



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

**MASTER EN DERECHO PÚBLICO Y ESTADO
AUTONÓMICO PARA LA FORMACIÓN DE
FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES PÚBLICOS**

60 créditos ECTS (los 7 módulos)

CAPÍTULO I

EL ESTADO DE DERECHO: ORIGEN Y MODELOS DE ESTADO DE DERECHO

Javier Alvarado Planas
Catedrático de Historia del Derecho
UNED
Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea
UNED

Sumario. 1. El Estado: origen y evolución. 2. Estado, nación y territorio. 3. Poder y Derecho. 4. El Estado de Derecho. 5. El Estado liberal. 5.1. Concepto. 5.2. La lucha por la democracia en el Estado Liberal. 5.3. La crisis del estado liberal. 6. El Estado social. 6.1. Concepto. 6.2. Caracteres del estado Social. 6.3. La crisis del estado Social. 7. La democracia. 8. El Estado Social y Democrático de Derecho en el artículo 1.1 de la Constitución.

1. EL Estado: origen y evolución

Muchas son las definiciones y caracteres que se han dado a toda organización política para ser definida como Estado. No hay unanimidad en esto, como tampoco la hay para fijar los requisitos que conceptúan la existencia de un Estado. Se mencionan entre estos, la existencia de una burocracia de funcionarios; el monopolio fiscal a través de las rentas, impuestos y demás ingresos, para su sustento. Un ejército permanente encargado de la defensa y el monopolio de la fuerza legal. También se menciona la soberanía entendida como reconocimiento de otros Estados. También es necesaria la existencia de un territorio delimitado geográficamente, con una población, etc.

Lo cierto es que hay Estados actuales que no encajan exactamente en estos parámetros. Hay Estados que no tienen ejército sino un simple y reducido cuerpo de policía (Estado Vaticano, Costa Rica, Panamá, etc.). Palestina posee un Gobierno, territorios, población, ejército y administración, pero no ha sido reconocida por la Comunidad de Naciones. Los más puristas que también consideran consustancial al Estado la existencia de una idea de bien común de la comunidad por encima de los intereses particulares del gobernante, dubitan la consideración de Estado a las actuales dictaduras unipersonales o a ciertos regímenes de Oriente Medio que no son más que la extensión del clan familiar. En la actualidad, el Estado Vaticano es una de las formas de Estado más singulares en cuanto que descansa en bases teocráticas.

Si nos retrotraemos a la Antigüedad, la historiografía tampoco es unánime ni en el concepto de Estado ni en el momento histórico en el que puede considerarse que las organizaciones políticas adoptan una verdadera forma de Estado. Se habla del Estado faraónico, del Estado romano, de los Estados medievales. Otros no aceptan tal categoría hasta el Estado Moderno...

Respecto a sus orígenes, el desarrollo cada vez mayor de los núcleos urbanos en las márgenes de grandes ríos con los que regar considerables extensiones cultivables (las denominadas civilizaciones hidráulicas de Mesopotamia y de la antigua India) favorecerá la aparición de

organizaciones de carácter complejo sustentadas en la proliferación de cargos administrativos dedicados en buena parte a la gestión del excedente de producción y del comercio. Una inmediata deducción sobre estas primeras comunidades agrícolas es la existencia de tributos o tasas, relaciones comerciales, contratos, empleo de mano de obra. En todo caso, comienza en este punto la intervención de la organización política o «Estado» y, por tanto, del desarrollo del «derecho público» en lo que, hasta ese momento, no habían sido más que asuntos privados o familiares. Ello conllevó el desarrollo de instrumentos de coacción para mantener el orden interno o para extenderlo a otros territorios con la fuerza de las armas.

Por regla general, tales comunidades adoptaban la forma monárquica. La monarquía era hereditaria y vitalicia, aunque en algunos pueblos era electiva (a cargo de una asamblea aristocrática) o temporal (se nombraba por un período de tiempo concreto, por ejemplo, para dirigir la guerra y mientras esta durase). Pero también sabemos que algunas comunidades eran regidas por asambleas de hombres libres (concilium) o por un consejo de ancianos aristócratas (senado) que, en caso de guerra, designaban a un jefe militar con poderes especiales. Tales asambleas eran convocadas para decidir asuntos especialmente relevantes, como un tratado de paz, la declaración de guerra, el nombramiento de embajadores, la designación del jefe militar, etc.

Se puede considerar a la polis griega como el antecedente inmediato del Estado europeo. Sin embargo, será la civilización romana la que desarrolle buena parte del legado político-administrativo, jurídico e ideológico del Estado Moderno. En su origen Roma fue una ciudad que exportó a las ciudades vecinas su sistema político. De hecho, se ha llegado a decir que el Imperio romano no fue más que una vasta confederación de municipios sin apenas instancias intermedias a nivel provincial, aunque ya en época de Augusto (año 32 a. C.-14 d. C.) Roma desarrolla una administración central y provincial constituida por funcionarios, especialmente agentes fiscales. Aun así, pervivirá la anti-gua fórmula republicana de considerar a Roma (y a cada una de sus ciudades) como formada por el Populus, la Curia Municipal (en Roma era el Senado) y las Magistraturas municipales (en Roma, la máxima magistratura fue la de los Cónsules o el Emperador). El término Populus define a todos los habitantes de una localidad incluidos en el censo municipal de ciudadanos y que, por tanto, son los que poseen los derechos políticos. La Curia Municipal o Senatus era el organismo supremo (después consultivo) de la vida municipal, dotado inicialmente de importantes competencias como las de juzgar, organizar milicias en el ámbito local, organizar los procesos electorales, etc. En el Bajo Imperio se convertiría en un cuerpo cerrado reservado a las familias que poseían una elevada fortuna aunque sin apenas competencias de consideración. Por el contrario eran responsables subsidiarios del cobro de los impuestos asignados por el Emperador a su distrito. Respecto las Magistraturas municipales de época republicana se caracterizaron por ser duales (dos magistrados que actuaban colegiadamente, y que ejercían mutua-mente el derecho de veto), temporales (anuales) y honoríficas (no remuneradas). A partir de época imperial, fueron perdiendo peso político.

La caída de Roma en el año 476 supuso la creación de los diversos reinos germanos. Se ha discutido por los historiadores hasta qué punto puede considerarse que las monarquías germanas alcanzaron formas de organización política calificables de "Estado". Ello depende de la consideración que se dé a la relación que unía a los monarcas germanos con cada uno de sus súbditos. Para un sector de la historiografía tales vínculos eran de carácter privado, de dependencia personal o de encomendación (formando séquitos, clientelas militares, etc.). Para otros, eran de carácter público, es decir, sustentaban una relación general de súbdito que trascendía los meros intereses particulares de ambas partes. Y ciertamente, el estudio de su

legislación prueba que se deslindaba claramente entre los intereses privados del monarca y los intereses públicos. O que las leyes regulan y diferencian el patrimonio del rey (como persona particular), del patrimonio del reino.

No obstante, en algunos países, la debilidad de tales monarquías acabó sucumbiendo ante una forma patológica del Estado que se denomina feudalismo. El feudalismo constituye una modalidad específica del Estado que, aunque no implicará la desaparición del mismo, supondrá su debilitamiento dado que se interpondrá entre el rey (y su Administración y sus súbditos para mediatizar o suplantar en provecho propio buena parte del haz de derechos y deberes que ligaban al rey con sus súbditos. Pero a pesar de esta "vampirización" de la relación jurídico-pública, lo cierto es que el feudalismo no llegó a agotarla o patrimonializarla del todo dado que, en el peor de los casos, la sociedad feudal generó un encadenamiento de relaciones privadas que formaron una gigantesca pirámide en cuya cúspide estaba en última instancia el rey como señor supremo. Una de las consecuencias del sistema feudal fue la concesión regia de oficios y funciones públicas a individuos ligados a él por vínculos de vasallaje incluso con carácter hereditario, lo que facilitó el proceso de patrimonialización de los oficios.

En los siglos XI y XII, la recepción en Europa del derecho romano bizantino, de carácter fuertemente centralizado y legitimador del absolutismo regio, comenzó a cambiar la mentalidad de la época. El Derecho romano justiniano desempeñaría una función unificadora y restauradora de las competencias del monarca. Por otro lado, el desarrollo comercial y el nacimiento de la burguesía obligó a responder con un desarrollo de la Administración: Si bien se acudió a menudo a la concesión de oficios por interés político, también se impuso la necesidad de conocimientos técnicos en las personas encargadas del desempeño de las funciones públicas. Paulatinamente, las formas políticas del Estado medieval fueron adquiriendo mayores niveles de centralización y concentración de competencias. Llegamos así, al nacimiento del llamado Estado Moderno.

Aunque el absolutismo monárquico es la forma que caracteriza al Estado Moderno desarrollado en Francia a partir de Luis XIV, genéricamente se califica también así a otras monarquías europeas que durante la Edad Moderna alcanzaron un fuerte grado de centralización del poder político en manos de la institución real.

Por ejemplo, la centralización y concentración de poder político en España se desarrolla fundamentalmente con los Reyes Católicos. Concretamente, abocaron a la corona los maestrazgos de las Órdenes militares y con ellos, su potencial militar; crearon y apoyaron la Inquisición como instrumento de unificación religiosa y, por tanto, política; desarrollaron un programa de revocación y reversión de mercedes y privilegios de la nobleza y alto clero que en buena parte habían consistido en la patrimonialización de recursos y funciones públicas; reforzaron las Hermandades, etc. Carlos I continuó esta política de centralización del poder político, que en gran medida iba en perjuicio de la alta y baja nobleza. Recuérdese como episodios significativos que en Cortes de Toledo de 1538, la nobleza fue ya excluida de dicho organismo, o la guerra de las Comunidades, etc. Y este proceso no fue exclusivo de España o Francia.

El proceso de centralización del poder político en manos del monarca como personificación del Estado, vino también apoyado por el crecimiento y desarrollo de la Administración, es decir, de la profesionalización y especialización de los técnicos, funcionarios y burócratas a través de numerosos organismos de asesoramiento, de gobierno, de justicia, etc., en los que junto a la nobleza, se integraban cada vez más los asesores técnicos.

Por supuesto que la base jurídica e ideológica del Estado Moderno arranca de la Baja Edad Media y concretamente del repertorio de ideas desarrollado por los juristas del derecho común

para justificar las pretensiones hegemónicas del Emperador sobre el Papa y los demás monarcas. Proceso que luego es retomado también por los consejeros de los monarcas centroeuropeos para justificar la desvinculación e independencia de los reyes respecto al Emperador. Esto llegó a extremos tales que se justificaba el absolutismo. Así, la fuerza de la Ley descansa exclusivamente en la voluntad del rey; *quod principi placuit, legis habet vigorem*, hasta el extremo de que no está obligado a cumplirlas; *Princeps legibus solutus est*.

En este sentido el absolutismo político (*absolutus*, es decir, sin vínculos o ataduras) implicaba el predominio del poder público por encima de jurisdicciones y poderes privados de tipo estamental, señorial o feudal. O dicho en otros términos; mientras que el feudalismo o su forma atenuada de régimen señorial consistió en la interposición de instancias o poderes intermedios entre el rey y los súbditos que acaparaban o patrimonializaban los recursos y funciones públicas, contrariamente el absolutismo político tendió a suprimir los círculos intermedios de poder político y social entre el monarca y los súbditos.

Frente a la concepción del poder absoluto e ilimitado del monarca por derecho divino difundida en Inglaterra por el protestantismo, o la doctrina extendida por Maquiavelo según la cual el Estado es un fin en sí mismo que justifica el empleo de cualquier medio (incluida la traición, el dolo, etc.), en España la teoría política, en líneas generales, siguió otros derroteros marcados por la segunda escolástica y la contrarreforma (reforma católica). Ya desde la Edad Media se consideraba a la comunidad política (la Res-publica) como un cuerpo cuyos miembros eran los diferentes estamentos sociales y cuya cabeza encarna el monarca ejerciendo un poder derivado de Dios que debe utilizarse en beneficio de los súbditos. A partir del siglo XVI se afianza la idea de que el poder del rey solo viene remotamente de Dios, pues inicialmente es depositado en la comunidad, quien lo encomienda o delega en el soberano no como mandatario sino como órgano de dicha comunidad en virtud de un pacto de sujeción. El cumplimiento de dicho pacto de obediencia por parte de la sociedad se condiciona a que el soberano atienda el bien público, pues en otro caso, de incumplir esa condición, el monarca se convierte en tirano y cesa la obligación de obediencia de sus súbditos. Autores como Mariana desarrollaron la idea del derecho de resistencia al rey tirano e incluso justificando el tiranicidio.

3. Estado, nación y territorio

Las tendencias unificadoras del Estado Moderno centralista encontraron en la religión el más firme apoyo y aliado. La unidad de la fe ya no era solo consecuencia del principio medieval según el cual «el pueblo sigue la religión del rey», sino que ahora era un imperativo del Estado. Este principio político reforzador de la unidad nacional, encontró su caldo de cultivo en la animadversión popular contra las minorías étnicas y sociales.

Por ejemplo, en España ello provocó la hostilidad contra los judíos debido inicialmente a que, al estar prohibido a los cristianos el préstamo con intereses excesivos (usura), este tipo de actividades estaban prácticamente monopolizadas por los judíos. Las dificultades de asimilación de judíos y también de moriscos se intentaron resolver con sucesivas expulsiones de aquellos que no se convirtieran al cristianismo. En 1492 los Reyes Católicos firmaron el edicto de expulsión de los judíos, lo que obligó a muchos de ellos a abrazar el cristianismo o simular su conversión para evitar el exilio. Las medidas de unificación religiosa se completaron con sucesivas expulsiones de los moriscos a partir de 1608. Junto a causas de tipo religioso y social, la hostilidad a los moriscos obedecía también a las actividades quintacolumnistas de ciertos grupos de ellos que actuaban en Andalucía y Levante en apoyo directo o indirecto de Marruecos, Argelia, Túnez o Turquía. Ya a mediados del siglo XVI se constatan los planes del Xarife de

Marruecos, auxiliado por turcos y argelinos, de invadir el sur de España ayudado con el levantamiento de los moriscos de los reinos de Murcia, Valencia y Granada. Aunque tras la victoria contra los turcos en Lepanto disminuyó la presión otomana en el oeste del mediterráneo, lo cierto es que también Francia, rival secular de España en la hegemonía de Europa, estaba en continuos tratos con Turquía, Argelia y demás reyes del norte de África para desestabilizar el sureste de España y obligarla a restar recursos bélicos de las zonas fronterizas con Francia. Todo ello contribuyó a indisponer los ánimos contra la población musulmana.

La aparición y desarrollo del Estado Moderno también llevó aparejado un proceso de delimitación de sus fronteras. Podríamos decir que un Estado tomaba conciencia de sí mismo en la medida en que reconocía a otros Estados a su alrededor, lo que implicaba la necesidad de delimitar lo más precisamente las fronteras. Pero también les abocaba a la expansión territorial mediante la guerra de conquista. Y ello no solo porque se pensara que a mayor territorio mayor grandeza, sino porque al suponer limitados los recursos naturales, una mayor extensión territorial garantizaba una posición económica predominante. La Monarquía Hispánica fue ejemplo de ello: Al ser entronizado Carlos I, heredaba los territorios de la corona de Castilla y de Aragón y el reino de Navarra (anexionado por Fernando el Católico en 1512 por considerarla una cuña francesa en este lado de los Pirineos). También heredaba los Países Bajos (1507-1714). En el atlántico, heredaba asimismo las posesiones de América. En el sur de Europa y en el mediterráneo heredaba Cerdeña, Sicilia (1282-1759), Nápoles (1504-1714) e incorporaba por derecho de conquista el Milanesado (1525-1714). Felipe II prosiguió la expansión en América y asumió la corona de Portugal por título de herencia (1578-1648) dando origen a la Unión Ibérica. Como es conocido, las alianzas familiares de los Habsburgo de España y Alemania, entraron en conflicto constante con Francia, Inglaterra y Países Bajos.

El monarca, tenía la titularidad del supremo poder político (denominado desde la Edad Media plena *potestas* y en la Edad Moderna soberanía) de cada uno de esos reinos y territorios que, aun así, conservaban su personalidad jurídico-política y sus instituciones propias; Cortes, Administración de justicia, Hacienda, etc. En suma, el Estado en la Edad Moderna orienta sus actuaciones y sus órganos a la consecución del bien común entendido como res publica. Los fines del Estado son por tanto lograr el bien común, mantener el orden interno, defender la nación frente al exterior, administrar justicia, y, sobre todo, defender la fe católica. Los súbditos estaban sometidos al rey por vínculos de naturaleza jurídico-pública, existiendo por tanto una tendencia a eliminar cualquier vinculación privada que pueda debilitar dicho lazo.

En el siglo XVIII asistimos al fenómeno de la Ilustración. En el terreno filosófico-teológico, la Ilustración se había caracterizado por el rechazo a la escolástica tradicional y su mundo de silogismos y dogmas religiosos. La ilimitada confianza en la capacidad de la razón llevará a dudar todo dogma religioso o creencia política o social que no pueda ser comprendido por las luces del intelecto. A ello había contribuido en no poca medida el optimismo generado por los "descubrimientos" científicos de Servet, Galileo, Copérnico, Kepler, Newton, etc. que permitían suponer que cualquier hecho natural (el movimiento de los astros, la caída de los cuerpos, etc. o social (la convivencia social, el orden o la autoridad) podía ser concebido o resuelto de acuerdo a leyes físicas y matemáticas. Recordemos el intento de Newton en el descriptivo título de su obra Principios matemáticos de Filosofía Natural" (1687). Los conocimientos heredados del pasado, ahora, ya no podían ser admitidos sin discusión: la Física sucedía a la Metafísica, la ciencia abstracta y especulativa era superada por la ciencia práctica y experimental. Mientras la ciencia tradicional se atrincheraba en la Universidad, los científicos ilustrados divulgaban sus ideas creando foros paralelos como Academias, Sociedades y divulgaban sus ideas en ambientes ilustrados en donde coincidían con los intelectuales del momento. La Ilustración penetró no solo

en la clase aristócrata, sino también en amplias capas de la clase media. Al no estar permitida la libertad de expresión o asociación, se recurría a la creación de Sociedades de Agricultura, Económicas, Patrióticas, Amigos del País, salones, cenáculos, logias masónicas, etc., verdaderos hervideros de ideas y consignas liberales que darán paso a las primeras formulaciones de la libertad de imprenta, reunión o asociación.

Desde el punto de vista sociopolítico, el rechazo del absolutismo y la necesidad de arbitrar instrumentos de control y limitación del poder político desembocaron en el principio de la soberanía popular con la consiguiente creación de Asambleas legislativas elegidas periódicamente, la fijación de catálogos de derechos y libertades en textos constitucionales, etc. La abolición de la sociedad estamental y sus privilegios, aunque dio paso al desarrollo de las clases sociales económicas, consagró la igualdad de todo ciudadano ante la ley.

Se suele fijar el año 1789 (la Revolución Francesa) como hito que marca el paso del Antiguo Régimen al sistema liberal. Las consecuencias de este proceso histórico fueron significativas en la medida en que, iniciando la consideración de la libertad y los derechos como facultades inherentes al hombre pero protegidas por la ley, contribuyó a la lenta desintegración del orden feudal y, sobre todo, estimuló la codificación de leyes políticas e incluso de otras materias comunes (códigos civiles, penales, procesales, mercantiles, etc.). Consagró la libertad de pensamiento y la tolerancia religiosa, en definitiva, la secularización del Estado. Al proporcionar cobertura legal al acceso al poder de la burguesía (censitaria), favoreció el capitalismo y la industrialización.

Concretamente, las consecuencias jurídicas de este decisivo tránsito que explica la revolución ideológica operada en el siglo XIX fueron, entre otras, las siguientes: A) La consideración del derecho como un sistema de protección de libertades subjetivas o esferas de inmunidad frente al poder del Estado. En decir, la existencia de derechos subjetivos como límite a la acción estatal. B) La emancipación del derecho natural respecto a la teología y el mos para tomar como nuevo punto de origen la Razón humana, es decir, la concepción de los *iura innata* como *ius gentium*, entendiendo como Humanidad no solo el orbe cristiano. C) La separación y autonomía del derecho natural respecto al derecho emanado del monarca, o dicho de otra manera, el principio de la soberanía popular en virtud del cual la ley es la voluntad popular (de una minoría ilustrada de acuerdo a la recta razón) y no sólo la voluntad del rey. D) Derivada de la anterior, la novedosa y afortunada distinción entre poder constituyente (depositario de todo poder y, por tanto, único legitimado para organizar la sociedad y redactar una norma constitucional) y poder constituido. E) Por último, también derivado del anterior, la existencia de una carta constitucional que, por definición, está por encima de cualquier otra ley, conllevaba los principios de jerarquía normativa y de legalidad, a cuya sombra se desarrollaron los mecanismos de control del Estado.

En el campo socioeconómico, el XIX supuso el definitivo triunfo del liberalismo económico, en íntima relación con la abolición de las pervivencias gremiales, es decir, con la libertad para ejercer cualquier arte, oficio o profesión. La libertad de circulación de bienes y mercancías (supresión de aduanas interiores), la protección más absoluta, tanto política como jurídica, de la propiedad y de los beneficios derivados de las actividades comerciales, etc. En definitiva, la pacífica y segura traslación del individualismo al terreno de la economía. Y será precisamente en este clima individualista de *laissez faire*, de reconocimiento y estímulo a la actividad comercial privada al margen de la intervención y proteccionismo estatal, donde se explica el nacimiento de la Revolución Industrial.

Sin embargo conviene no olvidar que el siglo XIX se suceden dos procesos diferentes: el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo democrático. El liberalismo, como es sabido,

fue la ideología que sirvió a la burguesía para limitar el poder y prerrogativas de la monarquía y la nobleza, pero trató de limitar el poder político, no de repartirlo entre todos ni, muchos menos aún, entre todos por igual. Aunque se admitiera una libertad o una igualdad natural, en el terreno de la praxis tales principios eran corregidos o moderados de modo que solo una minoría ilustrada y con capacidad económica, es decir, con intereses patrimoniales que defender tenía plenos derechos políticos. Así encontramos que en esta clase de textos constitucionales perviven situaciones anómalas o instituciones arcaicas como la servidumbre personal, el sufragio censitario exclusivamente masculino, el derecho de veto del ejecutivo a los proyectos del legislativo, la desigualdad jurídica de la mujer, etc.

En todo caso, la sustitución del Antiguo Régimen por el régimen liberal supuso la pérdida de protagonismo de los estamentos privilegiados en favor de una nueva clase: la burguesía. Pero la nueva clase burguesa instalada en el poder, reclamaba drásticas reformas legislativas que acabasen con el poder discrecional de los jueces (y demás agentes del monarca), las penas arbitrarias, la inseguridad de las leyes, redactadas de manera confusa, incongruente. En definitiva, exigía seguridad jurídica; leyes claras y breves agrupadas en un texto completo y de fácil acceso para el ciudadano. Comenzaba la codificación liberal.

Como se ha indicado, la idea esencial del Estado liberal descansaba en la necesidad de reducir la intervención del gobierno a las funciones estrictamente necesarias para asegurar las libertades. Y si estas consisten en poder hacer lo que no perjudique a otro, los límites precisos y seguros para no invadir la esfera de autonomía del individuo habrían de estar determinados por la ley. Este principio de legalidad, como conquista, no como hallazgo, ha de garantizar la libertad entendida como facultad para hacer todo lo que las leyes no castigan. Pero ¿quién y cómo se establecen los límites? A la anterior conquista jurídica, hay que añadir otra revolucionaria conquista política; el principio de la soberanía nacional (popular, para los más radicales). En su virtud, corresponde a los ciudadanos de cada país la redacción y aprobación de sus leyes, así como la decisión sobre la forma y sistema que ha de adoptar el Estado y el Gobierno (poder constituyente). A estos efectos, el dogma de la separación de poderes propuesta por Locke, desarrollada por Montesquieu y aplicada por Sieyès, fue un instrumento eficaz para delimitar el poder político.

Sin embargo, el liberalismo, a manera de caballo de Troya, llevaba en sus mismas entrañas, un incontenible germen, una imparable idea revolucionaria que alteraría hasta los mismos cimientos de la sociedad tradicional y daría lugar a una nueva concepción de la sociedad, de la política y del derecho. En definitiva; soberanía nacional, representación política, libertades civiles (de propiedad, de reunión, de expresión, de culto, etc.), división de poderes, imperio de la ley, Estado de Derecho, etc. son los principios jurídicos que contribuirán a transformar el viejo derecho y a alumbrar un nuevo Derecho público y privado (materializado generalmente en Constituciones y Códigos) que irá de la mano de una nueva generación de estadistas.

3. Poder y Derecho

Seguramente puede afirmarse que el *poder* y el *Derecho* son dos elementos inseparables en toda organización social y, quizá también, se hayan encontrado siempre en pugna por prevalecer uno sobre otro; parecen por ello elementos difícilmente conciliables pero, precisamente por ser contrapuestos, su equilibrio y armonía aportan uno de los más valiosos factores de organización a las sociedades humanas.

El problema de la relación entre el *poder* y el *Derecho* está estrechamente vinculado a la coexistencia entre *orden* y *libertad*; o entre *seguridad* y *progreso*, de ahí que sea necesaria su armonización, para que la fuerza innovadora del *poder* camine en el mismo sentido que los

principios y valores queridos por la sociedad y quede delimitado y limitado por el Derecho.

La conveniencia de controlar el poder político había sido ya motivo de preocupación en diversos autores a lo largo de la historia pero cobró mayor auge durante el siglo XVII, en la obra de J. Locke y, durante el siglo XVIII, en las teorías de Montesquieu, quien defendió el principio de separación de poderes como medio de control del poder político. Por otro lado, la repulsa contra el poder absoluto está en la base misma de la *Revolución Gloriosa* inglesa de 1688; en la *Declaración de Independencia* americana de 1776 y en la *Revolución Francesa* de 1789.

La mayoría de los Estados actuales se diferencian notablemente de las formas políticas preestatales y de las primeras manifestaciones estatales, cuya evolución, por otro lado, no ha sido idéntica en todos los países.

El Estado es una forma determinada de organizar la colectividad basada en la *institucionalización* del poder político, lo que supuso un avance notable respecto de formas anteriores de organización política. Hoy la polémica acerca de la desaparición del Estado ha sido sustituida prácticamente por la de la opción sobre una u otra configuración del mismo. No interesa tanto si el Estado es una forma de organización floreciente o caduca, sino cuál es el modelo de Estado que mejor puede cumplir las aspiraciones de los pueblos y aportar soluciones viables a los múltiples retos que tienen planteados las sociedades actuales.

No es fácil, pues, alcanzar una definición universal del concepto de *Estado* dada la multiplicidad de formas adoptadas en los distintos países del mundo. Pero pueden, sin embargo, extraerse conclusiones de carácter general en regímenes que participan de principios organizativos semejantes. Podemos, así, acercarnos a dicha definición tomando en consideración cuatro aspectos esenciales que, sin embargo, se han incorporado lenta y desigualmente a la estructura estatal y han tenido un reflejo también dispar en los Ordenamientos jurídicos, como son:

- La subordinación del poder político al Derecho y su control por éste (Estado de Derecho).
- Las relaciones entre el Estado y la economía (Estado liberal, Estado social).
La participación de los ciudadanos en la organización política (Estado democrático).
- La integración del Estado en organizaciones internacionales y supranacionales (Estado internacional y supranacionalmente integrado).

4. El Estado de Derecho.

La necesidad de controlar el poder político y someterlo a normas jurídicas alentó, como se acaba de exponer, la aparición de una forma de organización estatal que, finalmente, se ha conocido como *Estado de Derecho*¹. Concepción del Estado que se ha extendido progresivamente desde que, Robert von Mohl, en 1832, la formulara más nítidamente tras su aparición en los primeros años del siglo XIX en el Derecho alemán. El Estado de Derecho pretende consolidar un modelo de Estado basado en la *limitación jurídica del poder*. Podríamos así definir el *Estado de*

¹ Pueden consultarse entre otros: ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E., DOEHRING, K.: *El Estado social*, CEC, 1986. GARCIA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 1977. GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, 1984. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Introducción al Régimen Constitucional Español*, 3ª ed., Sanz y Torres, 2003. *Derechos Constitucional Europeo: Derechos y Libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 2005; reimpresión, 2008. TORRES DEL MORAL, A.: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, UCM, 2010.

Derecho como una forma de Estado en el que el poder se encuentra efectivamente limitado y controlado por el Derecho.

La fórmula originaria del *Estado de Derecho* incorporaba tres principios: el *imperio de la ley*, la *división de poderes* y el reconocimiento de ciertos *derechos y libertades*.

- a) El imperio de la ley.

Doctrinalmente se ha defendido unas veces que el concepto de *imperio de la ley* se cumple con la existencia de leyes previas y conocidas, haciendo abstracción del origen de las mismas y otras que dicho principio precisa inexcusablemente que la ley sea expresión de la voluntad popular, en cuyo caso debe ser elaborada y aprobada por la representación del pueblo libremente elegida. Sólo en este segundo caso puede afirmarse que el Derecho actúa de límite del poder político. No debe confundirse un *Estado legal* con un *Estado de Derecho*, pues sólo en este último el Derecho es verdadero límite del poder.

- b) La división de poderes.

La teoría de Montesquieu sobre la división del poder político se acoge en el modelo de *Estado de Derecho* como una fórmula instrumental que consolida la subordinación del ejercicio del poder político al Derecho mediante la separación del mismo en distintos órganos que asumen funciones diversas y que contribuyen al control recíproco de todos ellos.

- c) El reconocimiento de los derechos y libertades.

La adopción del principio del *imperio de la ley* impulsó el reconocimiento jurídico positivo de unos derechos básicos y su incorporación a textos escritos superando su formulación meramente filosófica. Muestras de ello son la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, de 1776, y la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789. En este punto, el Estado de Derecho no alcanzó sino a propugnar el reconocimiento de un elenco de derechos básicos eficaces sólo para una parte mínima de la población. Con todo, supuso un importante avance respecto de la situación anterior y permitió la evolución posterior de las declaraciones de derechos y la incorporación a las mismas de los derechos económico-sociales. Tanto la formulación teórica del *Estado de Derecho* como sus primeros modelos históricos presentan dos problemas de relevancia: el de la legitimidad de la creación del Derecho y el contenido básico de ese Derecho.

En cuanto a la legitimidad de la creación del Derecho es relevante señalar que el *Estado de Derecho* no va unido, en sus orígenes, al concepto de democracia, elemento que se incorporará más tarde a la teoría del Estado de Derecho. Cuando comenzó a utilizarse la expresión Estado de Derecho en el siglo XIX, el objetivo era conseguir que el poder político quedara sujeto a ciertas normas, por elementales que éstas fueran y cualquiera que pudiera ser la fuente de las mismas. Sin embargo, tempranamente esta inicial posición teórica se transformó en una exigencia mayor y se defendió que la expresión Estado de Derecho tiene una innegable carga valorativa que implica que el Derecho debe ser elaborado conforme a un procedimiento que garantice que se constituya como un verdadero límite del poder político. Así, pues, no todo Estado que aparentemente se encuentre limitado por normas jurídicas es un Estado de Derecho; solo lo será aquél en el que el Derecho sea legítimo, es decir, se elabore conforme a un procedimiento legítimo. Hoy este procedimiento alude directa e inexcusablemente al sistema democrático.

El segundo de los problemas de la teoría del *Estado de Derecho* se encuentra en el contenido del Ordenamiento jurídico que sirve de cauce al poder político. La propia formulación del *Estado de Derecho* en los comienzos del siglo XIX se produce en un contexto histórico concreto, el de un liberalismo que propugnaba unos derechos predemocráticos propios de la burguesía de la época. No son derechos económicos ni sociales, ni se extienden a toda la población.

Hoy el fin último de esta fórmula de organización de la sociedad es la garantía de la libertad a través del reconocimiento y tutela de los derechos y libertades de las personas. Nuevamente aparece de manera insoslayable la necesidad de la participación democrática de los ciudadanos en la elaboración del Derecho, de tal manera que los sujetos de esos mismos derechos -los ciudadanos- sean los que los incorporen al Ordenamiento jurídico.

Puede defenderse que, en la actualidad, es necesario matizar el originario concepto de Estado de Derecho y hacerlo descansar en los siguientes elementos:

- La delimitación de la acción del poder mediante el Derecho.
- La elaboración democrática del Derecho.
- Un contenido mínimo del Ordenamiento jurídico:
 - ✓ reconocimiento y tutela eficaz de los derechos y libertades fundamentales;
 - ✓ distribución del poder político distinguiendo en varios órganos, como medio de evitar la concentración del mismo y facilita su control;
 - ✓ responsabilidad de los poderes públicos.

Así entendido el *Estado de Derecho* se opone y se diferencia de cualquier otra formación estatal de carácter absoluto o totalitario que se caracterizan esencialmente por el ejercicio del poder político sin sometimiento ni sujeción a un Ordenamiento democráticamente elaborado. 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 definir.

El *Estado de Derecho* expuesto hasta aquí se ha manifestado históricamente a través de “modelos” concretos que pueden clasificarse de la siguiente forma: *Estado liberal de Derecho*; *Estado social de Derecho* y Estados social y democrático de Derecho (consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución española). Veamos primero los caracteres de los dos primeros modelos para, después, analizar la fórmula constitucional del *Estado social y democrático de Derecho*.

5. El Estado liberal.

5.1. Concepto.

El *Estado liberal de Derecho* es efectivamente la primera formulación histórica del teórico Estado de Derecho. Numerosos países se dotaron de una Constitución escrita durante el régimen liberal en un intento de formalizar jurídicamente y elevar a rango normativo supremo la idea en la que descansaba la construcción del Estado de Derecho y el fin primario que se pretendía con el mismo: la limitación jurídica del poder como garantía de las libertades individuales.

Este *Estado liberal de Derecho* se apoyó, de una parte, en la *separación entre la sociedad civil y el Estado*, entendiendo la primera como la vida 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. 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.

De otra parte, el Estado liberal *contempló al individuo aisladamente*, rechazó la realidad grupal y, en consecuencia, se generalizó la prohibición de las organizaciones intermedias entre el Estado y el individuo (asociaciones, partidos políticos, agrupaciones sociales,...)

Hizo fortuna respecto de este modelo de Estado 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* económico. 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.

5.2. La lucha por la democracia en el Estado liberal.

El *Estado liberal* no era en su origen un *Estado democrático* y ya durante su vigencia surgieron movimientos en favor de la incorporación de elementos democráticos a su estructura. En un primer momento, estos movimientos tienen carácter revolucionario y se basan en la idea de la *igualdad*. Sin embargo, estas reivindicaciones perdieron progresivamente su carácter revolucionario y se integraron poco a poco en las instituciones².

5.3. La crisis del Estado liberal.

El Estado liberal hizo crisis porque no supo dar respuestas válidas a los problemas de la sociedad de su época. La crisis del *Estado liberal de Derecho* se produjo esencialmente en dos ámbitos:

- En el *ámbito político* las estructuras liberales no resistieron las reivindicaciones democráticas y los cambios que debían operarse para dar entrada a las nuevas concepciones. No supo articular las garantías que aportaba la fórmula del *Estado de Derecho* con la necesidad de dar entrada a una política social basada en cierta igualdad real, no meramente formal.
- En el plano *económico* la práctica demostró que el *mercado* dejado a su libre arbitrio no produce armonía sino desigualdad, discriminación y por ello marginalidad con la consiguiente tensión social, además, el Estado liberal se vio abocado a asumir servicios públicos de manera creciente que, por su falta de rentabilidad, no eran acometidos por la iniciativa privada; ello no podía lograrse sino a través de la vía impositiva lo que llevaba aparejado un inevitable crecimiento de la estructura estatal y una creciente presión económica sobre los ciudadanos
- Esta incipiente actividad interventora dio lugar a la primera corrección del modelo liberal clásico: *el régimen administrativo de servicios públicos*. Las exigencias inherentes a la construcción del ferrocarril iniciaron el proceso que continuó con la gestión de los servicios de correos y telégrafos, cierta intervención en el comercio, la

² Ver el apartado 6, “La democracia” en este mismo Capítulo.

industria y la enseñanza. Con todo, tampoco este modelo intermedio pudo dar solución a los cada vez más complejos problemas de la sociedad liberal.

El Estado liberal abstencionista, como venimos diciendo, demostró su incapacidad para dar solución a los múltiples problemas que, cada vez con más frecuencia, aparecían en la sociedad. La sociedad, como señala M. García Pelayo, dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad. Ante esta situación parecía evidente que el modelo de Estado liberal no podía mantenerse y la transformación llegó de la mano del intervencionismo económico a través de un nuevo modelo de Estado: el *Estado social*.

6. El Estado social

6.1. Concepto.

La expresión *Estado social de Derecho* se debe a H. Heller que la formula en 1929. Aunque la expresión Estado social cobijó históricamente algún régimen totalitario, en estas páginas nos referimos al Estado que, partiendo de la originaria fórmula del Estado de Derecho, intenta superar las contradicciones a las que había llegado al Estado liberal.

La Primera Guerra Mundial puso fin a la economía libre de mercado y con ella a la teoría de que el individuo debía atender a las necesidades de su existencia individual sin apoyo estatal alguno. A partir de entonces, se defiende, por el contrario, que el Estado debía adoptar las medidas precisas para que los ciudadanos pudieran subsistir incluso en circunstancias de necesidad. El dualismo entre el Estado y la sociedad civil deja paso a una concepción distinta de las relaciones entre lo público y lo privado en la cual el Estado debe implicarse en la defensa de las condiciones de la existencia individual. Mientras que el Estado liberal se caracterizaba por el abstencionismo, el Estado social se define por el *intervencionismo*. La intervención del Estado se manifiesta en el plano económico, pero, a través de él, alcanza a otros importantes aspectos de la vida de los ciudadanos.

La emergencia del *Estado social* supone cambios profundos, el modelo liberal del Estado de Derecho ha sido corregido y sobrepasado por el modelo social, pero el Estado social no es la negación del Estado liberal, ambos son Estados de Derecho, aunque de signo y alcance diferentes. Se constata que hay que superar la declaración formal de los derechos y libertades para alcanzar su ejercicio efectivo y ello no puede lograrse si no es mediante la intervención estatal, corrigiendo las desigualdades y armonizando los diversos sectores de la sociedad.

Los nuevos postulados defendidos por el *Estado social* exigían, por un lado, cambiar el estatuto del ciudadano, que no debe ser ya sólo una persona integrada en un país política y jurídicamente sino también económica, social y culturalmente; y, por otro lado, era necesario transformar el poder político para que dejara de ser meramente abstencionista y se convirtiera en el factor de ordenación de la sociedad.

6.2. Caracteres del Estado social

Como venimos diciendo, el Estado Social de Derecho presenta caracteres sustancialmente distintos de los que articularon el precedente Estado liberal de Derecho, entre los que deben ser destacados los siguientes:

- a) El intervencionismo.

Como se ha dicho antes, el *Estado social* asume la tarea de garantizar, aunque sea indirectamente, la subsistencia; es un Estado de prestaciones y de redistribución de riqueza, esto supone que el hombre traslada al Estado la exigencia de su seguridad y una parte importante de la garantía de su existencia.

El *Estado social de Derecho* interviene en la sociedad civil y asume lo que García Pelayo denominó la *procura existencial*, utilizando para ello la intervención sistemática y organizada en la economía y la redistribución económica con fines de igualdad y de justicia.

Pero la *procura existencial* rectamente entendida significa crear las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades humanas y no la mera asistencia puntual a casos concretos. El *Estado social* no es solamente un *Estado benefactor* sino que su alcance debe ser el de transformar progresivamente las condiciones sociales de forma que se elimine la desigualdad, la necesidad y la opresión.

El Estado social opera directa o indirectamente en el mercado, en las relaciones económicas interiores y en el plano internacional aunque no necesariamente debe asumir la titularidad de los medios de producción. Para el Estado Social lo esencial es la redistribución; en este modelo de Estado, el sector público y el sector privado interactúan, al igual que el sistema político y el sistema social.

b) El Derecho.

Cabría preguntarse si puede existir un Estado social, redistribuidor, interventor en la economía e incluso benefactor y protector de los individuos y de los grupos humanos sin sometimiento al Derecho. En principio la respuesta podría ser afirmativa. También los Estados totalitarios pueden ser benefactores, de forma, eso sí, arbitraria y normalmente sesgada. No tratamos ahora de ese modelo de Estado sino de aquel que es social pero cuya actividad queda sometida al Derecho.

El *Estado social*, como Estado *macrointerventor*, maneja gran parte del Producto Interior Bruto (PIB) y, en consecuencia, incide en prácticamente todas las decisiones importantes de los individuos. Si ya quedaba justificada la limitación del poder político por el Derecho en el Estado liberal abstencionista, ahora, el control jurídico del poder resulta todavía más necesario.

La subordinación del poder al Derecho no es una exigencia particular de la intervención económica ni de la redistribución, sino que es el resultado de la incorporación del elemento jurídico al Estado social. Por lo tanto, si el *Estado social* lo es también *de Derecho* este último elemento debe configurar la actuación social del poder.

c) El principio de igualdad y la incorporación de los derechos económicos.

Bajo el *Estado liberal*, la mera declaración de igualdad formal no hacía efectivamente iguales en oportunidades a los hombres; la libertad era una mera palabra para todos aquellos que no disponían de lo necesario para subsistir. Las diferencias sociales y la crisis económica y social acabaron con esta concepción. La emergencia del Estado social supone la superación de la interpretación meramente formal de los derechos y libertades para alcanzar su ejercicio efectivo y su plena garantía.

Pero, además, la acción social de este nuevo Estado precisaba inexcusablemente de la formulación de nuevos derechos de contenido económico y social. Desde el primer tercio de este siglo y con desigual fortuna, los distintos ordenamientos constitucionales han ido incorporando a

sus textos los derechos económico-sociales. La Constitución mexicana de 1917 fue precursora de esta tendencia; la Constitución italiana de 1947; la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y, más tarde, la Constitución portuguesa de 1976 siguieron la misma línea. En España, la Constitución republicana de 1931 inició la incorporación de los derechos económico-sociales y la Constitución de 1978 ha mantenido y afianzado esta constitucionalización. En todo caso, tal cobertura jurídica actúa, en primer lugar, como un reconocimiento expreso de la insuficiencia de los derechos defendidos por la burguesía liberal y, en segundo lugar, como pauta y exigencia de actuación de los poderes públicos.

Por otro lado, con la interpretación exclusivamente formal del principio de igualdad no era posible acometer transformación alguna de las estructuras sociales liberales. El Estado social debía, pues, completar esta interpretación del principio de igualdad de manera que le permitiera nivelar la desigualdad en la que se desenvolvía la vida de gran parte de los ciudadanos. Surge así el concepto de *igualdad real y efectiva* que permite al legislador distinguir entre las distintas condiciones en que se encuentran los ciudadanos individual o grupalmente considerados.

El *Estado social*, sin embargo, no podía prescindir del concepto jurídico formal de igualdad, por lo que ambas interpretaciones debían ser integradas en la práctica de este modelo de Estado. No podía adoptarse una concepción puramente formalista de la igualdad equivalente a la generalidad de la ley cuya insuficiencia había sido ya demostrada; debía, pues, atenderse a los elementos que diferenciaban a categorías y grupos de ciudadanos, aunque sin llevar tan lejos esta diferenciación que se destruya la seguridad jurídica y el mínimo nivel de trato igual.

La práctica, pues, debe tender a la *distinción sin discriminación*; es decir, el legislador puede y debe distinguir a grupos de ciudadanos y configurar una cierta generalidad con los supuestos comunes, pero este trato no debe ser excluyente del principio más general de la igualdad ante la ley que alcanza en gran número de casos el mayor exponente del principio de igualdad.

6.3. La crisis del Estado social

Hacia la mitad del siglo el Estado social se conoce también como *Estado de bienestar social*, nombre en el que se manifiesta con toda nitidez la tendencia a controlar el poder económico para cumplir las dos funciones que le resultaban esenciales: mantener su propia estructura y asegurar el bienestar de la sociedad.

El Estado así concebido ha ocupado en numerosos países el período comprendido entre la Segunda Guerra Mundial y la crisis energética de 1973. Durante este tiempo el Estado interventor ha aplicado el gasto público y la programación económica a la consecución de ciertos efectos redistributivos. Ha consolidado, por otro lado, su posición como árbitro y garante de las condiciones de vida de los ciudadanos. Ahora bien, estos efectos sólo han podido llevarse a cabo en una época de cierta expansión económica. En los últimos años, por el contrario, las críticas al Estado social se han hecho más patentes. La crisis económica generalizada que padecen muchos de los países conformados como sociales han puesto a los gobiernos ante una difícil disyuntiva: aumentar en exceso el gasto público y consiguientemente el déficit o disminuir las prestaciones sociales. De otra parte, los ciudadanos no sólo no renuncian a la ayuda del Estado sino que incluso la demandan con más ahínco en épocas de recesión económica. Por último, el aumento imparable del déficit público puede llevar a la quiebra del Estado tanto en el interior como en sus relaciones internacionales.

Por otro lado, el creciente intervencionismo estatal también ha levantado voces de protesta en el plano social, pues se alega que su creciente dirigismo elimina cada vez más amplios campos de libertad individual. Tal afirmación no se encuentra ayuna de argumentos y sólo puede

neutralizarse el problema mediante la participación de los ciudadanos en la organización de la sociedad, a través, pues, de la democracia. La participación del pueblo permite que las actuaciones del Estado no se configuren como dictados unilaterales de éste sino que se encuentren apoyados en un consenso social y respondan a demandas realmente sentidas por la sociedad.

La desaparición del Estado social parece en la actualidad muy poco probable. Los logros obtenidos en materia de seguridad social, sanidad, cultural o trabajo no son renunciables ni fácilmente suprimibles. Pero las cambiantes situaciones económicas y los distintos programas de los partidos políticos gubernamentales sí pueden incidir en una mayor o menor intervención estatal en la economía y el consiguiente aumento o disminución de las prestaciones sociales. En todo caso, se trataría no de la eliminación del Estado social sino de la reelaboración doctrinal del mismo y su transformación para adaptarlo a las necesidades de las sociedades actuales.

7. La democracia

Como se ha señalado en epígrafes precedentes, la teoría del Estado de Derecho no incorporaba la democracia como elemento sustancial del modelo. La democracia incorporará progresivamente a los diferentes modelos de Estados de Derecho hasta llegar a constituirse en el elemento esencial del mismo. Podemos diferenciar en el elemento democrático un aspecto *político* y un aspecto *social*:

- El aspecto *político* de la democracia la muestra como una fórmula o instrumento técnico de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, en la elaboración de las leyes y en el control de los gobernantes,
- El aspecto *social*, como una forma u organización de la vida social, económica, cultural, religiosa, mediante unos principios básicos de convivencia que se fundamentan en el respeto de la persona y de los derechos y libertades que les son propios.

