lugar a discriminaciones por razón también de religión o convicciones. Ninguna referencia hace el art. 37, al regular

el descanso semanal, las fiestas y los permisos, a la adscripción de los trabajadores a entidades religiosas que consideren festivos días distintos de los aquí señalados con carácter general. Lo que muestra la total correspondencia entre una y otra normas, coincidentes ambas fundamentalmente en el deber del empleado público de no discriminar a nadie por motivos religiosos, amén de que el propio empleado no puede ser discriminado a su vez por igual causa.

Incluida la libertad religiosa en la Sección 1ª del Capítulo segundo de la vigente Constitución española (CE), cuyo título es precisamente “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, se hace de inmediato patente la relación entre la garantía de aquella libertad que de modo expreso establece el art. 16.1 constitucional -“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”- y el citado art. 53.4 del EB. El respeto que este artículo impone al funcionariado en favor de la libertad religiosa es sin duda una manifestación de la garantía que la CE le ofrece a ésta por parte del Estado y, en consecuencia, por parte de los Funcionarios públicos.

Éste es el primer paso para abordar el tema de los derechos y deberes de los funcionarios y empleados públicos en relación con el factor religioso presente en la sociedad. No estamos ahora ante una obligación nacida de la opción estatal por una religión determinada, como ha sucedido durante siglos; la opción es por la libertad religiosa, derecho fundamental de la persona humana que el Estado no crea sino que garantiza y protege, habida cuenta de lo establecido en el art. 10.2 CE, según el cual “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos [DUDH] y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

2. La libertad religiosa y los derechos que conlleva

Si, en virtud de este criterio, recurrimos -para comenzar el análisis de nuestro tema- a dejar apuntados los derechos que la libertad religiosa lleva consigo, bastará señalar que, en el art. 18 de la DUDH, aquella libertad queda mencionada en el conjunto de las libertades “de pensamiento, de conciencia y de religión”, incluyéndose en ella expresamente:

- a) la libertad de cambiar de religión o de creencia
- b) la libertad de manifestar la propia religión o la propia creencia, derecho que se puede
- c) ejercer en público o en privado, individual o colectivamente y mediante la enseñanza la práctica el culto y la observancia.

Este texto se puede considerar que es hoy por hoy el que preside todo el constitucionalismo actual -al menos en los países libres y democráticos-, siendo mínimas las modificaciones que su redacción experimenta en el resto de las Declaraciones, Tratados y Convenios que le han seguido. Vale a estos efectos señalar la pequeña innovación que al respecto introduce el Tratado de Roma de 4.XI.1950 -“Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”-, cuyo art. 9 reproduce el 18 de la Declaración con esta variante: “... por medio del

- culto
- la enseñanza
- las prácticas

- y la observancia de los ritos”.

Se trata de un matiz mínimo, sin duda; si en el texto del art. 18 DUDH no es fácil saber en que se distingue la práctica de una religión de la observancia de una religión, el art. 9 del Tratado de Roma incluye bajo el amplio concepto de prácticas, en plural, todo cuanto supone el acomodar la vida al tipo de conductas que en múltiples terrenos vienen requeridas por la coherencia con la propia fe -objeciones de conciencia, orientación del voto, aceptación de principios éticos y morales relacionados con la vida en general y la bioética en particular...-, y dedica expresamente una mención específica a la observancia de los ritos; son varias las confesiones religiosas que al dar sumo relieve a prácticas religiosas no estrictamente culturales, sino más bien rituales, ven así protegidas costumbres tales como el ayuno, el sepelio, determinadas obligaciones relativas a las festividades -tales como la abstención de diversos tipos de trabajo-, los modelos alimenticios, etc.

3. Los derechos y deberes religiosos de los funcionarios y empleados públicos

3.1. El planteamiento constitucional

De este modo, a partir de la clasificación de los derechos y deberes religiosos, cabe elaborar un índice de temas en los cuáles los funcionarios públicos tienen el derecho o el deber de actuar de un modo determinado a efectos de que la garantía constitucional de la libertad religiosa, que les protege a ellos como a todos los demás españoles, resulte verdaderamente efectiva. Sin duda, en sus propias leyes, reglamentos y estatutos, cada cuerpo funcional concreto tendrá regulada su actividad en relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos; pero, de modo previo a esas normas específicas, existen unas normas de rango superior que presiden el ordenamiento jurídico en este campo, a las que las normas específicas de cada cuerpo han de atenerse, y que son las que se intentará sistematizar aquí -la CE, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), los Acuerdos entre el Estado y las Confesiones religiosas, los Estatutos autonómicos-, haciéndolo desde el punto de partida, ya señalado, del deber impuesto por el vigente EB.

El art. 16 CE, una vez que en su apartado 1º ha garantizado, como hemos visto, la libertad religiosa de los individuos y las comunidades -la libertad religiosa individual y colectiva a que se refiere la DUDH-, le fija en su apartado 3º un deber específico a los poderes públicos: “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española”. Es muy interesante que la CE haya optado por referirse aquí a los poderes públicos y no al Estado; éste podría entenderse como un organismo central y supremo, mientras que la expresión poderes públicos abarca a todo el funcionariado público y a todos los niveles, superiores o dependientes, centrales o descentralizados, del mismo. La obligación impuesta así a los poderes públicos por el art. 16.3 CE se bifurca en dos sentidos: ha de tener en cuenta “las creencias religiosas de la sociedad española”, y además -como añade el mismo artículo- “mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

La primera obligación puede aparecer vaga, inconcreta, siendo difícil de precisar cómo y en qué medida puede cumplirse ese precepto; la segunda como veremos es mucho más determinada, e implica la serie de deberes específicos que los poderes públicos tienen que cumplir -el artículo no dice podrán mantener, sino “mantendrán”- para cooperar con las confesiones en orden a la garantía de la libertad religiosa.

3.2. El Estatuto Básico del Empleado público y el Estatuto de los Trabajadores

Aunque hemos indicado que aquella primera obligación contenida en el art. 16.3 CE - tampoco se dice allí que los poderes públicos podrán tener en cuenta, sino que “tendrán”- es inconcreta, el EB ofrece algunas claves para su recta comprensión. En primer lugar, su art. 53.1 establece que “los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico”, a fortiori pues la LOLR y los Acuerdos con las Confesiones. Y se añade en el apartado 2 del mismo artículo que “Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos”. Siendo obvio que el derecho fundamental de libertad religiosa constituye un interés general de los ciudadanos -no puede ser de otro modo, tenido en cuenta el art. 16 CE-, su satisfacción solamente se obtiene si el derecho a conformar sus vidas a sus creencias, y a exigir de los poderes públicos que las tomen en consideración, es tratado por el ordenamiento como un interés público de naturaleza común.

Y si junto al aspecto positivo recurrimos también al negativo, el art. 53.4 del EB entiende que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas ha de evitar en la actuación de los funcionarios toda discriminación por razón de religión, al par que ellos mismos tampoco pueden ser discriminados por esa misma causa. Lo que supone que en el cumplimiento de sus deberes profesionales, los funcionarios se atenderán a lo establecido en la legislación eclesiástica estatal, sin favorecer o desfavorecer a unos ciudadanos frente a otros en base a las creencias religiosas que cada uno profese.

Datos todos de carácter normativo que se ven apoyados en la ya citada Ley 38/2007 que modifica la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la cual en su art. 4.2 señala que “los trabajadores tienen derecho” a no ser discriminados, entre otros motivos, por su religión”. Precepto que se reitera en el art. 17, sobre la no discriminación en las relaciones laborales, en que igualmente se menciona a la religión entre las situaciones que no pueden lugar a aquella desigualdad.

Normativa de carácter administrativo y laboral que conecta con el precepto del art. 1.2 LOLR, según el cual “Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier tipo de trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas”.

3.3. Las Declaraciones de derechos fundamentales y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa

Queda así especificado el sentido de la expresión tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad, precepto que se apoya en los principios de libertad religiosa (art. 16 CE) con los derechos que conlleva (art. 18 de la Declaración y, como veremos, art. 2 de la LOLR), de igualdad (art. 14 CE) y de no discriminación (art. 14 CE). Y se hace preciso desarrollar la idea de cooperación incluida en el art. 16.3 CE, que encuentra su encaje normativo en la citada LOLR y su especificación y desarrollo en los Acuerdos entre el Estado y las Confesiones.

Y son estos textos, junto con el contenido del art. 18 de la Declaración y del art. 9 del Tratado, los que nos darán la pauta de los diversos tipos de cooperación posibles, de modo que tenga sentido el apartado 3º del art. 16 constitucional.

Los poderes públicos, a efectos de prestar su cooperación a las Confesiones, habrán de tener en cuenta cuáles son los derechos comprendidos en el derecho fundamental de libertad religiosa. El art. 2 de la LOLR los especifica, tanto en relación con las Confesiones mismas como con sus miembros, es decir, tanto derechos colectivos como

individuales, a tenor de lo establecido en el art. 16.1 CE. Se puede discutir si la enumeración de derechos del art. 2 LOLR es exhaustiva o ejemplificativa; en todo caso, es extensa y detallada, y marca una pauta y da un sentido al deber de cooperación, que se traduce en todo caso, sin agotar el campo, en deber de garantizar las prestaciones estatales que viene requeridas a los efectos de la efectividad de los derechos especificados.

El citado art. 2, en su apartado 1, señala tanto el deber de los poderes públicos de garantizar el disfrute de los derechos reconocidos, como el de no coaccionar a nadie a cumplir deberes que no le corresponden o a no cumplir derechos que le corresponden; en el mismo sentido hemos visto que el EB contemplaba también y al mismo tiempo el deber del funcionariado de respetar las libertades públicas y de no discriminar contra las mismas. Y, simultáneamente, queda incluido el derecho de los funcionarios y empleados públicos a una doble vía de protección de su propia libertad religiosa: el derecho a acomodar su conducta personal, en tanto que ciudadanos particulares, a sus convicciones religiosas, y el de actuar en el ejercicio de sus funciones en conformidad con aquéllas; un ejemplo de lo primero puede ser su propio derecho a celebrar días festivos determinados, y uno de lo segundo a objetar en conciencia al cumplimiento de una ley que le corresponda aplicar.

Los derechos individuales mencionados en el art. 2.1 LOLR son:

- a) profesar las creencias religiosas libremente elegidas, no profesar ninguna, y cambiar de religión
- b) manifestar las propias creencias o su ausencia, y estar libre de tener que declarar sobre ellas
- c) practicar los correspondientes actos de culto y no ser obligado a practicar otros
- d) distintos
- e) recibir asistencia religiosa de la confesión propia y no ser obligado a recibir otra
- f) diferente
- g) conmemorar las festividades propias de la confesión correspondiente
- h) celebrar los ritos matrimoniales de la misma
- i) recibir sepultura conforme a la propia confesión
- j) recibir e impartir enseñanza religiosa
- k) recibir e impartir información religiosa
- l) elegir para sí la educación religiosa y moral conforme a las propias convicciones
- m) elegir esa misma educación para los menores dependientes
- n) reunirse y manifestarse públicamente con fines religiosos
- o) asociarse con fines religiosos

Los derechos colectivos o propios de las Confesiones son a su vez:

- p) establecer lugares de culto con fines religiosos
- q) ñ) establecer lugares de reunión con fines religiosos
- r) designar y formar a sus ministros
- s) divulgar el propio credo
- t) Mantener relaciones con sus propias organizaciones
- u) mantener relaciones con otras confesiones

Si sistematizamos todos estos derechos, poniéndolos en relación con el catálogo sintetizado de los mismos que se contienen en la DUDH y el Tratado de Roma, es fácil

ver que todos ellos constituyen formas de elegir, manifestar y ejercer las propias creencias. En efecto,

- el derecho a elegir la propia religión está atendido en los derechos que figuran en la precedente letra a)
- el derecho a manifestar la propia religión está atendido en las letras b) y l) en cuanto al hecho mismo de la manifestación, y en cuanto a las modalidades de la misma la enseñanza y divulgación de la religión está atendida en las letras h), i), j), k), ñ), o) y p)
- el culto está atendido en las letras c), n) y o)
- la observancia de los ritos está atendida en las letras e), f) y g)
- las prácticas con contenido religioso, si bien pueden ser un concepto amplio referible a todos los restantes derechos, merecen una atención específica en las letras d), m), q) y r).

Sin duda que existen interrelaciones que permiten atribuir a cada apartado varios derechos, y para sistematizarlos se ha elegido para cada uno su formulación más específica. Ya que el objetivo buscado es simplemente dar una idea de cómo existe una lógica entre el deber genérico de cooperación fijado en el art. 16.3 CE, la proyección amplia de ese deber sobre los derechos concretos marcados en la Declaración y en el Tratado, y la exposición desarrollada de éstos en la LOLR.

4. El deber de los funcionarios públicos de atención a los derechos fundamentales

En nuestro ordenamiento jurídico, una serie de normas, contenidas en la LOLR y en los Acuerdos con las Confesiones, concretan el deber de los funcionarios públicos en la atención a cada uno de los derechos que acaban de señalarse. Puede establecerse una gradación entre las materias tocadas en tales normas: en primer lugar, prescripciones sobre la constitución y funcionamiento de las propias Confesiones en cuanto que personas jurídicas que actúan en el ámbito público; en segundo, ejercicio por los ciudadanos de sus derechos privadamente o en relación con las Confesiones; en tercer lugar, normas de protección y tutela de todos estos derechos.

4.1. El Registro de Entidades religiosas

Comenzando por lo señalado en primer lugar, la propia LOLR establece en su art. 5 un Registro Público de Entidades Religiosas, radicado en el Ministerio de Justicia, en el que podrán inscribirse las que reúnan determinados requisitos. Toca a los funcionarios encargados del Registro el deber de inscribir a las Entidades que lo soliciten y llenen todas las condiciones requeridas al efecto. Es un deber y no un derecho del funcionario, pero por supuesto que le toca a éste el derecho a aceptar o no las inscripciones, y de su recto cumplimiento depende el que nadie esté siendo discriminado por razón de su religión, que es un precepto básico que se impone a los funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de su función.

Es un hecho obvio que de tal precepto se sigue el deber de tales funcionarios de realizar la inscripción cuando proceda. Ha sido objeto de discusiones científicas, y de decisiones administrativas y judiciales, cuál sea la extensión de la potestad y derecho de los funcionarios encargados del Registro para juzgar del cumplimiento de los requisitos y por tanto de la procedencia del otorgamiento o la denegación de la inscripción solicitada. A tal efecto ha de distinguirse entre requisitos meramente formales y requisitos de fondo, quedando éstos últimos en realidad reducidos a uno solo.

Calificaremos de formales los que pueden exigirse tanto a una entidad religiosa como a cualquier otro tipo de asociación a efectos de su reconocimiento civil e inscripción en el Registro oficial que pueda corresponderle: son, por lo que hace a las Entidades religiosas, a tenor del art. 5.2 LOLR, la solicitud de inscripción, y la documentación fehaciente en que consten su fundación o establecimiento en España, su denominación y demás datos de identificación, su régimen de funcionamiento y sus órganos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación; como requisito de fondo se señala por la LOLR solamente uno, que es precisamente el que identifica a una entidad religiosa y la distingue de cualquier otro tipo de asociación o entidad: sus fines religiosos.