Ambos sentidos participan en la fórmula de *Estado de Derecho* pues aportan a ésta tanto unas técnicas de participación que legitiman el ejercicio del poder y su control como unos principios básicos de convivencia que se fundamentan en el respeto de la persona y de los derechos y libertades que le son propios.

En los orígenes del Estado constitucional de democracia estaba unida a la idea de *igualdad* y al *autogobierno directo del pueblo*; por eso tenía sus defensores pero también sus detractores. La democracia directa, como ha señalado Sartori, ha tenido escasa vigencia en las sociedades como forma única de participación política; el autogobierno es difícilmente aplicable en la práctica. Enseguida comenzó un proceso que llevaría a la elaboración teórica del sistema representativo de forma que hoy hemos terminado hablando, casi sin excepción, de democracia representativa por mucho que en sus orígenes ambos conceptos -democracia y representación- resultaran antitéticos.

Tal y como se ha afirmado ya, tampoco el *Estado de Derecho liberal* era en su origen un *Estado democrático* aunque ya durante su vigencia surgieron movimientos en favor de la incorporación de elementos democráticos a su estructura. En un primer momento, estos movimientos tuvieron carácter revolucionario y se basaron en la idea de la *igualdad*. Sin embargo, estas reivindicaciones perdieron progresivamente su carácter revolucionario y se integraron poco a poco en las instituciones. Desde ellas propugnan fundamentalmente el principio de *soberanía popular* y el *sufragio universal* aunque en estos momentos tal reivindicación solo se refería al sufragio masculino (por lo que, realmente, no era un auténtico sufragio universal). Con todo, hasta finales del siglo XIX y principios del XX no se logra el sufragio universal masculino de

forma generalizada, y el sufragio universal masculino y femenino no llega hasta más tarde, avanzado el presente siglo, cuando ya el Estado liberal de Derecho prácticamente ha sido sustituido en muchos países por el Estado social de Derecho.

Al Estado liberal de Derecho clásico le corresponde un sistema de gobierno por lo general monárquico, que se corresponde con las llamadas *monarquías limitadas*, en las cuales el rey ya no posee un poder absoluto, pero sigue conservando amplias facultades ejecutivas y comparte, con el Parlamento, el poder legislativo a través del derecho de veto sobre las leyes aprobadas por el propio Parlamento. Las reivindicaciones democráticas de este Estado liberal también alcanzarán al sistema de gobierno; se produce una progresiva pérdida de funciones del monarca e, incluso, en algunos países la Monarquía es sustituida por la República. El Poder Ejecutivo es asumido cada vez más por Gobiernos que precisan la confianza del Parlamento y que son responsables políticamente ante éste.

El Estado liberal acoge el principio de igualdad en su manifestación *formal* o de *igualdad ante la ley*, que parte de la premisa de que todos los individuos son iguales con independencia de sus circunstancias personales, por lo que la igualdad debe manifestarse en una *ley general* aplicada sin distinciones. Este concepto de igualdad rompe con los privilegios y exenciones propios de la sociedad estamental y somete a los ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico. Esta interpretación del principio de igualdad resultó claramente insuficiente; la realidad demostraba que la premisa en la que se basaba el principio de *igualdad formal* o *igualdad ante la ley* era falso: los individuos no nacían iguales y sus circunstancias personales eran plurales y cambiantes a lo largo de su vida.

Las reivindicaciones democráticas propugnaron un cambio en la interpretación del principio de igualdad que progresivamente fue abriéndose a la consideración de las circunstancias personales de los individuos y de determinados grupos de población.

Si bien el Estado liberal de Derecho no llegó a ser democrático, las demandas que se produjeron durante los últimos años de su vigencia coadyuvaron a la superación de este modelo y la implantación del Estado social con el cual se avanzó en la democracia.

Con la llegada del Estado Social de Derecho y tras la Segunda Guerra Mundial, el sufragio universal fue paulatinamente extendiéndose y, avanzado el siglo XX, puede afirmarse que la mayoría de los países que respondían a este modelo de estado habían incorporado el sufragio universal, activo y pasivo, tanto femenino como masculino.

En los modernos Estados el elemento democrático, en sentido político, aporta al Estado de Derecho al menos:

- Los mecanismos que permiten la participación libre y eficaz de los ciudadanos.
- Los mecanismos eficaces de exigencia de responsabilidad a los poderes públicos.
- La posibilidad de modificar las opciones políticas adoptadas, de forma que en ningún caso la sociedad se encuentre presa de sus propias decisiones y se permita siempre el cambio.

Y este mismo elemento democrático aporta al Estado social (que para serlo realmente debe serlo de Derecho) la igualdad como principio jurídico y político sin merma de la libertad individual y de la garantía de los demás derechos y libertades individuales.

Por otro lado, en el Estado Social la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos no se reduce a ejercer el derecho de sufragio sino que igualmente se manifiesta en la participación de éstos en las instituciones de democracia directa y en otros modos de participación institucional y su incorporación a una pluralidad de asociaciones y grupos sociales y políticos.

Sin duda, esta mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos ha sido posible gracias al cambio de actitud que el Estado social manifiesta hacia el fenómeno asociativo y

respecto a la existencia de grupos sociales y políticos, lo que ha permitido afirmar a un sector de la doctrina que nos encontramos en un *Estado de asociaciones*. Mientras el Estado liberal prohibió en un principio, y, más tarde, se mostró indiferente frente a las asociaciones y los grupos, el Estado social se apoya en estas instancias colectivas para llegar a los problemas individuales.

Como se expone a continuación, finalmente la democracia es el elemento que da sentido al Estado de Derecho en la actualidad. No es posible defender hoy la existencia de un verdadero Estado de Derecho si el mismo no está basado en el sistema democrático. El Estado de derecho se ha convertido en una estructura democrática a través de la participación efectiva de los ciudadanos en la organización política, el reconocimiento de la soberanía del pueblo, el sufragio universal y el pluralismo político y social

8. El Estado social y democrático de Derecho en el artículo 1.1 de la Constitución.

De conformidad con lo que hemos expuestos, puede afirmarse que los constituyentes de 1978 se encontraron con una realidad estatal muy extendida en los países europeos que se estaban tomando como ejemplo en la regulación de artículos concretos de nuestro texto constitucional en los que el Estado de Derecho de corte clásico, burgués y liberal, estaba ya muy lejos. Esa realidad no era otra que:

- la de un Estado, jurídicamente limitado (Estado de Derecho);
- Con fines de nivelación de la desigualdad y del logro de la justicia social (Estado social);
- Y, de manera inexcusable, un Estado en el que se reconocieran el pluralismo político y la participación de los ciudadanos (democracia).

Los constituyentes de 1978 adoptaron finalmente, en el artículo 1.1 de la Constitución una fórmula que intenta sintetizar la evolución del Estado hasta ese último tercio del siglo XX en el que se redacta el texto español: *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...*", siendo lo más peculiar, además de su evidente carácter solemne y didáctico, la inclusión del término *democrático*.

El concepto utilizado es predominantemente teórico, aunque las especiales circunstancias de nuestro país en 1977-78 justificaban el deseo de acudir a expresiones directamente relativas a la democracia. La fórmula recogida en la Constitución -Estado social y democrático de Derecho- tiene su precedente más directo en la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, que en su artículo 20.1 dispone: *La República Federal Alemana es un Estado federal, democrático y social*.

Como ha señalado Garrarena Morales, el modelo de *Estado social y democrático de Derecho* incorporado al artículo 1.1 del texto fundamental *constituye* al Estado, lo configura, normativa e institucionalmente, en el nivel fundamental que cimienta a todo el Ordenamiento jurídico; no supone una mera adición que podríamos formular como: *Estado de Derecho + Estado social + Estado democrático*, sino que cada uno de estos conceptos se influyen, condicionan y limitan mutuamente de manera que es su síntesis lo que define la fórmula de *Estado social y democrático de Derecho*. La idea de límite y control del poder preside el texto constitucional, mientras que los principios básicos del Estado social han sido acogidos igualmente por la Constitución, en el reconocimiento de la igualdad formal (art. 14 CE) y de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE), en la regulación de un sistema económico corregido por la intervención pública y en el reconocimiento y garantía de determinadas libertades de contenido social.

En cuanto al término *democrático* implica una determinada forma de concebir el sistema político y, específicamente entre otros relevantes aspectos, el reconocimiento de la soberanía

popular (art. 1.2 CE); del pluralismo político y sindical entre otros (art. 6 y 7 CE), de la participación de los ciudadanos (art. 23 CE).

El Estado jurídicamente limitado, que fue la aspiración primera, actúa en la sociedad e interviene en ella no sólo de forma coyuntural sino con afán remodelador y configurador de la realidad conforme a unos principios aceptados por la sociedad misma; intervención legítima y democrática pues se lleva a cabo garantizando la participación ciudadana y el respeto y libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. Esta interpretación integrada permite ver en la unidad de una única fórmula estatal (el Estado social y democrático de Derecho) lo fundamental de cada una de las formas teóricas estudiadas.

A modo de conclusión, el *Estado social y democrático de Derecho* supone la integración en el Ordenamiento jurídico de, al menos, los siguientes elementos:

- Soberanía popular, de la que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE).
- Legitimación de los gobernantes por medios de elecciones periódicas por sufragio universal y con pluralidad de opciones políticas.
- Separación de poderes y sometimiento de los gobernantes a la ley; control y responsabilidad por sus actos.
- Defensa de la Constitución por el Tribunal Constitucional.
- Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades, incluidos los derechos económico, sociales y culturales.
- Consecución de la igualdad real y efectiva a través de la actividad promocional de los poderes públicos.
- Intervención de los poderes públicos en la economía y subordinación de ésta al interés general.
- Promoción de la integración de los ciudadanos en organizaciones políticas y sociales para favorecer la participación de todos y el control.

Se trata, pues, de un modelo de Estado que pretende consagrar las conquistas conseguidas tanto por el *Estado liberal* como por el *Estado social* incidiendo fundamentalmente en la democracia como elemento definidor del régimen. Así entendido el Estado social y democrático de Derecho no es un modelo cerrado, sino abierto e implementable.

CAPÍTULO II

Los derechos: origen y evolución

Javier Alvarado Planas
Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones
UNED

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

SUMARIO. 1. Derechos y libertades: origen y evolución. 1.1. Introducción. 1.2. Los derechos hasta la llegada del Estado constitucional. 1.2.1. La Baja Edad Media. 1.2.2. La escuela española del Derecho Natural. 1.2.3. El Humanismo renacentista y la Reforma. 1.3. Los derechos en los orígenes del Estado constitucional. 1.3.1. Documentos ingleses del siglo XVII. 1.3.2. Las declaraciones americanas de los siglos XVII y XVIII. 1.3.3. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1.4. Los derechos durante los siglos XIX y XX. 2. Las generaciones de derechos. 2.1. El Estado liberal de Derecho: la primera y segunda generaciones de derechos. 2.2. El Estado social: la tercera generación. 2.3. El Estado social: la cuarta generación de derechos. 3. El sistema de derechos y libertades

1. Derechos y libertades: origen y evolución

1.1. Introducción

La lucha por la libertad ha estado presente a lo largo de la historia de la Humanidad y ha representado la constante reivindicación de la persona por autodeterminar su propia vida. Si bien puede resultar difícil definir la libertad, sí puede afirmarse que ésta se encuentra en la base sobre la que descansa el reconocimiento y tutela de los demás derechos humanos. En última instancia se trata de aceptar que el poder debe frenar sus impulsos ante determinados ámbitos humanos donde es el sujeto el único soberano.

El problema jurídico de la libertad y de los demás derechos no es tanto su reconocimiento jurídico formal cuanto su manifestación en el ámbito social. En este sentido, puede afirmarse que la libertad completa diferentes aspectos de la vida de las personas y que en los actuales regímenes democráticos el reconocimiento de la libertad: a) permite el desarrollo libre del sujeto individualmente o a través de los grupos en los que se integra como el logro de sus objetivos e intereses vitales; y también posibilita su contribución como ciudadanos al desarrollo de la organización social, la libertad política y la de participar en los asuntos públicos.

Tiende así la libertad a completar los dos grandes ámbitos de la vida del hombre: lo público y lo privado; lo personal y lo social. Esta libertad, por otro lado, no se muestra en los ordenamientos actuales en abstracto, sino que se manifiesta en una pluralidad creciente de

derechos y libertades concretos que se refieren a ámbitos determinados de la vida del hombre. El reconocimiento de los derechos no es sino el reconocimiento de esferas de la vida del sujeto en la cual éste es soberano y actúa libremente, a la vez que dicho ámbito queda protegido de intromisiones de los poderes públicos y de las acciones de otros sujetos.

En el estudio de los derechos y libertades ha hecho fortuna la expresión *Derechos Humanos* para expresar el objeto de esta lucha por la libertad, aunque, como veremos, la terminología es más amplia. El concepto de *Derechos Humanos* no alcanzó su formulación más depurada hasta tiempos recientes, producto de las aportaciones de la teoría filosófica y de la práctica política. Es difícil por ello encontrar en otras épocas los requisitos que se consideran propios de los *Derechos Humanos*. Son requisitos del concepto de Derechos Humanos, entre otros, los siguientes:

- a) Incorporar una *pretensión moral* o consagrar un derecho básico.
- b) Poseer un cierto grado de *universalidad* o *generalidad*.
- c) Incorporar *garantías efectivas* para su cumplimiento o exigibilidad (jueces independientes, separación de poderes...).

En definitiva, la evolución de la categoría jurídica *Derechos Humanos* se desarrolla no sólo al calor del pensamiento moderno, sino también en el contexto histórico de la crisis política, económica y social del Antiguo Régimen; se trata, pues, de un concepto moderno y, por tanto, difícilmente reproducible o reconocible en coordenadas históricas distintas. Con todo quizá resulte necesario analizar, aunque sea someramente, los precedentes de tan importante categoría.

1.2. Los derechos hasta la llegada del Estado constitucional

1.2.1. La Baja Edad Media

Hasta avanzado el Medievo no puede afirmarse que exista realmente un reconocimiento de los derechos de los hombres en su relación con el poder político. Ni la Grecia ni la Roma clásicas se plantearon el problema en estos términos, puesto que la distinta condición de los *hombres libres* y de los *esclavos* era considerada una distinción *natural*. Tampoco el cristianismo, aun con su defensa de la dignidad del hombre, llega a definir esferas de inmunidad frente al poder; todo lo más, alcanza a reivindicar los ámbitos humanos que debían quedar bajo la potestad del poder religioso y, por ello, sustraídos al poder político civil.

En la Baja Edad Media los primeros derechos, muy sucintamente reconocidos, no alcanzan sino a una pequeña parte de la población, pues la sociedad, dividida en estamentos u órdenes sociales, margina a importantes sectores de la misma. Los privilegios medievales no tienen alcance general, carecen de sistemática y muy frecuentemente tienen carácter temporal. Por todo ello, en esta época no es posible afirmar la existencia de los *Derechos Humanos*, puesto que el reconocimiento de algunos derechos tal y como hemos expresado no llevaba aparejada prácticamente ninguna de las características que hemos señalado como propias de esta categoría ni existía verdadera conciencia de estar defendiendo auténticos derechos o libertades de la persona³.

En España, los *fueros* o *cartas pueblas* medievales recogían privilegios locales cuyo contenido, fundamentalmente fiscal o económico, se apartaba de las modernas declaraciones

³ ALVARADO PLANAS, J.: «Origen de los Derechos Humanos», en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coord): *Los Derechos en Europa*, UNED, Madrid, 1997, pág. 21.

de derechos. La consideración medieval del derecho como privilegio personal o local convertía a las aldeas o concejos amparadas por un fuero en zonas inmunes frente al poder de la nobleza y del monarca, pero dentro de esas islas jurisdiccionales se prolongaban las desigualdades jurídicas del exterior. Fuera de nuestras fronteras, la *Carta Magna* inglesa (1215) es ejemplo paradigmático de lo que hemos expuesto. En ella el rey Juan Sin Tierra se obligaba a respetar ciertos derechos de los barones de su reino que éstos ya ejercían con anterioridad, pero no deja de ser un documento que refleja las tensiones del mundo feudal y vasallático.

1.2.2. La escuela española del Derecho Natural

La llegada de los españoles a América y los excesos inicialmente cometidos por los conquistadores y colonos en aquellas tierras, suscitó en España una importante polémica acerca de los *justos títulos* de los españoles en América y del trato que debían recibir los indios, debate en el que destacaron Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria⁴, este último creador de la *Escuela de Salamanca*, los cuales enunciaron una serie de principios entre los que se encontraban el reconocimiento de que todos los hombres nacen igualmente libres y que, por ello, poseen capacidad para elegir a sus gobernantes que deben actuar siempre en interés del pueblo. La influencia de esta doctrina permitió la aprobación de las *Leyes de Burgos* de 27 de diciembre de 1512 y de las *Leyes Nuevas* de 20 de noviembre de 1542 protectoras de los derechos de los indios y abrieron en nuestro país la vía para el reconocimiento posterior de otras libertades.

1.2.3. El Humanismo renacentista y la Reforma

Aunque son fenómenos distintos ambos contribuyeron a la conceptualización de los Derechos Humanos que continuará, dos siglos después, con la Ilustración. El Humanismo, como es conocido, fue un movimiento intelectual que se desarrolló en Italia en el siglo XV (el *Quattrocento*) y que se difundió por Europa durante el siglo XVI, que adoptó los ideales de la cultura de la Antigüedad clásica y que se caracterizó por la defensa de la dignidad del hombre, de su libertad, de su capacidad para la creación (artística, literaria, científica...) y por un modo de vida acorde con tales principios. Con el Renacimiento llegaron la libertad de comercio y de contratación y se abrió la posibilidad del reconocimientos de algunos derechos. La invención de la imprenta permitirá la difusión de la cultura y con ella se extenderá la libertad de pensamiento.

El movimiento humanista, especialmente el del norte de Europa bajo el liderazgo de Erasmo, se hizo eco de la necesidad de reformar la vida religiosa de conformidad con los principios humanistas; defendían, pues, una vuelta a la vida cristiana de los orígenes rechazando las complejas prácticas religiosas apoyadas por la Iglesia. Estas reivindicaciones consolidaron, en el siglo XVI en Alemania, en torno a la figura Lutero que formalizó la ruptura con la Iglesia católica a través de la *Reforma*.

Lutero mantuvo que el individuo es responsable única y directamente ante Dios, lo cual representaba que el hombre adquiriría cierta autonomía y se reconocía su responsabilidad individual. Por otro lado, la Reforma rompió con el monolitismo religioso y provocó, con el tiempo, una nueva exigencia humana: el reconocimiento de la opción religiosa personal, lo

⁴ *Ídem*.

que se manifestó en el principio del libre examen de conciencia. Esto llevó consigo una creciente demanda de tolerancia religiosa, en principio, y de libertad religiosa después, cuya trascendencia ha sido inmensa y ha permitido el reconocimiento de otros derechos apoyados en el principio general de la libertad religiosa e ideológica tanto de ejercicio individual como colectivo⁵.

1.3. Los derechos en los orígenes del Estado constitucional

1.3.1. Documentos ingleses del siglo XVII

Inglaterra precursora en tantos aspectos, lo fue también en materia de derechos y libertades y en su incorporación al régimen constitucional. En materia de derechos y libertades, el derecho escrito es una de las fuentes del Derecho inglés, junto con el *Common Law* y la legislación del Parlamento. En general los textos ingleses se separan de las modernas declaraciones de derechos, pues mientras aquéllos encuentran su fundamento en la historia y en la tradición, éstas tienen una fundamentación racional; sólo el *Bill of Rights* está más cerca de esta segunda concepción que de la primera. En esta materia pueden citarse como documentos esenciales los siguientes:

- La Petición de Derechos (*Petition of Rights*, 1627) aceptada por el rey Carlos I, incorpora las libertades que en adelante deben ser respetadas por el rey, algunas de ellas recogidas en textos anteriores.
- La Ley de Habeas Corpus (*Habeas Corpus Amendment*, 1679) que establece la puesta a disposición del juez de cualquier detenido en un plazo determinado.
- La Declaración de Derechos (*Bill of Rights*, 1689). Es la primera declaración inglesa con carácter nacional y en ella se limita el poder de la Corona y se afirma el del Parlamento.

Estos documentos presentan unas características comunes:

- La primera de ellas es la de apoyarse en el contenido de documentos anteriores, no son declaraciones totalmente nuevas, ni de ruptura entre los documentos medievales y los posteriores.
- En segundo lugar, no son declaraciones de carácter universal ni contienen enumeraciones exhaustivas, sino que intentan aportar soluciones a problemas concretos o bien confirman y defienden libertades que venían respetándose anteriormente.
- En tercer lugar, estos textos no son constitutivos ni creadores de derechos, sino que tienen carácter declarativo de los mismos.

Con todo, debe señalarse que el prestigio casi mítico de estos pactos o declaraciones es quizá excesivo y difícilmente pueden ser imbricados en la filosofía estricta de los Derechos Humanos pues carecen del requisito de la generalidad; la existencia en la época en la que fueron dictados de estamentos, órdenes o clases con diferente trato jurídico conlleva que en tales textos jurídicos se consagrasen notables desigualdades ante la ley.

1.3.2. Las declaraciones americanas de los siglos XVII y XVIII. La Constitución americana

Las primeras declaraciones de derechos en Norteamérica fueron precedidas de una serie de

⁵ ALVARADO PLANAS, J.: «Origen de los Derechos Humanos», ob. cit., pág. 23.

textos legales en los que se recogieron las reivindicaciones de las colonias americanas frente a la Metrópoli. Entre estos textos del siglo XVII podemos citar los siguientes:

- *Cuerpo de libertades de la Bahía de Massachusetts* (1641): Contiene disposiciones limitativas del poder del gobernador y de los magistrados representantes de los intereses metropolitanos frente a la colonia y defiende la tesis de la positivación de los derechos naturales: «*proclamamos que deben ser considerados como leyes y no podrán imponerse penas que los infrinjan o incumplan*».
- *Acta de tolerancia de Maryland* (1669-1670): Este documento reconoció el principio de tolerancia religiosa aunque sólo afectaba a los cristianos y no a otras confesiones.
- *Normas fundamentales de Carolina* (1669-1670): Contenía normas para la organización de la comunidad política.

Estos documentos⁶ tienen en común acoger la tradición jurídica inglesa del *Common Law*, inspirarse en el *iusnaturalismo racionalista*, según el cual los derechos naturales corresponden al hombre por su condición de persona humana, incorporar una concepción pactista de la sociedad y tratar sobre aspectos esenciales para la comunidad (los límites del poder, la tolerancia y la humanización del derecho penal y procesal).

A raíz de la aprobación en Inglaterra del *Bill of Rights* (1688) por el rey Guillermo de Orange, los textos americanos recibirán, ya en el siglo XVIII, más intensamente la doctrina *iusnaturalista*. Entre los textos que muestran esta influencia podemos citar:

- *Carta de privilegios de Pennsylvania* (1701).
- *Declaración de derechos y agravios* (7 de octubre de 1765) firmada en Nueva York por representantes de nueve colonias en respuesta a la ley del Timbre metropolitana.
- *Declaración de deberes norteamericanos* (1774) acordada en un Congreso de Filadelfia para oponerse a la presión fiscal británica.
- La *Declaración de Levantamiento de armas* (6 de julio de 1775) que aparece tras los primeros enfrentamientos bélicos y a la que seguirán escritos ideológicos y revolucionarios.

Poco tiempo después de la aprobación de esta última Declaración, se aprobaron dos de los más significativos documentos americanos:

- La *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* (12 de junio de 1776) consagra una tabla de derechos y libertades del hombre cuyo ejemplo fue seguido por las declaraciones de otros Estados. En todas ellas se proclaman la libertad, la vida, la propiedad, la seguridad y la libertad religiosa como derechos básicos y encomiendan al Estado su tutela. La concepción americana de la libertad se funda en la voluntad de dejar al hombre que actúe con total autonomía respecto de su destino, organizando el Estado de manera que ello sea posible.

El articulado de esta Declaración de Derechos influyó decisivamente en la redacción del proyecto de *Declaración de Independencia* al que a continuación se alude.

- La *Declaración de Independencia* (4 de julio de 1776) de las colonias americanas y las declaraciones de derechos de varios de aquellos Estados representaron un hito en la historia de los derechos; poseen un fundamento más nítidamente racionalista y contemplan al individuo como tal y no como

⁶ ASÍS ROIG, R., «El modelo americano de derechos fundamentales», en *Anuario de Derechos Humanos*, 6, (1990), pág. 52.

miembro de un estamento o de una corporación; se incorpora el principio de igualdad y extienden sus efectos a todo el territorio del Estado.

Tanto la Declaración de *Derechos de Virginia* como la *Declaración de Independencia* de los Estados Unidos llevaron a cabo la positivación de los más característicos principios del *iusnaturalismo racionalista* como son:

- La soberanía popular.
- La igualdad de todos los hombres en su dignidad.
- El reconocimiento de unos «*derechos inalienables*» de la persona (la vida, la libertad, la propiedad, la seguridad, la búsqueda de la felicidad) y la obligación de los gobernantes de tutelar esos derechos.
- El derecho a la rebelión si los gobernantes no cumplían el pacto de proteger a la comunidad.

La *Constitución americana* aprobada en 1787, no incorporó una declaración expresa de derechos, pero configuró límites al poder político que representan realmente las esferas de inmunidad de los ciudadanos ante el propio poder político. M. Rosenfeld ha señalado con acierto que el hecho de que «la Constitución de 1787 sea prácticamente muda en el tema de los derechos individuales es el producto de los factores históricos y filosóficos que llevaron a su adopción. Históricamente la Constitución se derivó de los artículos de Confederación, que no establecieron un Estado, sino sólo una liga de Estados», que luego se transformó en un Estado federal; este proceso de transformación político-estructural centró la atención de los autores de la Constitución que «apenas aludieron a la relación entre el poder público y el individuo». Por otro lado, las enmiendas a la Constitución que forman parte de la misma constituyen una verdadera Declaración de Derechos expresados igualmente como límites impuestos al poder político. Las diez primeras enmiendas a la Constitución americana (*Bill of Rights*) fueron aprobadas por el Congreso y ratificadas el 15 de diciembre de 1791 y «enumeran ciertos derechos individuales y declaran que otros derechos no enumerados no deben ser menospreciados»⁷, aunque esta Declaración de Derechos no «fija permanentemente los derechos humanos garantizados por la Constitución». Estas primeras enmiendas se referían a los siguientes aspectos:

- Libertad de cultos, expresión, prensa, asociación, reunión y petición al Gobierno (1.^a enmienda).
- Derecho a poseer y llevar armas (2.^a enmienda).
- Inviolabilidad del domicilio en tiempos de paz y en tiempos de guerra (3.^a enmienda); secreto de la correspondencia (4.^a enmienda).
- Garantías procesales, derecho a la defensa y a ser juzgado mediante Jurado; derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito; derecho a la propiedad privada y, en su caso, a la expropiación con justa remuneración; prohibición de castigos crueles (5.^a, 6.^a y 7.^a enmiendas).
- Prohibición de exigir fianzas y multas excesivas y de infligir penas crueles y desusadas (8.^a enmienda)
- Interpretación extensiva de los derechos (9.^a enmienda).
- Atribución de poderes a los Estados y al pueblo (10.^a enmienda).

Las enmiendas restantes, 11.^a a 27.^a, se han aprobado sucesivamente desde 1795 (11.^a enmienda) hasta 1992 (27.^a enmienda). Estas enmiendas han completado el elenco recogido en las diez primeras, reconociendo importantes derechos y libertades entre los que se encuentran los siguientes:

⁷ ROSENFELD, M.: *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos*, Quaderns de Treball, Centre d'Estudis de Drets Humans, UAB, 1994, pág. 4.

- Abolición de la esclavitud (13ª enmienda, 6 de diciembre de 1865).
- Derecho de ciudadanía (14ª enmienda, 9 de julio de 1868).
- Derecho de sufragio (15ª enmienda, 3 de febrero de 1870; 19ª enmienda, 18 de agosto de 1920; 24ª enmienda, 23 de enero de 1964 y 26ª enmienda, 1 de julio de 1971).

1.3.3. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano

Aunque por su trascendencia pudiera parecer así, debemos tomar en consideración que los movimientos revolucionarios no son un fenómeno exclusivamente norteamericano o francés; existieron también en países como Irlanda (1780-1783), Holanda (1783-1787), Países Bajos austriacos (1787-1790), Suiza (1781), Suecia (1772-1789), Polonia (1792-1795), Alemania renana (1792-1801), Estados italianos (1796-1799) y aparecieron unidos al imparable ascenso de la burguesía.

Aunque se discuten todavía las verdaderas causas de la Revolución francesa hay unanimidad en el negativo papel desempeñado por la Monarquía apoyada en una nobleza intransigente en la defensa de sus privilegios, o en la crisis económica, agudizada en 1789 por la escasez de cereal. Ciertamente que los beneficiarios de la revolución fueron las clases burguesas, pero el fenómeno hay que situarlo dentro de la crisis ideológica del Antiguo Régimen y decadencia de sus estructuras políticas, económicas y administrativas, incapaces de su transformación y adaptación.

La Revolución francesa no es obra de filósofos sino de burgueses preocupados por combatir la corrupción gubernamental, los privilegios estamentales y decididos a participar directamente en los asuntos públicos. Pero al contrario que en la Revolución norteamericana, el papel desempeñado por la ideas fue decisivo en Francia. Los revolucionarios recogieron en su Declaración de Derechos diversas corrientes del *iusnaturalismo racionalista* y del pensamiento de destacados autores franceses:

- De la obra de Montesquieu se extrae el principio político de la separación de poderes.
- A la influencia de los fisiócratas se debe el culto al derecho de propiedad y al liberalismo económico.
- La tolerancia religiosa y la concepción genérica de la divinidad reflejada en la *Declaración* proviene del pensamiento de Voltaire.
- La idea de la ley como expresión de la voluntad popular figura en el pensamiento de Rousseau y la concepción del *contrato social* se toma de Locke, teoría según la cual los hombres acuerdan reservarse unos derechos y ceden otros a la comunidad, diferenciándose así del pacto social roussoniano conforme al cual los hombres ceden todos los derechos a la comunidad. La manera de compatibilizar la igualdad individual anterior con la obligada subordinación hacia la autoridad se efectúa mediante el sistema de mayorías, es decir, a través de la voluntad general. Esta visión es, por tanto, incompatible con la idea de una Declaración de Derechos Humanos naturales, dado que no existen otros derechos que los reconocidos por la ley. El *iusnaturalismo* de la *Declaración* está, por tanto, más cerca de Locke o de Wolff que de Rousseau. Ello se refleja en su mismo enunciado que distingue entre derechos del hombre (en el estado de naturaleza) y derechos del ciudadano (derechos reconocidos tras el contrato social).

La *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* aprobada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional proclamaba, entre otros derechos o principios, los siguientes:

- El fin de toda asociación política es la conservación de la comunidad (*des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* (art. 2).
- Que tales derechos naturales son «*la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*» (art. 2).
- La libertad e igualdad de derechos de todos los hombres (art. 1).
- Consecuencia de la igualdad es el derecho a participar en la elaboración de las leyes y a acceder a los cargos públicos (art. 6).
- Separación de poderes para garantizar los derechos frente a los abusos del poder (art. 16).
- Libertad de opinión y prensa (art. 10) así como de conciencia y culto (art. 10).
- Presunción de inocencia (art. 8) y garantías procesales para los detenidos (art. 7).
- Irretroactividad de las leyes penales (art. 8).
- Derecho de propiedad «*inviolable et sacré*» (art. 17).

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 26 de agosto de 1789, aparece poco tiempo después de las declaraciones americanas. Unas y otra presentan influencias mutuas y mantienen la tesis de los fisiócratas acerca de la existencia de un orden natural por el cual la sociedad discurría autónomamente y que el Estado sólo debía traducir en normas jurídicas sin perturbarlo ni alterarlo.

Es conocida la polémica entre Jellinek y Boutmy sobre el origen anglosajón o francés de las declaraciones de derechos, aunque, quizá, sí debemos señalar las diferencias que existen entre las primeras declaraciones de derechos norteamericanas y las francesas: En las primeras destaca el hombre defendiéndose frente a las injusticias del poder. En las segundas destaca la figura ideal del ciudadano que recurre a un discurso más filosófico para justificar la toma y ejercicio del poder. Efectivamente, los textos norteamericanos son más políticos que filosóficos; de hecho carecen de la vocación universalista de los textos franceses porque los autores de éstos eran conscientes de que su revolución podía ser exportada a las demás monarquías europeas. Uno de los decretos adoptados por la Convención en 1792 decía así: «*La Convención Nacional declara en nombre de la nación francesa que prestará fraternidad y ayuda a cuantos pueblos quieran recobrar su libertad y encarga al poder ejecutivo dar a los generales las órdenes necesarias para socorrer a esos pueblos y defender a los ciudadanos que hayan sido vejados o que puedan serlo por causa de la libertad*». Por el contrario, los textos norteamericanos tienen más presente la idea de Dios, mientras que al otro lado del Atlántico la mención al *Ser Supremo* resulta casi una cláusula de estilo.

Esta Declaración francesa presenta, sin embargo, caracteres más definidos y algunos rasgos distintivos respecto de sus predecesoras americanas⁸:

- a) *El individualismo*. El sujeto de los derechos es el individuo. No se reconoce a los grupos como instancias en las cuales el hombre puede integrarse para satisfacer sus intereses. No se reconocen entidades colectivas como la familia, la sociedad o colectividades locales o profesionales. Incluso no aparece reconocido el derecho de asociación (el de reunión lo está muy tímidamente ya en la Constitución de 1791).
- b) *La universalidad*. Se defiende la eliminación de privilegios y exenciones con alcance general para todos los derechos declarados. Esto, sin embargo, no llega a cumplirse. La

⁸ MORANGE, Jean: *Droits de l'homme et libertés publiques*, Presse U. de France, Paris, 1989, págs. 29 y 30.

mayoría de los derechos se hacen universales para los hombres mientras que las mujeres quedan excluidas de ellos y, en especial, del fundamental derecho de participación política.

- c) *La libertad y la igualdad.* La libertad del hombre no se manifiesta de forma abstracta sino que se concreta en aspectos determinados (libertad de pensamiento, de expresión, religiosa, etc.) y se declara que los hombres son, además de libres, iguales. La igualdad se manifiesta como *igualdad formal o ante la ley* y se cumple mediante el principio de generalidad de la ley (la misma ley para todos). La propia *Declaración de Derechos* de 1789, sin embargo, no consignaba la igualdad como uno de los derechos *imprescriptibles* (se añadirá como tal en el texto de 13 de junio de 1793), sino que se le da una redacción ambigua (los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos). Sólo la admite expresamente en el artículo 6.º pero en referencia al acceso a los cargos públicos y a elegir a los representantes políticos; no sólo no se reconoce la igualdad civil de mulatos y esclavos, sino que se creaba espacio suficiente como para que en la Constitución de 1791 se distinguiera entre ciudadanos activos y pasivos (actifs y passifs)⁹.
- d) *La organización política.* Se reconocen derechos básicos como la libertad, la propiedad o la seguridad y se encomienda al Estado su protección, para lo cual debe adoptar la forma organizativa que le permita cumplir con estos fines, siendo dos los principios básicos incorporados: la soberanía nacional y la división de poderes.
- e) *Trascendencia.* El texto está redactado con una evidente aspiración de solemnidad y se presenta a sí mismo como declaración solemne (*déclaration solennelle*), incluso redactada bajo los auspicios del Ser Supremo (*auspices de l'Être Suprême*).
- f) *Abstracción* en el uso de un vocabulario conceptual no predefinido: «Hombre», «asociación», «ciudadano», «voluntad general», etc. Incluso se le ha censurado un excesivo formalismo al enunciar libertades y derechos formales sin establecer mecanismos para su garantía efectiva.

La *Declaración* no se presentó como un texto revolucionario ni con pretensiones de derrocar la Monarquía francesa aunque contribuyó a la lenta desintegración del orden feudal; inició la consideración de la libertad y de los derechos como facultades inherentes al hombre pero protegidos por la ley; estimuló la codificación de leyes políticas e incluso de otras materias comunes (códigos penales, procesales, mercantiles, civiles, etc.); consagró la libertad de pensamiento y la tolerancia religiosa y con ellas la secularización del Estado y, al proporcionar cobertura legal al acceso al poder de la burguesía (censitaria), favoreció el capitalismo y la industrialización.

1.4. Los derechos durante los siglos XIX y XX

Desde finales del siglo XVIII se fue perfilando progresivamente —aunque de manera altamente desigual— un nuevo modelo de Estado en el que el poder quedaba subordinado y controlado por el Derecho, el cual determinaba los márgenes de su actividad y los medios que debían utilizarse para alcanzar los fines concretos que el mismo Derecho debía definir. Un Estado presidido por la idea central de la limitación jurídica del poder político, articulado en torno a la ideología liberal que propició el reconocimiento de algunos derechos y libertades.

⁹ ROBERT, Jacques: *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, 1988, pág. 35. También DEL VECCHIO, G.: *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dans la Révolution française*, ed. Nagard-Rome, 1979, pág. 14.

Los postulados de la ideología liberal iniciaron un proceso de constante y radical transformación de la cultura occidental, cuyos singulares efectos todavía siguen ejerciendo una poderosa influencia y repercusión en la evolución del derecho.

En materia de derecho penal, las reflexiones doctrinales y las reformas legislativas inundaron Europa y América a raíz de las propuestas de autores italianos como Filangieri o Beccaria; franceses como Brissot de Varville, Pastoret, Marat, Lacroix, Servan, Bexon, Philip de Piépape; alemanes como Feuerbach o españoles como Lardizabal. De todos estos autores hay que destacar a Cesare Beccaria, que en 1764 publicaba su "Dei delitti e delle pene" (traducido en España en 1774 y permitida su difusión por la autoridad civil a pesar de la prohibición de la Inquisición). La obra de Beccaria supuso el primer revulsivo para el aparato y mentalidad represora de las monarquías europeas de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Los primeros Códigos penales europeos fueron incorporando algunos conceptos de lo que será la moderna ciencia penal; la sustitución de las penas arbitrarias por otras previamente establecidas para cada delito, la necesidad de una proporcionalidad entre el delito y la pena tomando como medida el daño producido a la sociedad (la llamada aritmética penal), la prohibición de las acusaciones secretas que únicamente servían para estimular las delaciones falsas, la proscripción del tormento que solo servía para condenar al inocente débil y absolver al culpable fuerte, el derecho a una justicia rápida, la supresión de la trascendencia penal, etc. El postulado revolucionario de la "igualdad" se tradujo en la paulatina supresión de los privilegios penales para la nobleza y de ciertas jurisdicciones especiales. La "libertad" implicó la limitación de la arbitrariedad de los jueces mediante leyes que determinasen las penas, así como el fortalecimiento de la seguridad jurídica mediante el principio de que no hay delito sin ley anterior que lo tipifique. Finalmente la "fraternidad" conllevó la humanización y dignificación de las penas (supresión de penas infamantes, corporales o de muerte), aunque con desigual suerte en cada país.

Respecto al derecho mercantil, tradicionalmente había sido en gran medida un derecho de los comerciantes, es decir, un derecho estamental. Sin embargo, de manera paulatina se fue extendiendo la idea de que era la naturaleza del acto y no la calidad de las personas lo que quedaba sometido a la jurisdicción especial mercantil. En este sentido, el Código de comercio napoleónico de 1807 ya determinaba que el derecho mercantil se basaría no en los comerciantes sino en los actos de comercio.

La desaparición del régimen señorial, de las formas de dependencia laboral y de la rígida organización gremial también se explican en la creciente liberalización de las relaciones laborales sobre la base de la romana *locatio conductio operarum*. Aunque las condiciones de los contratos de trabajo podían ahora ser fijados por libre acuerdo, la mayor fuerza del empresario originó nuevos abusos y formas de explotación laboral, con la consiguiente necesidad de intervención del Estado tratando de fijar límites; regulación del horario y condiciones del trabajo, seguro obligatorio del trabajador, etc.

En la segunda mitad del siglo XIX aparecen precisamente los autores y movimientos de denuncia de la injusticia social, de la deshumanización del proceso industrial, de los abusos de los patronos, en definitiva, de los males del capitalismo. Suele encuadrarse entre estos autores socialistas a Ferdinand Lasalle (1825-1864), Antoine Menger (1841-1906) y a su discípulo Carl Renner (1870-1950) y, especialmente a Karl Marx (1818-1883) y Friedrich Engels (1820-1895), formados, ambos, en la izquierda hegeliana, el materialismo humanista de Feuerbach y el socialismo de Proudhon. La minusvaloración del derecho como instrumento de las clases dominantes que desaparecerá junto con el Estado por ser incompatibles con el comunismo -afirmación que el marxismo posterior ha matizado o

rectificado- no contribuyó precisamente al desarrollo de la ciencia jurídica en los países comunistas.

Los movimientos sindicales, la huelgas, ideologías como el marxismo, fueron medidas de autodefensa de los trabajadores que, a fines del siglo XIX, consiguieron los primeros contratos o convenios colectivos como medio ordinario y general de pactar las condiciones económicas y laborales de trabajo. Otras situaciones indeseadas, no obstante, también consiguieron prolongarse en el nuevo derecho laboral del siglo XIX; me refiero, por ejemplo, a la cobertura legal otorgada a la servidumbre doméstica y al derecho de corrección del amo. Respecto al antiguo derecho procesal continental, basado fundamentalmente en el derecho procesal romano-canónico, caracterizado por la primacía de la tramitación escrita sobre la oral y por su complejo sistema de fases, fue y sigue siendo relativamente opaco a las reformas liberales. De hecho, la codificación del derecho procesal apenas consiguió resolver estos problemas precisamente por la gran carga política de todo ordenamiento procesal. Y ello no solamente porque la idea de que una justicia rápida sea consustancial a la propia idea de justicia, sino también por la vital relación entre el derecho constitucional y el derecho procesal. El derecho procesal no era solo un conjunto de normas reguladores de cuestiones formales, sino fundamentalmente un código dirigido a proteger y a amparar los derechos civiles y políticos mediante un sistema de garantías. Era extraordinariamente difícil que los grupos y partidos políticos llegaran a ponerse de acuerdo en cuestiones que indirectamente afectaban a su concepción del derecho, la libertad, los poderes del Estado y de la Administración, etc.

Como se ha dicho, la unificación del derecho conllevó la gradual supresión de algunas jurisdicciones especiales. No obstante, el revolucionario dogma político de la separación de poderes fue utilizado por el Ejecutivo para fortalecer y definir la jurisdicción administrativa a partir de la noción de "acto administrativo". Las leyes francesas de finales del XVIII y comienzos del XIX habían establecido nítidamente la autonomía de los actos administrativos, esto es, de los generados por las autoridades de la Administración. Concretamente, la exención o inhibición de los tribunales respecto de los actos en que era parte el Estado. En Francia, este fuero administrativo se atribuyó en última instancia al Consejo de Estado como órgano judicial supremo.

Pero conviene precisar que el modelo de Administración y de derecho administrativo exportado a otros países (con desigual resultado) por la Francia revolucionaria estaba condicionado por las particulares condiciones político-administrativas de la Francia del Ancien Régimen. En efecto, al llevarse a cabo la división de poderes, los revolucionarios asignaron al poder ejecutivo todo lo relativo a los actos emanados por la Administración así como la resolución de los recursos planteados por los particulares que se sintieran lesionados por dichos actos. Pero la desconfianza de los revolucionarios hacia la clase judicial, reducto de la nobleza radicada fundamentalmente en los Parlamentos judiciales que tenían atribuida la facultad de vetar ciertas disposiciones del monarca, les movió a fortalecer el haz de facultades del poder Ejecutivo dotándole de jurisdicción propia a fin de llevar a cabo libremente el proceso revolucionario y el programa de reformas político-administrativas sin trabas del poder legislativo y del judicial. Aunque la división de poderes solo pretendía garantizar la independencia del poder judicial, en Francia se fue tal vez más lejos al decretarse la autonomía de la Administración respecto del control de los jueces. Esta misma exención del Ejecutivo será aplicada respecto al poder Legislativo para fundamentar las facultades reglamentarias del primero, capacidad de dictar normas que, de alguna manera, quebraba el monopolio legislativo de la Asamblea Nacional.

Problema y debate no resuelto. En efecto, todavía se discute en algunos países si la revisión de los actos administrativos debería substanciarse ante la jurisdicción ordinaria o ante una jurisdicción especial. En defensa de esta última postura, ya en el siglo XIX se aducían razones; consentir que los actos del poder ejecutivo puedan ser revisados y corregidos por los jueces, no solo supondría una quiebra de la división de poderes en perjuicio de la independencia y autonomía del Gobierno, máxime cuando la responsabilidad por los actos de gobierno se deben dilucidar ante las Cortes y no ante el poder judicial. Como puede apreciarse, faltaba vocación para distinguir entre decisiones políticas y actos administrativos, o entre responsabilidades políticas y responsabilidades civiles y penales.

La repercusión del liberalismo en el ámbito del derecho civil, fueron y siguen siendo especialmente relevantes. La aplicación de los principios revolucionarios de "libertad" y de "igualdad" ante la ley produjeron significativas novedades. En el derecho de personas, la paulatina supresión de limitaciones por razón de la condición social, el sexo, filiación, etc., modificaron la regulación de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, también se flexibilizaron la capacidad procesal para ejercer acciones, para heredar o acceder a los registros inmobiliarios. Por supuesto que la equiparación total no se produjo hasta bien entrado en siglo XX (en España, por ejemplo, la supresión de la licencia marital para determinados actos jurídicos de la mujer no se produjo hasta el año 1975).

En el derecho de familia, el ideario igualitario y liberal se tradujo en la superación de la tradicional posición patriarcal del marido, mediante la gradual equiparación jurídica entre el hombre y la mujer, la ampliación del estatuto jurídico de los hijos y de las personas a tutela. Asimismo, la libertad de contratar se trasladó al contrato matrimonial, flexibilizándose los supuestos de divorcio frente al dogma eclesiástico de la indisolubilidad del matrimonio canónico.

El derecho sucesorio también evolucionó durante el siglo XIX; libre divisibilidad de la herencia (nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión de una propiedad), libertad de testar, principio de derecho romano, que se generaliza ahora, aunque moderado por el propio postulado de la igualdad (es decir, respetando los derechos de los descendientes en línea recta).

El individualismo y el liberalismo fueron singularmente fructíferos en la reforma del derecho de propiedad inmobiliaria. Conocida es la poderosa influencia ejercida por las medidas liberalizadoras de la propiedad del suelo en la desaparición del régimen feudal; abolición del régimen señorial y de los mayorazgos o fideicomisos, desamortizaciones, desvinculaciones, supresión de retractos gentilicios, etc. Paralelamente fueron desapareciendo los antiguos vínculos de sujeción y servidumbre, las cargas reales o personales de colonos y campesinos, las diversas formas de adscripción forzosa y hereditaria a los oficios o a la tierra. La tierra fue, ya sin cortapisas, un bien objeto de comercio, una mercancía susceptible de ser sometido a cargas o gravámenes. Frente al antiguo deber de cultivar sucedió la libertad de explotación, pero también la libertad de endeudamiento que, unido al paralelo desarrollo de instituciones crediticias, originó fenómenos indeseables; el desmedido egoísmo del propietario, nuevas formas de especulación, la fragmentación de la tierra, desarraigo del campesinado, etc. que el Estado liberal trató de paliar con desigual resultado; reformas agrarias, concentraciones parcelarias, expropiación de la tierra por razones de utilidad pública, medidas de protección social, etc.