La capacidad y autoridad del funcionario encargado del Registro para determinar si se cumplen o no los requisitos formales no ofrece duda; por supuesto cabe la denegación de la inscripción en virtud de la ausencia de alguno de tales requisitos, lo cual es una decisión que denominaríamos automática y difícilmente recusable; y cabe, si se ha presentado toda la documentación requerida, la denegación de la inscripción por parte del funcionario, o bien por no quedar patentes la fundación o establecimiento en España, o por ser confusa la denominación o serlo los datos de identificación, o por considerarse que el régimen de funcionamiento o de designación o atribución de funciones de los correspondientes órganos representativos de la Entidad -según conste en los estatutos presentados- resulta incompatible con el Derecho español. En este supuesto, la decisión del funcionario es lógicamente recusable por las vías normales de control de la actuación de los poderes públicos, pero seguimos estando ante supuestos que pueden darse en relación con cualquier otro tipo de entidades y registros.

Distinto es el caso de la aceptación o no como religiosos, por parte del funcionario, de los fines que cada Entidad afirme poseer. Los funcionarios del Ministerio de Justicia - hasta las recientes reformas de éste, ha operado esta tarea la Subdirección General del Registro de Entidades religiosas- han entrado en diversas ocasiones a calificar aquellos fines, y esa posibilidad le ha sido en unos casos reconocida y en otros denegada por los tribunales, mediante una jurisprudencia cambiante; singularmente una sentencia -la 46/2001, de 15 de febrero- del Tribunal Constitucional vino a resolver en contra de la amplitud de facultades que el Ministerio se solía atribuir desde la propia entrada en vigor de la Constitución para entrar en la calificación -religiosos o no religiosos- de los fines alegados. El tema es ampliamente discutible y no es objeto de estas páginas ni resolverlo ni opinar al respecto. Basta señalar la competencia del funcionariado público en este campo, que ciertamente existe y sin duda ha de ejercerse con sumisión al ordenamiento jurídico y a las sentencias judiciales.

No se agota en el Registro la vía de reconocimiento de existencia y personalidad jurídica de las Confesiones religiosas, ya que una de ellas no necesita tal inscripción para el reconocimiento jurídico de su existencia en España: la Iglesia católica, en cuanto que expresamente mencionada en la CE -art. 16.3- como Confesión religiosa con la que los poderes públicos han de cooperar, no precisa de un segundo reconocimiento, como sería si se le exigiera inscribirse en el Registro. Se han de inscribir en éste sus entidades menores, que resultan poseer una existencia limitada en el tiempo aunque pueda ser muy duradera -diócesis, seminarios, comunidades religiosas, entidades culturales, docentes o benéficas...- y de cuya existencia han de tener constancia por esta vía los poderes públicos. Ahora bien, tanto para la Iglesia católica como para las restantes Confesiones cabe concretar los derechos que les tocan a ellas y a sus miembros, y en consecuencia los deberes de los poderes públicos de atenderlos, por diversas vías: una es la legislación ordinaria, y otra es la singular de los Acuerdos a pactar entre el Estado y aquellas entidades.

4.2. Los deberes de los funcionarios a partir de los Acuerdos Estado-Confesiones religiosas

Por lo que hace a la legislación ordinaria o común, en cuanto que afecta a todas las entidades religiosas, los miembros de éstas, y ellas mismas, tienen los derechos expresados en el art. 2.1 LOLR. Pero dado que esos mismos derechos están desarrollados, especificados y detallados en los Acuerdos Estado-Confesiones, y potenciada así su eficacia, será a través de éstos como se multipliquen los deberes de los funcionarios públicos, precisamente hacia los miembros de aquellas Confesiones las cuáles, siendo partes de los Acuerdos, poseen una singular posición jurídica que de modo más específico afecta a los poderes públicos. Y, en todo caso, al referirnos a los derechos y deberes que los Acuerdos generan, veremos aparecer la garantía de los derechos de todos los ciudadanos, con independencia de la confesión a la que en su caso pertenezcan.

Los Acuerdos existentes en España proceden de dos vías jurídicas diferentes, pero al margen de ello los derechos que regulan y los deberes que de ellos se siguen pueden ser sistematizados a la vista de los cuadros que anteriormente hemos dejado establecidos. Las dos vías referidas son, de un lado, la que se refiere a la Iglesia católica, y de otro la abierta en el art. 7 LOLR.

La primera procede de la personalidad internacional que poseen tanto la Iglesia católica como la Santa Sede -su organismo central de gobierno-. El reconocimiento universal de tal personalidad, el derecho de legación activa y pasiva -casi el cien por cien de los Estados mantienen con la Santa Sede relaciones diplomáticas- y el dato de que los concordatos -que regulan muy frecuentemente y desde hace siglos las relaciones entre la Iglesia y muchos países- gozan de una general reconocimiento como tratados internacionales, dota a los vigentes Acuerdos España-Santa Sede de una naturaleza diferente de la que poseen los Acuerdos con otras Confesiones religiosas. En la historia española, y prescindiendo de otros acuerdos de menor transcendencia, se han sucedido desde el siglo XVIII el Concordato de 1753, el de 1851, el de 1953, y los vigentes Acuerdo de 1976 y Acuerdos de 1979; todos ellos poseen la naturaleza y consideración de tratados internacionales, y las normas contenidas en los que se encuentran en vigor obligan tanto a la Iglesia como al Estado, y por tanto a sus órganos de gobierno; no pueden ser incumplidas sin una violación del orden jurídico; y su interpretación y vigencia está sometida a las reglas del Derecho Internacional.

Los Acuerdos con otras Confesiones han nacido en aplicación del art. 7 LOLR, que prevé el establecimiento de Acuerdos entre el Estado y aquéllas: “El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España”. Se trata -vemos que expresamente lo señala este artículo- de una concreción del deber de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española; es por tanto una de las formas de cumplir este deber. Una de las primeras consecuencias que de ello se desprende es que para la firma de Acuerdos deberán tenerse en cuenta las características y situación en España de las distintas Confesiones, porque otra cosa sería proceder al margen de las creencias de los españoles. Y, consciente de ello, la LOLR ha previsto -en el propio texto del art. 7, como acaba de quedar indicado- unos requisitos que garanticen que la firma de acuerdos se hace en consideración a “las creencias religiosas existentes en la sociedad española”: que las Entidades con las que vaya a

llegarse a un acuerdo estén “inscritas en el Registro”, y “que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España”.

El concepto de notorio arraigo resulta sumamente equívoco, sobre todo a partir de dos datos: a) que el arraigo ha sido reconocido por el Estado a determinadas Entidades por motivaciones diferentes de las que acaban de señalarse, a saber, por razones históricas o políticas, no relacionadas de modo directo ni con el ámbito ni con el número de creyentes; y b) que existen casos en que el Estado ha abandonado esa prerrogativa de reconocerle a una entidad religiosa notorio arraigo, dejando la decisión al respecto en manos de Federaciones religiosas que, al aceptar por sí mismas a algunas entidades en su seno, por ello mismo les otorgaban el notorio arraigo que ellas mismas tenían reconocido.

Puede igualmente someterse a análisis cuál sea la naturaleza jurídica de los Acuerdos previstos en el art. 7 LOLR; no son ciertamente tratados internacionales, y podrían incluso denominarse como leyes paccionadas o asimilarse a los convenios colectivos; es el Estado quien accede a firmarlos con entidades que realmente no pueden situarse frente a él en un plano de igualdad; su supervivencia depende de la voluntad del Estado mismo y en todo caso de ambas partes, pero al margen de las normas del Derecho internacional; son, en efecto, reflejo: a) del deber de atender a la situación religiosa de la sociedad, lo que el Estado con acierto ha decidido hacer a partir de un contacto directo con las principales Confesiones; b) de un conocimiento de sus necesidades y del modo en que ellas mismas precisan que sean éstas satisfechas para mejor garantizar su derecho de libertad religiosa; c) y de una respuesta positiva por ambas partes para emitir el Estado y aceptar las Confesiones una determinada legislación específica. La firma del Estado -con los oportunos requisitos que el ordenamiento imponga al efecto, singularmente la aprobación por ley de las Cortes Generales (art. 7.1 LOLR)- al pie del Acuerdo le da a éste carácter legal; la firma de las Entidades religiosas supone de facto una aceptación de la norma pactada.