Esta y otras reformas legislativas decimonónicas explican el surgimiento de nuevos fenómenos sociales, la aparición, como reacción, de novedosas movimientos ideológicos (anarquismo, socialismo, etc.). En el campo de la teoría jurídica y política, el auge del

positivismo de entresiglos y las subsiguientes reacciones antiformalistas, o, ya en las primeras décadas del siglo XX, las derivaciones totalitarias de algunos positivimos (comunismo, nacional-socialismo, fascismo) y las reacciones iusnaturalistas de postguerra, incluidas algunas de sus creaciones institucionales más importantes (Sociedad de Naciones, Organización de Naciones Unidas, etc.) son, en enorme medida, el fruto maduro de la discusión, la reflexión, las contradicciones y la experiencia proyectada por las corrientes doctrinales y los juristas del XIX.

En Europa occidental, las Constituciones del periodo de entreguerras (la española de 1931 o la alemana de 1919) y, todavía más, las posteriores a la Segunda Guerra Mundial (la italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949 entre otras varias) consolidaron en sus respectivos Textos un elenco de derechos y libertades y les dotaron, por lo general, de garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales. Este inicial camino fue seguido por otros textos como la Constitución portuguesa de 1976 o la propia Constitución española de 1978. La reciente ampliación de la Unión Europea en 2004 incorporó diez nuevos países al proyecto de integración europea y con ello se ha dado un paso decisivo en la extensión del estándar europeo de derechos y libertades por el que se viene trabajando largamente en el seno de la Unión Europea.

Durante el siglo XIX, España conoció ocho Constituciones (incluidas el Estatuto de Bayona de dudosa naturaleza y la denominada Constitución *nonata* de 1856) y diversos proyectos (entre los que, quizá, pueda destacarse el Proyecto de Constitución de la I República en 1873). Todos ellos, sin embargo, tuvieron un escaso valor normativo *supremo* ya que sus previsiones fueron irregularmente aplicadas cuando no subordinadas y transgredidas por la legislación de desarrollo. Con todo, la mayoría de las Constituciones españolas del siglo XIX incorporaron formalmente algunos derechos bien que la eficacia de los mismos quedara frecuentemente vulnerada por la ausencia de un verdadero valor normativo de la Constitución al que aludimos antes y por las acciones de un poder político escasamente sometido al Derecho.

La paradigmática Constitución de 1812 reconoció algunos derechos como la libertad y la seguridad; la inviolabilidad del domicilio; la libertad de expresión del pensamiento; la abolición de las penas de tormento, apremio y confiscación de bienes y el derecho de sufragio. Lo contrario aconteció con la Constitución de 1834 con muy escasas referencias a derechos que dejó paso, apenas tres años después, a la Constitución liberal de 1837 que sí incorporó un elenco amplio de derechos en su Título I. Nuevamente la Constitución de 1845, de corte conservador, restringió notablemente no sólo el catálogo de los derechos reconocidos sino también sus garantías. Volverían a ser dos Constituciones de naturaleza liberal, la *nonata* de 1856 y la de 1869 las que retornaran a la constitucionalización de un catálogo más amplio de derechos y libertades.

La Constitución conservadora de la Restauración (1876) auspiciada por Cánovas, convencido defensor del liberalismo *doctrinario* y, como tal, contrario al reconocimiento de los derechos, al sufragio universal y a la libertad religiosa consiguió que el Texto Constitucional no fuera muy explícito en materia de derechos y libertades aunque se possibilitó la incorporación de nuevos derechos a través de leyes de desarrollo lo cual comprometía mínimamente al poder político.

Ya en el siglo XX, la Constitución de la II República en 1931 cambia radicalmente el signo jurídico del devenir constitucional español, pues fue una Constitución normativa que incorporó un catálogo extenso de derechos y libertades en el que se incluyeron no solamente derechos clásicos sino también algunos derechos económicos y sociales, los cuales habían

emergido en Europa en el periodo de entreguerras y que contribuirían a la consolidación del nuevo modelo de Estado social tras la Segunda Guerra Mundial. Como novedad en nuestro constitucionalismo, el Título IX de la Constitución de 1931 consagró un Tribunal de Garantías Constitucionales —precedente directo del actual Tribunal Constitucional— con competencias sobre el control de constitucionalidad y sobre la tutela de los derechos.

Lamentablemente la situación económica internacional y la actuación de las fuerzas políticas frustró la eficacia normativa de este Texto Constitucional que nació lastrado por la Ley de Defensa de la República, aprobada el 21 de octubre de 1931 que limitó considerablemente las garantías de los derechos y libertades constitucionales pues habilitaba al Gobierno para adoptar medidas extraordinarias como eran la suspensión de reuniones o manifestaciones públicas; la clausura de Centros o Asociaciones, o la intervención de la contabilidad e investigación del origen de los fondos de determinadas asociaciones.

Terminada la Guerra Civil (1936-1939), la implantación del Régimen de F. Franco constituyó un paréntesis constitucional en España hasta la aprobación, en referéndum, el 6 de diciembre de 1978 de la Constitución española precedida por apenas tres años de un extraordinario cambio político y social que hemos denominado *Transición Política*.

2. Los derechos en el Estado liberal y en el Estado social: las “generaciones” de derechos

2.1. Las tres primeras generaciones de derechos

Existe hoy un cierto consenso en torno al elenco de derechos propios de una sociedad democrática, pero es igualmente cierto que este catálogo de derechos se ha formado a través de la incorporación sucesiva de derechos y libertades nacidos a veces al calor de las reivindicaciones populares, de grupos o de élites en otros casos. Tanto es así que la doctrina ha dividido y clasificado los derechos en generaciones. Estas generaciones se corresponden con los modelos de Estado de Derecho, de modo que cada modelo de Estado se identifica con una generación de derechos, que lo nutrió ideológicamente y que, en algunos casos, tuvo mucho que ver en la propia superación del respectivo modelo estatal. Así, de alguna manera, la crisis del *Estado liberal* fue la crisis del sistema de derechos por él reconocido, mientras que las voces discrepantes que se alzan contra el actual *Estado social* no están alejadas de la protesta acerca del contenido y la eficacia de los derechos económicos y sociales que se identifican con este último modelo de Estado.

Una muy extendida clasificación distinguiría tres generaciones de derechos; la primera generación se correspondería con el liberalismo y comprendería los derechos individuales clásicos, los derechos civiles y derechos políticos; la segunda generación comprendería a los derechos económicos, sociales y culturales y la tercera generación estaría integrada por los derechos de solidaridad.

Hace ya algún tiempo, R. Sánchez Ferriz¹⁰ matizó esta clasificación entendiendo que el Estado liberal, el liberalismo, cobijó realmente a las dos primeras generaciones ya que los derechos que habían sido reconocidos antes de los primeros brotes del Estado social no podían ser incluidos, sin matices, en una única —y primera— generación de derechos. Conforme a esta tesis —a la que me adhiero las dos primeras generaciones coinciden, pues, con la vigencia del Estado liberal mientras que la tercera generación comprendería los

¹⁰ SÁNCHEZ FÉRRIZ, R.: *Estudio sobre las libertades*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

derechos económicos y sociales propios del Estado Social. Por mi parte, incluyo en esta exposición una cuarta generación de derechos que, en mi opinión, es ya una realidad.

Este Estado liberal de Derecho se apoyó, de una parte, en la separación *entre la sociedad civil y el Estado* y como venimos defendiendo le corresponden las dos primeras generaciones de derechos. La *primera generación* de derechos está representada por los derechos individuales más básicos: vida, libertad, propiedad, seguridad y un muy reducido derecho de participación política; son libertades-resistencia, propias del liberalismo, que operan frente al Estado en la primera mitad del siglo XIX. Se identifica, pues, esta primera generación con el Estado liberal de primera época encargado tan solo del mantenimiento de las condiciones mínimas para el desenvolvimiento autónomo de la sociedad civil. El sujeto es el hombre individualmente considerado y se estima suficiente el reconocimiento formal del derecho aunque no quede garantizado suficientemente su ejercicio. Se parte de una concepción negativa de la libertad que requiere exclusivamente la inhibición del Estado, pues se defiende que la sociedad es autónoma y autoequilibrada y basta con no perturbar su desenvolvimiento.

La *segunda generación* de derechos se corresponde con la segunda mitad del siglo XIX y alcanza a un modelo de *Estado liberal* cercado y amenazado por los problemas y en evolución hacia un nuevo modelo de Estado. A los derechos básicos ya reconocidos se incorpora cierta extensión del sufragio —sólo masculino— y ciertas libertades públicas y el reconocimiento de los grupos en los que las personas se integran para alcanzar sus fines propios que habían sido hasta entonces sistemáticamente apartados de la realidad estatal. Se reconoce el derecho de asociación.

Tanto la tercera como la reciente cuarta generación de derechos, se corresponden con el denominado *Estado social de Derecho* o también, a partir de la mitad de este siglo, *Estado de bienestar social*, como segunda formulación práctica del modelo de Estado de Derecho. En el Estado social, el *sector público* y el *sector privado* interactúan, al igual que el sistema político y el sistema social. En el ámbito político, las estructuras liberales no resistieron las reivindicaciones democráticas y los cambios que debían operarse para dar entrada a las nuevas concepciones, a nuevos derechos y libertades y a una política social basada más en la igualdad real que en la mera *igualdad formal*. Todo ello provocó una profunda transformación estructural del Estado.

En lo relativo a los derechos y libertades, el catálogo de derechos incorporado por el Estado liberal y recogidos en las dos primeras generaciones, se completa con la *tercera generación* de derechos que supone la integración, junto con los derechos de las dos generaciones anteriores, de los *derechos económico-sociales* y de los *derechos de prestación*.

Los primeros se refieren a ciertos aspectos de la vida de los ciudadanos en relación con la sociedad, tienen contenido económico respecto de aspectos *sociales* y sin ellos el ciudadano no puede alcanzar, o ve seriamente dificultado, su desarrollo personal y social (salario mínimo, protección económica de los menores, los ancianos, los minusválidos, etc.). Los *derechos de prestación* conllevan la obligación del Estado de crear y mantener las condiciones materiales para el desenvolvimiento de determinados derechos sin las cuales éstos no podrían ser ejercidos por los ciudadanos o lo serían con suma dificultad (derecho a la educación o la tutela judicial, etc.). Actualmente casi todos los derechos, en mayor o menor medida, son derechos de prestación y requieren algún tipo de actuación positiva del Estado para ser accesible al ciudadano, aunque, obviamente, no todos tienen carácter económico.

La recepción de los derechos en el ámbito internacional ha seguido un curso distinto, donde se aprecia una disminución y, en ocasiones, práctico olvido en orden al reconocimiento y tutela de los derechos que compondrían la *tercera* generación, es decir, los

derechos económicos, sociales y de prestación, mientras que el reconocimiento y garantía de derechos integrados en la cuarta generación no sólo ha sido recogida en el ámbito internacional sino que muchas de las primeras medidas tutelares partieron de organizaciones y acciones internacionales. Es, sin embargo, importante destacar que contrariamente a lo sucedido con las tres primeras generaciones, actualmente se aprecia una notable confluencia entre el ámbito internacional y el de los Estados nacionales en orden a protección de derechos de *cuarta generación* a los que nos referimos en el epígrafe siguiente, lo cual debe ser interpretado como muestra de la intensidad de las amenazas contra la libertad que las nuevas tecnologías llevan implícitas junto a sus también inherentes beneficios para el ser humano. La globalización y la integración de determinados países en organizaciones internacionales (Consejo de Europa, Unión Europea ...) que vinculan estrechamente sus decisiones en cada vez más amplios campos explica también este fenómeno y ayuda notablemente a la *universalización* de estos nuevos derechos.

2.2. La cuarta generación de derechos

Venimos citando una cuarta generación de derechos sobre la que se ha pronunciado escasamente la doctrina y que, en mi opinión, es ya una realidad detectable en un número significativo de países y cuyo contenido —al que más adelante me refiero— ha tenido acogida tanto en los ordenamientos internos de algunos países como en diversos documentos internacionales.

La diferencia esencial entre esta *cuarta generación* y las tres precedentes radica en que aquella no responde a un cambio en las estructuras estatales que, como en las tres ocasiones anteriores, determinaron un cambio sustancial en el modelo de Estado o, al menos, en el caso de la aparición de la segunda generación de derechos, en una modificación importante de los principios que regían el Estado liberal. El modelo que sustenta esta *cuarta generación* de derechos no es sustancialmente distinto del modelo de Estado social que se ha consolidado progresivamente desde la segunda mitad del pasado siglo XX y que, matizadamente, podemos considerar propio de un grupo relevante de países europeos. Tenemos, pues, una nueva generación de derechos pero no un nuevo modelo de Estado ni siquiera una transformación significativa de los principios que venían informándole hasta entonces.

La cuarta generación de derechos es consecuencia, por un lado, de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos y, por otro lado, de las transformaciones tecnológicas, de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a diversos campos de la vida del hombre. Si las tres primeras generaciones son producto de la evolución política, la cuarta generación de derechos es producto de la evolución social, científica y técnica perviviendo los mismos valores, principios y parámetros políticos en la organización del Estado.

En cuanto al contenido de esta naciente cuarta generación, las opiniones son divergentes. Estimo que la cuarta generación de derechos está integrada por nuevos derechos y derechos redefinidos, es decir, de derechos ya enunciados y regulados anteriormente pero que presentan ahora una configuración distinta como consecuencia de la incidencia en ellos de nuevas demandas sociales y de la influencia de las nuevas tecnologías (un ejemplo, podría ser el derecho a la intimidad cuyo contenido esencial es hoy, afectado por las nuevas tecnologías de la comunicación e internet, claramente diferente del enunciado del siglo XIX y principios del XX).

Esta cuarta generación de derechos está integrada al menos por tres grandes bloques de derechos de los que, como ya dijimos anteriormente, unos son derechos nuevos y otros son

derechos ya incluidos en alguna de las generaciones anteriores pero que aparecen ahora redefinidos o reinterpretados, cuyo núcleo esencial se ha expandido por la existencia de nuevas circunstancias que amenazan esferas de libertad no definidas anteriormente o delimitadas de diferente forma. Estos tres grandes bloques de derechos de cuarta generación son los siguientes:

- a) Los derechos relativos a la protección del ecosistema y del patrimonio de la humanidad.
- b) Los derechos relativos a un nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana, y
- c) Los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información.

En el primer grupo se integrarían un conjunto de derechos del hombre tendentes a garantizar la pervivencia del planeta de manera compatible con la vida humana. Este grupo de derechos no se identifica exclusivamente con el más conocido y desarrollado derecho al medio ambiente aunque éste forma, a mi juicio, parte de los derechos de cuarta generación en sus dimensiones jurídicas actuales. Este grupo de derechos integra igualmente los relativos al patrimonio cultural de la Humanidad y al reconocimiento de la biodiversidad y la bioseguridad, derecho al agua potable, a los entornos naturales, derecho al progreso y a un desarrollo industrial y tecnológico sostenible.

En el segundo grupo, derechos relativos a un nuevo *estatuto jurídico sobre la vida humana*, se incluyen igualmente nuevos derechos, muchos de los cuales han surgido como consecuencia de las nuevas tecnologías biomédicas junto a derechos ya reconocidos e integrados en alguna de las generaciones anteriores (tal es el caso del derecho a la vida) y otros nuevos como el derecho a la reproducción humana, el derecho a la autodeterminación física, el derecho a rehusar tratamientos médicos, el derecho a la identidad genética entre otros.

El tercer grupo de derechos de *cuarta generación* está compuesto, a mi juicio, por nuevos derechos y derechos redefinidos que se desenvuelven en el ámbito hoy muy complejo de las comunicaciones y de la información (tales como el derecho a una información completa y veraz; derecho de acceso a la información de relevancia para la Humanidad; derecho a la autodeterminación informativa, derecho a la protección de datos de carácter personal y familiar, y derechos en la red entre otros).

3. El sistema actual de derechos y libertades

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos son complejos y en ellos coexisten un número muy elevado de normas de distinta jerarquía, naturaleza, ámbito de aplicación y, especialmente, diferente origen. El ordenamiento español participa de estas características y en él coexisten normas emanadas de los órganos centrales del Estado y de los órganos de las Comunidades Autónomas, del ámbito municipal y el Derecho de la Unión Europea que, como es conocido, es también derecho interno. 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. Las normas anteriores coexisten igualmente con las normas 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 el reconocimiento y tutela de los derechos y libertades ha encontrado en el ámbito internacional un marco fundamental. Ejemplos paradigmáticos de ello es la labor realizada en este campo por el Consejo de Europa y por

Naciones Unidas y sus diferentes Agencias. Debe destacarse igualmente la labor realizada por la Unión Europea especialmente con la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, adquirió el mismo valor jurídico que los Tratados y es vinculante para las instituciones de la Unión Europea y para los estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (el Reino Unido y Polonia, lograron un Protocolo que matiza, más en la teoría que en la práctica) la aplicación de la Carta en sus respectivos territorios.

CAPÍTULO III

LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo
UNED

Sumario. 1. La sociedad de la información. 1.1. Introducción. 1.2. Objeto y fin de la sociedad de la información. 1.3. Principios fundamentales de la sociedad de la información. 2. Sociedad de la información y Consejo de Europa. 3. La sociedad de la información en la Unión Europea. 3.1. Configuración y fundamento jurídico de la sociedad de la información en la Unión Europea. 3.2. Ámbitos y aplicaciones de la sociedad de la información. 3.2.1. Telecomunicaciones. 3.2.2. Internet. 3.2.3. Derechos de autor. 3.2.4. Intimidad y protección de datos. 3.2.5. Administración electrónica. 4. El fundamento constitucional de la sociedad de la información en España: los derechos de la comunicación. 4.1. La libertad de expresión y el derecho a la información como elementos necesarios de la *sociedad de la información*. 4.2. Los derechos del artículo 18 de la Constitución como límites del desenvolvimiento de la sociedad de la información en España. 4.2.1. El derecho al honor y la sociedad de la información. 4.2.2. El derecho a la intimidad y la sociedad de la información. 4.2.5. La limitación por ley del uso de la informática y el derecho de autodeterminación informativa. 5. La Ley de servicios de la sociedad de la información.

1. La sociedad de la información

1.1. Introducción

Como veremos a lo largo de estas páginas se utilizan varias definiciones de *sociedad de la información* (SI). Toda ellas, sin embargo, podrían agruparse en torno a dos posiciones: una concepción amplia de sociedad de la información que la definiría como aquella sociedad en la que la creación, obtención, tratamiento, difusión, distribución y manipulación de la información forman parte importante de las actividades sociales, culturales y económicas; y una segunda que aludiría exclusivamente a los procesos informatizados de la comunicación. Ambas definiciones son útiles pero es necesario señalar que la complejidad actual de los procesos de expresión, información y comunicación en numerosas sociedades difícilmente podría reconducirse a una definición que circunscribe dichos procesos a las denominadas TICs (tecnologías de la información y la comunicación)¹¹. La sociedad de la información es un fenómeno complejo que tiene su origen en la emergencia de una tecnología específica (TIC) pero que no se agota en dicha tecnología a pesar de ser ésta un elemento de suma relevancia en el conjunto.

¹¹ El término TIC cubre un amplio abanico de servicios, aplicaciones, tecnologías, equipamientos y programas informáticos, es decir, herramientas como la telefonía e Internet, el aprendizaje a distancia, la televisión, los ordenadores, las redes y los programas informáticos necesarios para emplear estas tecnologías.

De otra parte, no faltan quienes definen a la sociedad de la información por el resultado y la definen como una *sociedad del conocimiento*, insistiendo sobre todo en su capacidad para transformar a los pueblos a través de los canales de datos e información. Cualquiera de las concepciones de la sociedad de la información que se adopte presenta un problema de primera magnitud al agrandar las diferencias entre países desarrollados y países en desarrollo tanto en la obtención y uso de las tecnologías de la comunicación como en el acceso concreto a la información que discurre a través de ellas. La denominada *brecha digital* es una asignatura pendiente en el complejo mundo de la sociedad de la información.

La denominación “sociedad de la información” está más extendida en el ámbito europeo no tanto porque exprese una mayor claridad teórica, sino por que fue utilizada en las políticas oficiales de los países más desarrollados y haber sido ésta la denominación también la Cumbre Mundial de Naciones Unidas a la que se hace referencia más adelante.

De otra parte, la denominación de *sociedad del conocimiento* (*knowledge society*) se emplea principalmente en medios académicos. También la UNESCO ha adoptado en sus trabajos y políticas institucionales esta denominación y usa también en algunos documentos la variante de *sociedad del saber* como sinónimo de la anterior. Este matiz terminológico tiene cierta relevancia en los idiomas latinos y, en particular, en el español ya que hay diferencias conceptuales entre “conocimiento” y “saber”, diferencias que, sin embargo, no existen en inglés ya que en ambos casos la traducción de sociedad del conocimiento o del saber sería la ya citada expresión “*knowledge society*”. El término “saber” implica certeza sobre lo conocido mientras que por “conocimiento” entendemos la adquisición o tenencia de una información más global y, quizá, menos precisa. En todo caso, suele utilizarse indistintamente aunque en español es, quizá, más frecuente el uso de la expresión sociedad del conocimiento.

Algunos autores contemplan a la sociedad de la información como la sucesora de la sociedad industrial especialmente por su influencia en el sistema de producción y en la vida de las personas. Esta afirmación es cierta en la medida en la que los procesos que comprende la sociedad de la información han transformado absolutamente la vida de las sociedades donde se ha desarrollado. Una de las primeras personas en enunciar un concepto de sociedad de la información fue el economista Fritz Machlup. La frase fue empleada por primera vez en su libro *The production and distribution of knowledge in the United States* publicado en 1962 y en el que concluía que el número de empleos que se basaban en la manipulación y manejo de información era mayor que los estaban relacionados con algún tipo de esfuerzo físico. En 1973, el sociólogo estadounidense Daniel Bell introdujo la noción de la “sociedad de la información” en su libro *The coming of post-industrial society; a venture in social forecasting*, donde defiende que el eje principal de ésta será el conocimiento teórico y apunta que los servicios basados en el conocimiento se convertirían en la estructura central de la economía y de una sociedad basada en la información. En 1981, apareció el libro de Yoneji Masuda, *The Information Society as Post-Industrial Society* de cuyas tesis deriva en gran parte la concepción actual de lo que se entiende por sociedad de la información.

La Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (Ginebra 2003 y Túnez 2005) alude a la SI como un estadio tecnológico de la sociedad merced al cual sus miembros pueden crear, consultar, utilizar y compartir información y conocimientos para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de un desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida.

Como antes se señaló, no existe un concepto universalmente aceptado de lo que se denomina sociedad de la información, la mayoría de los autores que han utilizado esta expresión o han estudiado su contenido, no logran enunciar una definición pero si hay mayor acuerdo en torno a su existencia y a los motivos de su aparición. Hacia 1970 se inició un cambio en la manera en que las sociedades venían desenvolviéndose; los medios de generación de riqueza poco a poco se trasladaron de los sectores industriales a los sectores de servicios. Este cambio representó que en las sociedades modernas un importante número de empleos no están vinculados a la fabricación de productos tangibles, sino a la generación, almacenamiento y procesamiento de todo tipo de información. A partir de este momento, la sociedad de la información era ya una realidad en la que los sectores relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) desempeñan un papel particularmente importante como vehículo técnico para su desarrollo. Pero, el contenido de la sociedad de la información, insistamos en ello, es precisamente la información en sí misma y no solo la tecnología que la sostiene aun siendo esta sumamente relevante por cuanto gran parte de la información que hoy se maneja, se conoce y se aplica a la producción de otros bienes y servicios depende de la tecnología. Sin esta tecnología seguramente no podría hablarse de sociedad de la información.

Si en la segunda mitad del siglo XX los procesos de industrialización fabriles marcaron la pauta en el desarrollo económico de las sociedades occidentales de economía de mercado, este siglo XXI, se caracteriza por las denominadas “industrias sin chimeneas” en una directa alusión al sector de los servicios y, específicamente, a las industrias de la informática. En este contexto y en el marco de una economía globalizada como la que opera en muchos países, las TICs están llamadas a convertirse en los principales motores del desarrollo y del progreso.

En la década de los noventa la sociedad de la información recibió nuevas iniciativas a través del denominado *Consenso de Washington* que contenía un conjunto de políticas económicas consideradas por organismos financieros internacionales y centros económicos como un buen programa económico para impulsar -en principio- el crecimiento de los países latinoamericanos.

El *Consenso de Washington* fue formulado originalmente por John Williamson en un documento de noviembre de 1989 (*What Washington Means by Policy Reform*) para una conferencia organizada por el *Institute for International Economics* en el que participaba el propio Williamson. El nombre del documento deriva de la intención del autor de incluir en el mismo una lista de diez políticas que pudieran ser aceptadas por “todo el mundo en Washington” lo que, esos años, representaba aludir a un conjunto de personas y entes del ámbito político, económico e intelectual, con sede en Washington y en el que se incluían organismos financieros internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), el Congreso de los EEUU, la Reserva Federal, los altos cargos de la Administración y los institutos de expertos (*think tanks*) económicos.

La breve lista de diez políticas enunciadas por Williamson se constituyó en la base de ulteriores políticas neoliberales. Con posterioridad, la lista inicial fue completada, ampliada, explicada, y corregida y ha dado lugar a los denominados *Consenso de Washington II*, y *Consenso de Washington III*.

A lo largo de la década de los noventa, las políticas enunciadas en el Consenso de Washington y sus fundamentos económicos e ideológicos, adoptaron la naturaleza de un programa general. En lo que ha estas páginas concierne, algunas de las acciones derivadas de este acuerdo y que se han extendido por el mundo occidental, han sido: a) la privatización de

las industrias de las telecomunicaciones; b) la desregulación del mercado de las telecomunicaciones; y c) la búsqueda del acceso global a las TIC.

A partir de 1995, fue incluida en la agenda de las reuniones del G7 y posteriormente G8, donde se reúnen los jefes de Estado o Gobierno de los países más industrializados. La sociedad de la información ha sido también objeto de numerosos debates en el Consejo de Europa, en la Unión Europea, en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que reúne a los treinta países más desarrollados del mundo y ha sido desarrollada en numerosos países, en Naciones Unidas, UNESCO o el Banco Mundial.

Este nuevo modelo de sociedad también tiene sus detractores los cuales alegan que no es sino una sofisticada versión de imperialismo cultural ejercido por los países más desarrollados en detrimento de los países pobres a los que someten a una total dependencia tecnológica. Por el contrario, los que están a favor de la sociedad de la información y de lo que ella implica, sostienen que la incorporación de las TIC a los procesos productivos mejora las condiciones de los mercados globales con una beneficiosa repercusión en todos los agentes internacionales.

Aunque los beneficios de la sociedad de la información resulten evidentes no cabe desconocer que la denominada *brecha digital* que excluye, por diversos motivos, a diferentes sectores de producción de las nuevas tecnologías y de sus beneficios, es uno de los problemas más importantes de la sociedad de la información. En la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (Ginebra, 2003), los Estados participantes manifestaron ser conscientes de que las TICs deben considerarse un medio, y no un fin en sí mismas y de que, en condiciones favorables, estas tecnologías pueden ser un instrumento eficaz para acrecentar la productividad, generar crecimiento económico, crear empleos y fomentar la plena ocupación, así como mejorar la calidad de la vida de todos y pueden, además, promover el diálogo entre las personas, los pueblos y las culturas. Sin embargo, la Declaración de Principios también manifiesta que las ventajas de la revolución de la tecnología de la información están en la actualidad desigualmente distribuidas entre los países desarrollados y en desarrollo, así como dentro de las sociedades, por lo que los Estados se comprometieron a luchar contra la *brecha digital* y a construir las condiciones necesarias para que todos tuvieran la oportunidad de acceder a estas tecnologías, especialmente aquellos que corren peligro de quedar rezagados y aún más marginados por las carencias de información y conocimientos.

No siempre es bien percibida la amplitud de la sociedad de la información. El uso de una cámara digital, un teléfono móvil o un MP3, internet y las redes sociales nos introducen directamente en la sociedad de la información de la que hablamos. Todos ellos son productos de la sociedad de la información y, como otros muchos productos y servicios digitales, deben su existencia a la reciente convergencia de la informática, las telecomunicaciones y los medios de comunicación. En una sola generación, estas nuevas tecnologías han revolucionado la forma de vivir, aprender, trabajar y emplear el ocio de millones de personas en todo el mundo y han transformado radicalmente el modo en que las personas, las empresas, las administraciones y las sociedades se relacionan entre sí. Con todo, es importante recordar que la sociedad de la información no está limitada a Internet, aunque éste ha desempeñado un papel muy importante como un medio que facilita el acceso e intercambio de información y datos. El reto para los individuos es vivir de acuerdo con las exigencias de este nuevo tipo de sociedad, estar informados y actualizados, innovar, pero sobre todo generar propuestas y generar conocimiento a través de los millones de datos que circulan en la red.

1.2. Objeto y fin de la sociedad de la información

Como antes ya se dijo, si bien la sociedad de la información está ineludiblemente vinculada a las nuevas tecnologías de la comunicación en éstas no se agota el contenido de la misma. La sociedad de la información consiste, como igualmente ya he apuntado, en la posibilidad de obtener, manejar, mezclar, tratar, guardar y difundir opiniones, informaciones, datos y sistemas de muy diferente índole. Desde informaciones básicas para la seguridad del Estado hasta opiniones sin relevancia general y otras miles de categorías constituyen el contenido de la sociedad de la información. Que este movimiento de información no sería posible sin la aparición y consolidación de las TICs es un hecho irrefutable pero la tecnología es un medio - en este caso imprescindible- pero no es ni el contenido ni el fin de la sociedad de la información.

Debe insistirse en que el contenido de la sociedad de la información es la propia información. En este contexto el término *información* no debe ser entendido en un sentido estricto, es decir, como información veraz sino en un sentido mucho más amplio y menos riguroso que lo identifica con opiniones, ideas, informaciones, datos y procesos de toda índole. Hecha esta salvedad, podríamos afirmar que la sociedad de la información tiene por objeto la comunicación entre los seres humanos y las aplicaciones que dicha comunicación permiten.

Los fines de la sociedad de la información ha sido un tema debatido por los expertos y del que se ha ocupado también profusamente la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información ya citada. En la Declaración de Principios aprobada por la Cumbre Mundial celebrada en Ginebra en 2003, los más de 150 Estados participantes declararon el compromiso de construir una “sociedad de la información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

La Cumbre tomó conciencia del potencial que encierra el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación en la erradicación de la pobreza, la marginación, la desigualdad de género, la reducción de la mortalidad, especialmente de mujeres y niños, en la lucha contra enfermedades de difícil erradicación y otros muchos aspectos de influencia capital en el desarrollo de los pueblos. Esta potencialidad es la que llevó también a los Estados a comprometerse en la promoción del uso de las TICs de manera no solo compatible con los derechos de las personas sino también en una aplicación compatible con la lucha contra las grandes lacras de las sociedades en desarrollo.

La vinculación de la sociedad de la información con la libertad de expresión y de opinión fue también reafirmada por la Cumbre de Ginebra que aludiendo al artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, recordó que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, que este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. La comunicación es un proceso social fundamental, una necesidad humana básica y el fundamento de toda organización social. Constituye, pues, el eje central de la sociedad de la información. La Cumbre añadió que todas las personas, en todas partes, deben tener la oportunidad de participar en este

proceso de comunicación humana y nadie debería quedar excluido de los beneficios que ofrece la sociedad de la información.

El desarrollo de una sociedad de la información que respete la dignidad humana fue igualmente mencionado en la Declaración de Principios de la Cumbre de 2003. Este respeto a la dignidad se vincula al respeto de los derechos humanos en el marco del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que también establece que toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad, y que, en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

La sociedad de la información no es, pues, ajena a los valores, principios y derechos de los Estados democráticos. Antes al contrario, se inserta en las coordenadas del Estado de Derecho, del control del poder político y del respeto a los derechos de las personas.

1.3. Principios fundamentales de la sociedad de la información

En la ya citada Cumbre Mundial de Ginebra de 2003, los Estados participantes elaboraron y suscribieron un conjunto de “principios fundamentales” que vinieron a ser las reglas de actuación que deberían seguir los Estados en la aplicación de una sociedad de la información integradora. La misión fundamental de la Cumbre Mundial era la de crear un consenso en la configuración, alcance y regulación de la sociedad de la información que pudiera ser aceptable para los Estados miembros de Naciones Unidas (aun teniendo en cuenta la gran disparidad tecnológica entre ellos). La segunda fase de la Cumbre Mundial, celebrada en Túnez en 2005 continuó el camino iniciado por la Cumbre de Ginebra y elaboró el denominado Compromiso de Túnez en la línea de la Declaración de Principios aprobada en 2003. También en el Programa de Acciones de Túnez para la Sociedad de la Información (TAIS), se señalan los grandes retos que presenta la sociedad de la información y se adoptan criterios y medidas para afrontarlos.

La Declaración de Principios adoptada en la Cumbre de 2003 incorporó un interesante elenco que ha servido de guía para documentos y políticas posteriores. Estos principios pueden sintetizarse en los siguientes:

1. Principio de igualdad de oportunidades en el acceso a las TICs y fomento del beneficio derivado de su uso para todas las personas. Las TICs son potencialmente importantes para las actividades y servicios gubernamentales y múltiples actividades humanas. Las aplicaciones deben ser fáciles de utilizar, accesibles para todos, asequibles, adaptadas a las necesidades locales en materia de idioma y cultura, y favorables al desarrollo sostenible.
2. Principios de colaboración para lograr ampliar el acceso a la infraestructura y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como a la información y al conocimiento.
3. Principio de fomento de la capacidad que permita a todas las personas tener acceso a los conocimientos necesarios para el manejo de las TICs, reforzando la confianza y la seguridad en la utilización de estas tecnologías y creando un entorno propicio para su uso seguro.

4. Principio del desarrollo y ampliación de las aplicaciones de las TICs.
5. Principio de promoción y respeto de la diversidad cultural como patrimonio común de la humanidad. La sociedad de la información debe fundarse en el reconocimiento y respeto de la identidad y diversidad cultural y lingüística, las tradiciones y el pluralismo religioso, además de promover un diálogo entre las culturas y las civilizaciones. La promoción, afirmación y preservación de los diversos idiomas e identidades culturales, tal como se consagran en los correspondientes documentos acordados por las Naciones Unidas, incluida la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, deben contribuir a definir los límites de la Sociedad de la Información.
6. Principio de reconocimiento de la función de los medios de comunicación. La Cumbre destacó el papel que los medios de comunicación deben realizar en el marco de la sociedad de la información y reafirmaron el principio de la libertad de prensa y de la libertad de información.
7. Principio de valoración de las dimensiones éticas de la Sociedad de la Información de modo que se respete la paz, los valores fundamentales de la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, la responsabilidad compartida y el respeto a la naturaleza.
8. Principio de cooperación internacional y regional. Las TICs ofrecen importantes oportunidades para promover los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente. La Sociedad de la Información es por naturaleza intrínsecamente global y los esfuerzos nacionales deben ser respaldados por una cooperación eficaz, a nivel internacional y regional entre los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y las demás partes interesadas, entre ellas, las instituciones financieras internacionales.

2. Sociedad de la información y Consejo de Europa

Tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea se han ocupado de los problemas relativos a la sociedad de la información.

En lo que se refiere al primero, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) dedica su artículo 10 a la libertad de expresión de la que declara que le corresponde a toda persona. La libertad de expresión en el marco del CEDH comprende, como señala expresamente este artículo 10, la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Se incluye, por tanto, la protección tanto de la libertad de expresión como del derecho a la información. Este artículo 10 del Convenio es uno de los preceptos en los que el propio Convenio permite cierta discrecionalidad de los Estados en su regulación. Sin embargo, tal discrecionalidad debe articularse siempre dentro de los parámetros establecidos en el apartado 2 del mismo artículo 10 que si bien establece que el ejercicio de estas libertades, podrá ser sometido a “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, también obliga a que tales medidas “constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

En el ámbito del Consejo de Europa pueden citarse diferentes iniciativas en relación con la sociedad de la información. Una de ellas fue la adopción de la Resolución del Consejo

1999/C 23/01, de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información, en la que se reiteraba idea de la profunda innovación que llevan aparejadas las TICs; la incidencia en la vida cotidiana de todos los ciudadanos tanto si adoptan una actitud activa como pasiva ante esta evolución; y la de que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el desarrollo de la sociedad de la información con ellas asociado pueden ofrecer numerosas ventajas a los consumidores pero dan también lugar a nuevos contextos comerciales con los que no están familiarizados y que pueden poner en peligro sus derechos e intereses.

La Resolución insta a los Estados a preparar posiciones comunes o coordinadas en relación con debates y negociaciones sobre cuestiones de la sociedad de la información que se celebren en foros internacionales y, en particular, el desarrollo de directrices de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE) sobre la protección de los consumidores en el contexto del comercio electrónico y a revisar periódicamente la evolución del papel del consumidor y de los riesgos y oportunidades que supone para éste la sociedad de la información.

El Consejo de Europa participó en la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información de Naciones Unidas, tanto en su primera fase (Ginebra, 2003) como en su segunda fase (Tunez, 2005). En ambas sesiones, el Consejo de Europa, reconociendo las posibilidades de estas nuevas tecnologías, ha insistido en la necesidad de proteger los derechos de las personas frente a estas aplicaciones y en la adopción de criterios éticos y legales que impidan el abuso y la mala práctica. En relación a los aspectos éticos de los servicios de la sociedad de la información el Consejo de Europa organizó la *Pan-European conference on ethics and human rights in the information society*, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de septiembre de 2007 en colaboración con la UNESCO y la Comisión Nacional Francesa de la UNESCO en la que se discutieron criterios éticos para regular la sociedad de la información como medio de proteger los derechos humanos en el ámbito de la aplicación de las nuevas tecnologías de la comunicación.

Con todo, uno de los grandes logros del Consejo de Europa fue la adopción del Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981 (Ratificado por España el 27 de enero de 1984), para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal que garantiza, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona.

El Consejo de Europa ha respondido también a los desafíos que se presentan como consecuencia del progresivo desarrollo de la inteligencia artificial (IA) y ha organizado encuentros y estudios para avanzar en la detección y reparación de posibles vulneraciones de derechos como consecuencia de la IA. Sin duda, en los próximos años desempeñará un papel relevante en el funcionamiento de los gobiernos y las instituciones públicas e incidirá sustancialmente en la forma en que los ciudadanos interactúan y participan en el proceso democrático. El Consejo de Europa está implicado en garantizar que la IA se utiliza sin vulnerar los derechos y libertades de las personas. A tal fin se ha creado en el Consejo de Europa el *Comité sobre Inteligencia Artificial* (CAI)¹², encargado por el Comité de Ministros de elaborar un Convenio [marco] sobre el desarrollo, el diseño y la aplicación de la

¹² <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai> Última consulta: 10.11.2023.

inteligencia artificial, basado en las normas del Consejo de Europa y que favorezca la innovación.

3. La sociedad de la información en la Unión Europea

3.1. Configuración y fundamente jurídico de la sociedad de la información en la Unión Europea

La Unión Europea fue ampliamente receptiva al nacimiento de la sociedad de la información muchos de cuyos servicios resultan inherente a los fines de la propia Unión. Los responsables de la toma de decisiones saben que el futuro de Europa en la economía global dependerá de la rapidez y el éxito con que explote las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En un contexto en el que la libertad de expresión, de comunicación y de establecimiento de servicios relacionados con estas tecnologías es el fundamento de muchas de las políticas europeas, la Unión no podía ser ajena al fenómeno que representa la sociedad de la información. De otra parte, recordemos que la Carta de Derechos Fundamentales ha incorporado la regulación de la libertad de expresión en su artículo 11, con una redacción, en su apartado 1, muy similar a la contemplada en el artículo 10.1 del CEDH citado anteriormente. En el apartado 2 del citado precepto 11, se consagra el respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo. La Carta ha consagrado también el respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 7) así como el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan (art. 8). La Carta dispone que estos datos deben ser tratados de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Es un derecho de toda persona, además, a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

En el Derecho comunitario se encontró fundamento bastante para el desarrollo de una regulación extensa y diversificada de las aplicaciones de la sociedad de la información que podríamos sintetizar en los siguientes puntos:

- El fundamento jurídico para la política de las telecomunicaciones radicó en los artículos 43 y siguientes (derecho de establecimiento y servicios), en los artículos 81 y 82 (competencia) y en el artículo 95 (armonización del mercado interior) del Tratado de la Comunidad Económica Europea.
- En los artículos 154, 155 y 156 del Tratado se basó el fomento de las redes transeuropeas de transporte, energía y telecomunicaciones.
- El artículo 157 del Tratado fundamentó a creación de las condiciones necesarias para favorecer la competitividad de las empresas comunitarias.
- Los artículos 163 a 172 del Tratado (investigación y desarrollo), fundamentaron el desarrollo en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).

Como vimos al inicio de estas páginas, la década de los ochenta resultó de especial importancia en la configuración de la sociedad de la información. La hoy Unión Europea comenzó también entonces a poner en prácticas sus estrategias a través de programas y políticas específicas. Muestra de ello fueron, en 1984, el programa ESPRIT¹³ sobre

¹³ Base legal: Decisión 94/802/CE, DOCE L 334/24, de 22.17.1994; Período de vigencia: 22.12.1994 - 31.13.1998.

investigación y desarrollo tecnológico en el campo de las tecnologías de la información, cuyo objetivo fue proporcionar una base sólida a la futura sociedad de la información y, en 1986, el programa RACE (Programa Específico sobre Aplicaciones telemáticas) que supuso una ampliación de los doce sectores (Administración, Transporte, Educación, Redes de Investigación, Bibliotecas, Zonas urbanas y rurales, Discapacitados, Sanidad, Medioambiente, Ingeniería Telemática, Ingeniería de la Información y Lingüística) en los que ya se venían aplicando estas tecnologías.

En 1994 la Unión Europea emprende una política global sobre la sociedad de la información impulsada, en este caso, por el *Libro Blanco sobre Crecimiento, competitividad y empleo* publicado por la Comisión en 1993. En ese Libro Blanco se destacaba la importancia fundamental de la sociedad de la información para el crecimiento económico, la competitividad, la creación de empleo y una mayor calidad de vida para todos los europeos. Como parte del seguimiento del Libro Blanco, un grupo de alto nivel sobre la sociedad de la información elaboró un informe titulado "Europa y la sociedad mundial de la información". En el informe se formulan recomendaciones sobre la manera en que podría contribuir la Unión al establecimiento de un marco reglamentario, tecnológico y social favorable a la sociedad de la información. Esto sentó las bases para la adopción en junio de 1994 del primer plan de acción de la Unión Europea sobre la sociedad de la información, "Europa en marcha hacia la sociedad de la información" (en 1996 se adoptó una versión revisada del plan). Los objetivos principales de ese plan de acción eran:

- acelerar la liberalización total de los servicios e infraestructuras de telecomunicaciones, que se produjo en 1998;
- consolidar y reorientar los programas de investigación en TIC; e
- incorporar la nueva dimensión de la sociedad de la información en todas las políticas comunitarias pertinentes.

Al final de la década de los noventa la sociedad de la información era una realidad en el marco europeo con una influencia creciente en importantes sectores comunitarios. Casi al expirar la década, en 1999, se adoptó la *Comunicación eEurope - Una Sociedad de la información para todos*. Esta iniciativa fue recogida por el Consejo Europeo que, en marzo de 2000, fijó un nuevo objetivo estratégico de la Unión para la próxima década: "convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo". Para ello, el Consejo Europeo pidió a la Comisión que elaborara un plan de acción que terminó siendo el *Plan de Acción eEurope*, adoptado en junio de 2002 con motivo del Consejo Europeo de Santa María da Feira.

En el *Plan de Acción eEurope de 2002* se indica una serie de metas clave que los Estados miembros deben haber alcanzado a finales de 2002. El Consejo Europeo de Sevilla (junio, 2002) aprobó la continuación del Plan con la denominación de *Plan de Acción eEurope 2005*. A su vez, en 2005, se adoptó la Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, Parlamento Europeo, Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo* (COM (2005) 229 final - no publicada en el Diario Oficial), en la que la Comisión Europea, partiendo de las experiencias anteriores, aborda de manera integrada la sociedad de la información y las políticas audiovisuales en la UE. El propósito principal de este documento es coordinar la acción de los Estados miembros para facilitar la convergencia digital y afrontar los desafíos vinculados a la sociedad de la información. Para elaborar este marco estratégico, la Comisión ha llevado a cabo una amplia consulta con los agentes europeos en torno a iniciativas e instrumentos anteriores, como citados *eEurope* y la *Comunicación sobre*

*el futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual*¹⁴. En el ámbito de las políticas europeas de la sociedad de la información y los medios de comunicación, la Comisión propone tres prioridades que deben cumplirse antes de 2010:

- la consecución de un espacio europeo único de la información;
- el refuerzo de la innovación y de la inversión en el campo de la investigación en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC); y
- la consecución de una sociedad de la información y los medios de comunicación basada en la inclusión

La necesidad de adaptarse a la dinámica de la innovación tecnológica y a su incidencia en todos los ámbitos de la sociedad ha hecho que la Unión Europea, como otras organizaciones internacionales, promuevan estudios y acciones en este campo.

El Grupo de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, se encarga de las políticas internas y externas relacionadas con las **tecnologías de la información y la comunicación** y sus infraestructuras, **Internet** y la creación del **mercado único digital** en Europa. Su trabajo actual se refiere al marco normativo para el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas; a las medidas que garanticen un alto nivel de seguridad de las redes y de la información en toda la UE y a la gobernanza de Internet.

3.2. Ámbitos y aplicaciones de la sociedad de la información

Como hemos venido señalando, las aplicaciones, servicios y relaciones de la sociedad de la información son extraordinariamente extensas y no es el objeto de estas páginas realizar un análisis individual de cada una de ellas. Sin embargo, por su incidencia en la política europea y su repercusión en los derechos fundamentales, a continuación se incorporan algunas reflexiones sobre ámbitos concretos.

3.2.1. Inteligencia artificial

También la inteligencia artificial es una preocupación de la Unión Europea. En este punto, se ha elaborado una propuesta de *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*¹⁵. En la propia Propuesta de Reglamento se afirma que se trata de una iniciativa para lograr una legislación sobre la IA con perspectiva europea coordinada sobre las implicaciones éticas y humanas de la IA. La propuesta pretende desarrollar un ecosistema de confianza mediante la proposición de un marco jurídico destinado a lograr que la IA sea fiable. La propuesta se basa en los valores y derechos fundamentales de la UE y tiene por objeto inspirar confianza en los ciudadanos y otros usuarios para que adopten soluciones basadas en la IA, al tiempo que trata de animar a las empresas a que desarrollen este tipo de soluciones.

Para la Unión Europea la IA debe ser un instrumento para las personas y una fuerza positiva en la sociedad, y su fin último debe ser incrementar el bienestar humano, en consecuencia, las normas relativas a la IA deben estar centradas en las personas, a fin de que la población tenga

¹⁴ Comunicación de la Comisión, de 15 de diciembre de 2003, titulada «El futuro de la política reguladora europea en el ámbito audiovisual» [COM (2003) 784 final - no publicada en el Diario Oficial].

¹⁵ Al cerrar estas páginas, el Reglamento no había sido aprobado y seguía en tramitación.

la seguridad de que la tecnología se usa de un modo seguro y en consonancia con la ley, lo que también implica respetar los derechos fundamentales.

Los objetivos de la propuesta son:

- garantizar que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión;
- garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en IA;
- mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y los requisitos de seguridad aplicables a los sistemas de IA;
- facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de IA y evitar la fragmentación del mercado.

Un *Comité Europeo de Inteligencia Artificial* coadyuvará a los fines propuestos por el propio Reglamento sobre inteligencia artificial.

3.2.4. Intimidad y protección de datos

Como se ha reiterado a lo largo de estas páginas, uno de los principales problemas que presenta el uso de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información es la posible violación de los derechos fundamentales en general y del derecho a la intimidad y a la protección de datos en particular. Como ya hemos señalado, la Carta de Derechos Fundamentales, en su artículo 8, ha reconocido el derecho de toda persona a la protección de los datos personales que la conciernan, consagrando el principio de autodeterminación informativa y la necesidad de que los Estados tutelen este derecho de una autoridad independiente sin perjuicio de las garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales que pudieran corresponderle.

Son muy abundantes las medidas adoptadas por la Unión Europea a lo largo de los años para evitar la vulneración de los derechos de las personas en los servicios de la sociedad de la información. El objetivo principal es conseguir el mayor nivel de seguridad posible en el uso de estas tecnologías y mantener intactos los derechos individuales.

La aprobación del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de estos datos (por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 45/2001), representó un hito extraordinario en la protección de datos en la Unión Europea.

El objetivo del reglamento es proteger a todos los ciudadanos de la Unión frente a las violaciones de la privacidad y de los datos personales en un mundo cada vez más basado en los datos, creando al mismo tiempo un marco más claro y coherente para las empresas. Entre los derechos de los que disfrutan los ciudadanos figuran la exigencia de un consentimiento claro y expreso para el tratamiento de sus datos y el derecho a recibir información clara y comprensible sobre el mismo; el derecho al olvido: un ciudadano puede solicitar que se supriman sus datos; la libertad de transferir los datos de un proveedor de servicios a otro; y el derecho a saber si los datos han sido pirateados. Asimismo, pueden imponerse medidas correctoras, tales como advertencias y órdenes, o sanciones a las empresas que infrinjan las normas.

Por su naturaleza de norma vinculante para los Estados miembros, el Reglamento ha tenido eficacia en todos ellos y ha generado –como ha ocurrido en España- modificaciones legislativas de gran calado. Para adaptar nuestra legislación al Reglamento 2018/1725 se aprobó la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*.

La Ley Orgánica de 2019, tiene un triple objetivo (art. 1 LOPDyGDD):

- Adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y completar sus disposiciones
- Regular el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), con arreglo a lo establecido en el citado Reglamento General de Protección de Datos y en la propia Ley Orgánica.
- Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía, conforme al mandato del artículo 18.4 CE.

Como hace el Reglamento General de Protección de Datos de la UE, también la Ley Orgánica incluye unos principios que se aplican a la protección de datos personales y que son los siguientes:

- 1) *Exactitud de los datos* (art. 4 LOPDyGDD). Los deben ser exactos y, si fuese necesario, deben estar actualizados.
- 2) *Deber de confidencialidad*. Toda persona que sea responsable, esté encargada o intervenga en el tratamiento de datos, estará sujeta al deber de confidencialidad, sin perjuicio de quedar igualmente obligada al secreto profesional, si la actividad lo requiere (art. 5 LOPDyGDD).
- 3) *Consentimiento del afectado*. El consentimiento es toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que la persona acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen (art. 6 LOPDyGDD).
- 4) *Datos de personas menores de edad*. Solo los mayores de 14 años podrán otorgar un consentimiento válido a efectos del tratamiento de sus datos personales, salvo que la ley establezca la concurrencia de los padres o representantes legales del menor para un acto o negocio jurídico del que derive el tratamiento de los datos. Para el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, se requerirá el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tutela, aunque éstos pueden reconocer o dar valor al consentimiento del menor (art. 7 LOPDyGDD).
- 5) *Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos*. Estos casos deben estar contemplados en el Derecho de la Unión Europea o en una norma con rango de ley, que puede establecer condiciones específicas para el tratamiento de los datos (art. 8 LOPDyGDD).
- 6) *Categorías especiales de datos*. (art. 9 LOPDyGDD).

La regulación conjunta del reglamento europeo y de la Ley Orgánica española ofrece una cobertura adecuada a la protección de un derecho de tanta importancia en la actualidad como es la protección de datos personales.

3.2.5. Administración electrónica

Los Estados miembros, concedores del gran impacto que tiene la cuestión de la administración europea, se han comprometido a lograr una mayor eficiencia, mediante un uso innovador de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y a reducir sustancialmente la carga administrativa fijando un plazo hasta el 2010 para obtener resultados

visibles. Así consta en la *Comunicación de la Comisión, de 25 de abril de 2006, “Plan de Acción sobre administración electrónica i2010: acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos”* (COM (2006) 173 final - no publicada en el Diario Oficial). Este Plan de Acción destaca la importancia de acelerar la instauración de la administración electrónica en Europa, a fin de responder a una serie de desafíos y exigencias que podrían sintetizarse en los siguientes puntos:

- modernizar y hacer más eficaces los servicios públicos;
- ofrecer servicios de mayor calidad y más seguros a la población;
- responder a la demanda de las empresas que desean menos burocracia y más eficacia;
- garantizar la continuidad transfronteriza de los servicios públicos, imprescindible para respaldar la movilidad en Europa.

Este objetivo tiene importantes repercusiones económicas. Algunas iniciativas en el ámbito de la administración electrónica han permitido ya realizar un ahorro sustancial de tiempo y dinero en algunos de los Estados miembros. Se estima que se podría ahorrar anualmente un total de 50.000 millones de euros si se generalizase la facturación electrónica en Europa.

A través de este Plan de Acción, la Comisión se propone permitir a los particulares y las empresas obtener con mayor rapidez ventajas concretas en el terreno de la administración electrónica; asegurarse de que la administración electrónica a nivel nacional no crea nuevas trabas dentro del mercado interior debido, por ejemplo, a la falta de interoperabilidad; y hacer extensivas las ventajas de la administración electrónica a toda la Unión Europea (UE).

El Plan de Acción define cinco ejes prioritarios:

- Que la implantación de la administración electrónica tenga un beneficio general para todos, lo cual obliga a cuidar especialmente a la población desfavorecida para que pueda acceder a los servicios públicos en red (brecha digital).
- Lograr una mayor eficiencia, mediante un uso innovador de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y a reducir sustancialmente la carga administrativa de aquí a 2010.
- Trabajar especialmente en los servicios de administración electrónica de gran impacto, como la “contratación pública electrónica”, con la que se podrían ahorrar cada año decenas de miles de millones de euros. Los Estados miembros se han comprometido a dotar a sus administraciones con los medios necesarios para la accesibilidad en línea de todos los contratos públicos. El objetivo es que el 50 %, al menos, de los contratos públicos que superen el umbral comunitario (entre 50 000 euros para servicios simples y 6 millones de euros para obras públicas) estén accesibles en línea de aquí a 2010.
- Implantar, de aquí a 2010, sistemas seguros de reconocimiento mutuo de las identificaciones electrónicas nacionales para los sitios Web y los servicios de las administraciones públicas. La Comisión contribuirá a esta labor definiendo especificaciones comunes para la gestión de las identificaciones electrónicas y supervisando proyectos piloto a gran escala de eIDM.
- Mayor participación en el proceso democrático de decisión. No es discutible que las TICs encierran un potencial considerable para implicar a un mayor número de personas en el debate público y la toma de decisiones políticas. Uno de los objetivos de este Plan de Acción es profundizar en la “democracia electrónica” como un medio para reducir el déficit democrático. El Plan de Acción propone respaldar proyectos de utilización de las TIC destinados a incrementar la participación de los ciudadanos en la vida democrática.

La Administración Electrónica es uno de los ámbitos de mayor interés en el futuro inmediato de las acciones europeas por su gran potencial para la mejora de los servicios público y la implementación de la transparencia. Los logros que pueden todavía obtenerse en este campo son muy relevantes y, con seguridad, merecerá la atención de los agentes europeos tanto públicos como privados.

4. El fundamento constitucional de la sociedad de la información en España: los derechos de la comunicación

El artículo 20 de la Constitución reconoce y regula un conjunto de derechos y libertades que se refieren al fenómeno de la comunicación tanto privada como pública y tanto individual como social. En el proceso de la comunicación, entran “básicamente en juego tres posiciones jurídicas subjetivas: la del emisor del mensaje, la del receptor y la de la persona que, en su caso, pueda ser objeto de la concreta información. La interpretación constitucional del fenómeno de la comunicación y, por consiguiente, del régimen jurídico de los derechos y medios que con ella se relacionan requiere una visión de conjunto”¹⁶ En este sentido, el Tribunal Constitucional (SSTC 74/1982, de 7 de diciembre y 6/1988, de 21 de enero), ha señalado que el artículo 20 CE, no sólo garantiza derechos subjetivos, sino la misma existencia de una comunicación pública libre (también, STC104/1986, de 17 de julio). Por otro lado, resulta casi innecesario señalar la interrelación entre información y democracia pues son, como afirma R. Sánchez Ferríz, “términos conexos y traducen realidades también conexas; ambas desarrollan o se agotan contemporáneamente”¹⁷.

El prolijo artículo 20 de la Constitución reconoce y regula, junto a la clásica libertad de expresión, otros derechos como el *derecho a la información* pieza troncal para la articulación de una opinión pública libre indisolublemente unida al poder político. Por su ubicación en la Sección 1ª, del capítulo II, del Título I los derechos y libertades contenidos en este precepto gozan de las garantías reforzadas que la Constitución otorga a los derechos fundamentales.

La complejidad del artículo 20 CE se hizo notar desde la aprobación de la Constitución ya que, junto a su aplicabilidad directa, nos encontrábamos ante un precepto que, en algunos aspectos, requería un desarrollo legislativo que habilitara técnicamente su ejercicio. Transcurridos treinta años de vigencia de la Constitución española se han ido disipando progresivamente ciertos conflictos aunque, la necesidad de soporte tecnológico para algunas de las manifestaciones de los derechos regulados en el artículo 20 CE, han hecho surgir nuevos elementos de discusión.

La regulación contenida en el artículo 20 de la Constitución española ofrece, como se menciona a continuación, una cobertura suficiente para el desarrollo de la sociedad de la información en España, fundamento que queda reforzado por lo establecido en el artículo 18 de la Constitución en relación con el respeto al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen y, específicamente, por garantizar el secreto de las comunicaciones (apartado 3) y establecer la limitación por la ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (apartado 4). También el artículo 105 de la Constitución, al reconocer el derecho de acceso de los ciudadanos

¹⁶ GONZÁLEZ ENCINAR, J.J.: “Derechos y medios de comunicación. Hacia un cambio de paradigma”, en VV.AA.: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, CEPC/TC/UCM/FOG/CD, Madrid, 2002, pág. 598.

¹⁷ SÁNCHEZ FERRIZ, R.: “La Televisión en los diez años de vida constitucional”, en ALVAREZ CONDE, E. (Coord.): *Diez años de Régimen Constitucional*, Tecnos, Madrid, pág. 81.

a los archivos y registros administrativos (con las excepción de aquéllos que pudieran afectar a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas) viene a completar el marco jurídico constitucional de desenvolvimiento de la sociedad de la información en España.

Podríamos, pues, afirmar que en España la sociedad de la información tiene su fundamento jurídico-constitucional en el reconocimiento de los derechos de la comunicación (art. 20 CE) y en el derecho de acceso a la información contenida en los archivos y registros administrativos y debe desenvolverse dentro de los límites establecidos en la propia Constitución con especial referencia al respeto al derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen y el derecho a la protección de los datos de carácter personal derivado de lo establecido en el artículo 18.4.

Este fundamento constitucional se completa con el contenido de los Convenios y Tratados Internacionales suscritos por España e incorporados al Derecho interno y por el Derecho de la Unión Europea, aspectos de los que ya se ha tratado anteriormente.

4.1. La libertad de expresión y el derecho a la información como elementos necesarios de sociedad de la información

Existe un amplio acuerdo en que la libertad de expresión es uno de los iniciales y más esenciales elementos de la democracia. Considerada como una libertad de segunda generación emerge con nitidez y firmeza en los orígenes del constitucionalismo y se ha consolidado progresivamente junto al propio desenvolvimiento de los sistemas democráticos. Como le ha sucedido a otros derechos y libertades, la libertad de expresión ha diversificado su contenido esencial y en la actualidad da cobijo a una pluralidad de actividades humanas. De otra parte, de ese amplio contenido se han individualizado derechos específicos que si bien tuvieron un inicial acomodo en la libertad de expresión hoy, sin perder las estrechas relaciones con ella, son reconocibles de forma autónoma por algunos ordenamientos como ha sucedido en España. Como más adelante se explica la Constitución española reconoce en su artículo 20 tanto la libertad de expresión como el derecho a la información. El tándem formado por una y otro permite asegurar una amplia protección a la libertad de comunicación en nuestro país.

Como ha señalado Sánchez Ferríz, resulta innecesario insistir en estas páginas sobre la importancia capital que la libertad de expresión ha tenido y sigue teniendo en la configuración y desarrollo de las sociedades democráticas, en muchas de las cuales ocupa un lugar de especial relevancia en el elenco de los derechos fundamentales, relevancia que, por otro lado, ha sido destacada tanto por las jurisdicciones constitucionales como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otros, Casos Handyside, de 7 de diciembre de 1976; Sunday Times, de 26 de abril de 1979 y Castells). Se ha señalado su imprescindibilidad en orden a configurar una opinión pública libre como elemento esencial del sistema democrático. De igual manera, se ha indicado su potencialidad como elemento de realización personal; de ahí que la libertad de expresión se relacione con otras libertades igualmente básicas, como la libertad de conciencia, de opinión o de religión. La libertad de expresión, como ya se ha indicado anteriormente, es un elemento imprescindible de la sociedad de la información y ésta como aquella debe estar al servicio de la libertad y del progreso lo cual obliga a una atinada regulación de la misma que no siempre se consigue en todos sus elementos.

Por otro lado, la libertad de expresión ha sido considerada, en la teoría de las *generaciones de derechos*, como una libertad de *segunda generación*, cuyo contenido se relaciona con el progresivo advenimiento de las corrientes progresistas en el marco de un Estado que, aunque formalmente liberal, había iniciado su transformación hacia estructuras democráticas. Sin embargo, dada su progresiva transformación y, sobre todo, su configuración actual, la ubicación de la libertad de expresión dentro de la *segunda generación* de derechos puede ser discutible. Si, por un lado, consideramos a la libertad de expresión en su sentido subjetivo, como medio o aspecto de realización personal, su vinculación a la libertad de pensamiento - genuina libertad de primera generación- resulta innegable y no habría objeción insalvable en su ubicación dentro de la *primera* generación de derechos. Si, por otro lado, analizamos la libertad de expresión en relación con su implicación en la formación de la opinión pública, la participación ciudadana su pertenencia a la *segunda generación* queda plenamente justificada; y, todavía, podría afirmarse que por sus implicaciones en nuevas tecnologías de la comunicación y como elemento de la sociedad de la información actual, la libertad de expresión y, aún más, el derecho a la información, estarían también correctamente ubicados en la *tercera generación* de derechos. Estimo con todo, que es preferible clasificar los derechos y libertades en la generación que les corresponda por el momento de su reconocimiento jurídico, aunque posteriormente sufran modificaciones que les doten de características compatibles con las generaciones siguientes siempre que tales modificaciones no representen realmente el nacimiento de un derecho o libertad autónomos.

La libertad de expresión permite al sujeto manifestar ideas, pensamientos, ideologías, creencias y opiniones a terceros ya sea en ámbitos privados o particulares ya se realicen con mayor publicidad y ante un colectivo amplio. Es una clásica libertad que demanda, en primer lugar, la abstención de los poderes públicos y, de otro lado, su protección contra los posibles ataques de terceros. En escasas ocasiones, como ha señalado el Tribunal Constitucional se ha referido a la libertad de expresión constitucionalizada en el apartado 1 a) del artículo 20, como *libertad de opinión* (SSTC 104/1986, 17/1990, 172/1990, 176/1995), más frecuentemente la ha definido como *libertad de expresión en sentido estricto*. La sociedad de la información es el vehículo de la libertad de expresión y del derecho a la información de este siglo XXI; sus posibilidades de comunicar personas es prácticamente ilimitado; sus peligros y amenazas para los derechos fundamentales no son, sin embargo, menores.

En nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de expresión debe diferenciarse del derecho a la información, pieza troncal para la articulación de una opinión pública libre indisolublemente unida al poder político¹⁸.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado, siguiendo lo establecido en el apartado 1, del artículo 20 CE, esta diferencia al establecer que la libertad de expresión tiene por objeto “pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor” (STC 6/1988, de 21 de enero). El derecho a la información se refiere al acto de transmitir información, con el requisito de que ésta sea veraz. El artículo 20 CE, incorpora, pues, dos distintos derechos, como también ha afirmado el Tribunal Constitucional (STC 223/1992, de 14 de diciembre), de una parte, la libertad de expresión que cobija pensamientos, ideología y opiniones y, de otra parte, el derecho a la información en una doble dirección, comunicarla y recibirla. Teóricamente es fácil distinguir la idea de la noticia o del dato, pero en la realidad tal distinción es, en ocasiones, más

¹⁸ SÁNCHEZ FERRIZ, R.: “El derecho a la información y la Constitución de 1978”, en VV.AA.: *Información y derecho de la información, Libro Homenaje al profesor José M^a Desantes Guanter*, Fragua, Madrid, 1987, pág. 459 y sigs.

compleja. En el caso de que un proceso de comunicación comprenda opiniones y datos o noticias, interesa distinguirlos para otorgarles a cada uno el tratamiento jurídico que le corresponde.

La veracidad -elemento determinante en el derecho a la información- es totalmente irrelevante en los mensajes y comunicaciones que se amparan en la libertad de expresión. Las opiniones y los juicios de valor no pueden someterse a prueba de veracidad alguna. Al respecto ha afirmado el Tribunal Constitucional (STC 223/1992, 14 de diciembre), que mientras los hechos por su materialidad son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud (también, STC 107/1988). Tal diferencia conlleva que la libertad de expresión carezca del límite intrínseco que constitucionalmente se marca al derecho de información, consistente en la veracidad. Este elemento, tan esencial y concreto, que ha venido articulándose con ciertas garantías en la prensa escrita y en la información audiovisual tradicional plantea mayores problemas en el entorno de Internet donde las garantías de veracidad se diluyen extraordinariamente como consecuencia de la dificultad de controlar el origen de la información.

Como venimos afirmando, tanto la libertad de expresión como el derecho a la información constitucionalmente reconocidos son elementos esenciales de la sociedad de la información. Ambos permiten configurar el ámbito y características del desenvolvimiento de la sociedad de la información en España. La regulación específica de los diversos aspectos que integran el concepto de sociedad de la información deberá llevarse a cabo en el marco establecido por la Constitución española.

4.2. Los derechos del artículo 18 de la Constitución como límites del desenvolvimiento de la sociedad de la información

El artículo 18 de la Constitución regula varios derechos que tienen en común, sin embargo, proteger la esfera más privada del individuo. A los efectos de estas páginas, interesa analizar especialmente el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el derecho al secreto de las comunicaciones y la limitación del uso de la informática para la protección de estos derechos.

El legislador ordinario ha desarrollado los derechos contemplados en el apartado primero del artículo 18 en una sola norma, la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, con independencia de las normas penales que igualmente tutelan estos derechos. El nuevo derecho a la protección de datos, derivado del límite en el uso de la informática establecido en el apartado 4 del artículo 18 fue desarrollado inicialmente en la hoy derogada *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* y, actualmente en la vigente *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, comentada anteriormente.

4.2.1. El derecho al honor y la sociedad de la información

El derecho al honor es uno de los derechos de la personalidad, inherente a la dignidad de la persona, que define un ámbito de la vida del individuo inmune a las perturbaciones de los poderes públicos y de los terceros. Este derecho de inmunidad permite a la persona rechazar

cualquier intromisión no autorizada en el ámbito de su vida personal, que afecte a la valoración que de dicho sujeto se tenga en su ámbito personal o social. No existe un concepto definido del derecho al honor en la Constitución ni tampoco en la Ley Orgánica 1/1982. El Tribunal Constitucional ha señalado la dificultad existente en encontrar dicha definición en nuestro ordenamiento jurídico (STC 223/1992, de 14 de diciembre), ya que es un concepto dependiente de normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y que responde a lo que denominamos concepto jurídico indeterminado.

El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas. Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo. El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. En todo caso, el concepto de derecho al honor se relaciona con la reputación y fama de una persona, su prestigio profesional o su dignidad personal (STC 40/1992, de 30 de marzo). En este sentido, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, dispone que: “La Protección Civil del Honor, de la Intimidad y de la Propia Imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Como ha señalado C. Chinchilla, la caracterización conceptual del derecho al honor se ha visto completada con dos elementos definidores de su contenido incorporados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

- a) la íntima conexión entre el derecho al honor y la dignidad de la persona constitucionalizada en el artículo 10.1 CE (SSTC 105/1990, de 6 de junio, 214/1991, de 11 de noviembre).
- b) Su carácter personal que hace del derecho al honor un derecho de las personas individualmente consideradas. En este sentido, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha abierto también la posibilidad de que las personas jurídicas reciban la protección derivada del artículo 18 si no en razón del derecho al honor sí sobre la base de una suerte de derecho a la fama y al buen nombre. Como ya dijimos en un Capítulo anterior, las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos constitucionales, mientras que otros derechos corresponden exclusivamente a las personas físicas. El Tribunal Constitucional comenzó afirmando que el derecho al honor correspondía sólo a la persona individualmente considerada, aunque, en su Sentencia 139/1995, de 26 de septiembre, sin rechazar su doctrina anterior aceptó que las personas jurídicas eran portadoras de prestigio y autoridad moral, conceptos no equiparables al honor pero merecedores de protección. En todo caso, el reconocimiento de derechos a las personas jurídicas debe ser coherente con sus fines y compatible con su propia naturaleza.

En el contexto de estas páginas, es relevante recordar que el derecho al honor reconocido en el artículo 18.1 CE, ha entrado frecuentemente en conflicto con la libertad de expresión y con el derecho a la información regulados en el artículo 20.1 CE y el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre este conflicto.

El Alto Tribunal sentó tempranamente la doctrina de que, en los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión y el derecho a la información, debían ponderarse los

derechos en conflicto de forma que pudieran hacerse compatibles sin que ninguno de ellos desapareciera. Así, por ejemplo, en STC 40/1992, de 30 de marzo, se afirma expresamente que en estos casos, la función del Tribunal Constitucional “consiste en determinar si la ponderación judicial de los derechos en colisión ha sido realizada de acuerdo con el valor que corresponde a cada uno de ellos y, en caso de llegar a una conclusión afirmativa, confirmar la resolución judicial, aunque ésta venga fundada en criterios y razonamientos no aceptables, puesto que lo decisivo no es que la motivación de la resolución judicial sea o no acertada, sino que el ejercicio del derecho de información haya sido o no legítimo”. La necesaria ponderación de los derechos en conflicto ha de llevarse a cabo, sigue afirmando el Tribunal, teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 C.E. ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20. 1 d) C.E., en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre, afirmada reiteradamente por la doctrina de este Tribunal desde la STC 104/1986, de 17 de julio, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen (SSTC 107/1988, de 8 de junio, 171/1990, 172/1990, ambas de 12 de noviembre).

Para resolver los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión o el derecho a la información, la jurisprudencia constitucional ha acuñado tres criterios convergentes¹⁹:

- a) valorar el tipo de libertad ejercitada, tomando en consideración, en todo caso, el papel preponderante del derecho a la información en las sociedades democráticas;
- b) considerar el interés público de la información en los casos de conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor; y
- c) la condición de personaje público de quien alega la vulneración de su derecho al honor. Los personajes públicos no pierden, obviamente, su derecho al honor frente al ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información aunque en ciertos casos puede verse aminorada su intensidad.

En suma, el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión y el derecho a la información se resuelven ponderadamente según los casos, aunque, cuando el conflicto implica al derecho a la información la posición prevalente de este derecho en las sociedades democráticas actuales, en función de su contribución a la formación de la opinión pública, inclina frecuentemente la balanza a su favor. Esta posición del Alto Tribunal nos lleva a concluir que, en la medida en la que la sociedad de la información traslade los fundamentos que hacen prevalente a la libertad de expresión y al derecho a la información respecto del derecho al honor aquélla recibirá una valoración favorable en su ponderación con éstos.

4.2.2. *El derecho a la intimidad y la sociedad de la información*

El derecho a la intimidad personal y familiar permite al sujeto mantener fuera de la acción y conocimiento de terceros su ámbito personal y familiar.

En el apartado 4 del mismo precepto se establece la limitación legal del uso de la informática como garantía y tutela, entre otros aspectos, del derecho a la intimidad personal y familiar; todavía el artículo 105, b) de la Constitución restringe el derecho de acceso de los ciudadanos

¹⁹ Seguimos en este punto a ORTEGA GUTIÉRREZ, D.: *Derecho a la información versus derecho al honor*, CEPC, Madrid, 1999, p. 107.

a los registros y archivos, en lo que afecte a la intimidad de las personas. Es clásica la expresión “derecho a estar solo” o “derecho a ser dejado en paz”, para definir el ámbito del derecho a la intimidad; en todo caso, nos encontramos ante una esfera de lo más íntimo y personal del sujeto que éste tiene derecho a reservarse para sí mismo. Como ya sucediera con el derecho al honor, ni la Constitución ni la Ley Orgánica definen en qué consiste la intimidad. Debemos, pues, acudir a la interpretación que se ha hecho de este derecho y a sus implicaciones y relaciones con otros bienes y derechos para concretar su alcance.

Reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad, como los demás derechos y pesar de su carácter básico en la protección de los ámbitos más cercanos a la persona, no tiene carácter absoluto y no puede considerarse vulnerado cuando se accede a aspectos relativos a la intimidad de una persona como consecuencia, por ejemplo, de un mandato judicial, en el curso de la investigación sumarial, en un supuesto previsto por la ley y a fin de investigar un hecho delictivo, pues en determinados casos como el de referencia la medida resulta necesaria para obtener las pruebas pertinentes (STC 25/2005, de 14 de febrero).

De otra parte, es necesario distinguir –como ya ha señalado el tribunal Constitucional- entre la persona física privada y aquella que posee cierta relevancia pública ya sea por un determinado *status* profesional o social o por su vinculación a alguna actividad de relevancia pública. En estos casos, el derecho a la intimidad puede verse matizado. También puede verse modulado el derecho cuando se aplica a personas jurídicas pues resulta difícil definir que éstas posean vida privada.

El derecho a la propia imagen acompaña, en el apartado 1 del artículo 18 CE, a los derechos al honor y a la intimidad de los que se ha tratado anteriormente. Este derecho es, en cierta medida, una manifestación tanto del derecho al honor como del derecho a la intimidad personal ya que la propia imagen, la figura física de un individuo son la carta de presentación de una persona en su entorno social, por ello, la perturbación de su imagen puede dañar también su honor; pero, por otro lado, el acceso y, en su caso, la utilización de la imagen de una persona sin su autorización es, sin duda, una vulneración de su derecho a la intimidad. El derecho a la propia imagen comprende, en suma, el derecho a controlar la difusión del aspecto más externo, el de la figura humana²⁰. A pesar de esta vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho al honor y a la intimidad aquel es, como ha señalado M.L. Balaguer, un derecho autónomo.

Como ha señalado M. Carrillo²¹, el derecho a la propia imagen, como sucede con el derecho a la intimidad, “responden por naturaleza a un contexto social en el que el fenómeno de la comunicación y la difusión de sonido e imagen definen un modelo de sociedad y de relaciones sociales”. El derecho a la propia imagen se configura, sigue afirmando el mismo autor, como una parte esencial del individuo a la que el ordenamiento atribuye carta de eficacia jurídica con efectos *erga omnes*.

La protección de la propia imagen en el artículo 18.1 CE permite al sujeto decidir acerca de su imagen, figura o apariencia con el fin de controlar la representación, difusión, publicación o reproducción de la propia efigie, de forma que ésta no pueda ser utilizada sin su autorización. El derecho a la propia imagen protege un “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre).

²⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 41.

²¹ CARRILLO, M.: “Derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, intimidad y propia imagen*, ob. cit., pág. 70.

El contenido del derecho a la propia imagen no comprende ni protege la posibilidad de que el sujeto adopte cualquier imagen y reivindique el respeto a la misma (STC 73/1982, de 2 de diciembre y 170/1987, de 30 de octubre). Al respecto ha señalado el Tribunal que, en determinadas ocasiones, la imagen trasciende la esfera de lo estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que pueda desarrollar su actividad; estas relaciones profesionales o laborales pueden establecer requisitos de apariencia física que no vulneran el derecho a la propia imagen contenido en el artículo 18.1 CE.

4.2.5. *La limitación por Ley del uso de la informática y el derecho de autodeterminación informativa*

La obtención, tratamiento y difusión de datos se ha incrementado extraordinariamente en las últimas décadas en el ámbito de la sociedad de la información. Tanto el Estado como los particulares utilizan estos datos para cumplir sus fines, pero un uso abusivo, incontrolado o, simplemente, poco cuidadoso puede generar la vulneración de los derechos de las personas²².

La Constitución española no contiene un derecho expreso a la autodeterminación informativa o a la protección de datos, pero, como es conocido, el artículo 18.4 CE, establece que la ley limitará el uso de la informática para la tutela del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar consagrados en el mismo artículo 18.1 CE.

La limitación del uso de la informática para la protección del honor y la intimidad personal y familiar ha sido considerada por el Tribunal Constitucional (STC 254/1993, de 20 de julio), como una garantía constitucional de otros derechos y como un derecho autónomo frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos. Expresamente dice el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada que esta garantía es “una forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona”. Estamos, sigue afirmando el Tribunal, ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”.

El Tribunal Constitucional, en su STC 292/2000, de 30 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra los artículos 21.1 y 24.1 y 2 de la *Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal*, confirmó, la existencia de un derecho fundamental que el Tribunal había denominado de «libertad informática» (SSTC 254/1993, de 20 de julio, 94/1998, de 4 de mayo, y 202/1999, de 8 de noviembre). El Defensor del Pueblo esgrimió en defensa de su tesis los derechos de los afectados a ser informados y a consentir así como los derechos de acceso, rectificación y cancelación de datos, como parte del derecho fundamental de todos a controlar la recogida y el uso de aquellos datos personales que puedan poseer tanto el Estado y otros entes públicos como los particulares, como parte del contenido esencial (art. 53.1 C.E.) de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 C.E.) y a la *autodeterminación informativa* (art. 18.4 C.E.).

He defendido en trabajos anteriores la existencia de un *derecho de autodeterminación informativa* que corresponde a toda persona en relación no exclusivamente con sus datos

²² REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, ob. cit., pág. 188.

personales, que es la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional, sino, en general, respecto de cualquier información que le concierna.

El concepto de *autodeterminación informativa* se ha vinculado jurisprudencialmente con el concepto de *libertad informática*, y ésta ha sido definida por el Tribunal Constitucional, como ya se dijo, como un derecho autónomo que permite al sujeto controlar la obtención, uso y divulgación de los datos que le conciernan. Esta interpretación parece tener su origen en el inicial uso de la expresión “autodeterminación informativa” en la jurisprudencia alemana. Efectivamente, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe formuló el concepto de «autodeterminación informativa», como el derecho del individuo de decidir hasta qué límites pueden divulgarse los datos de su vida privada, y de protegerse contra la creciente publicidad; el Tribunal alemán estableció que el derecho a la autodeterminación en relación con la información excluye un orden social y un ordenamiento legal que no lo haga posible, en el cual los ciudadanos no sepan quién sabe qué, cuándo y con ocasión de qué respecto de ellos. Esta interpretación ha sido también acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Malone v. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984).

Aunque la tesis del Tribunal Constitucional de Karlsruhe no es, en sí misma, restrictiva, la interpretación que se ha hecho de ella en nuestra jurisprudencia sí ha generado en parte este efecto, ya que parece que el concepto de *autodeterminación informativa* se refiere a los casos en los que, por unas u otras circunstancias, deban obtenerse datos personales y, en su caso, conservarse o divulgarse. El Tribunal Constitucional recoge la tesis del derecho fundamental a la *autodeterminación informativa* en relación con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, reconocido en el artículo 18.1 CE, y a la garantía consagrada en el apartado 4 del mencionado precepto constitucional (entre otras, SSTC 290 y 292/2000, de 30 de noviembre y STC 219/2001, de 31 de octubre), enunciando, como dijimos anteriormente, un nuevo derecho al que denominó *libertad informática*, otras veces mencionado como *habeas data*, *habeas scriptum* o *derecho a la propia identidad informática*. Por mi parte, definiendo un concepto de autodeterminación informativa más amplio que permita al sujeto controlar cualquier información que le concierna y no solo aquella que pueda reconducirse al concepto de “dato personal”.

El derecho de *autodeterminación informativa* tiene expresiones concretas en el ámbito internacional y comunitario, en los artículos 5, 6, 8 y 9 del *Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y, por último, la *Directiva 95/46/C.E.*, aprobada en su momento por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos (muy en especial su artículo 13). Igualmente hay manifestaciones de este derecho en el ámbito de la biotecnología, así el artículo 10 del *Convenio sobre Biomedicina y Derechos Humanos*, del Consejo de Europa. En Derecho comparado, la Constitución suiza reconoce el derecho de acceso a los datos concernientes a la ascendencia como parte del derecho a la *autodeterminación informativa* abriendo un camino que está cercenado en otros muchos países entre los que el nuestro no es excepción.

Como venimos señalando, el derecho que asiste a toda persona al control de los datos de carácter personal que le conciernan se ha fundamentado en el derecho a la intimidad personal y familiar y ha sido desarrollado en España a través de la ya mencionada *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, en el ámbito sanitario, la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la*

autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; en el ámbito internacional, en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981 (Ratificado por España el 27 de enero de 1984) y en el ámbito de la Unión Europea en el mencionado Reglamento europeo 2018/1725.

5. La Ley de servicios de la sociedad de la información

En España, la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico* (ampliamente modificada desde su aprobación).

La Ley española incorpora un concepto amplio del concepto de *servicios de la sociedad de la información* (los distintos campos y actividades que pueden ser incluidas dentro de la sociedad de la información), que comprende, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (periódicos y revistas en red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. La Ley se aplica, con carácter general, a los prestadores de servicios establecidos en España. La sociedad de la información adopta el término "establecimiento" de forma similar a lo que viene siendo el "domicilio fiscal" a efectos tributarios.

El principio de confianza en la red también está presente en la Ley española que protege los intereses de los destinatarios de servicios. Con esta finalidad, la Ley impone a los prestadores de servicios la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio en Internet; la de informar a los destinatarios sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir a éstos visualizar, imprimir y archivar las condiciones generales a que se someta, en su caso, el contrato. Cuando la contratación se efectúe con consumidores, el prestador de servicios deberá, además, guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos, y confirmar la aceptación realizada una vez recibida.

En lo que se refiere a las comunicaciones comerciales, la Ley establece que éstas deban identificarse como tales, y prohíbe su envío por correo electrónico u otras vías de comunicación electrónica equivalente, salvo que el destinatario haya prestado su consentimiento.

CAPÍTULO IV

FUENTE DEL DERECHO Y ORDENAMIENTO JURIDICO LA NORMA JURÍDICA PRINCIPIOS DE RELACIONES ENTRE NORMAS

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

SUMARIO. 1. Las fuentes del Derecho: concepto. 1.1. Concepto. 1.2. El Derecho escrito: la Constitución. 1.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2. El Ordenamiento jurídico. 3.1. Concepto. 2.2. Articulación y unidad del Ordenamiento jurídico. 3. La Constitución como norma suprema. 3.1. Fundamento de la concepción normativa de la Constitución. 3.2. Valor normativo de la Constitución. 3.2.1. Valor supremo de la Constitución. 3.2.2. Valor supremo de la Constitución española de 1978. 4. Constitución y leyes preconstitucionales. 4.1. Concepto. 4.2. El control de su constitucionalidad. 3.2. Principios de relaciones entre normas y unidad del Ordenamiento jurídico. 3.2.1. Principio de jerarquía. 3.2.2. Principios de relaciones entre normas del mismo rango. 4. La interpretación constitucional. 4.1. La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. 4.2. La interpretación del resto del Ordenamiento jurídico. 4.3. El *bloque* y el *parámetro* de la constitucionalidad. 5. Tipos normativos. 6. Los Tratados internacionales. 6.1. Regulación constitucional de los Tratados. 6.2. Posición de los Tratados en el Ordenamiento interno. 7. El Derecho de la Unión Europea. 8. La Ley. 8.1. Ley ordinaria. 8.2. Ley orgánica. 8.3. La ley en las Comunidades Autónomas. 9. La reforma constitucional. 9.1. Concepto. 9.2. Procedimientos de reforma constitucional. 10. Las fuentes con valor de ley. 10.1. El Decreto-Ley. 10.2. El Decreto-Legislativo. 10.3. Los Reglamentos parlamentarios. 11. Las fuentes con rango inferior a la ley.

1. Las fuentes del Derecho

1.1. Concepto

La expresión fuentes del Derecho alude, como señala I. de Otto, a aquello de lo que el Derecho procede, al origen de las normas jurídicas, precisando más *a aquello a lo que el Ordenamiento confiere la virtualidad de crear normas*. Para que se creen las normas jurídicas no basta la dinámica social sino que es preciso²³:

- La intervención de quien posea, según el Ordenamiento, poder jurídico para dictar normas,
- y que su actuación se acomode a los requisitos formales que, en su caso, el propio Ordenamiento establezca.

²³ OTTO, I. DE: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 70.

Tradicionalmente se han aceptado como fuentes: el *Derecho escrito*, la *jurisprudencia*, la *costumbre*, los *principios generales del Derecho* y además, en el ámbito constitucional, las *convenciones constitucionales*.

Como vemos, pues, no todas las fuentes del Derecho son fuentes escritas aunque sí son estas las más frecuentes en nuestro Ordenamiento, compartiendo importancia, dentro de esta categoría, con la *jurisprudencia* emanada por el Tribunal Constitucional. Menos frecuente es tratar como tales a los *principios generales del Derecho*, los más significativos de los cuales suelen ser estudiados en otras disciplinas y los que son propiamente principios generales del Derecho constitucional o bien se encuentran explícitamente recogidos en los preceptos concretos de la Constitución (con los que propiamente se convierten en preceptos constitucionales con su máximo rango normativo) o bien lo están implícitamente, pudiendo ser inferidos de dichos preceptos (con parecidas consecuencias en cuanto a su rango y eficacia).

La *costumbre* es igualmente, en nuestro Ordenamiento constitucional, una fuente de menor relevancia pues nuestro sistema se apoya fundamentalmente en el Derecho escrito. Por último, las *convenciones constitucionales* son acuerdos, expresos o tácitos, entre órganos constitucionales que versan sobre aspectos no expresamente regulados en el Derecho escrito o al que éste dota de una regulación amplia de manera que dichos órganos constitucionales pueden completar la regulación mediante el consenso. Las *convenciones*, por su propia naturaleza consensual y en razón a los sujetos que las protagonizan -los órganos constitucionales- no generan sanción si dejan de celebrarse aunque sea por decisión unilateral. En estas páginas nos detendremos especialmente, sin perjuicio de otras referencias, en el Derecho escrito y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1.2. El Derecho escrito: la Constitución.

En cuanto al Derecho escrito, no tiene la consideración de *fuentes* todo acto que se realice en el proceso de creación de las normas; no es fuente, por ejemplo, el órgano que dicta las normas, ni tampoco cada uno de los actos procedimentales que llevan a la aprobación de la misma.

Podemos entender, en definitiva, por fuente del Derecho *las diversas categorías o tipos normativos a través de los cuales se incorporan normas jurídicas al Ordenamiento* (por ejemplo, la ley orgánica o los reglamentos), mientras que denominaremos *norma* o *precepto* al contenido material inserto en una fuente²⁴. Definido el concepto de *fuentes* escritas es preciso determinar también las concretas categorías o tipos normativos que, en nuestro Ordenamiento jurídico, poseen esta consideración de *fuentes*, lo cual es asunto controvertido en relación con algunas de esas categorías.

Si, como hemos indicado, las fuentes producen normas jurídicas y la característica esencial de éstas es generar un efecto *erga omnes*, podríamos afirmar, siguiendo a F. Balaguer, que sólo son fuentes del Derecho aquellas que incorporan al Ordenamiento normas que son eficaces con carácter *erga omnes*, respecto de todos los sujetos afectados por el Ordenamiento (aunque no necesariamente sean aplicables a todos y cada uno todas las normas que integran el Ordenamiento); no tienen, por tanto, condición de fuente del Derecho aquellos otros actos jurídicos que producen reglas con eficacia sólo *inter partes* (entre partes). Con este criterio definidor de qué es fuente del Derecho podemos, como señala el autor citado, precisar también

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Las fuentes del Derecho. I. Principios del Ordenamiento Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 61.

en qué casos la actividad jurisdiccional (jurisprudencia) puede considerarse como fuente del Derecho²⁵.

De entre las fuentes escritas, la Constitución es en nuestro Ordenamiento la primera y más fundamental pues es la *norma sobre producción de normas* que ha creado y configurado en sus elementos básicos a las demás categorías normativas o tipos normativos que, según venimos defendiendo, son *fuentes del Derecho* pero, además, la Constitución es fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones. El Ordenamiento español, tras la aprobación de la Constitución española, se ha configurado en torno a un número importante de fuentes del Derecho, cuya tipología abordamos en otro capítulo posterior.

1.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los Tribunales tienen como misión la aplicación del Derecho en la resolución de los conflictos, labor en la que deben determinar el alcance de las distintas normas jurídicas aplicables para lograr alcanzar la resolución justa del caso. De esta labor de interpretación del Ordenamiento jurídico se trata en el epígrafe 5 de este mismo capítulo. Trataremos ahora sólo de poner de manifiesto que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en el desenvolvimiento de sus competencias constituyen también una fuente del Derecho: la *jurisprudencia*.

Dado el carácter jerárquico de nuestro sistema judicial interesa fundamentalmente en cuanto al tema que tratamos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que posee competencia en todo el territorio español, sin perjuicio de las que poseen en el ámbito de las respectivas Comunidades Autónomas, los Tribunales Superiores de Justicia. Y, aún más, por razón de la materia que abordamos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, intérprete último de la Constitución.

La Constitución española otorga el *valor de cosa juzgada* a las sentencias del Tribunal Constitucional desde el día siguiente a su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, con los votos particulares si los hubiere, sin que quepa recurso alguno contra ellas. Las sentencias del Tribunal constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos (art. 164.1 CE).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es fuente del Derecho y como tal, debemos destacar del conjunto de sentencias que la componen las denominadas *sentencias interpretativas* que aunque no presentan ninguna diferencia ni particularidad en su aspecto formal respecto de las demás sí lo son en cuanto a su contenido. Las *sentencias interpretativas* son aquéllas en las que, al resolver el caso concreto, el Tribunal Constitucional realiza una interpretación de uno o más preceptos legales en relación con uno o más artículos constitucionales en los que determina la única interpretación válida o, por el contrario, la única interpretación inválida con lo cual acota extraordinariamente el sentido de esos preceptos constitucionales. Vienen así las *sentencias interpretativas* a limitar al ámbito de discrecionalidad con que, por lo general, cuenta el legislador ordinario para desarrollar los principios constitucionales. La Constitución no menciona expresamente las *sentencias interpretativas* pero la doctrina viene considerándolas una parte fundamental de la jurisprudencia como fuente del Derecho por su relevancia en orden a la interpretación de la Constitución.

Si bien, como venimos diciendo, es pacífica la consideración como fuente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es más discutida la posición que deba ocupar dicha fuente en

²⁵ Ibidem.

relación con las demás y, especialmente, respecto de las fuentes escritas. La interpretación que realiza el Tribunal no tiene vida separada de la norma que interpreta y el contenido de dicha interpretación queda incorporado a la ley la cual, a partir de ese momento, debe ser entendida y aplicada por todos en el sentido en el que haya sido interpretada por el Tribunal Constitucional; la interpretación de una ley se *incorpora* al texto y tiene el rango de éste. Si la interpretación del Tribunal Constitucional se refiere específicamente a un precepto constitucional, es decir, si lo que se matiza o aclara es el alcance de uno de los preceptos de la Constitución, dicha interpretación es igualmente vinculante para todos y se *incorpora* al texto constitucional y adquiere el máximo rango normativo. Es relevante, sin embargo, hacer constar que el Tribunal Constitucional no está vinculado a su propia jurisprudencia por lo que puede modificar la interpretación cuando el caso lo requiera.

Por último, cabe señalar que de la superior jerarquía de la Constitución respecto de las demás normas y de la naturaleza de máximo intérprete de la misma asignada al Tribunal Constitucional se deriva la vinculación de la jurisprudencia ordinaria no solo al texto constitucional sino también a la interpretación que del mismo realiza el Tribunal Constitucional²⁶. Así se explicita en el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina la obligación de los Jueces y Tribunales de interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos de conformidad con la Constitución y con la interpretación que de la misma resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

2. El ordenamiento jurídico

2.1. Concepto

Aunque pueden formularse diversas teorías sobre el concepto de *ordenamiento jurídico*, una de ellas lo define válidamente como *un conjunto sistemático de normas*; normas que emanan de diferentes órganos, que poseen contenidos distintos y también diferente jerarquía. El Ordenamiento es, por tanto, una estructura jerárquica. Cuando afirmamos que el Ordenamiento jurídico es un conjunto ordenado o sistema de normas incluimos también en el mismo valores, principios e instituciones que las propias normas expresan o aluden²⁷.