Se trata de puntos conflictivos y muy estudiados por la doctrina, que no es contexto en su solución. Pero, en todo caso, aquí basta apuntar lo dicho, al margen de lo cual, y vigentes los Acuerdos, el funcionamiento ha de limitarse a su correcta aplicación en aquellos casos en que su articulado lo establezca.

5. Algunas expresiones normativas de los derechos y deberes de los funcionarios públicos

5.1. Visión de conjunto

Podemos ahora pasar a detallar de modo específico las obligaciones que de la CE, la LOLR y los diferentes Acuerdos y otras normas, se derivan para los funcionarios públicos, a los que toque ejecutar esta normativa. En relación con los cuadros o la sistematización temática arriba apuntada, nos referiremos sucesivamente a las normas relativas a la libre elección de religión, el derecho de manifestar la propia religión, el culto, los ritos, las prácticas y la enseñanza.

Por cuanto se refiere a los Acuerdos, son cinco los firmados con la Iglesia católica -uno en 1976 y cuatro en 1979-, mientras que los firmados con las Confesiones minoritarias son tres -de 1992-, uno con la FEREDE (Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España), otro con la CIE (Comisión Islámica de España), y otro con la FCIE (Federación de Comunidades Israelitas de España). Ya la opción de haberlos firmado no con Confesiones sino con Federaciones confesionales (una federación de confesiones de diferentes credos, unidos en la común denominación de “evangélicos”:

la FEREDE; dos federaciones de comunidades que profesan respectivamente un mismo credo: la CIE y la FCIE) resulta tan práctica como discutible, y se ha sostenido la opinión de que con ello se interpreta con excesiva elasticidad la LOLR: “La razón de que se haya procedido de este modo parece responder a la necesidad de encontrar un interlocutor válido. Las confesiones religiosas no católicas presentes en España son muchas, cada una con una distinta jerarquía. En tales condiciones hubiese sido necesario celebrar muchísimos acuerdos, pues cada suprema autoridad religiosa sólo puede comprometerse en relación con su propia organización y afiliados. Por ello, desde la Comisión Asesora de Libertad Religiosa se fomentó que se agrupasen en federaciones, de tal modo que el poder político pactase con la federación y no directamente con cada una de las confesiones. Para ello se las instó a agruparse por familias: protestante, judía e islámica”¹⁴⁶.

Sin embargo, es esa una discusión doctrinal interesante pero ajena a lo que aquí tratamos: los tres Acuerdos están en vigor, forman parte del ordenamiento jurídico del Estado, constituyen en sí mismos normas de desarrollo y aplicación de una Ley Orgánica, y contienen una serie de deberes que el ordenamiento impone a los funcionarios públicos en orden a la efectividad real de lo legislado. A partir de aquí, pues, y tomada en cuenta esta multiforme legislación, se irán detallando los diversos supuestos de derechos y deberes de los funcionarios, relacionados con el ejercicio de la libertad religiosa por parte de ellos mismos, del resto de los ciudadanos y de las entidades confesionales.

5.2. La libre adscripción a una confesión religiosa

El primer sector de derechos individuales -la adscripción individual, voluntaria y libre, a una asociación religiosa- resulta, de cara a los funcionarios, un deber -no discriminar a nadie por motivos de religión-, y un derecho personal de adherirse a la religión que prefieran. Y tanto no pueden ellos discriminar a nadie por este motivo, como no pueden a su vez ser discriminados en el desempeño de sus tareas y en el desarrollo de su curriculum profesional por causa de la fe que puedan profesar. Es un deber impuesto por el ya citado Estatuto Básico del Empleado Público y la Ley sobre el Estatuto de los Trabajadores, que con ello no hacen sino reflejar el mandato contenido en el art. 14 CE que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y la no discriminación por razón -entre otras- de religión. Y está relacionado con ello el deber de no obligar a nadie a declarar la propia religión, tal como señala el art. 16.2 CE: “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”; se trata igualmente de un derecho y un deber del funcionario, al que ahora nos referiremos más específicamente entrando desde aquí en las manifestaciones de las convicciones religiosas personales.

Las convicciones religiosas constituyen una opción personal del individuo. Se puede discutir si la libertad religiosa es parte de la libertad de pensamiento o distinta de ella, o está o no comprendida en la libertad ideológica. En todo caso, y como ya hemos señalado, la DUDH se refiere a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y la CE a la libertad ideológica, religiosa y de culto. La discusión doctrinal al respecto existe, e incluso es tema complicado con hondas implicaciones políticas, pero ahora basta señalar que el ciudadano español puede optar libremente -le asiste para ello un derecho constitucional- por la religión que prefiera, y cambiar de opción religiosa o no realizar opción por ningún credo, lo cual entraña el deber del funcionariado de: a) respetar esa libertad; b) no llevar a cabo ningún acto discriminatorio hacia nadie en

¹⁴⁶ J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico Español*, Cizur Menor 2005, p. 93.

relación con la opción por cada uno elegida, c) no obligar a nadie a hacer una declaración sobre sus creencias religiosas; d) prestar a cada ciudadano los servicios estatales a que tenga derecho -como se verá seguidamente- en virtud de su opción religiosa. Y, en correlación, posee el funcionario su propio derecho a ese mismo trato como ciudadano y como oficial de los organismos públicos.

En el ámbito de los Acuerdos, la hipótesis a) lleva consigo varias consecuencias, que se señalarán en los apartados siguientes, ya que respetar la libertad lleva consigo no solamente una actitud teórica por parte del funcionariado estatal, sino una práctica radicada en ofrecer al ciudadano todas las garantías y servicios consiguientes. La hipótesis b) supone el juego del viejo precepto romano “*ius suum cuique tribuere*”, sobre la base de que la pertenencia a una entidad religiosa no priva al ciudadano de ningún derecho común y le otorga algunos otros específicos, procedentes de su propia condición de creyente miembro de una asociación o entidad concreta (por poner un ejemplo, el derecho a la sepultura religiosa, si ello está pactado por y con el Estado). La hipótesis c) puede entrar en juego en múltiples casos, a algunos de los cuáles nos referiremos ahora. La hipótesis d) radica justamente en cuanto seguidamente ha de exponerse: las prestaciones asistenciales, culturales, culturales o docentes, etc., a que el ciudadano tenga derecho y que no puedan resultar efectivas sin el concurso de los poderes públicos (por poner un ejemplo, la prestación de asistencia religiosa a personas recluidas en prisión).

5.3. La manifestación de las creencias

En correspondencia con la libertad de elección de una confesión, y dado el carácter público de éstas, la segunda fuente de derechos de los creyentes y de derechos y deberes de los funcionarios es la relacionada con la manifestación de las propias creencias religiosas. Se trata de un capítulo notoriamente amplio, dentro del cual, y resumiendo, cabe hacer referencia al derecho de manifestarse creyente de tal credo estando libre a la vez de verse obligado a hacerlo; al derecho de reunirse y manifestarse públicamente con fines religiosos; a la objeción de conciencia, a través de la cual se actúan las exigencias éticas de las propias creencias en relación con la observancia de la ley en determinados casos singulares; a la participación en actos públicos u oficiales de culto; a la utilización pública de símbolos religiosos; a la prestación de juramentos. En estos casos el funcionario, a) bien se ve obligado a respetar la libertad religiosa de los ciudadanos particulares que desean manifestar o no sus creencias, participar en el culto público, utilizar símbolos religiosos, objetar en conciencia frente a tratamientos médicos o a medidas militares o fiscales... -todo ello dentro del margen que la ley establezca para la salvaguarda del orden público a la que hace referencia el art. 16.1 CE-, b) bien es él mismo el titular de un derecho de libertad religiosa en el ejercicio de su cargo, como puede ser la objeción de conciencia a ejercicios profesionales determinados, la prestación de juramentos, la participación en actos oficiales con contenido religioso...