El Ordenamiento jurídico español esta, pues, formado por un conjunto diverso de normas (de distinto tipo normativo, distinto contenido, también distinto ámbito de aplicación y aprobadas por diferentes órganos) que, sin embargo, tendría carácter *unitario*; es decir, no estamos ante un conglomerado de preceptos aislados sino ante un conjunto normativo unitario de contenido plural. Esta última afirmación nos coloca frontalmente ante un principio básico del Ordenamiento jurídico como es el de su *unidad*. Tal unidad es compatible con una realidad normativa compleja que es común a la mayoría de las democracias actuales en las que junto a lo que podríamos denominar un ordenamiento estatal coexisten unos ordenamientos de entes territoriales menores y, también, de un ordenamiento supranacional como es el de la Unión Europea.

2.2. Articulación y unidad del Ordenamiento jurídico.

²⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L.: *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico*, ob. cit., pág. 159.

²⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Las fuentes del Derecho. I. Principios del Ordenamiento Constitucional*, ob. cit., pág. 82.

La unidad del Ordenamiento jurídico viene exigida por la propia Constitución que fundamenta la validez de todas las normas que integran el Ordenamiento; estas normas no pueden contradecirse entre sí y si tal contradicción se produce el propio Ordenamiento debe tener previstos los mecanismos para solucionar esta controversia.

Como hemos explicado la pluralidad del Ordenamiento jurídico no debe impedir su unidad y, especialmente, la posibilidad de que, en cada momento, se conozca con la suficiente certeza cual es la norma que procede aplicar a un caso concreto. Este fin no puede lograrse sino estableciendo unos principios que permitan a los operadores jurídicos aplicar correctamente las normas del Ordenamiento jurídico.

A este fin responden los siguientes principios de relaciones entre normas:

2.2.1. *Principio de jerarquía.*

El principio de jerarquía se encuentra constitucionalizado en el artículo 9.3 junto con otros relativos a la seguridad jurídica. Si surge una controversia entre leyes de distinto rango que regulen la misma materia, la ley de superior rango prevalece sobre la ley de rango inferior (*lex superior derogat legi inferiori*). Conforme a este principio, por ejemplo, la *Constitución* prevalece sobre las *leyes* (de cualquier tipo) y éstas prevalecen sobre los *reglamentos*.

2.2.2. *Principios de relaciones entre normas del mismo rango.*

El principio de jerarquía al que acabamos de aludir es, quizá, uno de los más clásicos principios que rigen las relaciones entre normas, pero, la complejidad de los Ordenamientos actuales del que el español no es excepción manifiesta la necesidad de completarlo con otros principios. Una de las principales dificultades se encuentra en la existencia de una pluralidad de *subordenamientos* consecuencia, principal aunque no única, de la descentralización territorial del Estado. Cada una de las Comunidades Autónomas posee, en el seno del Ordenamiento jurídico estatal, un *subordenamiento* aplicable en su ámbito territorial y distinto al de las demás Comunidades.

Cuando las normas que entran en conflicto poseen el mismo rango y, por ello, no puede aplicarse el principio de jerarquía, el Ordenamiento acude a otros principios; la idoneidad de aplicar uno u otro vendrá dada por el caso concreto. Entre estos principios son:

a) *El principio de competencia.*

El *principio de competencia* nos permite distinguir las normas del mismo rango en función del órgano que tenga atribuida la facultad de su elaboración.

Este principio rige fundamentalmente en las relaciones entre las leyes elaboradas por las Cortes Generales (poder central) y los distintos Parlamentos de las Comunidades Autónomas (poder autonómico) que tienen atribuidas la regulación de diversas materias aunque tanto la ley de Cortes y la ley autonómica no tienen diferente jerarquía (ambas poseen rango de ley, subordinado a la Constitución y supraordenado a los reglamentos).

Con todo, la complejidad normativa del Estado Autonómico exigiría matizar la anterior afirmación ya que, en ocasiones una norma de rango superior emanada del poder central puede quedar supeditada a una de rango inferior pero emanada de la Comunidad Autónoma en el desenvolvimiento de sus competencias.

b) *El principio de especialidad de procedimiento.*

Rige este principio, las relaciones entre normas del mismo rango (no procede, pues, aplicar el principio de jerarquía), emanadas por el mismo órgano (no puede aplicarse tampoco el principio de competencia) pero que tienen atribuidas constitucionalmente materias distintas. El único caso es el de la ley orgánica y la ley ordinaria. Ambas son leyes aprobadas en Cortes Generales aunque la Constitución ha asignado a la ley orgánica una materia tasada (art. 81.1) y un procedimiento específico para su aprobación (art. 81.2).

c) *El principio de ley posterior.*

Si se produce contradicción entre dos leyes del mismo rango, la ley posterior deroga a la ley anterior (*ley posterior derogat legi priori*). Este criterio temporal otorga la prioridad a la ley aprobada más recientemente. Debemos puntualizar, sin embargo, que aún siendo un principio clásico de las relaciones entre normas debe ser aplicado sin perjuicio de los principios de competencia y, en su caso, de especialidad de procedimiento.

d) *El principio de ley especial.*

También dentro del mismo rango, puede aplicarse el principio según el cual la ley especial prevalece sobre la ley general (*lex specialis derogat legi generali*). Conforme a este principio, prevalece la ley específica sobre aquella otra que regula la generalidad de los supuestos. Como en el caso anterior, debe aplicarse sin perjuicio de los principios de competencia y especialidad de procedimiento mucho más representativos de la complejidad de nuestro actual Ordenamiento jurídico.

3. La Constitución como norma suprema

3.1. Fundamento de la concepción normativa de la Constitución

A excepción de los antiguos documentos ingleses que hoy se consideran parte de su Constitución, los primeros textos constitucionales *codificados* aparecen, como sabemos, en el siglo XVIII; el primero en 1787 en Estados Unidos y, poco tiempo después, en Francia con el objetivo de someter a los poderes públicos y a las instituciones a criterios normativos y garantizar la libertad. Expresivo de los fines que se pretendían lograr con el establecimiento del régimen constitucional es el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 que literalmente dice: *Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución.*

Las constituciones aspiran a estructurar de manera efectiva la sociedad política y, para ello, el poder debe aparecer "como una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento"²⁸. La formalización de las constituciones en documentos escritos y codificados (a excepción de la

²⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 45.

no codificada Constitución inglesa) manifiesta la intención de consagrar en un documento los principios y normas esenciales de una comunidad.

Como a continuación se señala, no todo texto que recibe el nombre de Constitución lo es realmente. Solo la Constitución que articula un poder político con las garantías debidas puede llamarse Constitución.

3.2. Valor normativo supremo de la Constitución.

Las plausibles intenciones del constitucionalismo no se lograron, como sabemos, de forma inmediata con la sola aprobación de los respectivos textos constitucionales, sino que un dilatado proceso ha seguido a aquellas primeras manifestaciones que, sin embargo, pusieron las bases para la consideración de la Constitución como una norma básica, fundamental y, en consecuencia, como una norma superior a las demás, pues en ella se encontraban, como ya dijimos, los principios del nuevo régimen. Así, de una u otra manera definida, la Constitución representó siempre la norma organizativa básica de una sociedad; que su eficacia llegara a ser real o mera ficción dependió de las sociedades y de las condiciones políticas de cada una de ellas. Así, mientras en Estados Unidos se asentó con relativa facilidad la idea de la supremacía de la Constitución frente a la ley, en Europa tal concepto tardó en abrirse camino y sólo a partir de la *primera guerra mundial* aparecen los principios de *normatividad directa y supremacía efectiva* de la Constitución recogidos en las Constituciones alemana de 1919 y austríaca de 1920. Como hemos señalado, la supremacía de la Constitución respecto de las demás leyes pronto fue aceptada y desarrollada en Estados Unidos, confirmándose en la famosa resolución que ya en el siglo pasado (1803) se planteara el juez Marshall, Presidente del Tribunal Supremo, ante la necesidad de dictar sentencia en el caso *Madison versus Marbury* y que tanta trascendencia ha tenido en la elaboración del concepto de control de la constitucionalidad de las leyes. La opción era que o la Constitución era la norma suprema del Ordenamiento o bien era una norma más dentro de ese Ordenamiento jurídico.

Si se contestaba afirmativamente a lo primero, la Constitución debía tener necesariamente un rango superior al resto de las normas del país, las cuales deberían estar en consonancia con los principios constitucionales. Si fuera lo segundo, la Constitución podría ser modificada por otras normas posteriores y el valor normativo del texto constitucional no sería diferente ni superior al del resto de las leyes del país y, por consiguiente, éstas no tendrían que atenerse necesariamente a los principios constitucionales. El juez Marshall adoptó la decisión de considerar que la Constitución es la norma suprema de la comunidad política y que, por ello, las demás leyes deberían respetar sus principios.

La Constitución española vigente ha seguido esta línea y reconoce su valor normativo supremo en el artículo 9.1 cuando afirma: *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico*. El texto fundamental español confirma, en el artículo 53.1, esta vinculación de los poderes públicos a la Constitución en lo que se refiere específicamente a los derechos y libertades regulados en el Capítulo II del Título I (art. 14 a 38) y, en consonancia con esta supremacía, el artículo 161.1 a) incorpora el control de la constitucionalidad de las leyes; instrumento que tiene como fin velar por la supremacía normativa de la Constitución.

Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los primeros años de vigencia de la Constitución fue titubeante en este sentido. Posteriormente modificó su interpretación de la Constitución y reconoció al texto fundamental el valor normativo supremo y la aplicabilidad

directa que le corresponden.

Los reparos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y ciertos sectores doctrinales mostraron acerca de la aplicabilidad directa de todos y cada uno de los preceptos constitucionales en los primeros años de vigencia del texto fundamental se debieron en parte a la distinta nitidez literal de algunos de sus principios y, también, a las remisiones a las leyes de desarrollo que podemos encontrar en algunos artículos constitucionales. Hoy ya no es tema controvertido que el valor normativo de la Constitución es *unitario* y no hay en ella zonas de penumbras que carezcan de dicho valor normativo. Debe excluirse, pues, la tesis de que algunos preceptos constitucionales o algunos capítulos de la Constitución no fueran directamente aplicables desde el mismo momento de la vigencia del texto fundamental. El Tribunal Constitucional, por el contrario, desde sus inicios ha afirmado sin quiebra ninguna el valor supremo de la Constitución y la necesidad de que el Ordenamiento jurídico se ajuste y respete todos sus preceptos los cuales son, sin excepción, de aplicación directa.

Así ha declarado el Alto Tribunal:

- Que la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema (entre otras: SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 5/1981, de 10 de noviembre; 9/1981, de 31 de marzo; 101/1983, de 18 de noviembre; 50/1984, de 5 de abril; 253/1988, de 29 de diciembre y 46/1990, de 15 de marzo)
- Que la Constitución es la norma fundamental directamente aplicable y alegable ante los Tribunales ordinarios (SSTC 16/1982, de 28 de abril; 81/1982, de 21 de diciembre).
- Que la Constitución es norma jurídica y no una declaración programática (STC 80/1982, de 20 de diciembre).

4. La interpretación constitucional

4.1. La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional

El Derecho, como sabemos, es una construcción humana mediante el cual se aspira a organizar la sociedad y a dar respuesta a las cuestiones que cada situación plantee. Para solventar los conflictos se formulan supuestos jurídicos (presupuesto de hecho), a los que se asigna una respuesta del Ordenamiento lo cual genera una consecuencia jurídica. De esta manera se puede sostener que el Derecho es el método idóneo de resolución de los conflictos en el seno de una sociedad y que tiene siempre la respuesta adecuada a cada cuestión. Esta afirmación presupone:

- Que el Ordenamiento tendrá siempre respuesta para cada caso que pueda plantearse.
- Que el Ordenamiento es completo y aspira a que no existan vacíos legales, apelando, en casos extremos, a la *analogía*, como método capaz de suplir la falta de respuesta concreta del Derecho ante una situación dada²⁹.

Ahora bien, las previsiones jurídicas que intentan dar respuesta a todos los posibles supuestos de hecho que se producen en una sociedad nunca logran cubrir todos los matices y particularidades que la realidad es capaz de producir. La *interpretación* realiza, afirma la citada autora, la esencial función de acomodar las normas generales al caso concreto. La interpretación de las

²⁹ BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: *La interpretación de la Constitución y el Ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 76.

normas, viene atribuida a una pluralidad de órganos; hay una pluralidad de agentes sociales que interviene activamente en el proceso de interpretación de las normas tanto en tráfico jurídico como en la aplicación del Derecho, aunque la figura del *juez* (y, más aún, del *juez* constitucional) es la más importante en el proceso interpretativo porque es, en definitiva, a quien el Ordenamiento otorga la competencia decisoria en materia de interpretación.

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, por razones puramente históricas (STC 37/1987, de 26 de marzo), en el Título Preliminar del Código Civil y en los arts. 3º y 4º, ya que la Constitución no ha incorporado previsiones generales sobre el particular y sólo encontramos una mención específica relativa a la interpretación de los derechos fundamentales en el artículo 10 que establece que dicha materia se *interpretará de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*.

Si bien, como decimos, la labor interpretadora es consustancial a la aplicación de todo Ordenamiento jurídico, esta función es especialmente importante cuando se realiza en relación con la Constitución, se produce entonces la denominada *interpretación constitucional* que adquiere su pleno sentido sólo cuando la Constitución es plenamente normativa y no meramente un texto programático u orientador³⁰.

Podríamos definir la interpretación constitucional como la actividad mediante la cual se atribuye un concreto significado a uno o varios preceptos constitucionales con el fin de obtener una decisión fundada en Derecho ante un problema concreto³¹. Así definida estaríamos hablando de la interpretación constitucional realizada por los órganos jurisdiccionales competentes pero, establecida en el Ordenamiento español, la jurisdicción constitucional es al Tribunal Constitucional a quien compete de manera directa la función de interpretar la Constitución. En este sentido, el artículo 1.1 de la *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* declara la independencia del Tribunal Constitucional respecto de los demás órganos constitucionales, su carácter de intérprete supremo de la Constitución, estando sometido en el desenvolvimiento de sus funciones exclusivamente al texto constitucional y a su Ley Orgánica.

4.2. La interpretación del resto del Ordenamiento jurídico

Problema distinto del que acabamos de exponer, es decir, de la fijación del sentido y alcance de los distintos preceptos constitucionales, es el de la interpretación del resto del Ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. Es esta una exigencia derivada de la supremacía de la Constitución sobre el resto de las normas que componen el Ordenamiento jurídico. La Constitución normativa asegura la unidad del Ordenamiento jurídico reconduciendo su contenido material a los preceptos constitucionales que prevalecen sobre el resto de las normas. Es precisamente este mayor rango de la Constitución el que otorga también mayor preeminencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de la que produce el Tribunal Supremo o cualquier otro Tribunal español en el ámbito de sus respectivas competencias.

El Tribunal Constitucional ha confirmado la necesidad de que el Ordenamiento sea interpretado de conformidad con la Constitución, por ello:

- Califica la Constitución como norma cualitativamente distinta de las demás y superior a

³⁰ Idem, p. 38.

³¹ ALONSO GARCIA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 24.

ella, estableciendo que es un imperativo para todos los poderes públicos llamados aplicar la ley interpretarla conforma a aquélla (STC 9/1981, de 31 de marzo).

- Por el motivo anterior, debe rechazarse toda aplicación de una regla que conduce a un resultado opuesto al que el precepto constitucional declara deseable (STC 19/1982, de 5 de mayo. También 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).
- La Constitución, por tanto, 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, la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental que exige realizar la función interpretadora buscando el objetivo, el fin, perseguido por el texto constitucional (STC 18/1981, de 8 de junio y, también, SSTC 37/1988, de 3 de marzo).
- En consecuencia, siempre debe prevalecer la interpretación de la norma que se ajuste a la Constitución rechazándose todas las demás (STC 122/1983, de 16 de diciembre).

4.3. El bloque de la constitucionalidad y el parámetro de la constitucionalidad de la constitucionalidad.

En relación con esta función de control de la constitucionalidad de la ley, el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, precisa que la conformidad o disconformidad de las normas respecto del contenido de la Constitución se apreciará por el Tribunal Constitucional considerando, además de los preceptos constitucionales afectados en cada caso:

- Las leyes que delimiten las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, o que regulen o armonicen el ejercicio de las competencias de estas últimas.
- Y, también, se tendrán en cuenta otras normas que regulan el procedimiento de producción de normas con rango de ley.

Este conjunto normativo se ha denominado por el propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia *bloque de constitucionalidad* (STC 66/1985, de 23 de mayo) y, más concretamente, está integrado por las siguientes normas:

- Los Estatutos de Autonomía; las leyes marco, las de armonización, las de delegación de facultades y las de transferencia de competencias.
- Las leyes que contengan delegaciones legislativas.
- Los Tratados internacionales, en su caso.
- Las leyes orgánicas (en determinados casos, respecto del control de constitucionalidad de la ley ordinaria).

Los Reglamentos parlamentarios (tanto los del Congreso de los Diputados y Senado, como los de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas).

Sin embargo, no siempre es necesario -ni siquiera conveniente- que el Tribunal Constitucional repare en todas y cada una de las normas que integran el denominado bloque de la constitucionalidad para, junto con los preceptos constitucionales afectados, resolver un determinado caso, sino que, por el contrario, el Tribunal Constitucional selecciona de entre aquéllas las que precisa para resolver. A esta selección de normas que el Tribunal utiliza para fundamentar una resolución concreta y a la interpretación que hace de ellas es a lo que

denominados *parámetro de la constitucionalidad*. Este es, pues, de contenido variable y se construye para cada caso concreto por el propio Tribunal Constitucional; se diferencia así del contenido permanente del denominado *bloque de la constitucionalidad*.

5. Tipos normativos

Como ya se dijo, el sistema de fuentes del Derecho en nuestro Ordenamiento está presidido por la Constitución de 1978 de la que derivan un grupo importante y novedoso de tipos normativos especial por la implantación de la descentralización territorial a través del denominado Estado Autónomico y por la participación de España en la Unión Europea y en el sociedad internacional. A efectos de introducir el complejo tema de la tipología de las fuentes del Derecho en nuestro Ordenamiento, podríamos distinguir cuatro niveles:

- Constitución y la interpretación de la misma por el Tribunal Constitucional,
- Derecho de la Unión Europea,
- tratados internacionales
- leyes y normas con su rango y fuerza y la interpretación de la misma por el Tribunal Constitucional,
- las normas con rango inferior a la ley.

Lo referente a la Constitución y a la interpretación de la misma por el tribunal Constitucional figura en epígrafes precedentes; en los siguientes se hace un análisis de los diferentes tipos normativos y ámbitos de aplicación.

5.1. Tratados internacionales

5.1.1. Regulación constitucional de los Tratados.

Los Tratados internacionales suscritos por España y el Derecho comunitario se integran en el Derecho interno. Trataremos en este apartado de los primeros y a continuación del caso específico del Derecho de la Unión Europea originario (Tratados constitutivos y sus reformas).

La Constitución española dedica el Capítulo Tercero del Título III, artículos 93 a 96) a los Tratados internacionales y, el artículo 63.2, asigna la facultad de prestar el consentimiento del Estado al Rey.

Podríamos decir que la Constitución distingue tres diferentes tipos de Tratados en orden a la participación de las Cortes en el procedimiento de celebración de los mismos:

- Tratados que requieren autorización de las Cortes mediante ley orgánica.
- Tratados o convenios que requieren la previa autorización de las Cortes.
- Tratados o convenios de cuya conclusión deben ser informadas las Cámaras.

Respecto del primer supuesto, dispone el artículo 93 CE que se podrá autorizar, mediante ley orgánica, la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización internacional o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Mediante este mecanismo se han incorporado al Derecho interno los Tratados constitutivos de la actual Unión Europea y sus reformas.

En los casos previstos en el artículo 93, las Cortes Generales o el Gobierno deben garantizar, según los casos, el cumplimiento de estos tratados y también de la resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales que sean titulares de la cesión regulada en este precepto constitucional.

En el segundo caso, dispone el artículo 94.1, que se requiere la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios, en los siguientes casos:

- Tratados de carácter político,
- Tratados o convenios de carácter militar,
- Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la hacienda Pública.
- Tratados o convenios que supongan obligación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

Y, por último, el apartado 2, del artículo 94, regula el tercer supuesto conforme al cual el Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.

Al Rey le corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse mediante tratados o convenios, facultad que el Monarca ejerce de conformidad con la Constitución y las leyes tal y como dispone el artículo 63.2 CE.

5.1.2. Posición de los Tratados en el Ordenamiento interno

Los Tratados internacionales incorporan al Derecho interno normas jurídicas con plena eficacia que no son manifestación “de la voluntad exclusiva de los poderes públicos internos sino de la negociación y el acuerdo con otros sujetos internacionales”. Dispone el artículo 96.1 CE, que los tratados internacionales, válidamente celebrados y una vez publicados oficialmente, pasarán a integrarse en el Ordenamiento interno, pero ni su modificación, derogación o suspensión pueden realizarse sino es de conformidad con las normas previstas en los respectivos tratados o, en su defecto, conforme a las normas generales del Derecho internacional.

En cuanto a la denuncia de los tratados y convenios internacionales celebrados por España debe aplicarse, tal y como dispone el artículo 96.2 CE, el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el citado artículo 94 CE. No existen diferencias jerárquicas ni de otro orden en la consideración de los tratados como fuentes del Derecho en nuestro Ordenamiento en base a que, por ejemplo, unos hayan sido autorizados por las Cortes y otros no.

En cuanto a la posición del Tratado en relación con la Constitución hay diversas tesis cada una de las cuales aportan argumentos a favor de la preeminencia de unos u otra. A pesar de las discusiones doctrinales sobre el particular, bajo el punto de vista constitucional consideramos que debe afirmarse la superioridad de la Constitución respecto de las previsiones del Tratado, lo cual se deduce de la necesidad de que estos últimos no vulneren los principios constitucionales. A tal efecto, la Constitución española ha previsto un control previo de constitucionalidad de los Tratados al disponer el artículo 95.1 de la Constitución, que la celebración de un tratado internacional que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. Este supuesto se produjo con motivo de la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) cuyo artículo 8 reconocía el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Unión en todos los países miembros, mientras que el artículo 13.2 de la Constitución sólo reconocía el derecho de sufragio activo. El texto del Tratado fue sometido a dictamen del Tribunal Constitucional el cual resolvió que efectivamente existía una contradicción entre el Tratado y la Constitución que obligaba a reformar ésta ante de incorporar el texto internacional al Derecho interno. Así se hizo mediante la, hasta ahora, única reforma constitucional en España producida en agosto de 1992.

La competencia para instar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional previamente a la celebración de un Tratado se asigna, en el artículo 95.2 CE, al Gobierno o a cualquiera de las Cámaras (Congreso de los Diputados y Senado).

Con independencia del control a priori de los Tratados al que hemos hecho referencia, éstos están también sujetos, por su naturaleza de norma con fuerza de ley, a un control de inconstitucionalidad posterior mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad contemplados en el artículo 161.1. a) CE, y en los artículos 27, 28 y 29 LOTC .

Las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad tiene valor de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE. Las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad producen la nulidad de los preceptos que el Tribunal Constitucional haya declarado afectos a dicho inconstitucionalidad (art. 39 LOTC). Sin perjuicio de todo ello y dada la naturaleza internacional de los Tratados, tanto el incumplimiento de un Tratado como la declaración de inconstitucionalidad de alguna de sus partes puede dejar en una difícil situación al Estado frente al resto de los sujetos internacionales e, incluso, puede generar la responsabilidad internacional de éste último.

5.2. El Derecho de la Unión Europea

5.2.1. Fuentes

La actual Unión Europea es el ejemplo de supranacionalidad más completo que se conoce. Su entramado institucional y, especialmente, la creación de un Ordenamiento jurídico propio — el Derecho comunitario, hoy más propiamente llamado, Derecho de la Unión Europea— que se integra en el Derecho de interno de los Estados miembros gracias a la cesión de competencias de éstos a favor de la Unión distinguen a esta organización supranacional de cualquier otra.

Quizá la existencia de este ordenamiento propio sea una de las principales singularidades del proceso de integración europea. El Derecho comunitario está formado por los Tratados constitutivos, sus modificaciones posteriores y por las normas y actos emanados de las instituciones comunitarias en razón de sus respectivas competencias.

El Derecho comunitario se diferencia del Derecho interno de los Estados nacionales fundamentalmente por los órganos competentes para crearlo, pues mientras que en éstos últimos el Derecho se crea por los órganos nacionales, el Derecho comunitario mana de las instituciones comunitarias dotadas de esta competencia. Las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos internos discurren a través del principio de *competencia* conforme al cual los Estados nacionales reconocen que, en aquellas materias acordadas, las instituciones comunitarias poseen la competencia para su regulación, competencia a la que dichos Estados nacionales han renunciado en favor de dichas instituciones comunitarias.

En el sistema de fuentes comunitario deben distinguirse los siguientes niveles:

- *Derecho originario*, compuesto por los Tratados constitutivos y sus reformas.
- *Derecho derivado*, formado por las normas emanadas de las propias instituciones de la Unión habilitadas para ello por los Tratados constitutivos y sus reformas.
- *Derecho terciario o complementario*, integrado por normas de desarrollo de las normas de Derecho derivado.

El Ordenamiento comunitario es una unidad en sí mismo, se integra, como ya dijimos, en el Ordenamiento interno de los Estados miembros y posee autonomía respecto de dicho

Ordenamiento interno. Las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de producción interna no son relaciones de jerarquía sino que responden, como ya dijimos, al principio de *competencia*, conforme al cual respecto de las competencias que el Estado haya cedido a la Unión Europea debe aplicarse preferentemente el Derecho de la UE tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha confirmado en jurisprudencia constante que el Derecho comunitario es de obligado cumplimiento para los Estados miembros (STJ Costa c. ENEL, de 15 de junio de 1964).

El Derecho *originario* o *primario*, tal como vimos, está integrado por los Tratados constitutivos y también por los Tratados que, elaborados posteriormente, han modificado y completado a los originarios. El Derecho *originario* es vinculante para todos los Estados miembros y directamente aplicable siempre que el propio Tratado no difiera tal aplicación a una norma ulterior (STJ de 5 de febrero de 1963, caso Van Gend and Loos) y representan, además, el marco básico y superior del Ordenamiento de la Unión. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades afirmó este carácter estructuralmente básico de los Tratados en el orden comunitario al establecer que a diferencia de lo que sucede con los Tratados internacionales ordinarios, «el Tratado CEE ha establecido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que tal ordenamiento es de obligado cumplimiento para las jurisdicciones nacionales» (STJ, de 15 de julio de 1964, caso Costa v. ENEL).

El carácter supremo de los Tratados se confirma, además, en el artículo 230 TCE, que otorga competencias al Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Para ello, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por cualquier Estado miembro, el Consejo o la Comisión, por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder.

El Derecho *derivado* o *secundario* es el conjunto de las disposiciones normativas emanadas de los distintos órganos institucionales de la Comunidad que tienen atribuida la competencia para dictarlos en base a los Tratados y que, tras su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, vinculan, según su distinta naturaleza, a los Estados miembros conforme a las denominada *eficacia vertical* y *eficacia horizontal*. La primera se proyecta sobre las relaciones entre los Estados miembros y los ciudadanos. La *eficacia horizontal* rige las relaciones entre particulares, siendo, por tanto invocables en toda relación jurídica, tanto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad como ante los órganos judiciales nacionales (SSTJCE de 4-XII-1974, caso Walrave, y 8-IV-1976, caso Defrenne).

Las normas fundamentales de Derecho derivado son los *Reglamentos* y las *Directivas*. Los *Reglamentos* son normas generales, con eficacia plena (aunque, en ocasiones, los Estados miembros asumen el deber de complementarlos) y no cabe hacerles reservas por parte de los Estados miembros ni pueden ser excepcionada su aplicación que es obligatoria. El Reglamento es, por tanto, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todo Estado miembro.

Las *Directivas* son actos del Consejo o de la Comisión que obligan a los diferentes Estados miembros en el objetivo que dichas Directivas persigan pero que permiten que los Estados nacionales arbitren las formas y los medios para lograr dicho objetivo. La Directiva no contiene una regulación completa de la materia de la que trata, sino que fija objetivos y resultados. Debe ser, por ello, completada por las normas internas de los Estados

(transposición de la directiva). En tanto que dicha Directiva no sea completada no es aplicable por los operadores jurídicos internos y sólo tiene el denominado *efecto vertical*, en garantía de los particulares, ya que un Estado puede omitir o retrasar el desarrollo de una Directiva perjudicando a sus ciudadanos y creando una discriminación respecto de otros ciudadanos europeos prohibida en el Tratado constitutivo de la Comunidad. Los particulares pueden invocar ante el juez nacional una directiva comunitaria, si ésta es clara y precisa, frente a la omisión del desarrollo interno por parte del Estado (STC de 4 de diciembre de 1974, caso Van Duyn y STC de 19 de enero de 1982, caso Ursula Becker). El juez en este caso puede aplicar directamente la Directiva e inaplicar la ley interna contraria; igualmente deben actuar los demás operadores jurídicos incluida la Administración en amplio sentido.

Junto a Reglamentos y Directivas, las *Decisiones*, son actos jurídicos de carácter normativo, emanados de los órganos comunitarios que poseen esta potestad, de aplicación directa e inmediata, tras su publicación, en todos los Estados miembros sin que sea precisa la intervención de éstos, se diferencia así de las directivas a las que antes se aludió que precisan de la actuación pertinente de las instancias legislativas o administrativas de los Estados nacionales y, también, de los reglamentos pues éstos son normas generales mientras que las Decisiones tienen carácter individual y deben ser notificadas al destinatario.

5.2.2. La eficacia del Derecho Comunitario: el *efecto directo* y la *primacía*

La eficacia del ordenamiento comunitario se asienta sobre dos pilares fundamentales: el *efecto directo* y la *primacía* del Derecho comunitario sobre el Derecho de producción interna. Ha sido el Tribunal de Justicia, como ha señalado M. Azpitarte³², el que «ha construido un modelo de relaciones entre ordenamientos caracterizado por la primacía y eficacia directa del derecho comunitario, la obligación de interpretación conforme del derecho estatal y la responsabilidad, y consiguiente obligación de indemnizar», de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia ha definido la doctrina del *efecto directo* del Derecho comunitario. Dicha posición jurisprudencial comenzó con la STJ *Van Gend and Loos*, de 5 de febrero de 1963, en la que el Tribunal de Justicia intentan superar la concepción del clásico principio de *cooperación* internacional y afirma que el Tratado constitutivo no se limita a crear obligaciones entre Estados miembros, sino que dichos Estados al suscribir el Tratado han reconocido una naturaleza específica al Derecho comunitario que permite su invocación por los nacionales ante sus respectivas jurisdicciones. El Derecho comunitario constituye un nuevo ordenamiento jurídico internacional en virtud del cual los Estados miembros pueden ver limitadas, aunque sea someramente, algunas de sus competencias soberanas. Este *efecto directo* del Derecho comunitario afecta al Derecho originario —Tratados constitutivos y a sus sucesivas modificaciones— y a los Reglamentos de Derecho derivado. Caso distinto es el de las Directivas, también integrantes del Derecho derivado, pero que, como antes hemos señalado, precisan de la acción de los poderes públicos nacionales para completar su eficacia. En este caso, la doctrina habla de efecto *indirecto* aunque el Tribunal de Justicia (SSTJ *Grand*, de 6 de octubre de 1970 y *SACE*, de 17 de noviembre de 1970) ha señalado que también las Directivas podrían tener, en casos específicos, el mismo efecto directo que se predica de los Tratados y de los Reglamentos. Según el Tribunal de Justicia y como antes hemos señalado para que pueda reconocerse efecto directo a una Directiva ésta debe reunir

³² «Las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, Enero-Junio, 2004, en <http://www.ugr.es/~redce/>

los siguientes requisitos:

- Ser clara y precisa.
- No estar sometida a reserva alguna por parte del Estado en cuestión.
- Que no requiera, para su ejecución, de ningún otro acto jurídico comunitario.
- Que no deje al Estado un margen de apreciación en cuanto a dicha aplicación.

Diversas resoluciones del Tribunal de Justicia (SSTC *Ratti*, de 5 de abril de 1979; *Comisión v. Bélgica*, de 6 de mayo de 1989 o *Ursula Becker*, de 17 de enero de 1982) confirmaron que cuando el contenido de una Directiva resulte incondicional y suficientemente preciso sus «disposiciones pueden ser invocadas en defecto de medidas de aplicación adoptadas en plazo, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la directiva» pues el contenido de ésta puede hacerse valer frente al Estado nacional.

En cuanto al *principio de primacía* es, quizá, la más importante característica del Derecho comunitario y lo que hace específica la naturaleza de la relación internacional entre los Estados miembros y la hoy Unión Europea. «Desde una perspectiva doctrinal constitucional de las fuentes del Derecho ... el principio de primacía se equipara con el más clásico *principio de prevalencia*, según el cual, y a medio camino entre la jerarquía y la competencia, determinadas normas desplazan a otras en su aplicación»³³. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STC Costa/Enel, de 15 de junio de 1964), el Derecho comunitario constituye un ordenamiento jurídico propio que se integra en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros y que *prima* sobre la aplicación de cualquier norma interna; esta *primacía* del Derecho comunitario vincula a todos los poderes nacionales, incluso, a los órganos jurisdiccionales. Como consecuencia del *principio de primacía*:

- El Derecho comunitario y el Derecho de producción interna no se rigen por el principio de *jerarquía* sino por una variante del principio de *competencia*;
- Tampoco rige entre ambos el principio de *lex posterior*, ya que una norma nacional posterior a una norma comunitaria no puede restar eficacia a ésta;
- Los órganos jurisdiccionales internos tienen la obligación de garantizar la primacía del Derecho comunitario (STJ Lück, de 6 de abril de 1968) y, por tanto, inaplicar la norma interna en los casos en que proceda;

Ha resultado especialmente conflictiva la relación del principio de primacía respecto de la propia Constitución especialmente cuando estaban en cuestión una norma comunitaria e implicado un derecho constitucional. Ya hemos tratado acerca de este problema y vimos como el Tribunal de Justicia se mantuvo firme, en varias de sus sentencias, en sus posiciones acerca de la intangibilidad de la primacía del Derecho comunitario a la vez que algunos Tribunales Constitucionales (principalmente el italiano y el alemán) dictaron sentencias claramente contrarias a esta tesis o, posteriormente, matizadamente discrepantes. En este sentido, el artículo I-10 del Proyecto de Constitución Europea establece que «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas primarán sobre el *Derecho* de los Estados miembros», confirmando así la posición del Derecho comunitario pero, seguramente, sin agotar los problemas prácticos que este principio encierra.

5.3. La Ley

³³ SÁNCHEZ BARRILAÓ, J.F.: «Relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución europea (Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004)», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 2, Julio-Diciembre, 2004, en <http://www.ugr.es/~redce/>

La ley es un acto normativo, una norma general, concretada en términos precisos y, actualmente, mayoritariamente escrita, destinada a permitir, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La Ley es una norma jurídica subordinada a la Constitución, en paridad con otras leyes y normas con su rango y fuerza y supraordenada a una pluralidad de normas con rango inferior a la ley.

5.3.1. La ley ordinaria.

En el ordenamiento español, la ley ordinaria (su denominación es “ley”) posee un ámbito general. No tiene una materia asignada expresamente sino que puede regularse por ley todo aquello que no esté expresamente reservado a otro tipo específico de normas (por ejemplo, a las leyes orgánicas) o que, facultativamente, pueda ser regulado mediante otra fuente distintas (por ejemplo, por Decreto-Ley).

En la Constitución española no encontramos la expresión ley ordinaria, ni, en consecuencia, aparece exigencia alguna respecto a su aprobación. De ello se deduce que el concepto de ley ordinaria es formal y que basta para su aprobación la mayoría simple de las Cámaras. Sí puede deducirse de la Constitución diversas leyes ordinarias heterogéneas entre las que pueden citarse las siguientes:

a) Leyes de Pleno y leyes de Comisión

La Constitución española establece que las Cámaras legislativas funcionan en Pleno y en Comisiones. En tal sentido, el artículo 75 de la Constitución establece la posibilidad de que las Cámaras puedan delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. En cualquier caso, el Pleno puede en estos casos recabar en cualquier momento el debate y votación de los proyectos o proposiciones de ley que hubieran sido objeto de este tipo de delegación.

El propio artículo 75 CE establece, como límite a la delegación legislativa en Comisión, la tramitación de la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y las leyes de Presupuestos Generales del Estado.

b) Leyes de Presupuestos Generales del Estado

La Ley de Presupuestos representa, en el plano político, la plasmación económica del programa del Gobierno durante un período determinado (un año). El Presupuesto posibilita gran parte de la acción de los Gobiernos por ello es frecuente que sean éstos los que elaboren el proyecto aunque, como es el caso español, su naturaleza legal implique la aprobación parlamentaria.

El artículo 134 CE establece la competencia del Gobierno en orden a la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y la de las Cortes para su examen, enmienda y aprobación. El procedimiento legislativo aplicable al proyecto de Ley de Presupuestos está regulado tanto en el Reglamento del Congreso de los Diputados como en el del Senado. Nos encontramos ante una ley ordinaria que, sin embargo, presenta ciertas peculiaridades por razón de la materia y del procedimiento de examen y aprobación de la misma regulados en los respectivos Reglamentos de las Cámaras.

En cuanto a su contenido, señala el artículo 134.2 CE, que los Presupuestos incluirán, con

carácter anual, la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignarán el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado en una manifestación clara del denominado principio presupuestario de universalidad. Este sería el contenido indisponible para el Gobierno de los Presupuestos Generales del Estado; la inclusión de otras materias sigue, conforme reiterada jurisprudencia constitucional, un criterio muy restrictivo de forma que solo es posible la inclusión de aquellas que guarden relación directa con las previsiones de gastos y las habilitaciones de gasto de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que sustenten.

La ley de Presupuestos Generales del Estado no puede crear tributos aunque sí puede modificarlos siempre que una ley tributaria sustantiva así lo prevea (art. 134.7 CE), entendiéndose por ley sustantiva “cualquier ley (propia del impuesto o modificadora de ésta) que, exceptuando la de Presupuestos, regule elementos concretos de la relación tributaria”.

Los Presupuestos Generales del Estado tienen carácter anual. El Gobierno queda obligado a presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior (art. 134.2 y 3 CE), plazo que parece adecuado siempre que se desarrollen dentro del mismo los correspondientes trabajos parlamentarios.

En cuanto a las peculiaridades procedimentales podríamos señalar la preferencia que para su tramitación respecto de los demás trabajos de la Cámara establece el artículo 133.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Por otro lado, las enmiendas al proyecto que supongan aumento de créditos únicamente podrán ser admitidas a trámite si, además de cumplir los requisitos generales, proponen una baja de igual cuantía en la misma Sección. En el mismo sentido, las enmiendas al proyecto de Ley de Presupuestos que representen una minoración de los ingresos previstos requerirán la conformidad del Gobierno para su tramitación (arts. 133.3 y 4 RCD y 149.2 RS).

Por último y como se deriva de todo lo señalado anteriormente, la Ley de Presupuestos –ley ordinaria- puede ser residenciada, como el resto de las leyes y normas con su rango y fuerza, ante el Tribunal Constitucional.

5.3.2. La Ley orgánica

La Constitución española ha incorporado, en el artículo 81, una fuente específica a la que ha atribuido la regulación de determinadas materias.

En este sentido, el apartado 1 del artículo 81 dispone que serán “leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”, fijándose así el ámbito material de la ley orgánica.

En el apartado segundo del mismo artículo 81, se regula las peculiaridades procedimentales de la ley orgánica al disponerse que la aprobación, modificación o derogación de estas leyes exigirá mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, en una votación final sobre el conjunto del proyecto. Lo más reseñable de este procedimiento específico es la asignación de la competencia sólo a una de las Cámaras, el Congreso de los Diputados, sobre el que descansa la facultad de otorgar la mayoría cualificada al texto final, una vez tramitado inicialmente en esta misma Cámara y, posteriormente, en el Senado.

La asignación de una materia tasada a la ley orgánica que opera tanto en el sentido positivo como negativo, es decir, tanto deben regularse necesariamente por ley orgánica las materias que expresamente le asigna Constitución como le está prohibido regular materias no expresamente

asignada a la ley orgánica, determina que nos encontremos ante un concepto material de ley. Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional el cual ha establecido que si bien es cierto “que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que por tanto sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria” . En cuanto a la posibilidad de incluir materias conexas en una ley orgánica, el Tribunal Constitucional ha señalado que, si el legislador incluye en la ley orgánica materias conexas por razones de sistemática o para facilitar la ordenación de la regulación de que se trate, tales materias quedarían sometidas a la rigidez propia de la ley orgánica (exigencia de mayoría absoluta para su aprobación, modificación o derogación) si el propio legislador no las excluye del régimen de ley orgánica señalando expresamente en dicha ley qué precepto o preceptos carecen de la consideración de orgánicos.

La relación entre la ley ordinaria y la ley orgánica, específicamente, la posible superioridad de ésta sobre aquella, ha merecido amplia atención de la doctrina. Cuando estamos ante una ley orgánica y una ley ordinaria, ambas elaboradas por las Cortes Generales, no parece que pueda afirmarse que exista entre ellas una relación de jerarquía favorable a la primera. Esta afirmación, sin embargo, debe ser matizada si nos encontramos ante el caso de la ley orgánica (Cortes Generales) y las leyes ordinarias provenientes de las Comunidades Autónomas, pues en la resolución de un conflicto de esta naturaleza debe tomarse en consideración el principio de competencia para determinar qué materias corresponden a las Cortes Generales y qué materias corresponden a las Comunidades Autónomas.

5.3.3. La ley en las Comunidades Autónomas. Remisión

La constitucionalización del Estado Autonómico con el consiguiente reconocimiento de la capacidad de autogobierno de las distintas Comunidades Autónomas ha provocado la aparición de nuevas fuentes en el sistema español. Estas fuentes se estudian en un capítulo posterior de esta misma obra.

5.4. La reforma Constitucional.

5.4.1. Concepto.

El carácter de fuente suprema de la Constitución permite que los Ordenamientos jurídicos establezcan institutos para su defensa, tales son, en nuestro Ordenamiento la reforma constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes y normas con su rango y fuerza atribuido al Tribunal Constitucional.

La reforma constitucional permite adaptar el texto supremo a las cambiantes necesidades de la sociedad sin menoscabar el carácter supremo de la Constitución. Según la clásica distinción entre constituciones rígidas y constituciones flexibles, las primeras son aquellas que incorporan en su propio articulado y, por tanto, al máximo nivel normativo, el procedimiento para, en su caso, abordar la reforma de la Constitución. Las constituciones flexibles, por el contrario, se definen como aquellas que silencian lo relativo a su propia reforma de donde puede inferirse que pueden ser reformadas mediante el procedimiento legislativo común.

La Constitución española es rígida y, en consecuencia, ha incorporado en su Título X el procedimiento de reforma constitucional. Es más, la Constitución de 1978 ha previsto dos procedimientos de reforma constitucional aplicables en razón de la materia que deba ser objeto

de dicha reforma sometiendo a un procedimiento jurídica y políticamente más costoso determinados preceptos constitucionales.

Es tema discutido por la doctrina si existen o no leyes de reforma constitucional ya que, para un sector , durante el procedimiento de aprobación no pasan de ser proyectos o proposiciones y completada dicha tramitación pasan a formar parte de la propia Constitución; según otra opinión ³⁴ sí deben ser consideradas como una fuente más aunque las normas que incorporen sean de naturaleza constitucional y no legal; todavía otros sector doctrinal opina que las leyes de reforma son singulares y que por ello ocupan una determinada posición en el sistema de fuentes³⁵.

Las tesis que son favorables a la existencia de leyes de reforma implican necesariamente, como señala F. Balaguer³⁶, que tales leyes tienen una doble naturaleza: son leyes hasta su publicación (y entrada en vigor) y son Constitución a partir de su vigencia. Cabe así definir las leyes de reforma como fuente del Derecho diferenciable del resto aunque resulta más difícil asignarles una posición específica dentro del Ordenamiento jurídico.

5.4.2. Procedimientos de reforma constitucional

La Constitución española, como antes se señaló, ha regulado, en el Título X, dos diferentes procedimientos de reforma constitucional, la reforma ordinaria y la reforma agravada, cuya iniciativa corresponde al Gobierno, al Congreso, al Senado y a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. La iniciativa popular queda vedada en el caso de la reforma constitucional (cuando sí se reconoce para la iniciativa legislativa) impidiéndose así que los ciudadanos puedan instarla (art. 166 por remisión al art. 87 1 y 2 CE).

El procedimiento de reforma ordinaria de la Constitución debe aplicarse para la modificación de cualquier precepto constitucional a excepción de las materias reservadas a la reforma agravada de la Constitución que más adelante se citan. Nos encontramos, pues, ante un procedimiento general que es aplicable a la mayor parte de los preceptos constitucionales.

Los proyectos de reforma constitucional ordinaria deben ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no se consiguiera el acuerdo de las Cámaras, una Comisión mixta, de composición paritaria de diputados y senadores, presentará un texto a votación del Congreso y del Senado (art. 167.1 CE). Si tampoco en este segundo caso se obtuviera el acuerdo de las Cámaras, la reforma podría quedar aprobada siempre que el Congreso la aceptara por mayoría de dos tercios y el Senado le hubiera dado su apoyo por mayoría absoluta.

Que la reforma ordinaria de la Constitución sea o no sometida a referéndum depende de que así lo soliciten expresamente, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras (art. 167.3 CE). De formalizarse esta solicitud la convocatoria del referéndum es obligatoria al igual que el resultado del mismo ya que si fuera contrario a dicha modificación de la Constitución esta, aun aprobada por las Cortes, sería nula. Es igualmente cierto, sin embargo, que puede concluirse un procedimiento de reforma de esta naturaleza sin referéndum (así sucedió en la, hasta ahora, única reforma constitucional operada en España con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht) con lo que, a partir de dicha

³⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J.: "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", RDP, 7 (1980), pág. 102 y sig.

³⁵ PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, p. 42 y sigs.

³⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Fuentes del Derecho*, vol. II, ob. cit., p. 40.

reforma, esa parte de la Constitución no estaría refrendada por el pueblo y sí el resto del articulado que recibió el apoyo popular en el referéndum de aprobación de la Constitución de 6 de diciembre de 1978.

El artículo 168.1 CE establece qué materias deben ser objeto, en su caso, de reforma agravada. Dispone este precepto constitucional que tal procedimiento debe aplicarse cuando se pretenda realizar una revisión total de la Constitución o una parcial que afecte:

- al Título Preliminar (art. 1 a 9 CE);
- al Capítulo segundo, sección primera, del Título I (arts. 15 a 29 CE) que regula los derechos fundamentales;
- al Título II, (arts. 56 a 65 CE) que regula la Corona.

El procedimiento de reforma agrava comienza con la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y, de obtenerse dicha aprobación, a la disolución inmediata de ambas Cámaras (art. 168.1 CE). El requisito de aprobación del principio de reforma constitucional representa la manifestación favorable de ambas Cámaras acerca de que tal reforma se tramite. Esta decisión parlamentaria cobra un significado político trascendentes desde el momento que dicha aprobación inicial representa en la práctica el fin -la disolución- de las Cámaras que así se pronunciaron y el sometimiento de todas las fuerzas políticas a un nuevo proceso electoral en el que, obviamente, podría producirse un resultado similar al que presentaban las Cámaras antes de su disolución en orden a la representación de las fuerzas políticas en ellas o, por el contrario, tal representación podría sufrir un cambio considerable. De ahí que pueda estimarse que, aunque la aprobación de una reforma agravada es un supuesto jurídicamente posible en nuestro ordenamiento, debe venir exigido por circunstancias extremas que disuadan a las fuerzas políticas de su necesidad.

Celebradas las elecciones y compuestas las nuevas Cámaras, éstas deben ratificar la decisión de reformar la Constitución que adoptaron las Cortes disueltas y proceder al estudio del texto de reforma que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras (art. 168.2 CE). Finalizada la tramitación parlamentaria, la reforma será sometida en todo caso a referéndum para su ratificación popular sin la cual sería nula.

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, la Constitución española permite, aunque con dos procedimientos, la reforma de la totalidad de su articulado, no hay en ella, por tanto, cláusulas de intangibilidad. Sí prevé la Constitución límites temporales para la reforma constitucional que no podrá iniciarse en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados de alarma, excepción o sitio (art. 169 CE).

6. Las fuentes con valor de ley

6.1. El Decreto-Ley

En los ordenamientos actuales la competencia para dictar leyes (o normas con su rango) no es competencia exclusiva del Parlamento sino que cada vez con mayor frecuencia se reconoce esta misma posibilidad al Gobierno.

El artículo 86 de la Constitución permite al Gobierno que, en casos de extraordinaria y urgente necesidad dicte disposiciones legislativas provisionales en forma de Decretos-Leyes, excluyendo

de esta posibilidad la regulación de las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, el régimen de las Comunidades Autónomas y el Derecho Electoral General.

Podríamos sintetizar la configuración constitucional del Decreto-Ley en las siguientes notas:

- Un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto de hecho habilitante,
- Una materia excluida,
- Asignación de una facultad de aprobación al Gobierno aunque jurídicamente condicionada a la convalidación del Congreso de los Diputados.

Los Decretos-Leyes son normas con rango de ley que, tras su aprobación por el Gobierno y entrada en vigor deben ser sometidos a votación de totalidad, para su convalidación o derogación, al Pleno del Congreso de los Diputados, en los siguientes treinta días a su promulgación. El debate y votación de un Decreto-Ley también puede realizarse en la Diputación Permanente. Para el cumplimiento del plazo de treinta días la Constitución establece que el Reglamento del Congreso habilitará un procedimiento especial y sumario, procedimiento que efectivamente se recoge en el artículo 151 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

La Constitución no establece la exigencia de mayoría cualificada para la convalidación de un Decreto-Ley, por lo tanto, debe entenderse que basta la mayoría simple. Se recoge igualmente en la Constitución la posibilidad de que el Decreto-Ley sea tramitado como proyecto de ley. A tal fin, el artículo 151 del Reglamento del Congreso, establece que finalizado el procedimiento y convalidado un Decreto-Ley, el Presidente preguntará si algún Grupo Parlamentario desea que dicho Decreto-Ley sea tramitado como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud se somete a la Cámara y de ser aprobada, el texto se tramita como un proyecto de ley por el procedimiento de urgencia sin que sean admisibles las enmiendas de totalidad de devolución (art. 151.4 RCD). La Diputación Permanente puede tramitar, en su caso, como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia los Decretos-Leyes aprobados por el Gobierno durante los períodos interlegislaturas.

Como ya antes se señaló, los Decretos-Leyes son normas con rango y fuerza de ley que pueden ser sometidas a control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 27.1 LOTC).

En el ámbito del Derecho autonómico ningún Estatuto de Autonomía ha incorporado el Decreto-Ley aunque la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco autorizó, por Ley 17/1983, de 8 de septiembre, al Gobierno vasco para que se dictaran normas que permitieran afrontar los desastres originados por las inundaciones que se produjeron en aquel territorio. El Gobierno vasco, efectivamente, dictó varias normas que aparecieron como Decretos-Leyes en el ámbito de dicha Comunidad. En general la doctrina se muestra contraria a la constitucionalidad de estos Decretos-Leyes autonómicos en tanto en cuanto no se encuentran recogidos en los respectivos Estatutos de Autonomía y la ley autonómica no puede crear otra fuente del Derecho de igual valor como es el Decreto-Ley.

6.2. El Decreto-Legislativo

Son, como las anteriores, normas con rango de ley que el Gobierno dicta previa habilitación de las Cortes Generales, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Constitución, el cual dispone que las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas siempre que no se trate de materias reservadas a la ley orgánica.

La delegación legislativa de las Cortes puede adoptar dos formas:

- La de una ley de bases cuando la delegación legislativa se haga en favor del Gobierno para que éste elabore un texto articulado, o
- la de una ley ordinaria cuando dicha delegación al Gobierno tenga como fin refundir de varios textos legales en uno solo.

La delegación legislativa de las Cortes se otorga al Gobierno de forma expresa y para materia concreta, con fijación de un plazo para su ejercicio (art. 82.3 CE).

La delegación se agota una vez que el Gobierno haga uso de la misma mediante la publicación de la correspondiente norma y no cabe entenderla concedida de modo implícito o por tiempo determinado. Prohíbe también la Constitución la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

Como en el caso del Decreto-Ley nos encontramos ante una norma rango y fuerza de ley susceptible de ser sometida a control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, aunque dispone al respecto el artículo 27.1 LOTC, que en los casos de los Decretos Legislativos, la competencia del Alto Tribunal se entiende sin perjuicio de la previsión constitucional en orden a la posibilidad de que, sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación puedan establecer en cada caso fórmulas adicionales de control (art. 82.6 CE).

Contrariamente a lo que sucede con los Decretos-Leyes, los Decretos-legislativos han sido reconocidos en el ámbito autonómico y no solo en los respectivos Estatutos de Autonomía, fórmula jurídicamente correcta, sino también a través de leyes autonómicas e, incluso, en los Reglamentos de los Parlamentos Autónomos, conforme a un procedimiento, en estos dos últimos casos, que, siguiendo el argumento explicado en el supuesto de los Decretos-Leyes autonómicos, debe considerarse jurídicamente incorrecto aunque haya sido validado por la práctica en las Comunidades Autónomas y tácitamente aceptado también por los poderes centrales .

6.3. Los Reglamentos parlamentarios

Como se ha señalado anteriormente, los Reglamentos parlamentarios son la norma básica de organización y funcionamiento de las Cámaras legislativas. La Constitución recoge el principio de autonomía normativa de las Cámaras. El principio de autonomía normativa que se reconoce a las Cortes Generales se manifiesta en la aprobación por cada una de las Cámaras, Congreso y Senado, de sus respectivos Reglamentos. Igual capacidad se ha reconocido a los Parlamentos unicamerales de las diferentes Comunidades Autónomas. La Constitución prevé la aprobación, por mayoría absoluta de cada Cámara, de un Reglamento de las Cortes Generales llamado a regular los actos conjuntos de las Cámaras aunque tal previsión no se ha cumplido todavía (art. 72.2 CE y 27.2.d) LOTC).

A pesar de su histórica denominación de reglamentos, hoy estas normas básicas de organización de nuestras Asambleas legislativas, centrales y autonómicas, poseen rango de ley y, pueden por ello, ser residenciadas ante el Tribunal Constitucional (art. 27.2. d LOTC).

7. LAS FUENTES CON RANGO INFERIOR A LA LEY

Hasta aquí hemos descrito de manera muy sintética diversos tipos normativos que participan de una misma naturaleza legal, aunque, como ya vimos, difieren en contenido, procedimiento de aprobación, ámbito territorial e, incluso, son dictados por diferentes órganos del poder central o de los poderes autonómicos. No se agota en ellos, sin embargo, las fuentes y existen, subordinadas a la jerarquía de la ley, otras diversas normas jurídicas que como las anteriores

también difieren en varios aspectos (decretos, reglamentos, órdenes acordadas por la Comisiones Delegadas del Gobierno, órdenes ministeriales, resolución, instrucción, circular ...).

Es común en la doctrina señalar con el término *reglamento* la norma típica de rango inferior a la ley, lo cual determina que, aunque sea posterior a dicha ley no puede derogarla y, por el contrario, que cualquier ley o norma con su rango puede derogar un reglamento. Sin embargo, como ya antes se indicó, la pluralidad de estas normas de rango inferior a la ley impide, en sentido estricto, hablar de un concepto único. Sólo razones de tipo histórico pueden explicar que se agrupen, bajo una misma denominación, normas de tan distinta naturaleza. Todo ello, además, sin perjuicio de que en nuestro Ordenamiento jurídico reciben el nombre de reglamentos normas que, como vimos, poseen rango de ley (así, los Reglamentos de las Cortes y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas)³⁷.

El Decreto es la fuente en la que se plasma la facultad normativa del Gobierno (salvando lo ya dicho acerca del decreto-ley y del decreto-legislativo). Posee rango inferior a la ley, permite el desarrollo normativo de las leyes y está aludido en los artículos 62, f), 115, 116 de la Constitución. El inferior rango normativo del Decreto determina que, aunque sea posterior a dicha ley no puede derogarla y, por el contrario, que cualquier ley o norma con su rango puede derogar esta norma.

Es frecuente aludir a la potestad normativa del Gobierno con la expresión “capacidad reglamentaria”. La relación entre la ley y el reglamento expresa el denominado principio de reserva de ley, conforme al cual determinadas materias quedan reservadas por el propio Ordenamiento jurídico a su regulación mediante ley. Esta reserva específica y acotada a la ley deja, por exclusión, otras materias que se asignan a su regulación mediante reglamentos. Nos encontramos ante una opción de algunos Ordenamientos que asignan específicamente determinadas materias a su regulación mediante concretos tipos normativos (es el caso de Francia). Sin embargo, en la Constitución española no encontramos esta reserva específica de ley y, por ello, tampoco podemos afirmar la existencia de una reserva de reglamento. En el sistema español la ley es fuente superior jerárquicamente y goza, además, de primacía por la que cualquier materia puede ser regulada por ley, quedando el reglamento, en la mayoría de los casos, circunscrito a la regulación de desarrollo o complementaria de estas materias. En este sentido, el artículo 97 CE asigna la potestad reglamentaria al Gobierno que la ejercerá de conformidad con la Constitución y las leyes³⁸.

Por tanto, hay reglamentos que son expresión de la facultad normativa del Gobierno (frecuentemente aprobados por decreto) y otros denominados también reglamentos que emanan de otras autoridades o centros de producción normativa.

Se han enunciado diversas clasificaciones para ordenar estas normas de rango inferior a la ley. De ellas, seguramente, como señala R. Parada al que seguimos en este punto³⁹, una de las que resulta más útil es la que distingue los reglamentos por su relación con la ley, por las materias que regulan y por la autoridad de que emanan.

- a) Por su relación con la ley podemos distinguir los reglamentos
- *Independientes*. En ordenamientos como el francés, este tipo de reglamentos regulan

³⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 2007, p. 175.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo. I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 62 a 69.

materias que la Constitución ha reservado expresamente a este tipo de normas. En España no hay reserva reglamentaria por lo que debemos entender que los denominados reglamentos independientes o paralegales son los que se dictan en ausencia de ley que regule expresamente la materia aunque no pueden contravenir el bloque de la legalidad en su conjunto ni, obviamente, los preceptos constitucionales.

- *Ejecutivos*, cuando desarrollan o complementan una ley a cuyo contenido quedan sujetos y subordinados jerárquicamente a ella. El Tribunal Constitucional ha definido este tipo de reglamentos como aquellos “que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada o pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento” . El artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado establece que la Comisión Permanente de este órgano debe ser consultada sobre este tipo de normas reglamentarias como medio de controlar la adecuación del contenido del reglamento ejecutivo a la ley que desarrolle o complemente
- *De necesidad*. Son reglamentos dictados en casos extraordinarios que, en ocasiones, están cercanos al concepto de actos administrativos. En los supuestos de reglamentos de necesidad es necesario distinguir entre los que están amparados por una habilitación legal prevista en el respectivo ordenamiento jurídico de los que carecen de ella. En todo caso, se trata de una norma provisional que decae en el momento en que desaparecen o cesan las circunstancias excepcionales que aconsejaron su aprobación.

b) Por las materias que regulan, podemos distinguir los reglamentos:

- *Administrativos* cuando regulan una relación concreta dentro de la Administración Pública (determinadas relaciones de la Administración con usuarios de un servicio público, ...) o la organización administrativa interna. Por su carácter interno se ha defendido que este tipo de reglamentos no precisan una ley habilitante previa sino que resulta suficiente para su legalidad con que respeten la reserva de ley formal, es decir, que no contradigan la regulación contenida en una ley.
- *Jurídicos* cuando regulan situaciones generales entre la Administración Pública y el conjunto de los ciudadanos. Estos reglamentos solo pueden dictarse en ejecución de una ley previa y con sujeción a la misma.

c) Por el órgano que los dicta los reglamentos pueden ser:

- *Estatales*, dictados por los órganos del poder central. Entre este tipo de Reglamentos son disposiciones administrativas de carácter general a las que el artículo 23.2 LRJAE, gradúa jerárquicamente de la siguiente forma:
 - Los dictados por el Gobierno en base a la facultad reconocida en el artículo 97 CE el cual confiere al Gobierno la potestad reglamentaria de conformidad con la Constitución y las leyes. Estos reglamentos se aprueban por Real Decreto.
 - Los dictados por las Comisiones Delegadas del Gobierno.
 - Los emanados de los Ministros que adoptan la forma de Órdenes Ministeriales

circunscritos a las materias propias de sus respectivos Departamentos (art. 14.3 LRJAE).

- Los dictados por autoridades inferiores que adoptan la forma de Resolución, Instrucción o Circular.
- Además de la potestad reglamentaria del Gobierno y de los demás órganos citados anteriormente, el Ordenamiento español reconoce la potestad reglamentaria, con carácter de organización interna, a otros órganos constitucionales como son el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial o de relevancia constitucional como es el Tribunal de Cuentas.
- *De las Comunidades Autónomas.* La denominación es similar a la del ámbito estatal, adoptando la forma de Decretos los dictados por el Ejecutivo autonómico, Órdenes los de los consejeros, etc. En el ámbito autonómico algunos Estatutos de Autonomía han reconocido la capacidad reglamentaria no solo al Ejecutivo de la Comunidad Autónoma -supuesto normal- sino también al Legislativo de dicha Comunidad.
- *De los entes locales.* En el ámbito local, pueden distinguirse, siguiendo lo establecido en la Ley de Bases del Régimen Local, las siguientes normas:
 - reglamentos orgánicos que regulan la organización interna del ente local (art. 20.1 y 2 LRL).
 - Ordenanzas locales, dictadas por el Pleno del ente local (art. 21.1, e) t 22.2 LRL).
 - Bandos del Alcalde en materias de su competencia (art. 49 LRL).
 - *De entes institucionales.* Son normas reglamentarias que regulan organismos autónomos estatales, autonómicos o locales o, bien, organismos de naturaleza corporativa como los Colegios profesionales o Universidades.

CAPÍTULO V

DERECHO DE REUNIÓN. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y PARTIDOS POLÍTICOS DERECHO DE SINDICACIÓN. DERECHO DE HUELGA DERECHO DE PETICIÓN

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

SUMARIO. 1. El derecho de reunión y manifestación. 1.1. Concepto. 1.2. Titularidad. 1.3 Límites. 2. Derecho de asociación. 2.1. Concepto. 2.2. Titularidad. 2.3. Ámbito de aplicación. 2.4. Asociaciones prohibidas e ilegales. 2.5. Disolución por resolución judicial. 3. Partidos políticos. 3.1. Concepto. 3.2. Creación. 3.3. Titularidad. 3.4. Constitución y adquisición de personalidad jurídica. 3.5. Organización y funcionamiento internos. 3.6. Disolución y suspensión judicial. 3.7. Referencias jurisprudenciales sobre partidos políticos. 3.7.1. *La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso Batasuna v. España*. 3.7.2. *La STC 62/2011, de 5 de mayo, sobre solicitud de ilegalización de la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna/Alternatiba Eraikitzen*. 3.8. La financiación de los partidos políticos. 4. Derecho de sindicación. 4.1. Concepto. 4.2. Titularidad. 5. Derecho a la huelga. 5.1. Concepto. 5.2. Titularidad. 6. Derecho de petición. 6.1. Concepto. 6.2. Tramitación. 6.3. Titularidad.

1. El derecho de reunión y manifestación

Artículo 21 CE

1. Se reconocen el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes.

1.1. Concepto

a) Derecho de reunión y manifestación

El derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión que se ejercita a través de una asociación transitoria de personas que permite el intercambio, exposición y manifestación de ideas de un colectivo que se reúne precisamente para esta manifestación conjunta de una posición común; en este sentido, el derecho de reunión es un cauce innegable del principio democrático participativo (STC 85/1988, de 28 de abril). Como ha señalado J. L. López González, la «vertiente política de la libertad de reunión se ha ido acentuando en los países de nuestro entorno jurídico de manera que su evolución ha venido marcada por una pérdida sensible, en las modalidades de reunión en lugar de tránsito público y manifestación, de su condición básica de instrumento de la libertad de expresión para ir configurándose de modo progresivo como una técnica de acción política directa»⁴⁰.

El derecho de reunión tuvo inicial recepción en el Convenio Europeo de Derechos de 1950, cuyo

⁴⁰ LÓPEZ GONZÁLEZ, JL.: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, pág. 99.

artículo 11 reconoce la libertad de reunión y de asociación. Corresponde el derecho de reunión conforme a este artículo 11 del CEDH a toda persona que la ejerza de manera pacífica⁴¹. El derecho de reunión ha sido igualmente incorporado a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, en su artículo 12, establece que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses, con una redacción claramente similar a la que presenta el artículo 11 del CEDH que antes hemos citado. Al respecto, el artículo 1.2, de la *Ley Orgánica 9/1983, de 15 de junio, reguladora del derecho de reunión* (modificada por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril), establece que, a los efectos de la propia Ley, «se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada». Este número fue una opción del legislador y no viene determinado por la naturaleza del derecho de reunión. La regulación se proyecta sobre cualquier reunión, aunque hay diferencias regulatorias si la reunión se realiza en un espacio de tránsito público. Las reuniones reguladas en la Ley Orgánica son las reuniones pacíficas y sin armas, tal y como establece el artículo 21 CE. Y define igualmente las *reuniones ilícitas* como aquellas que estén así tipificadas por las Leyes penales (art. 1.3. LO).

El artículo 21.2 CE, cita, junto a las reuniones en lugares de tránsito público, las manifestaciones, lo que aconseja matizar ambos conceptos y, en su caso, distinguirlos. Para J. L. López González, reunión y manifestación pertenecen a la misma categoría, aunque la manifestación es una *especie* concreta de reunión en la que, junto con la unión de varias voluntades en busca de un fin común, debe darse también la «publicidad del problema o la defensa de intereses no ya en el ámbito de los propios manifestantes, sino *ad extra*: a modo de mensaje dirigido a los restantes ciudadanos y/o a los poderes públicos»⁴². Para F.J. Bastida la manifestación es una reunión en movimiento, prueba de ello, afirma este autor, es que «la regulación legal no distingue entre reunión y manifestación, sino entre reuniones en lugares cerrados y reuniones en lugares de tránsito público, equiparándose estas últimas a las manifestaciones»⁴³.

El Tribunal Constitucional ha confirmado en su jurisprudencia (por todas, y STC 85/1988, de 28 de abril y STC 170/2008, de 15 de diciembre; reitera en SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 196/2002, de 28 de octubre; 301/2006, de 23 de octubre) que el derecho de reunión «es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo», con un *elemento subjetivo* (una agrupación de personas); un *elemento temporal* (su duración transitoria); un *elemento finalístico* (licitud de la finalidad) y un *elemento objetivo o territorial* (lugar de celebración).

Conforme a lo anterior, podríamos decir que el derecho de reunión se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) una agrupación de personas (elemento subjetivo);
- b) el carácter transitorio de la reunión (elemento temporal);
- c) un fin lícito de la reunión (elemento finalista);

⁴¹ El artículo 11 del CEDH dice: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado».

⁴² LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L.: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, ob. cit., pág. 131.

⁴³ BASTIDA FREIJEDO, F.J.: «Derecho de reunión y manifestación», en ARAGÓN REYES, M. (Coord.): *Temas básicos de Derecho constitucional*, Tomo III, ob. cit., pág. 181.

d) un lugar común de celebración (elemento objetivo o territorial).

El elemento subjetivo del derecho de reunión resulta esencial y muestra la concurrencia de un conjunto de voluntades concertadas entre sí y respecto del fin perseguido con la reunión. Como se explica en el apartado dedicado a los límites de este derecho, la Constitución sólo ampara las reuniones pacíficas y sin armas y requiere, además, que la intención de ejercer este derecho de reunión sea notificada a la autoridad gubernativa si la manifestación tiene previsto discurrir por vía pública (art. 21.2 CE). En este sentido, la *Ley Orgánica 9/1983, de 15 de junio reguladora del derecho de reunión*, declara que ninguna reunión estará sometida al régimen de autorización previa (art. 3.1), y, en su artículo 8, establece que la celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo. Si se tratare de personas jurídicas la comunicación deberá hacerse por su representante. Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación, a que hace referencia el párrafo anterior, podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas.

b) La protección de reuniones y manifestaciones

La autoridad gubernativa asume la obligación de proteger las reuniones y manifestaciones frente a quienes tratasen de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio de este derecho (art. 3.2 LO).

La prohibición de una reunión debidamente comunicada a la autoridad no puede fundamentarse en presunciones o suposiciones de que pudieran acontecer determinados hechos en la misma o sobre las intenciones de los convocantes sin pruebas suficientes. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 37/2009, de 9 de febrero, concedió el amparo solicitado por una ONG que notificó la celebración de una reunión en espacio público, para reivindicar el derecho al voto de los inmigrantes y que no fue autorizada por considerar que «podía tener contenido electoral» y ser considerado, por tanto, un acto de campaña electoral. El Tribunal Constitucional rechaza que tal afirmación pueda apoyarse en una «probabilidad» o en una «mera sospecha y estima que no se ha demostrado que la intención de la convocatoria era la captación de votos. El recurrente, SOS Racisme de Catalunya, se limitó –a juicio del Tribunal Constitucional– a poner de manifiesto una reivindicación legítima que había sido mantenida durante años por dicha organización y que se enmarcaba dentro de toda una campaña realizada a favor del derecho de voto de los inmigrantes, sin que la misma deba ser prohibida por el hecho de manifestarla en periodo electoral. La misma doctrina aplica el Tribunal Constitucional en su sentencia 38/2009, de 9 de febrero, para resolver el recurso de amparo presentado Sindicat D'Estudiants de Catalunya que comunicaron la celebración de una reunión con el lema «Por una enseñanza pública de calidad», en una fecha que coincidía con el periodo de campaña electoral de las elecciones al Parlamento catalán del 1 de noviembre de ese mismo año.

c) Declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

La declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo tuvo una incidencia extraordinaria en varios derechos fundamentales. Este Real Decreto, como ya se ha indicado en epígrafes anteriores, fue recurrido en inconstitucionalidad y resuelto por la STC 148/2021, de 9 de mayo. El Real Decreto, aunque estableció una limitación muy intensa de la libertad de circulación (que el Tribunal Constitucional consideró una verdadera suspensión del derecho fundamental) no restringió expresamente el derecho de reunión. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 148/2021, entiende que restringir la libertad de circulación no supone en sí mismo limitar el derecho de reunión, por lo que este derecho se mantuvo con la regulación constitucional y legal que le asisten. Recordemos que en el art. 55.1 no prevé la suspensión de derechos para el estado de alarma. El Tribunal Constitucional aprecia la vertiente de participación política que también tiene el derecho de reunión y manifestación que permite a la ciudadanía expresar sus opiniones en dicho ámbito, con lo que una limitación del derecho de reunión y manifestación incidiría también en el pluralismo político (art. 1.1 CE)

d) Exclusión de determinadas reuniones

De otra parte, la Ley Orgánica excluye del ámbito de su regulación determinadas reuniones que, por sus características propias, no quedan sujetas a esta normativa. En concreto, el artículo 2, determina que podrá ejercerse el derecho de reunión constitucionalizado en el artículo 21 CE, sin sujeción a las prescripciones de la Ley Orgánica, cuando se trate de las siguientes reuniones:

- las que celebren las personas físicas en sus propios domicilios;
- las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad;
- las que celebren los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, sociedades civiles y mercantiles, asociaciones, corporaciones, fundaciones, cooperativas, comunidades de propietarios y demás entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas;
- las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión;
- las que se celebren en unidades, buques y demás establecimientos militares, que se registrarán por su legislación específica⁴⁴.

La exclusión de los supuestos anteriormente citados nos confirma en la idea de que tanto la Constitución como, específicamente, la Ley Orgánica, se ha interesado por aquellas reuniones y manifestaciones que se relacionan con posiciones colectivas de carácter social y político.

1.2. Titularidad

La Constitución española no menciona la titularidad de este derecho en su artículo 21 CE. La titularidad del derecho de reunión corresponde a las personas físicas. El derecho de reunión corresponde no solo a los nacionales sino también a los extranjeros en los mismos términos que a los españoles de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Los promotores extranjeros de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.

También los menores de edad tienen reconocido el derecho de reunión en el artículo 7.3 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* que establece que los «menores tienen derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, convocadas en los términos establecidos por la Ley»; en iguales términos, tienen también derecho a promoverlas y convocarlas con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores.

El artículo 4.3, de la Ley Orgánica 9/1983, del derecho de reunión, menciona a las personas jurídicas, pero para atribuirles la responsabilidad que corresponda a los «promotores u organizadores», no como titulares del derecho constitucional reconocido en el artículo 21 CE⁴⁵. En este sentido, la STC 137/1985, que aplica los estándares interpretativos de Alemania, considera que las personas jurídicas, en tanto no son susceptibles de «reunirse» en el sentido dado a este derecho, no pueden ser titulares del derecho de reunión, aunque sí están habilitadas para convocar reuniones o

⁴⁴ La letra e) del artículo 2 fue redactado por la disposición final primera de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas que entró en vigor el 1 octubre 2011.

⁴⁵ El artículo 4.3. dice: *Los participantes en reuniones o manifestaciones, que causen un daño a terceros responderán directamente de él. Subsidiariamente, las personas naturales o jurídicas organizadoras o promotoras de reuniones o manifestaciones responderán de los daños que los participantes causen a terceros, sin perjuicio de que puedan repetir contra aquéllos, a menos que hayan puesto todos los medios razonables a su alcance para evitarlos.*

adherirse a las convocadas por otros.

A pesar de su carácter individual, el derecho de reunión posee, también, una vertiente colectiva que se refiere a su ejercicio, ya que es esencial en este derecho la existencia de un colectivo que ejercita el derecho de reunión en un momento y lugar determinado. Las reuniones, sometidas a la presente Ley, sólo podrán ser promovidas y convocadas por personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 4.1 LO). Los responsables de la organización responden del buen orden de las reuniones y manifestaciones, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas.

La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica (art. 4.4. LO). En este sentido, la *Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*⁴⁶, extiende la regulación del artículo 13.1 de la citada Ley Orgánica 9/2011, que será también de aplicación a la Guardia Civil, en su condición de instituto armado de naturaleza militar. El artículo 13.1 dice: «1. El militar podrá ejercer el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión pero no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical. Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo».

Así, pues, los miembros de las fuerzas armadas y de la Guardia Civil, podrán ejercer los derechos de reunión y manifestación dentro del siguiente marco normativo:

- a) *Podrán ejercer el derecho de reunión, pero no podrán organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical. Sobre este punto, puede recordarse que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 17 de septiembre de 2010, estimó el recurso de la Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC), contra la decisión de la Delegación del Gobierno en Madrid de prohibir la manifestación convocada por la Asociación, para pedir la equiparación de la jornada laboral de los agentes del instituto armado con la de los policías alegando que tenía un inequívoco carácter sindical y que este tipo de actividad está vetado por ley a los guardias civiles. El Tribunal Superior concluyó que los guardias civiles son titulares de los derechos de reunión y a la libertad de expresión y que éstos sólo pueden ser limitados por un motivo «legalmente tasado» y que guarde «proporcionalidad» con el bien jurídico que se pretenda proteger. El Tribunal Superior entendió que la Delegación del Gobierno de Madrid había identificado el carácter «profesional-laboral» de las reivindicaciones «con el carácter sindical» previsto en la ley, lo cual no era acorde con la regulación de este derecho y, específicamente, con la interpretación correcta de sus límites.*
- b) *Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrán organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo.*
- c) *Las reuniones que se celebren en las unidades deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que las podrá denegar motivadamente ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio.*

En relación con las reuniones organizadas por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil, el artículo 5 d) de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión, contempla la posibilidad de que la autoridad gubernativa pueda suspender y, en su caso, disolver, las reuniones y manifestaciones organizadas por

⁴⁶ Esta Ley Orgánica establece la derogación del apartado 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

dichos colectivos si infringen las limitaciones impuestas en el artículo 13 de la *Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas* o en el artículo 8 de la *Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil* (por causas del funcionamiento del servicio).

En cuanto al derecho de reunión de los miembros de los Cuerpos de Seguridad (Cuerpo Nacional de Policía, Políticas Autonómicas y Policías Locales), de conformidad con la *Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*, se aplica el régimen general pero los asistentes no pueden acudir armados ni pueden estar de servicio en el tiempo coincidente con la reunión o manifestación.

En cuanto a jueces y magistrados, la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, en su artículo 395 establece que no podrán los jueces o magistrados pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, y les está prohibido específicamente: dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos, *ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial*, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial.

En similares términos se pronuncia la *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, que, en su artículo 59 dice que los miembros del Ministerio Fiscal no pueden pertenecer a partidos políticos o sindicatos ... ni concurrir con carácter o atributos oficiales a cualesquiera actos o reuniones públicas en que ello no proceda en el ejercicio de sus funciones.

1.3.Límites

Para que la reunión de un colectivo quede comprendida en el ámbito del derecho fundamental de reunión constitucionalizado en el artículo 21 CE, es requisito inexcusable que la reunión sea «pacífica y sin armas». Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 59/1990, de 29 de marzo), al afirmar que estos límites o requisitos constitucionales deben ser cumplidos por los ciudadanos que decidan manifestarse en una vía pública; que la reunión sea pacífica y que anuncien a la autoridad el ejercicio de su derecho. La Constitución, pues, sólo protege la reunión pacífica y sin armas. Si no se dan estos requisitos la autoridad gubernamental puede prohibir la realización de la reunión y manifestación en un lugar público, ya que el apartado 2 del artículo 21, condiciona el ejercicio de este derecho a que pueda quedar alterado el orden público, con peligro para las personas o los bienes. En este sentido, la autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos (art. 5 LO):

- cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales;
- cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes;
- cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

El Tribunal Constitucional ha señalado el carácter limitado de este derecho. Así, en su STC193/2011, 12 de diciembre (CCOO v.TSJ de Andalucía), afirmó que «El derecho de reunión y manifestación es un derecho limitado y que la reiteración en su ejercicio (más de 100 manifestaciones a lo largo de cinco meses, en el caso concreto que se resolvía) constituye, en sí misma, una alteración del orden público». En este caso, se añade, no confluye el elemento temporal (duración transitoria) que caracteriza a este derecho según la doctrina constitucional, puesto que permanece en el tiempo a tenor del número de manifestaciones con el mismo objeto y convocantes. El uso reiterado de este derecho, sin ninguna limitación, va en detrimento del ejercicio de otros derechos también legítimos del resto de ciudadanos.

Reconoce la Delegación del Gobierno (cuya prohibición se había recurrido) que la ocupación de la vía pública en una manifestación supone el ejercicio normal del derecho, pero «la ocupación de la vía pública interrumpiendo el tráfico en distintos tramos del recorrido de forma gratuita, parando la manifestación en las intersecciones con las distintas vías que cruzan aquella por la que discurre la manifestación, supone un ejercicio extralimitado del derecho de manifestación», como así fue reconocido por el Tribunal Constitucional.

Toda manifestación en la que pudieran ejercitarse tanto violencias físicas como morales con alcance intimidatorio para terceros excede de los límites del ejercicio del derecho de reunión pacífica y, por tanto, no resulta protegido por el artículo 21 de la Constitución.

La *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*, ha incluido, en sus artículos 23 y 24, previsiones expresas sobre el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana que afectan al ejercicio del derecho de reunión. En el artículo 23, se encomienda a las autoridades competentes de conformidad con lo que establece la propia Ley 4/2015, que adopten «las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana»; pudiéndose, además, acordar la disolución de «reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión».

La Ley Orgánica 4/2015, permite también disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.

Las medidas que se adopten de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones deben ser proporcionadas a las circunstancias de forma que –dice expresamente la Ley Orgánica– la disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso (art. 23.2). Para la protección de las personas afectadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a dichos afectados, incluso verbalmente si se trata de una situación de urgencia. (art.23.3). Una de las medidas más extremas incluidas en esta Ley Orgánica alude al caso en el que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, en cuyo caso las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrían disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos sin necesidad de previo aviso. Por su parte, el artículo 24 de la Ley Orgánica, regula la necesaria colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el marco de lo establecido en sus respectivas regulaciones.

Las medidas en la Ley de Seguridad ciudadana de 2015 se garantizan con sanciones, algunas calificadas de «graves», como las siguientes:

Muy graves:

- las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos;
- la fabricación, reparación, almacenamiento, circulación, comercio, transporte, distribución, adquisición, certificación, enajenación o utilización de armas reglamentarias, explosivos catalogados, cartuchería o artículos pirotécnicos;
- la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente por razones de seguridad pública;
- la proyección de haces de luz, mediante cualquier tipo de dispositivo, sobre los pilotos o conductores de medios de transporte que puedan deslumbrarles o distraer su atención y provocar accidentes.

Graves:

- perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de infracción penal;
- la perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal⁴⁷;
- causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana;
- la negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio; o
- la perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya infracción penal.

El Tribunal Constitucional expresamente ha señalado que la alteración del orden público debe necesariamente contener una amenaza para las personas o los bienes (STC 59/1990, de 29 de marzo). En relación con este punto, cabe destacar algunos casos de los denominados «escraches» que han llegado a los tribunales. Así la Audiencia de Madrid, desestimó una reclamación interpuesta contra un escrache realizado ante un domicilio particular, afirmando que los escraches son un «mecanismo de protesta democrática» y, por tanto, no encontró delito en el acto de reunión ante el domicilio de la interesada⁴⁸. Sin embargo, la inviolabilidad del domicilio es igualmente un derecho fundamental sobre el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que no puede ser objeto de ningún tipo de agresión, por lo que estimamos que la interpretación de los tribunales en estos casos no ponderaron suficientemente los derechos en conflicto.

2. El derecho de asociación

Artículo 22 CE

1. *Se reconoce el derecho de asociación.*
2. *Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.*
3. *Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.*
4. *Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*
5. *Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.*

2.1. Concepto

En España, el derecho de asociación se incorporó a la Constitución de 1869 (art. 17); se reguló también en la Constitución de 1876 (art. 13) y en la Constitución republicana de 1931 (art. 39). Este derecho está igualmente incluido en otros textos constitucionales como el italiano de 1947 (art. 18) o el alemán (art. 9). En el ámbito europeo su recepción ha sido muy frecuente en los convenios y

⁴⁷ Esta sanción está recurrida, junto con otras previsiones de la Ley Orgánica, antes el Tribunal Constitucional.

⁴⁸ La Audiencia se pronunció sobre la reclamación interpuesta por el marido de la vicepresidenta Saénz de Santamaría. Se produjeron otros casos, como el escrache ante la sede del PP contra la reforma de la ley del aborto; o contra un concejal de Torrelavega (Cantabria), del PP, en el que el juez resolvió que no había delito al no haber violencia ni amenazas o el que realizaron varios ediles del PP y BNG contra a una edil del PSOE. Los concejales Miguel Abad (PP), Ximena González (BNG) y Susana Gómez (Democracia Ourensana) se sentaron entre la prensa e irrumpieron en el acto para cuestionar la legitimidad de la concejala Soto.

tratados sobre derechos humanos; así, entre otros, se incorporó, junto con el derecho de reunión antes analizado, al artículo 20.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 mencionado anteriormente. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo ha regulado igualmente junto con el derecho de reunión en su artículo 12.

El derecho de asociación en España está regulado por la *Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación*⁴⁹. El derecho de asociación habilita al sujeto para unirse establemente a otros para la consecución de fines legales, sujetándose a determinadas normas, algunas vinculantes e impuestas por el ordenamiento jurídico y las demás dispositivas; estas últimas representan el margen de libertad de los asociados para configurar internamente su propia asociación. El derecho de asociación supone la creación de una estructura organizativa de carácter permanente que puede operar jurídicamente⁵⁰ (aunque puede ser disuelta). En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho fundamental de asociación se aplica tanto a los partidos políticos como a los sindicatos, aunque disponen de regulación específica.

El artículo 22 CE, al regular el derecho de asociación, ha configurado realmente una esfera de libertad individual *positiva y negativa*⁵¹. El Tribunal Constitucional confirmó expresamente esta tesis, vinculando su interpretación a la cláusula del artículo 10.2 CE al señalar que: «De acuerdo con el artículo 10.2 de la CE, las normas relativas al derecho de asociación han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Este criterio interpretativo permite afirmar que el derecho de asociación comprende tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.2 de la mencionada Declaración Universal, en el artículo 22 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 del Convenio de Roma» (STC 67/1985, de 24 de mayo).

El artículo 2.5 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, establece que la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo, declarando nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación.

En su vertiente positiva, el derecho de asociación permite al sujeto asociarse libremente sin requerir autorización previa; en su vertiente negativa, el derecho de asociación protege al sujeto contra la asociación obligatoria, es decir, le reconoce el que podríamos denominar *derecho a no asociarse* (STC 5/1981, de 13 de febrero). La libertad de asociarse representa la superación del recelo con que el Estado liberal contempló el derecho de asociación; la libertad de no asociarse, por su parte, es una garantía frente al dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de la creación de corporaciones o asociaciones coactivas que dispusieran el monopolio de una determinada actividad social (STC 67/1985, de 25 de mayo).

2.2. Titularidad

El artículo 22 de la Constitución, al igual que sucede en otros derechos, no señala expresamente a quién corresponde la titularidad del mismo, tanto más en esta ocasión, que el Texto fundamental utiliza la expresión «se reconoce el derecho de asociación» sin aludir a ningún sujeto. Esta ausencia

⁴⁹ Hasta el año 2002, el derecho de asociación ha sido regulado por una norma preconstitucional, la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, completada por el Decreto 1440/1965, de 20 de mayo; la Orden de 10 de julio de 1965, que regula el Registro de Asociaciones; el Real Decreto 713/1977, de 1 de abril, regulador de las denominaciones de las asociaciones y sobre el régimen jurídico de sus promotores, además de por normas penales y civiles.

⁵⁰ AGUIAR DE LUQUE, L.: «Derecho de asociación», en ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, ob. cit., pág. 183.

⁵¹ El artículo 2.2 y 3 de la Ley Orgánica de Asociaciones, dispone: «2. El derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa. 3. Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida».

queda subsanada en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/2002, al establecer que: «Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos» y en el artículo 2.6 de la misma Ley al declarar que «Las entidades públicas podrán ejercitar el derecho de asociación entre sí, o con particulares, como medida de fomento y apoyo, siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con éstos, al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación».

De lo anterior, debemos concluir que la titularidad del derecho de asociación corresponde tanto a la persona física como a la persona jurídica, en los términos establecidos en la propia Ley Orgánica reguladora de este derecho fundamental. Conforme a ello, el artículo 3 de la Ley Orgánica, dispone que pueden constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean estas últimas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios:

- Las personas físicas necesitan tener la capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho.
- Los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Los miembros de las Fuerzas Armadas habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y al resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación. Los miembros de la Guardia Civil se regirán por su normativa propia. Esta disposición fue introducida por la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.
- Los Jueces, Magistrados y Fiscales habrán de atenerse a lo que dispongan sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales.
- Las personas jurídicas de naturaleza asociativa requerirán el acuerdo expreso de su órgano competente, y las de naturaleza institucional, el acuerdo de su órgano rector.
- Las asociaciones podrán constituir federaciones, confederaciones o uniones, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para la constitución de asociaciones, con acuerdo expreso de sus órganos competentes.
- Las personas jurídico-públicas serán titulares del derecho de asociación en los términos del artículo 2.6 de la propia Ley Orgánica que dispone: «Las entidades públicas podrán ejercitar el derecho de asociación entre sí, o con particulares, como medida de fomento y apoyo, siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con éstos, al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación», salvo que establezcan lo contrario sus normas constitutivas y reguladoras, a cuyo tenor habrá de atenerse, en todo caso, el ejercicio de aquél.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.9 de la Ley Orgánica, la condición de miembro de una determinada asociación no puede ser, en ningún caso, motivo de favor, de ventaja o de discriminación a ninguna persona por parte de los poderes públicos.

2.3. Ámbito de aplicación

La *Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación*, define el ámbito de aplicación de esa norma señalando que se incluyen en el ámbito de esta Ley Orgánica todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico (art. 1.2 LO). La propia Ley Orgánica señala qué asociaciones se regirán por su legislación específica (art. 1.3 LO):

- a) los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales;
- b) las iglesias, confesiones y comunidades religiosas;
- c) las federaciones deportivas;
- d) las asociaciones de consumidores y usuarios;
- e) así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales.

Complementariamente a lo dispuesto en el apartado b) citado anteriormente, la Ley Orgánica señala que las asociaciones constituidas para fines exclusivamente religiosos por las iglesias, confesiones y comunidades religiosas se regirán por lo dispuesto en los tratados internacionales y en las leyes específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las disposiciones de la propia Ley Orgánica. Expresamente quedan excluidas del ámbito de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico (art. 1.4 LO).

2.4. Asociaciones prohibidas e ilegales

El apartado 2, del artículo 22 de la Constitución determina que las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales; mientras que el apartado 5 del mismo precepto establece que se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. La Ley Orgánica 1/2002, que regula el derecho de asociación, reproduce, casi literalmente, las previsiones constitucionales en el artículo 2, apartado 7 («*Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales*») y 8 («*Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar*»). La caracterización como asociación ilegal de aquella cuyos fines o medios para alcanzarlos estén tipificados como delito, es un límite a la libertad de configuración organizativa de la asociación y a la facultad de los socios de fijar los fines de la misma. El artículo 515 del Código Penal enumera las asociaciones que deben considerarse ilícitas y, por tanto, punibles penalmente:

- Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.
- Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
- Las organizaciones de carácter paramilitar.
- Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad⁵².

2.5 Disolución por resolución judicial

La exigencia de resolución judicial para la disolución de una asociación es una garantía del propio derecho fundamental de asociación, ya que excluye los actos gubernamentales de disolución y encomienda a los jueces y tribunales la disolución, en su caso, de la asociación. En este sentido, el artículo 520 del Código Penal habilita a los jueces o tribunales, para acordar la disolución de la asociación ilícita en los casos previstos en el artículo 515 del Código Penal, antes citado⁵³. En

⁵² La redacción de este apartado 4 del artículo 515 CP fue modificada por la disposición final sexta, apartado 35, de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que incluyó nuevos motivos que hacen ilícita una asociación, en concreto: el origen nacional, la edad, la identidad sexual o de género, las razones de género, de aporofobia y de exclusión social.

⁵³ El artículo 520 CP dice: «*Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código*».

coherencia con todo lo anterior, la resolución debe adoptar la forma de *auto* o de *sentencia*.

El derecho fundamental de asociación protege, por tanto, las asociaciones que persigan fines o utilicen medios lícitos, pero «en ningún caso autoriza a los asociados a la realización de actos contrarios a la ley penal, cuyo enjuiciamiento y castigo es consecuencia jurídica de la propia conducta personal que en nada afectan o limitan el derecho de asociación» (STC 165/1987, de 27 de octubre). La garantía que aporta la exigencia de resolución judicial para la disolución de una asociación no está prevista, como tal, en los tratados y convenios internacionales firmados por España (STC 115/1987, de 30 de enero). La Constitución articuló, pues, una garantía adicional a lo que venía siendo usual en la protección de este derecho fundamental.

3. Los partidos políticos

Artículo 6 CE

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

3.1. Concepto

La Constitución ha regulado los partidos políticos en el artículo 6 citado, los sindicatos en el artículo 7 y la libertad sindical en el artículo 28, sin que exista un artículo respecto de la libertad de partidos políticos semejante a este último. El Tribunal Constitucional en su STC 48/2003, de 12 de marzo, afirmó que los partidos políticos, son instituciones que, si en su momento se desarrollaron frente al Estado en términos de contradicción y enfrentamiento, en la actualidad, con su reconocimiento y constitucionalización por el modelo de Estado democrático instaurado en Occidente tras la II Guerra Mundial, han incorporado a la estructura del ordenamiento una tensión característica que nace de su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado, y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro.

En nuestro ordenamiento los partidos políticos son asociaciones y tienen en el derecho fundamental de asociación su fundamento jurídico constitucional. Pero son asociaciones específicas en razón de las funciones constitucionales que les encomienda el artículo 6 CE. El Tribunal Constitucional afirmó expresamente, en su Sentencia 3/1981, de 2 de febrero, que «un partido es una forma particular de asociación». Los partidos políticos, en efecto, no son órganos del Estado —ha reiterado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 48/2003 ya citada—, y la trascendencia política de sus funciones no altera su naturaleza asociativa, aunque explica que respecto de ellos la Constitución establezca la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos (también, STC 10/1983, de 21 de febrero). Se trata, por tanto, de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones; funciones que se resumen en su vocación de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales.

En este sentido, la Ley Orgánica del derecho de asociación, señala que los partidos políticos se regirán por su legislación específica (art. 1.3 LO). Las funciones constitucionales de los partidos políticos se encuentran recogidas en el mencionado artículo 6 CE del que se desprenden las siguientes:

- expresar el pluralismo político;
- concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular;
- ser instrumentos fundamentales para la participación política.

3.2. Creación

El artículo 6 CE, declara el principio de libertad de *creación* y *funcionamiento* de los partidos políticos con los requisitos de que se desenvuelvan en el marco de la Constitución y de la ley y con la obligación de que su *estructura interna* y *funcionamiento* sean democráticos.

La *Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos* contiene la regulación de los partidos en España, complementada por la *Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos*⁵⁴, las normas penales sobre la ilegalidad de determinadas asociaciones (art. 515 CP) y los artículos 108, 4 bis y 127, 3 y 4 de la *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 48/2003, de 12 de marzo, resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco contra los artículos 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6 y 9, el Capítulo III (arts. 10 a 12) y la disposición transitoria única, apartado 2, de la *Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos*. En esta sentencia el Tribunal Constitucional confirmó que no hay obstáculo constitucional a una regulación específica para los partidos políticos, distinta de la que se prevé para las asociaciones en general (*Ley Orgánica de Asociaciones*), dado que el artículo 6 CE, contiene unas exigencias de respeto a la Constitución y a la ley, no mencionadas en su especificidad en el artículo 22 CE, lo que justifica la existencia de una específica ley de partidos políticos.