Cada una de estas hipótesis posee un tratamiento determinado, se ve regulada por una amplia normativa, ha sido objeto de decisiones jurisprudenciales y de diferentes análisis doctrinales. A ello debe añadirse la multiplicidad de los cuerpos funcionariales, cada uno con sus leyes y reglamentos propios, sin que sea necesario detallar (militares, jueces y fiscales, médicos, profesores, integrantes de los ministerios, comunidades autónomas, ayuntamientos...), una relación que para ser exhaustiva resultaría inabarcable en un estudio de esta naturaleza. Tratar de presentar aquí todo ello convertiría estas páginas en inacabables, en una serie de estudios diferenciados y superpuestos, tantos como grupos de casos concretos sobre los que ya se ha publicado un muy alto número de trabajos.

Pero sí que es necesaria en todo caso una visión aproximativa que nos muestre el deber y el derecho de los distintos tipos de funcionarios públicos ante cada supuesto.

5.4. Los actos públicos de carácter religioso

5.4.1. La norma general

Ya nos hemos referido al deber de los funcionarios públicos de no obligar a nadie a que declare su religión, y a no discriminar a nadie por motivos de religión, y su mismo derecho paralelo. Los actos públicos -no los de carácter oficial- nacen de la iniciativa de los particulares, individuos o entidades, y al poder público le toca su autorización y la toma de medidas precisas para su adecuado desarrollo. Lo normal -otros casos son muy excepcionales- es que tanto la autorización como la toma de medidas precautorias corresponda a las autoridades locales o a las Delegaciones del Gobierno en cada provincia; la regulación del tema radica por lo común en legislación igualmente local, y la única razón posible para prohibir y mediatizar la celebración es el orden público, que pudiera verse alterado o por los celebrantes o por grupos hostiles, no debiéndose permitir que sean éstos últimos los que impidan el ejercicio de su libertad a otros ciudadanos. Y si bien nada dicen sobre este punto los Acuerdos de 1992, ya quedó recogido el precepto en la LOLR (art. 2.1), que garantiza a los creyentes el derecho a reunirse y manifestarse públicamente con fines religiosos.

Otro supuesto es no el de la autorización sino el de la propia participación de los funcionarios en actos y manifestaciones públicas de culto. El tema ha surgido en relación con los cuerpos militares y policiales, con los funerales de Estado, y con otras festividades de diferente tipo y ámbito.

5.4.2. El caso singular de las Fuerzas Armadas

Es tradición acrisolada la de que las Fuerzas armadas participen en procesiones y actos culturales de diversos tipos, y la de que se rinda honores singulares al Santísimo Sacramento, especialmente en las procesiones del Corpus que se celebran en muchas ciudades en el día de la festividad correspondiente.

El primer aspecto es en parte materia resuelta, puesto que puede considerarse sentada la doctrina de proteger la libertad del policía o militar que rechace el verse obligado a tomar parte en un acto religioso¹⁴⁷; en el segundo aspecto, estaba hasta ahora vigente un Real Decreto, 834/1984, de 11 de abril, dictado ya bajo administración socialista y en el marco de la CE de 1978, que reconocía -arts. 58 a 60- honores militares al Santísimo. El nuevo Reglamento de honores militares, aprobado por Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, no ha tenido en realidad otro objetivo que suprimir tales honores y los símbolos religiosos del ejército, ya que por lo demás sus innovaciones son mínimas y poco importantes; en el Corpus se podrá escoltar a la Custodia, pero ni una banda militar podrá interpretar el himno nacional ni los militares presentarán armas ni rendirán honores. Y así se ha hecho ya en las correspondientes procesiones de este año 2010.

En concreto, el Reglamento establece, en su Disposición adicional cuarta, relativa a la participación en actos religiosos, que “en los actos oficiales que se celebren con ocasión de honras fúnebres, además de los honores que correspondan, se podrá incluir un acto de culto católico o de la confesión religiosa que proceda, teniendo en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares. Por

¹⁴⁷ Vid. la Sentencia del TC 101/2004, de 2 de junio, que ampara a un miembro del Cuerpo Nacional de Policía que se negó por razones ideológicas a participar en una procesión.

tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tendrá consideración de acto de servicio. Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario”.

5.5. La simbología religiosa

La exhibición pública de símbolos religiosos es hoy un tema universal de polémica, que se refiere tanto a los individuos que portan tales símbolos como a la exposición de los mismos en lugares públicos. Las leyes francesas prohibitorias de la simbología religiosa resultan universalmente conocidas y prolijamente analizadas por la bibliografía, y en la escuela pública están ya consolidadas; otros países siguen o no siguen de modo expreso ese modelo; a su vez, la sentencia de 3.XI.2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el crucifijo en Italia ha abordado una cuestión muy controvertida y que aún no ha alcanzado una solución definitiva; el burka está dando lugar a prohibiciones generales o locales en diversos lugares; en España no existe aún ni una legislación ni una jurisprudencia definitivas y comunes, y los pocos casos conflictivos que se han presentado han sido resueltos de modos más bien acomodaticios que consolidados y no han creado aún doctrina. En todo caso, el funcionario español -salvo normativas locales muy concretas- no se ve aún respaldado por una legislación estable y general que le ordene proceder en uno u otro sentido, y más bien ha de abstenerse de actuar salvo para preservar el orden público y tratar de avenir los intereses generales con las exigencias particulares, que es en realidad lo que se ha hecho hasta hoy -salvo algunas sentencias singulares sobre cuestiones muy concretas, como p.e. la del Juzgado n. 2 de lo Contencioso Administrativo de Valladolid, del 14.XI.2008, sobre el crucifijo en la escuela, y salvo alguna normativa aislada de carácter autonómico, sin que esté clara la exigible constitucionalidad de lo acordado en varios de estos casos-.

Debe advertirse que también en este campo cabe que en su día surjan problemas relacionados no con el deber sino con el derecho del funcionario de llevar él mismo en su persona signos públicos religiosos; en Francia está prohibido el uso del velo islámico no solamente a las alumnas de las escuelas públicas sino también a las profesoras; en Inglaterra se ha castigado el uso del crucifijo por parte de empresas de diferente tipo; el tema de la protección de la libertad religiosa en Europa cuenta con una abundante normativa; y es obvio que puede llegar a plantearse antes o después el problema en España, y que habrá que estudiarlo en búsqueda de la compatibilidad entre el orden público y la no discriminación.

6. Las objeciones de conciencia

6.1. La importancia del tema

Tema de notorio relieve es el de las objeciones de conciencia, cuestión pionera y capital en cuanto hace a la manifestación de su libertad religiosa por parte de cualquier ciudadano, tanto de los funcionarios públicos como de quienes no lo son. A ninguna otra cuestión en este campo ha dedicado tanta atención la doctrina, y los posibles supuestos de objeción de conciencia abarcan una notable variedad. Los casos más estudiados son los de la objeción de conciencia al servicio militar; al aborto, cuyos protagonistas son los miembros del personal sanitario que rehusan intervenir, y que

cuando pertenecen a los cuadros de los hospitales públicos pueden dar lugar a conflictos relacionados con el tema del funcionariado; a las transfusiones de sangre, que sitúan a médicos tanto de la esfera privada como de la pública en la difícil disyuntiva de decidir entre el respeto a la libertad religiosa y la defensa de la vida; a otros diversos supuestos relacionados con la bioética y en torno a las manipulaciones genéticas, la atención a la salud y la eutanasia, temas en que asimismo pueden verse implicados tanto los particulares como quienes desempeñan una tarea oficial. Y no posee menor transcendencia, allí donde están legalmente reconocidos los matrimonios homosexuales, la objeción de conciencia de las autoridades municipales, judiciales y administrativas a intervenir de algún modo en relación con la celebración y registro de este tipo de uniones.