El derecho de crear partidos políticos corresponde a los ciudadanos de la Unión Europea (art. 1.1 LO 6/2002)⁵⁵. Este mismo precepto consagra la libertad *positiva* y *negativa* de afiliación a este específico tipo de asociaciones al declarar que dicha afiliación es libre y voluntaria y que nadie, por otro lado, puede ser obligado a constituir un partido o a integrarse o a permanecer en el mismo. Los partidos políticos pueden constituir e inscribir federaciones, confederaciones y uniones de partidos, con cumplimiento de lo regulado en esta misma *Ley Orgánica* y previo acuerdo expreso de sus órganos competentes.

3.3. Titularidad

El artículo 2 de la *Ley Orgánica de Partidos Políticos*, afirma que los promotores de un partido político deben ser personas físicas, mayores de edad, que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos, no estén sujetos a ninguna condición legal para el ejercicio de los mismos y no hayan sido penalmente condenados por asociación ilícita, o por alguno de los delitos graves previstos en el Código Penal en los Títulos XXI (Delitos contra la Constitución, arts. 472-543), XXII (Delitos contra el orden público, arts. 544-580 bis), XXIII (Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa nacional, 581-604) y XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional, 605-616 quáter), aunque, esta última causa de incapacidad no afectará a los que hayan sido judicialmente rehabilitados.

Por tanto, la titularidad del derecho de constituir partidos políticos se reconoce a las personas físicas, excluyendo, creo que acertadamente, a las personas jurídicas. Los afiliados a un partido político deben ser personas físicas, mayores de edad, y no tener limitada ni restringida su capacidad de obrar y todos ellos gozarán de iguales derechos y deberes.

3.4. Constitución y adquisición de personalidad jurídica

La creación del partido político debe formalizarse en un acta fundacional, que deberá constar en documento público y contener, en todo caso:

- la identificación personal de los promotores;
- la denominación del partido que se propone constituir;
- los integrantes de los órganos directivos provisionales;
- el domicilio; y

⁵⁴ Reformada por la *Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre* y por la *Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo*.

⁵⁵ Hasta la reforma legislativa de 2015, este derecho se atribuía a los españoles únicamente.

— los estatutos por los que habrá de regirse el partido que trata de constituirse.

En cuanto a la posible denominación del partido político, la Ley Orgánica de Partidos establece como límites que dicha denominación no podrá incluir «términos o expresiones que induzcan a error o confusión sobre su identidad o que sean contrarias a las leyes o los derechos fundamentales de las personas», ni podrá «coincidir, asemejarse o identificarse, aun fonéticamente, con la de ningún otro partido previamente inscrito en el Registro, con la de algún partido integrante, como resultado de una fusión, de un partido inscrito, con la de algún partido declarado ilegal, disuelto o suspendido por decisión judicial, ni tampoco con la identificación de personas físicas, o con la denominación de entidades preexistentes o marcas registradas» (art. 3 LO).

La personalidad jurídica de los partidos políticos se adquiere mediante su inscripción en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior, para lo cual, los promotores presentarán el acta fundacional suscrita por sus promotores, acompañada de aquellos documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos en la presente Ley Orgánica (art. 3 LO).

El Ministerio del Interior inscribirá al partido político en los veinte días siguientes a la presentación de la documentación (art. 4.2 LO). Si en dicha documentación se aprecian defectos formales, el Ministerio del Interior lo comunicará a los interesados para que lo subsanen, suspendiéndose el plazo de veinte días aludido anteriormente que comenzará de nuevo a computarse una vez subsanado el defecto. Si del examen de la documentación presentada por los promotores de un partido político se deducen indicios racionales en relación con la ilicitud penal del partido, el Ministerio del Interior queda obligado, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica 6/2002, a dar traslado al Ministerio Fiscal, dentro del plazo de los veinte días citado en el artículo 4 de la misma Ley Orgánica. El Ministerio Fiscal, dispone de un plazo también de veinte días desde que reciba la comunicación a que se refiere el apartado anterior para, en función de que se consideren suficientes o no los indicios de ilicitud penal, ejercer ante la jurisdicción penal las acciones que correspondan o para devolver la comunicación al Ministerio del Interior a los efectos de completar la inscripción. De producirse este trámite ante el Ministerio Fiscal, el plazo de veinte días al que alude el artículo 4 de la Ley Orgánica queda suspendido hasta la decisión del Ministerio Fiscal que volverá a reanudarse. Con el establecimiento de un plazo tan perentorio como es el de 20 días para la realización de los trámites de inscripción (salvo que deba suspenderse por los casos descritos), la Ley Orgánica pretende garantizar el derecho de libre creación de los partidos políticos evitando cualquier demora que pudiera perjudicarles en su posible incorporación a la disputa electoral.

Según dispone el artículo 4.4. de la Ley Orgánica, la inscripción en el Registro producirá efectos indefinidamente mientras no se anote en el mismo su suspensión o disolución, que puede acontecer:

- por notificación de la decisión acordada por el propio partido de acuerdo con las previsiones estatutarias;
- por ser declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido; o
- por ser declarado judicialmente extinguido de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 12 bis de la Ley Orgánica.

1.1. Organización y funcionamiento internos

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 CE y el también artículo 6 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, los «partidos políticos se ajustarán en su organización, funcionamiento y actividad a los principios democráticos y a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes» aunque tienen «libertad organizativa para establecer su estructura, organización y funcionamiento, con los únicos límites establecidos en el ordenamiento jurídico». Por su parte el artículo 7 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos declara que la estructura interna y el funcionamiento de los partidos políticos deberán ser democrático «estableciendo, en todo caso, fórmulas de participación directa de los afiliados en los términos que recojan sus Estatutos, especialmente en los procesos de elección de órgano superior de gobierno del partido» (novedad incluida en la reforma de la Ley de Partidos de 30 de marzo de 2015).

Este mismo precepto establece la estructura interna básica de los partidos, sin perjuicio de que éstos puedan completarla estatutariamente. Así, los partidos políticos deben dotarse de:

- a) una asamblea general del conjunto de sus miembros, que será el órgano superior de gobierno del partido y que podrá actuar directamente o por medio de compromisarios. A la asamblea le corresponde adoptar los acuerdos más importantes en relación con la vida del partido incluido, en su caso, el acuerdo de disolución;
- b) de órganos directivos que deberán ser provistos mediante sufragio libre y secreto;
- c) de unas reglas internas sobre convocatorias de las reuniones de los órganos colegiados que garantice el derecho de información de los miembros de los mismos, la inclusión de los asuntos en el orden del día, de reglas de deliberación y adopción de acuerdos.
- d) un procedimiento de control democrático de los dirigentes elegidos.

El artículo 8 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, que recoge los derechos y obligaciones de los afiliados a un partido político, habilita, en su apartado 2 a los partidos, para que establezcan diferentes modalidades de afiliación en función del nivel de vinculación al partido político, aunque los afiliados de una misma modalidad tendrán iguales derechos y deberes.

Los estatutos de los partidos políticos deben contener una relación detallada de los derechos de los afiliados, incluyendo, en todo caso, «respecto a los de mayor vinculación al partido político» (previsión derivada de la posibilidad de que existan diferentes categorías de afiliados), los siguientes:

- A participar en las actividades del partido y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como asistir a la Asamblea general, de acuerdo con los estatutos.
- A ser electores y elegibles para los cargos del mismo.
- A ser informados acerca de la composición de los órganos directivos y de administración o sobre las decisiones adoptadas por los órganos directivos, sobre las actividades realizadas y sobre la situación económica.
- A impugnar los acuerdos de los órganos del partido que estimen contrarios a la Ley o a los estatutos.
- A acudir al órgano encargado de la defensa de los derechos del afiliado.

Para completar estas previsiones en relación con los afiliados de «mayor vinculación al partido», la Ley Orgánica establece que el «resto de afiliados gozarán de los derechos que determinen los estatutos» (art. 8.4 LO).

En cuanto a las obligaciones, los afiliados a un partido político deben cumplir todas aquellas que resulten de las disposiciones estatutarias y, en todo caso, las siguientes:

- Compartir las finalidades del partido y colaborar para la consecución de las mismas.
- Respetar lo dispuesto en los estatutos y en las leyes.
- Acatar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos directivos del partido.
- Abonar las cuotas y otras aportaciones que, con arreglo a los estatutos, puedan corresponder a cada uno de acuerdo con la modalidad de afiliación que les corresponda.

1.2. Disolución y suspensión judicial

La Ley de Partidos Políticos regula en sus artículos 10, 11 12 y 12 bis la disolución o suspensión judicial de los partidos.

La *suspensión judicial* de un partido político sólo procederá si así lo dispone el Código Penal, aunque podrá acordarse también como medida cautelar.

En cuanto a la *disolución* de un partido político, el artículo 10.1 de la Ley Orgánica dispone que, además de por decisión de sus miembros, acordada por las causas y por los procedimientos previstos en sus estatutos, procederá la disolución de un partido político o, en su caso, su suspensión, por

decisión de la autoridad judicial competente y en los términos previstos en los apartados 2 y 3 de la Ley Orgánica. La disolución surtirá efectos desde su anotación en el Registro de Partidos Políticos, previa notificación del propio partido o del órgano judicial que decreta la disolución. La disolución judicial de un partido político será acordada, en todo caso, por el órgano jurisdiccional competente y sólo en los casos siguientes (art. 10.2 LO):

- a) cuando el partido político incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita;
- b) cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la propia Ley Orgánica;
- c) cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos.

El supuesto de que el partido político incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita (supuesto a) citado), el caso de disolución será resuelto por el Juez competente en el orden jurisdiccional penal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal.

Si el procedimiento de disolución del partido político se basa en alguno de los supuestos contemplados en los apartados b) y c) antes citados, la competencia para resolver corresponderá a la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y conforme al procedimiento señalado en el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos que venimos comentando.

El procedimiento de disolución de los partidos políticos está regulado en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, procedimiento que consiste básicamente en:

a) Legitimidad

Están legitimados para instar la declaración de ilegalidad de un partido político y su consecuente disolución, en los casos señalados en los apartados b) y c) arriba citados, el Gobierno y el Ministerio Fiscal. El Congreso de los Diputados o el Senado podrán instar al Gobierno que solicite la ilegalización de un partido político, quedando obligado el Gobierno a formalizar la correspondiente solicitud de ilegalización, previa deliberación del Consejo de Ministros.

b) Inicio

El procedimiento se iniciará mediante demanda presentada ante la Sala especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que se adjuntarán los documentos que acrediten la concurrencia de los motivos de ilegalidad.

c) Tramitación de admisión por la Sala

La Sala procederá inmediatamente al emplazamiento del partido político afectado y, en su caso, a las personas electas en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores, dándoles traslado de la demanda, para que puedan comparecer ante la misma en el plazo de ocho días. Una vez comparecidos en debida forma o transcurrido el plazo correspondiente sin haberlo realizado, la Sala analizará la admisión inicial de la demanda pudiendo *inadmitir* la misma mediante auto si concurre alguna de las siguientes causas:

- Que se hubiera interpuesto por persona no legitimada o no debidamente representada.
- Que manifiestamente no se cumplan los requisitos sustantivos o de forma para su admisión.
- Que la demanda carezca manifiestamente de fundamento.

Si la Sala apreciara la concurrencia de alguna de las causas antes citadas, lo pondrá de manifiesto a las partes para que puedan formular alegaciones sobre la misma en el plazo común de diez días.

d) Admisión y tramitación de la demanda

- Una vez admitida la demanda se emplazará al demandado, si hubiere comparecido, para la contestación a la demanda por el plazo de veinte días. Si las partes lo han propuesto en sus escritos de demanda o de contestación o la Sala lo considera necesario, se abrirá un período de prueba que se regirá en cuanto a sus plazos y sustanciación por la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Del conjunto de la prueba practicada se dará vista a las partes, que podrán formular alegaciones sobre las mismas por plazo sucesivo de veinte días, transcurridos los cuales, se hayan formalizado o no, el proceso quedará concluso para sentencia que deberá dictarse en veinte días.

e) Sentencia

- La sentencia dictada por la Sala especial del Tribunal Supremo, que podrá declarar la disolución del partido político o desestimar la demanda, no será objeto de recurso alguno salvo el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La sentencia será ejecutiva desde el momento de su notificación.
- Si se decreta la disolución, la Sala ordenará la cancelación de la correspondiente inscripción registral, y el fallo producirá los efectos que se determinan en el artículo 12 Ley Orgánica y que se exponen más abajo.
- La sentencia puede declarar también la existencia o no de vinculación con el partido político ilegalizado de las candidaturas presentadas por las agrupaciones de electores. Si el Tribunal desestima la demanda, ésta sólo podrá volver a reiterarse si se presentan ante el Tribunal Supremo *nuevos elementos de hecho*, suficientes para realizar valoraciones sobre la actividad ilegal del partido diferentes a las ya contenidas en la sentencia.
- La Sala, durante la tramitación del proceso, de oficio o a instancia de parte, podrá adoptar cualquiera de las medidas cautelares previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme al procedimiento previsto en la misma. En particular, la Sala podrá acordar la *suspensión cautelar* de las actividades del partido hasta que se dicte sentencia, con el alcance y los efectos que estime oportunos para salvaguardar el interés general. En tal caso, la Sala ordenará la correspondiente anotación preventiva en el Registro de Partidos Políticos.

f) Efectos de la sentencia decretando la disolución del partido político

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos establece que la disolución judicial de un partido político producirá los efectos previstos en las leyes y, en particular, los siguientes:

- Tras la notificación de la sentencia en la que se acuerde la disolución, procederá el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto y el incumplimiento de esta disposición dará lugar a responsabilidad, conforme a lo establecido en el Código Penal.
- Los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de ésta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto.
- La disolución determinará la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala sentenciadora. El patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario.

La Sala sentenciadora debe asegurar, en trámite de ejecución de sentencia, que se respeten y ejecuten todos los efectos previstos por las leyes para el supuesto de disolución de un partido político, en particular, declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto a la que se refiere el párrafo b) del apartado 1, teniendo en cuenta para determinar la conexión la similitud

sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructura, organización y funcionamiento, de las personas que las componen, rigen, representan o administran, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión en contraste con los datos y documentos obrantes en el proceso en el que se decretó la ilegalización y disolución.

1.3. Referencias jurisprudenciales sobre partidos políticos

Las actividades de determinados partidos políticos han sido cuestionadas ante los tribunales lo cuales han dictado algunas sentencias de innegable importancia en orden a la interpretación del sistema de partidos en España. Se citan a continuación dos de estas resoluciones relevantes, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Batasuna v. España* y la Sentencia 62/2011, de 5 de mayo, sobre solicitud de ilegalización de la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna/Alternatiba Eraikitzen.

3.7.1. *La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso Batasuna v. España*

Apenas quince días después de que el Tribunal Constitucional dictara su Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, en la que, como se ha indicado, confirmó la constitucionalidad de la Ley de Partidos Políticos, el Tribunal Supremo dictó su Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2003, en la que decretaba la disolución de *Herri Batasuna*, *Euskal Herritarrok* y *Batasuna*, apoyándose en la doctrina confirmada días antes por el Tribunal Constitucional. Contra esta Sentencia se presentó por los partidos políticos ilegalizados recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que los resolvió en sus SSTC 5 y 6 de 16 de enero del 2004, desestimando todas las pretensiones de los recurrentes.

En base a estas sentencias desestimatorias, las formaciones políticas implicadas interpusieron demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su sentencia de 30 de junio de 2009, *caso Batasuna v. España*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resolvió las demandas interpuestas por Batasuna y por Herri Batasuna que declaraba su disolución de conformidad con la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. Los recurrentes habían esgrimido la violación de libertad de expresión (artículo 10 CEDH), libertad de reunión y asociación (artículo 11 CEDH), derecho a un juicio justo y a un recurso efectivo (artículos 6 y 13 CEDH) y derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1º al CEDH).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la resolución judicial fue ajustada a Derecho, ya que, como quedaba probado en la Sentencia de la Sala del 61 del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2003 y en las SSTC 5 y 6 de 16 de enero del 2004, los partidos disueltos eran instrumentos de la estrategia de ETA. España, por tanto, actuó correctamente y que la medida en la que se basó la decisión de los Tribunales Supremo y Constitucional fue «proporcional al fin legítimo perseguido», especialmente el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades (párrafo 94. Conclusión del TEDH sobre el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

En su Sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declara, entre otros aspectos, que:

- La disolución de los partidos político persigue el fin legítimo de defender el sistema democrático y las libertades fundamentales de los ciudadanos, cuando los partidos políticos se muestran incapaces de coexistir pacíficamente en el marco del sistema de derechos y libertades.
- La disolución representa «una necesidad social imperiosa», y es coherente con el estricto margen de apreciación que en este ámbito se reconoce a los Estados.
- El Tribunal Europeo señala igualmente que puede diferenciarse entre comportamientos que favorecen un clima de *confrontación social* y otros que constituyen un *apoyo implícito* al

terrorismo de ETA, y que en el caso analizado se aprecia mayor proximidad al apoyo explícito a la violencia y al elogio de personas claramente ligadas al terrorismo.

Tanto las partes como el Tribunal Europeo están de acuerdo en que, a la luz de la interpretación que debe darse al Convenio Europeo, la disolución de los partidos políticos se considera una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de asociación. Sin embargo, dicha injerencia conculca el artículo 11 del Convenio excepto si está «prevista por la ley» y destinada a uno de los objetivos legítimos en relación con el párrafo 2 del mismo artículo 11 como es que sea «necesaria en una sociedad democrática».

3.7.2. *La STC 62/2011, de 5 de mayo, sobre solicitud de ilegalización de la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna/Alternatiba Eraikitzen*

El Tribunal Constitucional se pronunció en esta Sentencia 62/2011, sobre el recurso de amparo interpuesto por la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen, contra la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala del artículo 61) que había rechazado la presentación de la coalición a las elecciones autonómicas y municipales del 22 de mayo de 2011.

Como ya señaló el Abogado del Estado, en el recurso interpuesto previamente ante el Tribunal Supremo, se daba un supuesto parcialmente novedoso ya que se utilizaba por primera vez la figura de la coalición entre dos partidos legales para presentar candidaturas en un proceso electoral, añadiéndose a los candidatos de los partidos coaligados numerosos candidatos, formalmente independientes, en una operación dirigida y diseñada, según alegaba el Abogado del Estado, por el complejo ETA/Batasuna.

En su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional, el Ministerio Fiscal ya indicó uno de los aspectos más relevantes en orden a la decisión final sobre el caso, señalando la importancia de la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional sobre la *prueba indiciaria* y, en concreto, su aplicación a supuestos de similar índole al presente (citando las SSTC 85/2003, de 8 de mayo, 43/2009, de 12 de febrero, y 126/2009, de 21 de mayo), para concluir que la valoración efectuada por la Sala Especial del Tribunal Supremo en la Sentencia recurrida satisfacía los requisitos constitucionales, y las conclusiones estaban asentadas sobre elementos objetivos debidamente acreditados, pues la Sala Especial se había servido, como elementos probatorios, de una serie de documentos ocupados a la banda terrorista ETA y a Batasuna, por una pluralidad de conversaciones telefónicas entre miembros de la coalición electoral y la izquierda abertzale, y por determinados datos obtenidos de distintas reuniones entre miembros de la coalición y declaraciones de los dirigentes de los distintos partidos que la integran, cuya validez no había sido puesta en duda por la coalición recurrente. Concluyó el Fiscal (en coincidencia con el Abogado del Estado) que la coalición Bildu era fruto de una estrategia orquestada por el complejo ETA/Batasuna dirigida a asegurar la presencia electoral de formaciones políticas ilegalizadas.

De otra parte, la coalición recurrente imputó a la Sentencia impugnada la vulneración del derecho de participación política (art. 23 CE), en relación con la libertad ideológica (art. 16 CE), con la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], con el derecho de asociación (art. 22 CE) y con los artículos 10 y 11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), al haberle privado de la presentación de sus candidaturas a las citadas convocatorias electorales. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional, partiendo de una línea doctrinal iniciada con la STC 85/2003, de 8 de mayo, en relación con la proclamación de candidaturas electorales instrumentalizadas al servicio de la continuidad de partidos políticos disueltos por su vinculación con una organización terrorista⁵⁶, afirmó que la apreciación de la causa prevista en el artículo 44.4 LOREG⁵⁷, precisaba de la acreditación judicial —razonable, suficiente y conforme a un proceso con

⁵⁶ Y, también, SSTC 176/2003, de 10 de octubre; 99/2004, de 27 de mayo; 68/2005, de 31 de marzo; 110/2007, de 10 de mayo; 112/2007, de 10 de mayo; 43/2009, de 12 de febrero; 44/2009, de 12 de febrero; y 126/2009, de 21 de mayo.

⁵⁷ Este precepto dice: En todo caso, los partidos políticos, las federaciones o coaliciones de partidos, y las agrupaciones de electores no podrán presentar candidaturas que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento, de las

todas las garantías— de un designio defraudador dirigido a la continuación de un partido ilegalizado y materializado a través de instrumentos subjetivos, organizativo-funcionales o financieros.

Se trata de acreditar, –continúa afirmando el Tribunal Constitucional– que las candidaturas presentadas por un partido político, federación o coalición de partidos o por agrupaciones de electores responden a la finalidad de eludir los efectos de un pronunciamiento judicial de disolución de un partido, cuya continuidad se pretende. Esta circunstancia debe acreditarse a través de la concurrencia de «varias similitudes sustanciales : a) En primer lugar, la similitud sustancial de las estructuras, organización y funcionamiento; b) Además, la similitud sustancial de las personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas; c) En tercer lugar, la similitud de la procedencia de los medios de financiación o materiales; d) Por último, se tendrá en cuenta cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo permitan considerar dicha continuidad o sucesión (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 25; doctrina que reitera, entre otras, la STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 8)».

No basta a juicio del Tribunal con constatar la existencia de una intención de defraudar por parte de la coalición electoral (STC 68/2005, de 31 de marzo), sino que es preciso «que de la prueba obrante en las actuaciones se desprenda también que esa intención ha llegado a materializarse, esto es, ha culminado en la articulación de una candidatura instrumentalizada al servicio de los intereses electorales del partido político ilegalizado» (FJ 13; en el mismo sentido, STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 8). El Tribunal recuerda a continuación que, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia, la misión del Tribunal en casos como el presente es «examinar si la convicción alcanzada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo ha lesionado el derecho del partido recurrente a participar en los asuntos públicos» (STC 43/2009, de 12 de febrero, FJ 11), en el sentido de que sólo cabe revisar la apreciación de la Sala del art. 61 LOPJ en aquellos supuestos en los que, desde los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo, la convicción alcanzada pugne con un derecho constitucionalmente relevante, en este caso, con el derecho de sufragio pasivo (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 29; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 68/2005, de 21 de marzo, FJ 11, y 126/2009, de 21 de mayo, FJ 7).

El Tribunal Constitucional discrepa del valor e interpretación realizada por el Tribunal Supremo con relación a la prueba sobre la cual debía basarse el fallo en relación con la restricción del derecho de sufragio pasivo que estaba siendo cuestionado. Afirma el Tribunal que «la simple sospecha no puede constituirse en argumento jurídicamente aceptable para excluir a nadie del pleno ejercicio de su derecho fundamental de participación política.» lo cual podría limitar los derechos de participación política (art. 23 CE) y el valor del pluralismo político (art. 1.1 CE) sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático. En base a los argumentos que se exponen muy por extenso en la Sentencia, el Tribunal Constitucional estima la demanda de amparo promovida por la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen y, declara vulnerado el derecho de la coalición recurrente a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE).

1.4. Financiación de los partidos políticos

La *Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos*, regula la financiación de los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores bajo un régimen jurídico común a todos. La Ley Orgánica establece que los recursos económicos de los partidos políticos pueden proceder de *financiación pública* o de *financiación privada*.

Los recursos procedentes de la financiación pública son los siguientes:

personas que los componen, rigen, representan, administran o integran cada una de las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión.

a) Las subvenciones públicas para gastos electorales que figuran en la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General y en la legislación reguladora de los procesos electorales de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos.

b) Las subvenciones estatales anuales para gastos de funcionamiento, reguladas en la presente Ley.

c) Las subvenciones anuales que las Comunidades Autónomas establezcan para gastos de funcionamiento en el ámbito autonómico correspondiente, así como las otorgadas por los Territorios Históricos vascos y, en su caso, por las Corporaciones Locales.

d) Las subvenciones extraordinarias para realizar campañas de propaganda que puedan establecerse en la Ley Orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum.

e) Las aportaciones que en su caso los partidos políticos puedan recibir de los Grupos Parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos y de los grupos de representantes en los órganos de las Administraciones Locales.

Los recursos procedentes de la financiación privada son los siguientes:

a) Las cuotas y aportaciones de sus afiliados.

b) Los productos de las actividades propias del partido así como de aquellas, reflejadas en la documentación contable y sometidas al control del Tribunal de Cuentas, que se vengán desarrollando tradicionalmente en sus sedes y faciliten el contacto y la interacción con los ciudadanos; los rendimientos procedentes de la gestión de su propio patrimonio; los beneficios procedentes de sus actividades promocionales y los que puedan obtenerse de los servicios que puedan prestar en relación con sus fines específicos.

c) Las donaciones en dinero o en especie, que perciban en los términos y condiciones previstos en la presente Ley.

d) Los fondos procedentes de los préstamos o créditos que concierten.

e) Las herencias o legados que reciban.

El artículo 5 de la Ley Orgánica de financiación de los partidos políticos regula los límites a las donaciones privadas, estableciendo que los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente:

— Donaciones anónimas, finalistas o revocables.

— Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales, excepto las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e) de la propia ley orgánica que garantiza la legalidad e irrevocabilidad de la donación.

— Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

Para garantizar el control de estos fondos privados, la Ley Orgánica establece que todas las donaciones superiores a 25.000 euros y en todo caso, las donaciones de bienes inmuebles, deberán ser objeto de notificación al Tribunal de Cuentas por el partido político en el plazo de tres meses desde su aceptación.

En cuanto a las donaciones no finalistas, procedentes de personas físicas extranjeras, la Ley Orgánica establece que, además de cumplir con las previsiones anteriores con relación a las aportaciones privadas, debe cumplirse la normativa vigente sobre control de cambios y movimiento de capitales. La Ley Orgánica prohíbe tajantemente que los partidos políticos reciban financiación por parte de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos.

La Ley Orgánica regula igualmente el régimen tributario y contable de los partidos políticos y determina que los partidos deberán designar a un responsable de la gestión económico-financiera en la forma que determinen los estatutos entre personas con acreditados conocimientos o experiencia profesional en el ámbito económico y en las que concurra la condición de honorabilidad (art. 14 bis).

En cuanto al control económico-financiero, la Ley Orgánica regula tanto el *control interno* como el *control externo*.

Respecto del control interno, establece la Ley Orgánica que los partidos políticos deberán prever un sistema que garantice la adecuada intervención y contabilización de todos los actos y documentos de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico, conforme a sus estatutos. Deben acompañar un informe de auditoría a la documentación que obligatoriamente deben enviar al Tribunal de Cuentas como se comenta a continuación.

En cuanto al control externo, la Ley Orgánica determina que corresponde, en exclusiva, al Tribunal de Cuentas el control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, sin perjuicio de las competencias relativas a la fiscalización de los procesos electorales autonómicos atribuidas a los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas previstos en sus respectivos estatutos, pudiendo realizar las actuaciones fiscalizadoras que considere oportunas conforme se establezca en sus planes de actuación.

El alcance del control del Tribunal de Cuentas se extiende a la fiscalización de la legalidad de los recursos públicos y privados de los partidos políticos, así como la regularidad contable de las actividades económico-financieras que realicen y a la adecuación de su actividad económico-financiera a los principios de gestión financiera que sean exigibles conforme a su naturaleza.

En cuanto al plazo de actuación del Tribunal de Cuentas, el artículo 16 de la Ley Orgánica establece que el Tribunal de Cuentas dispondrá de un plazo de seis meses desde la recepción de la documentación para emitir un informe sobre su regularidad y adecuación o en su caso para hacer constar expresamente cuantas infracciones o prácticas irregulares se hayan observado. Cualquiera que sea el sentido del informe se elevará a las Cortes Generales y se publicará posteriormente en el Boletín Oficial del Estado.

Además del control económico-financiero, tanto interno como externo, mencionado, la Ley Orgánica regula el control parlamentario a través de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas la cual podrá, en el plazo de dos meses desde la aprobación del informe de fiscalización por el Tribunal de Cuentas, solicitar la comparecencia del responsable de la gestión económico-financiera de cualquier partido político que perciban las subvenciones contempladas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para que informe sobre las infracciones o prácticas irregulares que en su caso, se hayan observado por el órgano fiscalizador. Esta comparecencia no exime de la obligación de remitir al Tribunal de Cuentas cualquier otra información contable que este estime pertinente (art. 16 bis).

2. El derecho de sindicación

Artículo 7 CE

Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Artículo 28.1 CE

1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de

este derecho a las Fuerzas Armadas o Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

4.1. Concepto

La Constitución española ha contemplado la realidad sindical en dos preceptos diferenciados. Por un lado, el artículo 7, dentro del Título Preliminar, consagra la figura del sindicato de trabajadores y la de las asociaciones empresariales como instancia de defensa y promoción de sus respectivos intereses. El artículo 7 CE, consagra la libertad de creación de unos y otras y establece la obligación de ambos de adoptar una estructura y mantener un funcionamiento democrático. Por otro lado, el artículo 28.1 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la sindicación de los trabajadores. Derecho que puede ser limitado o exceptuado en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas o Institutos armados o cualquier otro cuerpo sometido a disciplina militar (tal es el caso de la Guardia Civil). El artículo 11 de la *Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil*, veda el derecho de sindicación a los miembros de la Guardia Civil, aunque sí reconoce su derecho de asociación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 CE, para la defensa y promoción de sus derechos e intereses profesionales, económicos y sociales.

Mientras que los partidos políticos están regulados tanto en el artículo 6 CE como en el artículo 22 CE en relación con su naturaleza de asociaciones, la libertad sindical solo está regulada en el artículo 28 sin que haya ninguna alusión en la Constitución específica y diferenciada para reconocer y regular los sindicatos.

El derecho de sindicación se incorporó al artículo 39 de la Constitución republicana de 1931 y ha sido regulado en otras constituciones, en la francesa (Preámbulo), en la italiana (art. 39) y en la alemana (art. 9.3). El derecho de libre sindicación fue también recogido en el artículo 8.1.a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996, en los artículos 2 y 5 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 reconoce este derecho como una vertiente del derecho de reunión en su artículo 11. Regulado de la misma manera lo encontramos en el artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Carta, además, incorpora, en el Capítulo IV, «Solidaridad», el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27); el derecho de negociación y acción colectiva (art. 28); el derecho de acceso a los servicios de colocación (art. 29); el derecho a la protección en caso de despido injustificado (art. 30); y el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31);

El derecho de libre sindicación, como afirma M. L. Balaguer⁵⁸, comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. El derecho fundamental de sindicación tiene en la Constitución una vertiente positiva —derecho a afiliarse— y una vertiente negativa —derecho a no afiliarse— que protege al trabajador contra la afiliación obligatoria impropia de regímenes democráticos.

La Ley Orgánica del derecho de asociación, incluye, entre las asociaciones que se rigen por su legislación propia (art. 1.3 LO): «Los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones empresariales».

En cumplimiento de este mandato y como desarrollo del artículo 28 CE, se aprobó la *Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical*, la cual, en su artículo 1.1, proclama que todos los trabajadores tendrán derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses

⁵⁸ BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: «La reforma constitucional en el derecho de sindicación y de huelga», en *RDP*, 36 (1992).

económicos y sociales.

De otra parte, debe afirmarse que en el contenido esencial de la libertad sindical está comprendido el derecho a la negociación colectiva sin el cual se desnaturaliza la libertad sindical⁵⁹.

El modelo de sindicación regulado en el artículo 28 CE, ha pretendido, como ha señalado ML. Balaguer, «conciliar los intereses sociales de los trabajadores con el respeto a la libertad de empresa consagrado a su vez en el artículo 38»⁶⁰. La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto confirma lo establecido en la Constitución y distingue las facultades comprendidas en la libertad sindical ejercida a título individual (art. 2.1), de las facultades que, en el ejercicio de esa misma libertad, les corresponden a las organizaciones sindicales (art. 2.2.).

La libertad sindical ejercida a título individual comprende:

- a) el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos, por procedimientos democráticos;
- b) el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato;
- c) el derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato;
- d) el derecho a la actividad sindical.

Por otro lado, en el ejercicio de la libertad sindical, las *organizaciones sindicales*, tienen derecho a:

- a) redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción;
- b) constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas;
- c) no ser suspendidas ni disueltas sino mediante resolución firme de la autoridad judicial, fundada en incumplimiento grave de las leyes;
- d) el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso,
 - el derecho a la negociación colectiva;
 - el ejercicio del derecho de huelga;
 - el planteamiento de conflictos individuales y colectivos; y
 - la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes.

De otra parte, los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, han consagrado el principio de *mayor representatividad de un sindicato*, lo cual le otorga una posición más sólida en las relaciones laborales. El artículo 6.1 de la Ley Orgánica, confirma que la «representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical».

4.2. Titularidad

⁵⁹ *Idem*, pág. 202.

⁶⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: «Los derechos sindicales en la Constitución española», en BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, JF., BALAGUER CALLEJÓN, ML., RODRÍGUEZ, A.: *Derecho Constitucional*, Vol. II, ob. cit., pág. 223.

La titularidad del derecho de sindicación pertenece a las personas físicas y, también, a las personas jurídicas.

La *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, establece, en su artículo 11, que los extranjeros tendrán derecho a sindicarse o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.

No son titulares de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas (art. de la *Ley Orgánica 9/2011*), ni los miembros de la Guardia Civil (art. 11 de la *Ley Orgánica 11/2007*), como ya se ha indicado.

En relación con el Cuerpo Nacional de Policía, el artículo 8 de la *Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio de Régimen de la Policía Nacional*, reconoce a los miembros de este Cuerpo el derecho a constituir organizaciones sindicales, de ámbito nacional, para la defensa de sus intereses profesionales, aunque sólo pueden afiliarse a organizaciones sindicales formadas exclusivamente por policías nacionales. Las organizaciones sindicales de policías no pueden federarse o confederarse con otras que, a su vez, no estén integradas exclusivamente por miembros de la Policía Nacional, aunque sí podrán formar parte de organizaciones internacionales de su mismo carácter.

El mismo artículo 8, reconoce también a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía:

- el derecho a la sindicación y a la acción sindical, en la forma y con los límites establecidos legalmente, aunque no pueden ejercer el derecho de huelga ni acciones sustitutivas del mismo, o actuaciones concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios;
- el derecho a la negociación colectiva, para la determinación de las condiciones de prestación del servicio mediante los procedimientos normativamente establecidos.
- El derecho a ser informados, a través de las organizaciones sindicales, de los datos que facilite la Dirección General de la Policía respecto de las materias que sean objeto de estudio, participación e informe por el Consejo de Policía o por otros órganos de consulta y participación de los funcionarios.
- El derecho a plantear conflictos colectivos en el Consejo de Policía.

3. El derecho a la huelga

Artículo 28.2 CE

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

3.1. Concepto

El derecho fundamental a la huelga, quizá, uno de los de mayor densidad ideológica de la Constitución⁶¹, permite al trabajador suspender su actividad laboral como muestra de discrepancia por las condiciones laborales y para la defensa de sus intereses. El derecho de huelga está regulado de manera dispersa en nuestro ordenamiento. Sigue vigente el preconstitucional *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo* (modificado por normas posteriores) que ha sido objeto de la interpretación del Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981, de 8 de abril. También el artículo 4.1e) del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, reconoce, como uno de los derechos laborales, el de huelga. La STC 11/1981, de 8 de abril citada, declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la regulación de las relaciones de trabajo y sentó las bases de interpretación

⁶¹ BALAGUER CALLEJÓN, ML.: «La reforma constitucional en el derecho de sindicación y de huelga», en *RDP*, 36, pág. 197.

del derecho de huelga⁶². En concreto, el Tribunal Constitucional estimó que:

- En el aspecto formal, que la regulación del derecho de huelga en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo —derecho fundamental sometido, a partir de la Constitución a la reserva de ley orgánica—, no resultaba inconstitucional ya que no es exigible la reserva de ley con efectos retroactivos.
- El derecho de huelga es más que la simple libertad de huelga, ya que no consiste solamente en el levantamiento de las específicas prohibiciones, sino en el derecho de los trabajadores a colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión, y de este modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa.
- El contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir, lo que no excluye que el legislador, al regular las condiciones de ejercicio, pueda considerar que algunas determinadas modalidades de cesación del trabajo pueden resultar abusivas siempre que los tipos o modalidades que admita sean bastantes por sí solos para reconocer que el derecho existe como tal y eficaces para obtener las finalidades del derecho de huelga.
- El ejercicio del derecho de huelga puede quedar sometido por la Ley a procedimientos o a algún tipo de formalidades, siempre que el procedimiento y los formalismos no sean arbitrarios, que tengan por objeto proteger otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que no sean tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del derecho.
- Las huelgas de solidaridad están amparadas por el derecho de huelga.
- No se puede equiparar la huelga, reconocida como derecho fundamental en el artículo 28 de la CE, con el cierre patronal, que debe considerarse un simple derecho cívico reconocido en el artículo 37 CE, que no puede ejercerse lícitamente cuando vacía de contenido el derecho constitucional de hacer huelga o se alza como barrera que lo impide. Los empresarios, por tanto, no pueden responder a una huelga con un cierre patronal.

La Constitución, por último, ha establecido como límite del derecho de huelga, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, sin que señale la Constitución el concepto o alcance de la expresión *servicios esenciales*. Estamos, pues, ante un «concepto jurídico indeterminado, que debe concretarse legal o jurisprudencialmente»⁶³; no lo ha hecho el legislador, aunque sí se ha pronunciado al respecto el Tribunal Constitucional que ha afirmado que los servicios esenciales son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. En la definición de los servicios esenciales entra el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales; pero, de acuerdo con una segunda concepción, un servicio no es esencial por la naturaleza de la actividad que se despliega, sino por el resultado que con dicha actividad se pretende y por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, de manera que para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar, sigue afirmando el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 26/1981, de 17 de julio y 27/1989, de 3 de marzo).

Además, el Tribunal Constitucional también ha afirmado que la finalidad de la huelga no constituye un valor absoluto al que deba sacrificarse cualquier otro o un principio que legitime cualquier modalidad de huelga o cualquier comportamiento durante su transcurso (STC 41/1984, de 21 de marzo) [FJ 7].

⁶² BALAGUER CALLEJÓN, ML.: «El contenido esencial del derecho de huelga», en RDP, 34 (1991); «El derecho fundamental a la huelga», en *Estudios de Derecho Público, Homenaje a J.J. Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁶³ BALAGUER CALLEJÓN, ML.: «Los derechos sindicales en la Constitución española», en BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, JF., BALAGUER CALLEJÓN, ML., RODRÍGUEZ, A.: *Derecho Constitucional*, Vol. II, ob. cit., pág. 226.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en otros muchos supuestos con relación al derecho de huelga. Tiene interés señalar la STC 17/2017, de 2 de febrero por la vinculación con el uso de medios tecnológicos. En este caso, el Tribunal Constitucional desestimó un recurso de amparo interpuesto contra una televisión que había utilizado medios técnicos no habituales, pero de los que ya disponía, para retransmitir un partido de fútbol durante una jornada de huelga. La retransmisión del partido fue posible por la presencia en los estudios de un trabajador del área de control central, el coordinador del área de grafismo y un locutor; el primero de ellos cursó la orden para activar un codificador utilizado solo en casos excepcionales y, de ese modo se pudo recibir la señal del estadio y se pudo emitir el partido. El Tribunal Constitucional afirma que no se ha producido vulneración del derecho a huelga de los trabajadores; la utilización de medios técnicos y un procedimiento diferente al normalmente previsto para poder retransmitir el partido, «no constituye ni puede asimilarse a un supuesto de esquirolaje tecnológico o sustitución de los trabajadores huelguistas por medios técnicos».

3.2. Titularidad

La titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores *uti singuli* pero las facultades en que consiste su ejercicio en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales (STC 11/1981, de 8 de abril).

Cuando el artículo 28.2 de la Constitución habla específicamente de huelga de los trabajadores quiere excluir de la protección que otorga este precepto constitucional las huelgas de otro tipo de personas (tal podría ser el caso de pequeños empresarios o de trabajadores autónomos). Por otro lado, la titularidad de este derecho a favor del trabajador implica un elemento necesario: la existencia de la otra parte de la relación laboral (la empresa, la Administración Pública...), de donde se concluye la dificultad de otorgar la titularidad de este derecho a otros sujetos que no sean los trabajadores.

Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil) no pueden ejercer el derecho de huelga ni realizar acciones sustitutivas o similares a la misma, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios (art. 8 de la *Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio de Régimen de la Policía Nacional*; y art. 12 de la *Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil*). Tampoco los miembros de las Fuerzas Armadas pueden ejercer este derecho. Sí pueden asociarse, pero las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos.

4. El derecho de petición

Artículo 29 CE

1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.

2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

4.1. Concepto

El derecho de petición, reconocido y regulado en el artículo 29 CE, cierra la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I, de la Constitución. Hasta la aprobación de la *Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición (LODP)*, fue una norma preconstitucional —la Ley de 22 de diciembre de 1960— la que reguló este derecho⁶⁴. El derecho de petición permite a cualquier

⁶⁴ Un estudio de este derecho en: REBOLLO DELGADO, L.: «El derecho de petición», en *RDP*, 53(2002), págs. 75 a 130.

persona, natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, dirigirse, individual o colectivamente, a los poderes públicos, institución pública, administración, o autoridad, así como ante los órganos de dirección y administración de los organismos y entidades vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de ésta (art. 1 LO).

El objeto del derecho de petición podrá referirse a cualquier asunto o materia comprendidos en el ámbito de competencias del destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general (art. 3 LO). Es característico del ejercicio del derecho de petición que la queja o sugerencia no tenga establecido en el ordenamiento jurídico un procedimiento específico para formalizar la reclamación y que el núcleo esencial esté constituido por un *petitum*⁶⁵.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este derecho (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre; 194/1989, de 16 de noviembre y 242/1993, de 14 de julio). En la primera de las sentencias citadas, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho de petición, reconocido en el artículo 29 CE, «reconoce un derecho *uti cives* del que disfrutaban por igual todos los españoles, en su condición de tales, que les permite dirigir, con arreglo a la Ley ... peticiones a los Poderes Públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado» [F.J. 5].

Este derecho debe ejercerse por escrito, aunque pueden utilizarse cualquier medio, incluso de carácter electrónico, siempre que permita acreditar su autenticidad. Este escrito debe incluir:

- la identidad del solicitante;
- la nacionalidad;
- el lugar o el medio designado para la práctica de notificaciones;
- el objeto de la queja o sugerencia;
- el destinatario de la petición;
- en las peticiones colectivas, el escrito deberá ir firmado por todos los peticionarios, debiendo figurar, junto a la firma de cada uno de ellos, su nombre y apellidos.

4.2. Titularidad

Como se ha indicado anteriormente, la titularidad corresponde a toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, individual o colectivamente, en los términos y con los efectos establecidos en la *Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición*, sin que de su ejercicio pueda derivarse perjuicio alguno para el peticionario. Sin embargo, puede exigirse responsabilidad a quienes con ocasión del ejercicio del derecho de petición incurriesen en delito⁶⁶.

En cuanto al ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas Armadas o Institutos armados o de los miembros de los Cuerpos sometidos a disciplina militar (esta última referencia alude a la Guardia Civil), es el propio artículo 29.2 CE, el que establece que podrán ejercer este derecho de petición los miembros de dichos Cuerpos e Institutos solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica. En cumplimiento de este mandato constitucional, el artículo 16 de la *Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas* establece que los militares podrán ejercer el derecho de petición sólo individualmente, en los supuestos y con las formalidades que señala la *Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición*; y añade, que no serán objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al determinado en la citada ley orgánica. En igual sentido, *Ley*

⁶⁵ *Idem*, pág. 91.

⁶⁶ La redacción de la Ley alude a *delito o falta*, pero la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, de reforma del Código Penal, eliminó las faltas y creó los delitos leves (art. 13.3.), consideramos por ello más acertado referirnos solo a *delito*.

Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, determina, en su artículo 13, que los miembros de la Guardia Civil podrán ejercer el derecho de petición, de forma individual, en los casos y con las formalidades que señala la legislación reguladora del derecho de petición.

Las personas recluidas en centros penitenciarios son igualmente titulares de este derecho de petición (Disposición adicional tercera, de la LODP). La *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria* (art. 50) señala que los «internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u Organismos competentes». El juez de vigilancia es el competente para «acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquéllos» (art. 76).

El artículo 77 CE regula el derecho de petición ante las Cámaras, Congreso (art. 49 del Reglamento del Congreso) y Senado (art. 192 y sigs. del Reglamento del Senado), permitiendo que se presenten peticiones individuales y colectivas, por escrito. No está permitida la presentación de peticiones a través de manifestaciones ciudadanas (Disposición adicional primera, LODP). Los reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas también han regulado este derecho para el respectivo ámbito territorial. Tanto estas como las peticiones al Defensor del Pueblo se rigen por su normativa propia (Disposición adicional segunda, LODP).

4.3. Tramitación

El artículo 7 de la LODP señala el procedimiento para la tramitación de este derecho que, básicamente, consiste en:

a) Recibido el escrito de petición, la autoridad u órgano al que se dirija procederá a comprobar si se cumplen los requisitos previstos por la Ley, previas las diligencias, comprobaciones y asesoramientos que estime pertinentes. Como resultado del examen realizado por la autoridad u órganos destinatario, se declarará su *inadmisión* o se *tramitará la petición* correspondiente.

b) Si el escrito de petición no reuniera los requisitos establecidos en la Ley, o no reflejaran los datos necesarios con la suficiente claridad, se requerirá al peticionario para que subsane los defectos advertidos en el plazo de quince días con el apercibimiento de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, notificándose entonces su archivo con expresión de la causa.

c) Se podrá también requerir al peticionario para que aporte datos o documentos complementarios que obren en su poder o cuya obtención esté a su alcance y que resulten estrictamente imprescindibles para tramitar la petición. Si el peticionario no aporta esta documentación ello no conlleva por sí mismo la inadmisibilidad de la petición, sin perjuicio de sus efectos en la contestación que finalmente se adopte

De conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LODP y como corresponde a su naturaleza de derecho fundamental, éste es susceptible de tutela judicial preferente y sumaria y, subsidiariamente, de recurso de amparo, sin perjuicio de cualesquiera otras acciones que el peticionario estime procedentes.