6.2. La objeción de conciencia al servicio militar

Precisamente en España está desde hace bastantes años en primer plano de la atención oficial y doctrinal este conjunto de problemas. Se inició en el terreno de la objeción de conciencia militar, que llegó a dar lugar a la creación en el Ministerio de Justicia de una Dirección general de Objeción de Conciencia, cuya función era la de resolver la gran cantidad de solicitudes de exención de aquel servicio; con el paso del tiempo el sentido genuino de la objeción militar se desvirtuó, y bajo el nombre de objeciones de conciencia se presentaban las más diversas y en ocasiones pintorescas razones pretendiendo la exención de tal servicio; el tema concluyó cuando por la ley 17/1999 de 18 de Mayo quedó en suspenso la obligación de prestar el servicio militar a partir del 31 de diciembre de 2001, situación en la que continuamos.

En todo caso, relacionada con el servicio militar -cuya obligación, como hemos dicho, no se encuentra derogada sino suspendida en su aplicación- está la normativa establecida en los arts. 4 de los Acuerdos Estado-Confesiones de 1992, que regula la situación de los ministros de culto con relación al servicio militar, y el derecho a prestar el mismo en condiciones especiales. Y no deja de ser un derecho del funcionario, en relación con la normativa militar, el ya apuntado en relación con los actos públicos de culto y su participación voluntaria en los mismos.

6.3. Los temas relacionados con la bioética

Varios temas relacionados con la vida se ven incursos en la temática de la objeción, a comenzar por las objeciones -que tantos problemas han suscitado- de los Testigos de Jehová cuya religión prohíbe las transfusiones de sangre. En una primera etapa se consideró aplicable a este supuesto la limitación a la libertad religiosa establecida en el art. 2.1 CE, considerándose que el deber de los facultativos era preservar en todo caso la vida por encima del deseo del enfermo.

Una novedad importante en este tema se opera a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, que ampara la decisión de un menor de edad, testigo de Jehová, que había muerto al negarse él mismo a la transfusión que los médicos consideraban el único medio de salvarle la vida. Tal doctrina jurisprudencial es la que hoy está sustancialmente aceptada, y por tanto marca la conducta de los facultativos médicos, en el cumplimiento de su deber de decidir el tratamiento a seguir con los enfermos ante la decisión de éstos contraria a las transfusiones. La sentencia encuentra que en los casos a que se refiere son varios los valores que entran en conflicto entre sí. Se trataba de un paciente menor de edad, en peligro grave por causa de un accidente; sus padres, testigos de Jehová, rehusaron la transfusión pretendida por los

médicos, que recurrieron al Juzgado para obtener la autorización para practicarla. La autoridad judicial otorgó lo pedido y los padres del menor lo aceptaron, pero fue el propio enfermo quien decidió rechazarlo. Reiterados cambios de hospital no cambiaron la situación; tanto en hospitales públicos como privados la transfusión fue considerada imprescindible, y los doctores, pese a la autorización judicial, no se decidieron a llevarla a cabo ante la oposición del enfermo y de sus padres. Cuando otra vez los jueces tomaron cartas en el asunto ordenando a los médicos que aplicaran el tratamiento rechazado, era ya tarde y el enfermo falleció.

Al margen del relato resumido de los hechos, debe señalarse que la administración sanitaria no cumplió en todo su deber, el que le señalaron los jueces de intervenir prescindiendo de la objeción; al mismo tiempo, debe señalarse que los padres fueron acusados penalmente como culpables de la muerte del menor, absueltos en la Audiencia y condenados por el Tribunal Supremo. El TC anuló esta condena por atentar contra la libertad religiosa, afirmando incluso que el menor es también titular de la misma. Sin embargo, el Tribunal no entra realmente en el fondo de la cuestión, que es resolver la prevalencia entre el derecho a la vida y la libertad religiosa. El menor murió por dos motivos, por su propia elección de la muerte, y porque los médicos no ejecutaron la decisión de los jueces de salvarle a toda costa. Y ni el menor ni los médicos estaban siendo juzgados, sino los padres, que se habían avenido a las órdenes judiciales y cuya única posible falta había sido no intentar convencer al menor, lo que tampoco se les podía pedir pues habrían obrado contra sus propias convicciones transmitidas a su hijo en el proceso de su educación. Una parte de la doctrina ha interpretado esta sentencia como la preferencia de la libertad sobre la vida; no es tan claro esto, ni puede decirse que el TC haya optado por tal tesis; el tema resta en buena medida confuso todavía, y cuando el Tribunal absuelve a los padres lo hace no asumiendo una opción en favor de la libertad sobre la vida, sino por no considerarles responsables de que en el caso juzgado impusiesen ellos a los médicos tal opción. Para el TC, ambos derechos son defendibles, y en cada caso debe ponderarse la situación concreta, considerándose en todo caso como derecho preponderante el derecho a la vida. De todo lo cual se obtiene la consecuencia -guía para la conducta en este terreno de los funcionarios públicos-, a la vista de la mencionada sentencia, de que el orden público es un límite absoluto al derecho de libertad de conciencia; la vida de terceros -ejemplo capital del respeto a tal orden- no puede ser dañada por el ejercicio de aquella libertad; e incluso habrá que optar por el sacrificio de la libertad personal cuando de la misma se deriven graves e irreparables perjuicios contra terceros o para la vigencia general del Derecho.

En relación con este delicado tema de la objeción, debe atenderse al hecho de que el deber de sumisión a la ley de los funcionarios y empleados públicos posee una cierta mayor entidad -si se puede decir así- que la de los demás ciudadanos. De donde se deduce que el incumplimiento de las normas por parte de aquéllos, acogiéndose a la objeción de conciencia, también posee singularidades diferenciadoras. Ello no supone por supuesto negarle tal derecho a los funcionarios y empleados públicos, sino marcar la necesidad de jugar a la vez con ese derecho y con el que asiste a los ciudadanos de verse atendidos por el funcionariado en el ejercicio de sus propios derechos. De que un particular decida incumplir una ley por motivaciones de conciencia se siguen en principio consecuencias para sí mismo; de que lo decida un funcionario público se siguen consecuencias para los administrados. No se les puede negar el derecho, pero es obvio que el tema exige profundizar en un campo complejo. A estos efectos es interesante la ya citada sentencia del TC 101/2004 de 2 de junio, acaparando a un miembro del Cuerpo Superior de Policía que no quiso participar en una procesión religiosa por motivos de conciencia, tesis coincidente con alguna otra sentencia anterior.

Y si de las transfusiones nos trasladamos al aborto, el derecho de los médicos ligados por una relación funcional a la Sanidad pública a ejercer la objeción de conciencia frente a prácticas abortivas está garantizado constitucionalmente, y lo mismo sucede en otros supuestos paralelos. Existe incluso una normativa internacional al respecto, que muestra lo generalizado del tema.

6.4. Los matrimonios homosexuales

Igualmente se relaciona la objeción de conciencia con los matrimonios homosexuales y la negativa de los funcionarios públicos a ejercer sus funciones en relación con los mismos. El caso planteado en España por una Secretaria Judicial que reclamó en nombre de su objeción de conciencia ser apartada de la tramitación de varios expedientes de este tipo de matrimonios dio lugar a una resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 9.I.06, que negó el derecho de dicha funcionaria a la objeción argumentando que ésta contradice la imperatividad de la ley y la eficacia de las normas jurídicas, motivación absurda si se tiene en cuenta que la razón misma de ser de la objeción de conciencia es justamente sustraerse a aquella imperatividad, y que lo que hay que examinar es si en el caso concreto está justificado el recurso a aquel derecho. Lo que ha de prevalecer en cada caso es si en éste concurren razones de orden público que limiten la libertad del funcionario, única motivación que la CE señala para limitar el derecho de libertad religiosa. El recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra la resolución de la Dirección general concluyó también denegado el derecho de la recurrente a la objeción en el caso de que se trataba, ahora con base en la idea de que admitir tal derecho supondría que los homosexuales se verían privados de su derecho al matrimonio, argumento no menos absurdo que el anterior, puesto que cabe siempre que intervenga otro funcionario, como otro médico en el aborto, etc. En todo caso, se percibe que están hoy predominando razones políticas que tratan de recortar el derecho a la objeción, por encima de las razones jurídicas que lo abonan.

6.5. El juramento y la promesa

Dentro aún del campo de la objeción de conciencia, se ha demostrado escasamente conflictivo el deber de prestar juramento o promesa al tomar posesión de un cargo público. Desde mucho antes de que se plantease este tipo de problemática, se venía admitiendo que el funcionario aceptase o prometiese, sin necesidad de dar explicaciones ni justificar su conducta. La relación con la conciencia de cada uno en este caso se refiere a la idea de que el juramento se hace ante Dios -se pone a Dios por testigo del propósito de cumplir debidamente con el cargo que se va a desempeñar, se adquiere para con la Divinidad un deber de fidelidad a los deberes asumidos-, mientras que la promesa se entiende que carece de contenido religioso.

7. Actos culturales y ritos religiosos

7.1. Cultos y ritos

Esta faceta del culto religioso dice referencia, como se ha visto más arriba, a los derechos y deberes de los funcionarios ante los actos solemnes de culto en que hayan de participar en cuanto que tales. Pero tal aspecto dista de cubrir el tema cultural, e incluso

es algo excepcional dentro del mismo. Lo esencial del culto son los actos cultuales con que cada confesión honra a la Divinidad, lo que llamaríamos oficios litúrgicos, cuya referencia más normal en España es la misa católica. Dado que en estos actos participan los creyentes individualmente, de forma absolutamente libre, a tenor de su fe y de las propuestas cultuales de la confesión a que pertenezcan, lo único que toca como deber a los funcionarios es permitir la celebración de dichos actos, desde los pocos puntos de vista que pueden afectar al interés público: idoneidad de los locales, cumplimiento por los mismos de la normativa municipal o autonómica, y central si la hay, sobre seguridad, salubridad, etc. Como cualquier otro lugar destinado a la reunión de un alto número de personas, los lugares de culto han de cumplir esos requisitos que el orden público requiere. Excepcionalmente podría la autoridad pública intervenir en la celebración misma de los actos de culto, si éstos lesionaran o se sospechara que lesionan el orden y salud pública, lo que es pensable tan sólo en relación con algunas sectas peligrosas, que por otro lado no estarán inscritas en el Registro de Entidades religiosas y han de cumplir en todo la legislación común. En todo caso, no cabe olvidar que la libertad de culto está expresamente garantizada, junto a las libertades ideológica y religiosa, en el art. 16.1 CE.

Aunque la diferencia entre cultos y ritos no es palmaria -los actos cultuales pueden consistir en la realización de una serie de ritos-, existen ritos que propiamente hablando no son actos de culto sino tan sólo ceremonias religiosas¹⁴⁸: el matrimonio, la sepultura, la celebración de festividades más allá de los de los actos de culto, son en sí mismos ritos religiosos y no cultos. Ha de atenderse, pues, a los deberes de los funcionarios ante la celebración por las confesiones y los individuos de actos de carácter meramente ritual, que no son otros que la mera autorización y control en virtud de las exigencias del orden público y del respeto a la libertad de los demás.

7.2. Los ritos matrimoniales

Otras dificultades presenta el tema matrimonial. Nos hemos referido anteriormente al mismo desde el punto de vista del derecho a la objeción de conciencia del funcionario; conviene hacer además, por su transcendencia, una referencia al deber del funcionario de reconocer los efectos civiles del matrimonio religioso. En sí misma, la celebración de éste es un tema interno de cada confesión, sobre el que no recae competencia alguna de las autoridades civiles y los funcionarios públicos. La intervención civil sólo entra en juego cuando se trata del reconocimiento de aquellos matrimonios a efectos civiles. Los Acuerdos de 1992 se refieren todos ellos a esta interesante temática en sus respectivos artículos 7, y el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Iglesia Católica, de 1979, dedica al tema su art. 6. En virtud de los mismos, en España están reconocidos los efectos civiles del matrimonio celebrado de acuerdo con las normas internas tanto de la Iglesia católica como de la FEREDE, de la FCIE y de la CIE. Para la efectividad de este precepto se requiere que: los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad requeridos por la ley civil, e inscriban su matrimonio en el Registro Civil. Para proceder a esta inscripción, se deberá acreditar mediante las oportunas certificaciones que se cumplen los requisitos antedichos; se establecen unos plazos para que la inscripción pueda

¹⁴⁸ El culto es un “homenaje externo de respeto y amor que el hombre tributa a Dios...”, y que consiste en la “serie de actos con que el hombre tributa ese homenaje”, actos que suelen consistir en ritos. Pero la palabra rito tiene varias acepciones, de las que una se identifica o sirve al culto, otra hace p.e. referencia al rito latino y al oriental en la Iglesia católica, y otras suponen actos rituales cuyo objeto no es directamente llevar a cabo un homenaje a la Divinidad, como pueden ser el matrimonio o el enterramiento (“El pequeño Espasa”, Espasa Calpe, Madrid 1988, pp. 365 y 1109).

realizarse; y se certificará asimismo que el matrimonio se ha celebrado. Se marca así el deber de los funcionarios encargados del Registro de inscribir estos matrimonios, y su posibilidad de denegar la inscripción cuando los requisitos no se cumplen. Algunas particularidades se añaden a estas normas cuando se trata de matrimonios católicos, puesto que el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979 toma en cuenta también el derecho de los Tribunales civiles a aceptar o no las declaraciones nulidad canónica según se ajusten o no al Derecho del Estado.

7.3. La sepultura religiosa

Una palabra sobre los enterramientos. El art. 2 de los Acuerdos de 1992 con islámicos y judíos establece que los correspondientes cementerios confesionales gozarán de los beneficios legales fijados para los lugares de culto; las correspondientes confesiones minoritarias tendrán derecho a la concesión de parcelas reservadas en los cementerios municipales, podrán poseer cementerios propios, y podrán proceder a la sepultura de sus fieles según sus ritos. Estamos ante un derecho y un deber, una vez más, de los funcionarios públicos, si bien el deber han de cumplirlo en cuanto tales a tenor de la norma y el derecho a elegir sepultura y rito funerario les asiste según su condición de ciudadanos; alguna referencia encontramos a este punto en la normas, ya recogida más arriba, sobre los funerales de Estado, en cuya virtud habrá de estarse al rito religioso elegido por el fallecido -que muy normalmente será una autoridad pública- o sus familiares, debiendo el Estado respetar el correspondiente rito religioso.

8. La enseñanza y la asistencia religiosa

8.1. La enseñanza

Aún habrá que anotar algo acerca de otros capítulos relativos al tratamiento público de los fenómenos religiosos, los referentes a la enseñanza, los derechos relacionados con la seguridad social, la asistencia religiosa y la observancia de las festividades. Son siempre temas en que el funcionario debe garantizar el derecho de los ciudadanos, y exigir que esté garantizado el suyo.

Por lo que hace a la enseñanza, en sí misma es una cuestión muy compleja, y más en las actuales circunstancias políticas, en que la evolución del tema a lo largo de los últimos años ha conducido a una situación en que se intenta reducir a su mínima expresión la garantía constitucional -art. 27.3 CE- que se ofrece a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que sea conforme a sus propias convicciones, así como el derecho de las confesiones con Acuerdo a que los alumnos reciban la correspondiente enseñanza religiosa, todo lo cual encuentra reflejo y desarrollo en los Acuerdos tanto de 1979 como de 1992. En tanto que funcionarios, quienes desempeñan esta misión han de respetar el derecho de los ciudadanos en este terreno, ejercer el que les asiste como particulares sin verse obstaculizados por ello de parte del poder público, y aún ejercer en determinados casos la objeción de conciencia si, en sus funciones como profesores o directores de centros, se ven obligados a actuar contra sus personales creencias.

8.2. La Seguridad social

Por otro lado, el derecho de los ministros sagrados a enseñar y propagar su religión viene igualmente garantizado por todos los Acuerdos y por el art. 2 LOLR, y si bien en tanto que tales ministros no son funcionarios ni empleados públicos, poseen un status reconocido por la legislación -art. 3 de los Acuerdos de 1992-, al par que los profesores de Religión católica son igualmente titulares de unos derechos que figuran en los arts. 3 y 4 del Acuerdo con la Iglesia católica sobre Enseñanza y Asuntos Culturales. El art. 5 de los Acuerdos de 1992 incluye a los ministros de culto en el régimen general de la Seguridad social, y determina que “serán asimilados a trabajadores por cuenta ajena en las mismas condiciones que la legislación vigente establece para los clérigos de la Iglesia católica”.

En directa relación con la condición de ministro sagrado están diversas exenciones fiscales que aparecen en el art. 3 del Acuerdo con la Iglesia católica sobre Asuntos Económicos.

8.3. La Asistencia religiosa

La asistencia religiosa de cada confesión a sus miembros la garantiza el art. 2 LOLR, a cuyo tenor el ciudadano tiene el derecho a “recibir asistencia religiosa de su propia confesión”. Se trata de un tema en sí mismo de carácter privado y que toca a la normativa asistencial interna de las confesiones; sin embargo y como todos los textos acordados regulan y la doctrina ha estudiado exhaustivamente, existen supuestos concretos en que tal asistencia solamente puede prestarse con expresa colaboración de los poderes públicos: es el caso de las prisiones, los hospitales públicos y los centros militares. Los Acuerdos de 1992 son elásticos al respecto, y vienen a dejar en manos de una conformidad mutua, entre las autoridades que rigen esos centros y las confesiones, el fijar los horarios, la periodicidad y en general el modo de prestar este servicio a las personas que, recluidas en uno de esos organismos, no pueden tener acceso por sí mismas a la asistencia religiosa que desean recibir.

No estamos ante un derecho de los funcionarios sino ante un deber, que realmente no está suficientemente regulado en España, quedando de hecho al arbitrio excesivamente autónomo de los mandos militares y los directores de prisiones y hospitales el que esa asistencia resulte más o menos efectiva. En todo caso, el deber del funcionariado aparece por la vía de la no discriminación; su conducta, en cuanto que autorizante de la prestación asistencial, ha de atenerse al deber impuesto por la LOLR y por los Acuerdos para que aquélla resulte efectiva, y para que no se favorezca a unos ciudadanos con preferencia a otros por razón de su credo religioso.

8.4. Festividades

Una referencia, en fin, a la observancia de las festividades. Como es sabido, cada confesión posee días festivos propios. En tanto que conllevan la asistencia a actos de culto, todo ciudadano es libre de hacerlo según sus convicciones. El único problema que entrañan en relación con los funcionarios públicos es el carácter festivo o laboral de tales fechas; a un funcionario habrá que pedirle que respete el derecho de los ciudadanos en este campo en relación con los temas laborales, y que exija el respeto en igual plano a sus propias opciones. El problema radica en que resulta imposible para los organismos públicos -Estado, Autonomías- el establecer un calendario laboral en que aparezcan reflejadas todas las festividades religiosas que supongan un deber de abstención laboral para los miembros de las diversas confesiones con acuerdo. Tal calendario introduciría un caos en la distribución de los días festivos y laborales. La Ley 38/2007, ya citada, del

Estatuto de los Trabajadores, al señalar en su art. 37.2 cuáles son las fiestas de ámbito nacional, establece muy pocas, algunas de las cuales poseen un claro sentido cristiano acorde con la tradición y las costumbres sociales, y abre la puerta a una tarea selectiva al respecto de otras posibles festividades por parte del Gobierno y de las Comunidades autónomas. Por otro lado, está generalizada prácticamente en todo el mundo la aceptación del domingo como día de descanso semanal, fecha que también posee raíces cristianas. En el art. 12 del Acuerdo con la FEREDE de 1992 se toma en cuenta que algunas iglesias evangélicas mantienen como día festivo otra fecha semanal, concretamente el sábado, y se les otorga el derecho de obtener descanso laboral desde la tarde del viernes a la del sábado, “siempre que medie acuerdo entre las partes”; los alumnos de centros públicos y privados concertados estarán exentos en los días señalados de la asistencia a clase y a exámenes; y en orden a las pruebas para el ingreso en la Administración pública que hayan de celebrarse en el período de tiempo festivo de tales confesiones, las mismas serán fijadas, para su miembros, “en una fecha alternativa ... cuando no haya causa motivada que lo impida”.

El paralelo artículo 12 del Acuerdo con la FCIE, señala los mismos días -tarde del viernes y sábado- para el descanso semanal laboral, pero vuelve a reducir la efectividad de la concesión a “que medie acuerdo entre las partes”. Igualmente están dispensados de asistencia a clases y exámenes los alumnos; y los funcionarios públicos, en las pruebas de ingreso en la Administración, gozan de igual condición que la señalada para los evangélicos. Pero aun introduce tal artículo una especial peculiaridad en el caso de los judíos: la posibilidad de sustituir a las fiestas anuales previstas en el Estatuto de los Trabajadores por otras propias del Judaísmo. Y lo mismo sucede en el art. 12 del Acuerdo con la CIE, mediando siempre, de una u otra forma, la necesidad de acuerdo concreto para cada caso.

Todo lo cual se nos resume aquí en dos consecuencias. En primer lugar, el deber del funcionario de negociar con los interesados -cuando por su cargo le corresponda tomar decisiones al respecto- el reconocimiento y efectividad de tales festividades laborales; entiéndase bien, no el acceder automático, sino la negociación de un acuerdo, en que el funcionario debe estar abierto a tutelar los derechos de las confesiones y a la vez a defender los intereses del Estado. Y, en segundo lugar, el derecho del propio funcionario a negociar con sus superiores su personal abstención, cuando sea él el encargado de realizar los exámenes, dar las clases, o prestar su trabajo en las fechas que en su confesión se consideran festivas.

9. Una referencia a las Comunidades autónomas

Carecería de sentido entrar ahora en un detallismo, en el análisis de la normativa en este campo, de las Comunidades autónomas, que hemos evitado al tratar de la legislación general del Estado. La búsqueda, trabajosa sin duda, de todos los reglamentos y normativas de cada Comunidad, e incluso de algunas de entre ellas, que puedan contener preceptos que toquen de algún modo a la libertad religiosa de los funcionarios públicos, alargaría desconsideradamente estas páginas y rompería la unidad de criterio que ha presidido su redacción. En consecuencia, nos vamos a limitar a una somera referencia al Estatuto catalán, en la medida en que es el que mayor incidencia política ha tenido y tiene, y a que no figuran en otros Estatutos –por e.j. el de Andalucía, el de Valencia y el del País Vasco- ni aún las mínimas referencias al tema que vamos a señalar en e de Cataluña. De facto, nada o muy poco añaden a lo dicho hasta ahora -que tiene carácter general para todo el Estado y está apoyado en la legislación del mismo- los preceptos contenidos en los diversos Estatutos de autonomía.

En la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el art. 21.2 garantiza el derecho, de origen constitucional, que asiste a las madres y padres “para que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones”; el art. 40.8 obliga a promover la igualdad de todas las personas con independencia de su religión, lo cual sabemos que también posee una raíz constitucional y que se identifica con lo establecido al respeto por el EB. Y, con especial referencia al fenómeno migratorio -que en Cataluña reviste una notable incidencia-, el art. 42 señala el deber de los poderes públicos de “velar por la convivencia social, cultural y religiosa entre todas las personas en Cataluña y por el respeto a la diversidad de creencias y convicciones éticas y filosóficas”. Y aún existe en la misma norma un art. 45.3 relativo -sin entrar en especificaciones ni detalles- a la garantía del descanso laboral, lo que de algún modo toca a la señalización de los días festivos. No son normas sobre derechos, sino sobre deberes de los funcionarios de la Comunidad autónoma, pero todas ellas, como hemos ido viendo en relación con las normas de carácter central encuentran una incidencia en el empleado público en lo que hace a su deber de respetar el derecho ajeno y de ver respetado el suyo propio.