CAPÍTULO VI

DERECHO DE PARTICIPACIÓN DERECHO DE SUFRAGIO. SISTEMA ELECTORAL

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

SUMARIO. 1. El derecho de participación. 1.1. Concepto. 1.2. Titularidad. 1.3. El derecho de acceso a cargos y funciones públicas. 1.4. Formas de participación política: participación directa y participación indirecta o representativa. 2. Instituciones de democracia directa. 2.1. Ámbito europeo. 2.2. Ámbito nacional. 2.2.1. *El referéndum*. 2.2.2. *El referéndum de ámbito nacional en la Constitución española*. 2.2.3. *La iniciativa legislativa popular en el ámbito nacional*. 2.3. Ámbito regional. 2.3.1. *Referéndum de iniciativa autonómica*. 2.3.2. *Referéndum de aprobación de los Estatutos de Autonomía elaborados por el procedimiento del artículo 151 de la Constitución*. 2.3.3. *Referéndum de reforma estatutaria*. 2.3.4. *Referéndum sobre la incorporación de Navarra al País Vasco*. 2.3.5. *Iniciativa popular legislativa en las Comunidades Autónomas*. 2.4. Ámbito municipal. 2.4.1. *Referéndum*. 2.4.2. *Régimen del Concejo Abierto*. 3. Sistema electoral. 3.1. Concepto. 3.2. Elementos. 3.2.1. *El derecho de sufragio*. 3.2.2. *La circunscripción electoral*. 3.2.3. *La forma de la candidatura*. 3.2.4. *La fórmula de escrutinio*. 3.2.4.1. *Las fórmulas de mayoría*. 3.2.4.2. *Las fórmulas proporcionales*. 3.2.5. *El censo electoral*. 3.2.6. *La campaña electoral*. 3.2.7. *La administración electoral*. 4. Régimen electoral general. 4.1. Elecciones municipales. 4.2. Elección de las Diputaciones Provinciales. 4.3. Elección de los Cabildos Insulares. 4.4. Las elecciones autonómicas. 4.5. Elección de las Cortes Generales: Congreso de los Diputados y Senado. 4.5.1. *Congreso de los Diputados*. 4.5.2. *Senado*. 4.6. Elecciones al Parlamento Europeo.

1. El derecho de participación

Artículo 23.1 CE

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

1.1. Concepto

El artículo 23.1 CE, que reconoce expresamente a los ciudadanos el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o a través de los correspondientes procesos electorales, no tiene precedentes en nuestro Derecho constitucional histórico; en el Derecho comparado, podemos citar el artículo 3 de la Constitución francesa y el artículo 20.2 de la Constitución alemana.

La participación da unidad al sistema democrático en el que no es tan solo un elemento más sino el fundamento del propio sistema. La democracia se basa en la participación de todos en los asuntos públicos y, en este sentido, el que hoy denominamos derecho de participación ha estado en la base de los grandes movimientos revolucionarios que han cimentado los actuales sistemas democráticos. La idea de participación va también unida a la de limitación jurídica del poder y, en este sentido, a la aparición y consolidación del actual modelo de *Estado de Derecho*. La reivindicación de una mayor y más relevante participación ciudadana se manifestó en la evolución del Parlamento británico (fundamentado en las ideas de autores como Locke); está presente en las convenciones de las colonias

americanas y pasó a la Constitución de 1787.

El derecho de participación es, como venimos diciendo, un derecho fundamental que articula el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) y es el cauce principal, aunque no único, para el ejercicio de la soberanía (art. 1.2 CE) y que, como expresamente figura en este precepto, reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado.

Este derecho de participación, sin embargo, no habilita a los ciudadanos para exigir su participación en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos —dice el Tribunal Constitucional— «se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado, que la Ley puede, en tal caso, organizar» (STC 51/1984, de 25 de abril). Se reconoce así, la legitimidad del establecimiento de requisitos y el sometimiento del ejercicio de algunos derechos a procedimiento. Tal es el caso del derecho de participación que, sin perjuicio de su troncalidad en el sistema democrático, se encuentra fuertemente sujeto a requisitos subjetivos procedimentales (así, por ejemplo, el propio proceso electoral).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre diversos aspectos del derecho de participación (entre otras muchas, SSTC 12/2008, 103/2008, 13/2009, 126/2009). Uno de ellos, ha sido la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de sus representantes y el derecho de estos a ejercer sus funciones de representación en términos de igualdad con los demás parlamentarios, como, en el caso de la inadmisión de proposiciones no ley y de preguntas (SSTC 74/2009, de 23 de marzo, 33/2010, de 19 de julio, y 44/2010, de 26 de julio) presentadas por parlamentarios. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 29/2011, de 14 de marzo (ver también, SSTC 33/2010, de 19 de julio y 27/2011, de 14 de marzo de 2011), destaca la importancia que ambos tipos de actos parlamentarios (proposiciones no de ley y preguntas) tienen en el control del Gobierno y en la propia actividad del parlamentario y la necesidad de que cualquier restricción de la función parlamentaria cuente con la suficiente motivación, debiendo expresarse las razones de la inadmisión en su caso.

Así, por ejemplo, en los casos en los que el Tribunal ha examinado la inadmisión de proposiciones no de ley, ha estimado que la *Mesa de la Cámara* no actuó de conformidad con sus obligaciones reglamentarias en relación con la admisión o no de este tipo de iniciativas parlamentarias y obstaculizó el ejercicio de una facultad— la de formular proposiciones no de ley— reconocida a los grupos parlamentarios y que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal, se encuentra integrada en el estatus de los representantes políticos (SSTC 40/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3; y 44/2010, de 26 de julio, FJ 5, entre otras).

De otra, respecto de las preguntas parlamentarias en concreto, el Tribunal Constitucional recuerda que son actos constitucionalmente relevantes de control del Gobierno (STC 44/2010), cuya primera exigencia constitucional para limitar su tramitación es la de que tal limitación aparezca suficientemente motivada (SSTC 38/1999, FJ 2; y 74/2009, FJ 3 y FJ 4). No constando tampoco motivación suficiente por parte de la Mesa de la Cámara al rechazar la tramitación de la pregunta presentada por la parlamentaria, concluye que efectivamente se ha vulnerado el derecho de ésta.

En cuanto al ámbito material de este derecho, el artículo 23.1 se refiere a *asuntos públicos*, expresión que parece aludir directamente a la participación política, tanto directa como indirecta o representativa, aunque no agota aquí su contenido⁶⁷, ya que deben incluirse en el ámbito de este derecho otras modalidades de participación social, económica, cultural, judicial siempre que, en el caso concreto, tengan carácter o relevancia públicas. El artículo 23.1 CE, no regula, pues, exclusivamente la participación política en sentido estricto (participación en referéndum o en procesos electorales, por ejemplo), sino, como venimos señalando, la participación caracterizada por el proceso que es el que debe referirse a asuntos públicos; excluye este artículo la participación ciudadana en los

⁶⁷ SANTAMARIA PASTOR, JA.: «Artículo 23», en GARRIDO FALLA, F. (Coord.): *Comentarios a la Constitución*, ob. cit., pág. 513.

asuntos privados, pero no la participación ciudadana en asuntos públicos, aunque no políticos en sentido estricto.

1.2. Titularidad

La Constitución señala que el sujeto del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.1 CE, corresponde a los *ciudadanos*, término que alude de manera directa y principal a la persona física, interpretación que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su STC 51/1984, de 25 de abril).

El protagonismo de los partidos políticos respecto del derecho de participación y su reconocimiento constitucional como instrumentos fundamentales de la participación política, ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional (STC 25/1990, de 19 de febrero), en la que, aun no reconociéndoles la titularidad del derecho de participación, sí les atribuye un *interés legítimo* a que se respeten las condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ha señalado que se vulnera el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes si se reconociera la facultad al partido político de privar de su condición de representante a quien ha sido expulsado del partido político. Una vez elegidos, dice el Tribunal, «los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término» (SSTC 5 y 10/1983, de 4 de febrero y de 21 de febrero respectivamente).

El reconocimiento de la titularidad de este derecho a favor de los ciudadanos no excluye que sea compatible con la Constitución, el establecimiento por ley de requisitos para la configuración de las candidaturas en orden a la participación equilibrada de mujeres y hombres. El Tribunal Constitucional resolvió, en su Sentencia 12/2008, de 29 de enero, las dudas de constitucionalidad respecto de las previsiones contenidas en el artículo 44 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en la redacción del mismo dada por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la medida en la que dicho artículo incluía la representación 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 debe ser lo más cercana posible al equilibrio numérico.

En la STC 12/2008, el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de la medida⁶⁸ y ha resuelto, en base a esta doctrina, otros recursos planteados tanto respecto del régimen electoral general como de leyes electorales de las Comunidades Autónomas (entre otras, STC 40/2011, de 31 de marzo, que resolvió en recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 23 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía en la redacción dada por la Ley 5/2005, de 8 de abril, que disponía que la representación de mujeres y hombres en las candidaturas se articularía ocupando los de un sexo puestos impares y los de otro los pares (sistema de cremallera). En este caso y en los similares, el Tribunal Constitucional ha confirmado la compatibilidad de este tipo de medidas con la Constitución, sin apreciar vulneración ni del derecho a la igualdad (arts. 9.2 y 14 CE) ni del derecho a la participación política (art. 23 CE).

1.3. El derecho de acceso a cargos y funciones públicas

Artículo 23.2 CE

2. *Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.*

⁶⁸ Nos hemos referido a esta Sentencia en el Capítulo 10.

El apartado 2, del artículo 23 de la Constitución, reconoce expresamente el derecho a acceder a funciones y cargos públicos, en el marco de los requisitos y procedimiento establecido por la ley. La interpretación del alcance y contenido de este derecho fundamental ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática. El derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho a permanecer en los mismos, porque, de otro modo, el derecho fundamental quedaría vacío de contenido; derecho a permanecer en condiciones de igualdad, siempre que se cumplan los requisitos que señalen las Leyes. En tanto, en ese precepto se incluye expresamente el requisito de la igualdad en dicho acceso a cargos públicos, los particulares pueden acudir al recurso de amparo en la medida en que las Leyes establezcan condiciones discriminatorias (STC 5/1983, de 4 de febrero).

También cuando se ha planteado la titularidad de los escaños obtenidos por candidatos incluidos en listas electorales promovidas por una determinada formación política, el Tribunal Constitucional (STC 36/1990, de 1 de marzo), ha afirmado que los «titulares del derecho enunciado en el artículo 23.2 CE son los ciudadanos, y no los partidos políticos; y otro tanto ocurre con el subsiguiente derecho a permanecer en los cargos públicos a los que se accedió. Por consiguiente, ostentan la titularidad de dicho derecho fundamental los propios ciudadanos, primero como candidatos a un cargo representativo, y luego como parlamentarios, y, en su caso, incluso los Grupos Parlamentarios en que éstos se integran y que ellos mismos constituyen, en la medida en que resulten menoscabados sus derechos» (entre otras, SSTC 5/1983, 10/1983). Por consiguiente, y a los efectos que ahora nos atañen, ostentan la titularidad del derecho fundamental comprendido en el artículo 23.2 de la Constitución los propios ciudadanos, primero como candidatos a un cargo representativo y luego como parlamentarios, y, en su caso, incluso los Grupos Parlamentarios en que éstos se integran y que ellos mismos constituyen, en la medida en que resulten menoscabados sus derechos (STC 108/1986).

Más recientemente y con relación a diversos recursos interpuestos por candidatos y parlamentarios del Parlamento de Cataluña y del Parlamento Europeo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de nuevo sobre el derecho de acceso y permanencia en cargos de representación política, entre otras, en sus SSTC 9/2020, de 28 de enero y 11/2020, de 28 de enero.

En la primera de ellas, STC 9/2020, el Tribunal resolvió el recurso de amparo promovido por un parlamentario electo del Parlamento de Cataluña, en prisión provisional⁶⁹, en relación con los autos dictados Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que denegaron su solicitud de traslado a una cárcel de Barcelona y los permisos necesarios para asistir a las sesiones parlamentarias, con las medidas de seguridad que se consideraran pertinentes. El recurrente alegaba vulneración del derecho a la participación política y al ejercicio de los cargos públicos representativos. El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo y rechaza la vulneración del derecho a la participación y a la representación política, al considerar que la ponderación efectuada por las resoluciones judiciales impugnadas es conforme con las exigencias de proporcionalidad en la afectación a los derechos fundamentales (apoyándose en la doctrina sentada en las SSTC 155/2019, de 28 de noviembre y 4/2020, de 15 de enero).

En la STC 11/2020, el Tribunal resuelve el recurso de amparo promovido por dos parlamentarios del Parlamento de Cataluña⁷⁰, en relación con la comunicación del Tribunal Supremo a la Mesa del Parlamento de Cataluña de la suspensión de ambos recurrentes en el ejercicio de los cargos públicos que estaban desempeñando, en aplicación del artículo 384 bis de la LECr⁷¹. Los recurrentes alegan violación, entre otros, del derecho al ejercicio de los cargos públicos representativos. El Tribunal Constitucional, después de recordar su doctrina en relación al artículo 384 bis LECr, deniega el

⁶⁹ Recurso de amparo promovido por Oriol Junqueras i Vives.

⁷⁰ Recurso de amparo promovido por don Oriol Junqueras Vies y don Raül Romeva Rueda.

⁷¹ Art. 384 bis LECr: «Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión».

amparo por cuanto –afirma el Tribunal– la suspensión de los cargos públicos no constituye un límite al ejercicio del derecho a la participación política (23.2 CE), sino que determina un requisito legal, el no encontrarse en *situación de prisión provisional* como consecuencia del procesamiento por un delito concreto (persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes), y concluye que no ha habido vulneración de los derechos reconocidos de representación política del artículo 23.2 CE (aplica doctrina sentada en la STC 71/1994, de 3 de marzo)⁷².

El concepto de cargos públicos a que alude el apartado 2 del artículo 23 CE, comprende también el derecho de acceso a la función pública con los requisitos de igualdad establecidos en ese precepto. Este artículo, además, sirve de criterio de interpretación de las formas de participación administrativa, es decir, se aplican también en el ámbito administrativo las reglas de participación directa e indirecta o representativa. El derecho de acceso a la función pública del artículo 23 CE está en estrecha conexión con los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 CE. El Tribunal Constitucional ha exigido que las normas de acceso a la función pública sean generales y abstractas, nunca personales (entre otras, SSTC 148/1986, de 25 de noviembre y 127/1991, de 6 de junio) y que la valoración de los méritos exigidos en los concursos de acceso a la función pública estén en correspondencia con el puesto a desempeñar en cada caso, de manera que se evite la posibilidad de valoraciones subjetivas (entre otras, SSTC 148/1986, de 25 de noviembre y 193/1987, de 9 de diciembre).

1.4. Formas de participación política: participación directa y participación indirecta o representativa

La soberanía popular, como facultad de un pueblo para dotarse de instituciones y leyes propias y para regular la convivencia a través de la participación política, puede tener diversas manifestaciones, pero todas ellas aluden a la idea central de *democracia*. La imprescindible participación de los ciudadanos que define al sistema democrático puede realizarse por diversos medios. Así, por ejemplo, es una manifestación del poder soberano la aprobación de un texto constitucional mediante un proceso constituyente; también lo es la reforma constitucional. Pero, en general, la convivencia de la comunidad debe ser regulada cotidianamente para lo que el titular de la soberanía, del poder soberano, puede optar por:

- ejercer directamente las funciones y facultades inherentes al funcionamiento ordinario de la comunidad (participación directa);
- delegar en unos representantes las funciones de organización de la comunidad durante períodos determinados de tiempo (participación indirecta o representativa);
- complementar ambos sistemas, articulando la participación ciudadana tanto a través de la participación directa como a través de la elección de representantes.

La democracia directa, como sistema único de toma de decisiones políticas, ha venido siendo considerada de difícil aplicación en las complejas sociedades actuales, lo que, junto con otros factores históricos no carentes de importancia, ha producido una progresiva extensión de la participación indirecta o representativa en la cual, el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos se manifiesta en la elección libre de representantes; los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar (STC 5/1983, de 4 de febrero). En la actualidad, pues, el principio metafísico del poder del pueblo se realiza técnicamente a través de la elección, como mecanismo a través del cual se integra la voluntad popular en el aparato estatal, articulando así el principio democrático⁷³. Con todo, la mayor parte de los Estados actuales reconocen en sus ordenamientos jurídicos algunos mecanismos de participación directa que coexisten dentro de un sistema fundamentalmente articulado en torno a la representación política.

⁷² Pueden consultarse también, entre otras: STC 3/2020, de 15 de enero (desestimación del recurso de amparo presentado por Jordi Sánchez i Picanyol); STC 1/2020, de 14 de enero (desestimación de la vulneración del art. 16.1CE).

⁷³ SÁNCHEZ NAVARRO, A.: *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, CEPC, Madrid, 1998, pág. 16.

La idea de participación está presente en la Constitución española en varios preceptos⁷⁴. Así, además de su recepción en el artículo 23 CE, del que venimos tratando, este derecho de participación se diversifica a lo largo del texto constitucional, mostrando uno de los aspectos más significativos de una Constitución democrática, como son las reiteradas llamadas a la participación de los individuos y de los grupos con una gran variedad de fórmulas de muy diverso alcance⁷⁵. Encontramos este concepto, entre otros, en:

- el artículo 6 al señalar que los partidos son instrumento de participación política;
- el artículo 9 que asigna a los poderes públicos la obligación, entre otras, de fomentar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social;
- el artículo 27.5 que consagra la participación de los sectores afectados en la educación;
- el artículo 29 que regula el derecho de petición;
- el artículo 48 que reconoce el derecho de participación de la juventud;
- el artículo 77 que regula las peticiones individuales o colectivas que pueden hacerse a las Cámaras parlamentarias;
- el artículo 87.3 que reconoce la iniciativa legislativa popular, desarrollado mediante la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo;
- las diversas modalidades de referéndum como forma paradigmática de participación política directa, desarrollados por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero;
- el artículo 105 que reconoce el derecho a ser oído en determinados procedimientos;
- el artículo 125 en el que se regula la participación en la Administración de Justicia a través de la acción popular y la institución del Jurado;
- el artículo 129 que regula la participación de los afectados en la Seguridad Social y de los trabajadores en la empresa;
- el artículo 142 que regula la participación de las Haciendas Locales en el Estado y en las Comunidades Autónomas.

El reconocimiento constitucional de las diversas formas de participación muestra, en última instancia, el carácter democrático del sistema constitucional pero no todas estas formas de participación ciudadana son formas de participación política que es a lo que se refiere el artículo 23.1 CE al que dedicamos este epígrafe.

Seguramente puede afirmarse que, aunque las formas de participación reconocidas en nuestro texto constitucional son las habituales en el constitucionalismo de esta época, es también cierto que la Constitución española ha optado decididamente por el sistema representativo, regulando escasamente otras formas de participación directa del pueblo a las que se alude en un epígrafe posterior. A través de la representación los ciudadanos «participan» por medio de unos representantes libremente elegidos⁷⁶.

En este capítulo nos referiremos a la participación consagrada en el artículo 23.1 de la Constitución, en sus dos modalidades: participación directa y participación indirecta o participación para la elección de representantes (participación representativa) pues, si bien es cierto que la Constitución es pródiga en el reconocimiento de la participación de los ciudadanos en un amplio número de aspectos, lo es igualmente que la *participación política* alcanza unas connotaciones especiales en los sistemas democráticos los cuales perviven y se legitiman precisamente por la

⁷⁴ Seguimos en esta breve exposición a RAMÍREZ, M.: «Participación y pluralismo en la Constitución de 1978», en RAMÍREZ, M. (Dir): *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, pág. 62.

⁷⁵ AGUIAR DE LUQUE, L., GONZALEZ AYALA, MD.: «El derecho a participar en los asuntos públicos», en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales/Edersa, Madrid, 1996.

⁷⁶ Sobre el concepto de la representación pueden consultarse, entre otros muchos: TORRES DEL MORAL, A.: «Representación y sistemas electorales», en GARRORENA MORALES, A.: *El parlamento y sus transformaciones actuales*, 1990, págs. 64-74; VEGA, P.: «Significado constitucional de la representación política», en *Revista de Estudios Políticos*, 44 (1985). VIDAL PRADO, C.: *El sistema Electoral Español*, Método Ediciones, Granada, 1995. BURGUERA AMEAVE, L.: «Participación en campaña electoral desde una perspectiva autonómica comparada», en PÉREZ-MONEO, M., VINTRÓ I CASTELLS, J., (Coords.), *Participación política: deliberación y representación en las Comunidades Autónomas*, 2017, págs. 53-84.

participación de los ciudadanos.

La participación política, en un sentido general, puede ser definida como la acción de intervenir en los procesos de toma de decisiones públicas y, así entendida, presenta las siguientes características⁷⁷:

- a) es una participación reglada que se produce con ocasión de un procedimiento específico;
- b) la participación en sentido estricto tiene carácter puntual y no integra ni vincula al ciudadano en el órgano o institución que esté llamado a tramitar o, en su caso, resolver definitivamente la cuestión sometida a procedimiento;
- c) debe implicar también el derecho a no participar. A pesar de la necesidad que la democracia tiene de la participación de los ciudadanos cuando son llamados a ella, resulta difícilmente compatible con el principio de libertad la imposición de lo que, en principio, son derechos básicos de este tipo de régimen político.

El artículo 6 de la Constitución proclama que los partidos políticos son *instrumentos fundamentales para la participación política* sin que encontremos en el resto del articulado una mención tan rotunda en favor de cualquiera de las instituciones de democracia directa. En igual sentido, el artículo 66 CE afirma que *Las Cortes Generales representan al pueblo español...*, y es en una de sus Cámaras, el Congreso de los Diputados, donde se inviste al presidente del Gobierno, que debe gozar de la confianza de la mayoría absoluta de sus miembros en primera votación o de la mayoría simple en segunda votación. El Parlamento es, pues, la institución representativa por excelencia, en sus ámbitos territoriales correspondientes, Cortes Generales y Parlamentos de las Comunidades Autónomas; el Gobierno, en tanto precisa de la confianza del Congreso de los Diputados en el ámbito central y de los Parlamentos autonómicos de conformidad con sus respectivos Estatutos de Autonomía, es también una institución representativa de elección indirecta. Lo mismo cabe decir de los Ayuntamientos, de las Diputaciones provinciales y Cabildos.

Para definir aún más el tipo de mandato de los representantes, la Constitución española, en su artículo 67.2, establece que los *«miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo»*. Como sabemos, la prohibición de mandato imperativo determina que los representantes no pueden recibir instrucciones en el desenvolvimiento de su función; sin embargo, la evolución de la democracia representativa y el creciente protagonismo de los partidos, aspecto del que se trata en el epígrafe siguiente, ha originado, por un lado, que se respete escrupulosamente dicha prohibición entre los electores y sus representantes que fue el significado original del mandato imperativo, aunque no sucede lo mismo entre los partidos políticos y los representantes elegidos bajo las siglas de los partidos, ya que ha nacido y se consolida progresivamente una suerte de mandato imperativo que funciona entre los representantes elegidos por el pueblo y los partidos políticos bajo cuyos auspicios consiguieron los escaños.

Por otro lado, el sistema representativo debe reunir determinados caracteres para que pueda imbricarse en un sistema democrático. Esos elementos fundamentalmente son dos:

- a) un *sistema democrático* para la elección de los representantes, de manera que la participación del pueblo en dicha elección pueda entenderse como una manifestación libre de la voluntad del titular de la soberanía (arts. 1.2 y 23.1 CE): en este sentido, la Constitución establece que los parlamentarios serán elegidos mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto (arts. 68.1 y 69), condiciones imprescindibles para garantizar la libertad de la elección;
- b) un *sistema de control* eficaz de la actuación de los representantes tanto en los aspectos estrictamente jurídicos como en el plano de la exigencia de responsabilidad política, lo que en último extremo sólo puede garantizarse a través de la reversibilidad de la

⁷⁷ Seguimos a AGUIAR DE LUQUE, L., GONZALEZ AYALA, M.D.: «El derecho a participar en los asuntos públicos», en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, ob. cit., pág. 651.

opción tomada en cada caso, es decir, a través de las elecciones periódicas. En cuanto a la renovación del mandato, la Constitución establece también que, tanto el Congreso de los Diputados como el Senado, las dos Cámaras que componen las Cortes Generales, se renovarán cada cuatro años (arts. 68.4 y 69.6), salvo que sean disueltas, facultad que le atribuye la Constitución al Presidente del Gobierno (art. 115); o se produce automáticamente cuando el Congreso de los Diputados no logra investir a un candidato a Presidente del Gobierno (art. 99.5). En similares términos se pronuncian los Estatutos de Autonomía y las normas electorales de las diferentes Comunidades Autónomas.

2. Instituciones de democracia directa

Como ya dijimos, algunos institutos de democracia directa coexisten en el sistema marcadamente representativo que acoge la Constitución española. Fue durante la segunda mitad del siglo XVIII cuando se elaboró el concepto de participación directa que tuvo, en el siglo XIX, la época de su formalización en unas Instituciones que se incorporaron a diferentes tipos de Estado liberal.

No es opinión unánime en la doctrina la conveniencia o no de compatibilizar, dentro de un mismo sistema, formas de participación directa e indirecta. Por otro lado, la participación directa ha sufrido el desgaste que supone haber sido utilizada, en algunas ocasiones, al servicio de la autocracia, manifestándose como un mecanismo de manipulación de las masas.

A partir del primer tercio de este siglo, vuelven a surgir en la doctrina y práctica constitucionales los mecanismos de democracia directa como instrumentos de apoyo al sistema representativo, defendiéndose la idea de la compatibilidad entre formas de participación directa y formas de participación indirecta. Con todo, algunas democracias actuales excluyen el referéndum de sus ordenamientos, tal es el caso de Alemania. La Constitución española, los Estatutos de Autonomía y otras leyes de desarrollo han reconocido instituciones de participación directa (referendo, iniciativa legislativa popular, sistema de concejo abierto) y el Derecho de la Unión Europea ha reconocido la *iniciativa ciudadana europea* como institución de democracia directa en el artículo 11.4 del Tratado de la Unión Europea y en el artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por lo que podemos analizar las instituciones de democracia directa en nuestro ordenamiento en cuatro diferentes ámbitos: *europeo; nacional; regional y municipal*.

2.1. Ámbito europeo

La *iniciativa ciudadana europea* viene a complementar la clara opción europea por la democracia representativa –sin restarle importancia alguna como ya sucede en el ámbito de los Estados– como cuando se afirma que el «funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa» y que los «ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento» (art. 10, 1 y 2, TUE). Sin embargo, el propio TUE (art. 10.3) afirma también que «todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión» y que las «decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos», estableciendo la obligación de las instituciones de la UE de dar a los ciudadanos y a las asociaciones representativas la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión (art. 11.1 TUE) y de mantener un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil (art. 11.2 TUE). El reconocimiento de la nueva iniciativa ciudadana (art. 11.4 TUE y desarrollado por el art. 24 TFUE) permite que un grupo de, al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, puedan tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que, a juicio de estos ciudadanos, requieran un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados. La iniciativa ciudadana europea quedó abierta a partir de 1 de abril de 2012 y, desde entonces, se han venido tramitando las propuestas remitidas por los ciudadanos europeos. Para desarrollar este derecho (arts. 11.4 TUE y 24 TFUE) que permite la

participación de los ciudadanos en la vida democrática de la Unión se dictó el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 y se mantuvo vigente el Reglamento de Ejecución 1179/2011, de la Comisión, de 17 de noviembre de 2011. Este último estableció las especificaciones técnicas para la recogida de firmas a través de páginas web. Ambos reglamentos son obligatorios y directamente aplicables en todos los Estados miembros. Partiendo de estas normas, cabe aproximarse a la configuración actual de la iniciativa ciudadana europea a través de sus principios, su definición, sus promotores y firmantes, y los aspectos más relevantes de su procedimiento.

El Reglamento 2019/788 tiene por objeto, por un lado, hacer que la iniciativa ciudadana europea sea más accesible, menos engorrosa y más fácil de utilizar para quienes la organicen o apoyen; y, por otro, reforzar su seguimiento a fin de aprovechar todo su potencial como herramienta para fomentar el debate, facilitando la participación del mayor número posible de ciudadanos en el proceso democrático de toma de decisiones (Considerando 5).

El Reglamento define la iniciativa ciudadana como aquella presentada a la Comisión Europea por la que se invita a ésta a presentar, en el ámbito de sus atribuciones, una propuesta adecuada sobre cuestiones acerca de las cuales los ciudadanos estimen que se requiere un acto jurídico de la Unión a efectos de la aplicación de los Tratados («iniciativa ciudadana europea» o «iniciativa»).

Es reseñable que la iniciativa ciudadana europea tiene como interlocutor exclusivamente a la Comisión Europea mientras que, en las figuras afines en los Estados, en general, el interlocutor es el Parlamento. También es el Parlamento Europeo el destinatario del ejercicio del derecho de petición por parte de los ciudadanos europeos. Que se haya optado en el caso de la iniciativa ciudadana por que sea la Comisión la que reciba estas propuestas tiene su justificación en las específicas competencias que la Comisión Europea tiene en orden a la propuesta legislativa y también a la adopción de decisiones ejecutivas.

2.2. Ámbito nacional

La Constitución española ha reconocido dos instituciones de democracia directa en el ámbito nacional: el *referéndum* y la *iniciativa legislativa popular*.

2.2.1. El referéndum

El referéndum es un instrumento de participación directa que permite someter al pueblo (conforme al censo) una consulta concreta o un texto normativo legislativo; en este último supuesto recibe el nombre de *referéndum legislativo* o *constituyente* cuando versa acerca de la Constitución o sus reformas. Durante los trabajos de elaboración de la Constitución española, se contempló la posibilidad de incluir el referéndum en su modalidad legislativa, permitiendo así que pudiera someterse a consulta un texto articulado que, de ser aprobado por el pueblo, se convertiría en ley. Finalmente, sin embargo, tal posibilidad fue rechazada por los constituyentes. El mandato constitucional en cuanto a este tipo de institución de democracia directa ha sido desarrollado mediante la *Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum*.

En todos los casos, el referéndum se celebra por sufragio universal, igual, directo, libre y secreto en el ámbito que corresponda a la consulta (art. 5.1 LOMR). La circunscripción será, en todo caso, la provincia y, a estos efectos, constituirán circunscripción electoral las ciudades de Ceuta y Melilla (art. 5.2. LOMR).

2.2.2. El referéndum de ámbito nacional en la Constitución española

La Constitución recoge dos tipos: el *referéndum consultivo* (art. 92 CE) y el *referéndum de reforma constitucional* (arts. 167.3 y 168.3).

a) *El referéndum consultivo*

El referéndum consultivo está reconocido en el artículo 92 CE citado, conforme al cual, *las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos*.

EL referéndum consultivo es convocado por el Rey a propuesta del presidente del Gobierno previa autorización del Congreso de los Diputados, adoptada por mayoría absoluta. Esta solicitud debe contener los términos exactos de la consulta que quiera formularse a los ciudadanos (art. 6 LOMR).

En términos generales el referéndum se somete al régimen electoral general en lo que no se oponga a la Ley Orgánica de 1980 y, dispone el artículo 11 de esta última norma, que las facultades que la Ley Orgánica del Régimen Electoral atribuye a los partidos políticos en los procesos electorales, deben entenderse en estos casos referidas a los *grupos políticos* con representación parlamentaria o a los que hubieran obtenido, al menos, un 3% de los sufragios válidamente emitidos en el ámbito a que se refiera la consulta, en las últimas elecciones generales celebradas para el Congreso de los Diputados. Conforme a esta disposición, el proceso de democracia directa en qué consiste el referéndum se articula a través de los grupos políticos (partidos políticos) en similares términos a como se producen los procesos electorales, lo que implica que tales grupos políticos tienen la posibilidad de ser protagonistas también de este tipo de actos.

En cuanto al contenido de la pregunta, la Constitución, como ya dijimos, señala que ésta versará sobre «decisiones políticas de especial trascendencia». En principio, pues, queda excluida la posibilidad de someter al pueblo un texto legislativo, con lo que se recortan sustancialmente las posibilidades de este instituto. Nada dice la Constitución sobre los criterios para determinar qué decisiones políticas revisten especial trascendencia y son, por ello, objetos válidos, en su caso, de una consulta popular. De cualquier modo, tal y como ha quedado regulado el referéndum consultivo en nuestra Constitución es un instrumento político del Gobierno, asistido por la mayoría absoluta del Congreso, que previsiblemente sólo se utilizará cuando existan fundadas garantías de lograr un resultado afirmativo.

Por último, el propio texto fundamental califica a este referéndum como *consultivo* estimando un sector doctrinal que tal término significa que el resultado de la consulta popular no es necesariamente vinculante para el Gobierno, tesis que es incompatible con la atribución de la soberanía al pueblo en el artículo 1.2 CE. Me inclino, pues, por considerar, como ha señalado otro sector doctrinal, que el carácter consultivo del referéndum regulado en el artículo 92 CE se refiere a la facultad de acudir a esta institución de democracia directa, pero no al resultado de la misma, una vez que se realiza la consulta popular.

b) *El referéndum de reforma constitucional*

Como sabemos, la Constitución española ha establecido dos procedimientos de reforma constitucional: el procedimiento *ordinario* y el procedimiento *agravado*. Este último se aplica a las revisiones totales del texto constitucional y a las modificaciones que afecten al Título Preliminar, a la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I y al Título II.

Conforme establece el artículo 168.3 CE, aprobada una reforma constitucional por el procedimiento agravado, será sometida a referéndum para su ratificación. Esta consulta tiene, pues, carácter necesario y vinculante. La aprobación del proyecto de reforma por el sistema agravado y la necesidad de celebrar el referéndum debe ser comunicada por las Cortes Generales al presidente del Gobierno que queda obligado a tramitar dicha convocatoria dentro del plazo de treinta días y a su celebración dentro de los sesenta días siguientes (art. 7 LOMR).

Por otro lado, el resto del articulado de la Constitución no comprendido en las materias propias de la reforma agravada, queda sujeto al procedimiento de reforma ordinario. Según dispone el artículo 167.3 de la Constitución respecto de este procedimiento de reforma ordinario, aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a dicha aprobación, al menos *una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras*. Nos encontramos, pues, ante un referéndum facultativo para los parlamentarios que pueden o no optar por solicitar la celebración de la consulta popular. Si los parlamentarios no solicitan el referéndum en el plazo citado, la reforma se considera concluida con la aprobación de las Cámaras. Si, de lo contrario, se solicita dicho referéndum, las Cortes deben dar traslado al presidente del Gobierno, acompañando la solicitud de la décima parte de los parlamentarios a la que alude el artículo 167.3 de la Constitución.

Los plazos para convocar este referéndum son los mismos que los establecidos para la reforma agravada, así pues, se convocará dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la comunicación de las Cortes y se celebrará dentro de los sesenta días siguientes.

2.2.3. *La iniciativa legislativa popular en el ámbito nacional*

La *iniciativa popular legislativa* es, como el referéndum, un instrumento de participación directa de los ciudadanos, en este caso en el proceso legislativo en su momento inicial. La Constitución reconoce esta iniciativa popular en el artículo 87.3 que se remite a una ley orgánica para la regulación de este instituto. Dicho mandato constitucional se cumplió con la aprobación de la *Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular*.

La desconfianza del legislador hacia este tipo de institutos de democracia directa se hace patente incluso en la *Exposición de Motivos* de la Ley Orgánica de 1984 cuando, tras declarar que la iniciativa legislativa popular es un mecanismo de participación que permite al pueblo participar como titular de la soberanía en la tarea de elaboración de las leyes, se manifiesta que la regulación constitucional recoge «las limitaciones propias de este instituto, derivadas de las enseñanzas históricas».

Pueden ejercer la iniciativa legislativa popular todos los ciudadanos españoles mayores de edad que se encuentren incluidos en el censo electoral (art. 1).

a) Materias excluidas

La Constitución relaciona una serie de materias excluidas de la iniciativa legislativa popular en su artículo 87.3, que son las siguientes:

- las materias propias de las leyes orgánicas;
- las materias de naturaleza tributaria;
- las de carácter internacional;
- las relativas a la prerrogativa de gracia;

El artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1984, recoge los cuatro supuestos anteriores y, además, añade las siguientes:

- las mencionadas en los artículos 131 y 134.1 de la Constitución, que se refieren, respectivamente, a la planificación de la actividad económica y a los Presupuestos Generales del Estado.

b) Requisitos

En cuanto a los requisitos, la Ley Orgánica exige que la iniciativa legislativa popular se ejerza mediante la presentación de una *proposición de ley* (art. 3 LO):

- consistente en un texto articulado de carácter normativo precedido de una exposición de motivos;

- la relación de los miembros que componen la Comisión Promotora de la iniciativa, con expresión de los datos personales de todos ellos.
- y que dicha propuesta sea avalada por, al menos, 500.000 electores cuyas firmas hayan sido autenticadas en la forma que la ley establece.

c) Tramitación

La proposición de Ley debe depositarse ante la Mesa del Congreso de los Diputados que examinará la documentación y se pronunciará sobre su admisibilidad en el plazo de quince días. Son causas de inadmisión según el artículo 5 de la Ley Orgánica de 1984, todas aquellas propuestas:

- que versen sobre una de las materias excluidas;
- que no hayan cumplido los requisitos exigidos. Si se trata de un defecto subsanable se otorgará un mes de plazo para que los promotores complementen la documentación;
- que versen sobre materias inconexas entre sí;
- si existe previamente en cualquiera de las Cámaras de un proyecto o una proposición de ley sobre el mismo asunto que se encuentre en trámite de enmiendas o en otro posterior;
- que sean reproducción de otra iniciativa legislativa popular presentada durante la misma legislatura.

Contra la decisión de la Mesa del Congreso de no admitir la proposición de Ley, la Comisión Promotora podrá interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de amparo. Si el Tribunal decidiera que la proposición no incurre en alguna de las causas de inadmisión previstas en el apartado 2 del artículo 5, el procedimiento seguirá su curso; si el Tribunal decidiera que la irregularidad afecta a determinados preceptos de la proposición, la Mesa del Congreso lo comunicará a los promotores, a fin de que estos manifiesten si desean retirar la iniciativa o mantenerla una vez que hayan efectuado las modificaciones correspondientes.

Una vez que la Mesa del Congreso comunica a los promotores que su proposición de ley ha sido admitida, comienza el proceso de recogida de las firmas. El procedimiento de recogida de firmas deberá finalizar con la entrega a la Junta Electoral Central de las firmas recogidas, en el plazo de nueve meses a contar desde la notificación a que se refiere el apartado anterior. Este plazo podrá ser prorrogado por tres meses cuando concurra una causa mayor apreciada por la Mesa del Congreso. Agotado el plazo sin que se haya hecho entrega de las firmas recogidas, caducará la iniciativa. La reforma de la Ley Orgánica de 2004 introdujo la posibilidad de que las adhesiones a la iniciativa legislativa popular pudieran hacerse a través de firma electrónica.

d) Autenticación de las firmas

Junto a la firma del elector se indicará su nombre y apellidos, número del documento nacional de identidad y municipio en cuyas listas electorales se halle inscrito. La firma deberá ser autenticada por un Notario, por un Letrado de la Administración de Justicia o por el secretario municipal correspondiente al municipio en cuyo censo electoral se halle inscrito el firmante. La Ley establece, además, que la autenticación deberá indicar la fecha y podrá ser colectiva, pliego por pliego. En este caso, junto a la fecha deberá consignarse el número de firmas contenidas en el pliego. La exigencia de un número de firmas tan elevado complica extraordinariamente la utilización de esta institución por parte de los ciudadanos; y a ello unimos el hecho de que el Parlamento, como hemos dicho, no queda vinculado por el texto presentado por los ciudadanos, cabe deducir la escasa virtualidad de la iniciativa legislativa popular tal y como ha sido regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

2.3. Ámbito regional

En el ámbito territorial de las distintas Comunidades Autónomas se han reconocido también el

referéndum, la iniciativa legislativa popular y otros tipos de consultas populares como institutos de democracia directa.

En cuando al referéndum debemos distinguir:

- el referéndum de iniciativa autonómica;
- el referéndum de aprobación de los Estatutos de Autonomía; y
- el referéndum de reforma estatutaria, referéndum sobre la incorporación de Navarra al País Vasco.

Otro tipo de consultas populares han sido incluidas en algunos Estatutos de autonomía, como hace el artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña el cual establece que «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular», aunque, como sigue señalando el mismo precepto, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución, es decir, con excepción de la competencia exclusiva que tiene el Estado para autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.

El denominado proceso independentista catalán y, en concretos, decisiones jurídicas, legislativa o no, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, originó varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre los que cabe citar los siguientes:

a) *STC 51/2017, de 10 de mayo*⁷⁸

Esta sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno contra los artículos 1 a 30, 43 y 45 de la *Ley del Parlamento de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum*, que se aprobó con base en el artículo 122 del Estatuto catalán. La Ley catalana regulaba dos modalidades de referéndum a las que definió como consultas populares:

1) el «referéndum de ámbito de Cataluña» (sobre el que se focalizó el recurso de inconstitucionalidad), calificado como consultivo (art. 12), sobre cuestiones políticas de especial trascendencia para la ciudadanía en el ámbito de las competencias de la Generalitat (art. 10); y

2) el «referéndum de ámbito municipal», igualmente consultivo (art. 34) y cuyo objeto queda ceñido a «los asuntos de competencia propia del municipio y de carácter local que sean de especial trascendencia para los vecinos» (art. 31.1); entendiendo por asunto «de carácter local» aquel en el que no prevalece un interés supramunicipal (art. 31.2).

El recurso del Gobierno se fundamentó en la vulneración del artículo 149.1.32 CE, que atribuye al Gobierno la competencia exclusiva para autorizar la convocatoria de consultas populares *por vía de referéndum*, alegándose en apoyo de esta tesis jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional (especialmente, de las SSTC 103/2008, de 11 de septiembre, y 31/2010, de 28 de junio) y lo establecido en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum.

En la STC 51/2017 citada el Tribunal Constitucional confirmó que la modalidad «referéndum de ámbito de Cataluña» regulado en la Ley catalana se correspondía con la definición constitucional de *referéndum* (STC 31/2015, de 25 de febrero) y que, por tanto, no era una institución diferente y que no estaba prevista ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica 2/1980 y concluyó «que la Ley de Cataluña 4/2010 infringió la Constitución al introducir en el ordenamiento la modalidad de

⁷⁸ Sentencia 51/2017, de 10 de mayo de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 8912-2010. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum. Competencias sobre consultas referendarias: nulidad de los preceptos legales que regulan los aspectos generales de las consultas y las consultas populares por vía de referéndum en el ámbito de Cataluña.

referéndum de ámbito autonómico, consulta popular esta que ni fue prevista por la norma fundamental ni aparece contemplada, tampoco, en la legislación orgánica de desarrollo, a estos efectos, del derecho a participar directamente en los asuntos públicos (arts. 23.1, 81.1 y 92.3 CE), con la consiguiente lesión de la exclusiva competencia estatal para la regulación, en los términos que hemos señalado, de la institución del referéndum (art. 149.1.32 CE)». En consecuencia, el Tribunal Constitucional *estimó íntegramente el recurso presentado y declaró inconstitucionales partes sustanciales de la misma por invadir la competencia exclusiva del Estado en esta materia*⁷⁹.

Como se ha mencionado, el fundamento de la Sentencia del Tribunal Constitucional para estimar íntegramente el recurso y declarar la inconstitucionales relevantes preceptos de la Ley impugnada fue que la «Ley de Cataluña 4/2010 infringió la Constitución al introducir en el ordenamiento la modalidad de referéndum de ámbito autonómico, consulta popular esta que ni fue prevista por la norma fundamental ni aparece contemplada, tampoco, en la legislación orgánica de desarrollo, a estos efectos, del derecho a participar directamente en los asuntos públicos (arts. 23.1, 81.1 y 92.3 CE), con la consiguiente lesión de la exclusiva competencia estatal para la regulación de la institución del referéndum (art. 149.1.32 CE)».

b) STC 114/2017, de 17 de octubre

También el Tribunal Constitucional resolvió igualmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la totalidad de la *Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre*, intitulada «del Referéndum de Autodeterminación». La demanda del Presidente del Gobierno alegaba la inconstitucionalidad de la Ley que regulaba un «referéndum para la eventual independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña (arts. 1, 4 y conexos) sobre la base de una pretendida soberanía del pueblo catalán (art. 2) de la que sería representante el propio Parlamento de la Comunidad Autónoma (art. 3.1)». El Tribunal Constitucional estimó el recurso y declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, confirmando que «ningún poder constituido puede pretender situarse por encima de la norma fundamental» y que no existe para ninguno de los «pueblos de España» un «derecho de autodeterminación», entendido, al «modo de la Ley objeto del presente recurso, como derecho a promover y consumir su secesión unilateral del Estado en el que se constituye España [FJ 2]».

c) STC 120/2017, de 31 de octubre

En esta sentencia el Tribunal Constitucional resolvió otro recurso de inconstitucionalidad, en este caso, contra la resolución 807/XI del Parlamento de Cataluña por la que se designaban los miembros de la sindicatura electoral de Cataluña, al amparo de la disposición adicional tercera de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación. En esta sentencia, dictada pocos días después de la sentencia que declaró inconstitucional la Ley 19/2017, del referéndum de autodeterminación, el Tribunal Constitucional declaró igualmente inconstitucional la resolución del Parlamento de Cataluña y, por tanto, nula la designación de los miembros de la sindicatura electoral de Cataluña.

a) STC 121/2017, de 31 de octubre

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, resuelve el recurso presentado por el Gobierno respecto del Decreto de la Generalitat de Cataluña 140/2017, de 7 de septiembre, de normas complementarias para la celebración del referéndum de autodeterminación y estimó el recurso y, en consecuencia, declaró la nulidad del Decreto citado, por incurrir en los mismos vicios de

⁷⁹ En concreto la Sentencia del Tribunal Constitucional: Declara la inconstitucionalidad y nulidad de su título II (arts. 10 a 30), que lleva por rúbrica «De las consultas populares por vía de referéndum de ámbito de Cataluña»; Declara la inconstitucionalidad y nulidad de su título I (arts. 1 a 9) y de sus artículos 43 y 45, en los términos señalados en el fundamento jurídico 7; Declara igualmente la inconstitucionalidad y nulidad, por conexión con lo dispuesto en los demás apartados de este fallo, del inciso del artículo 44.2 que se inicia con la mención a «[l]as consultas populares de ámbito de Cataluña» y del apartado cuatro del mismo artículo; del inciso «[l]os promotores de la consulta popular por vía de referéndum de ámbito de Cataluña y los partidos políticos con representación en el Parlamento, en el caso de las consultas reguladas por el título II, y» del artículo 48.1 y del apartado cinco del mismo artículo; del apartado cuatro del artículo 53, a salvo el inciso final referido a la consulta popular de ámbito municipal; y de los incisos «por el Parlamento o» del artículo 55. La STC 90/2017, de 5 de julio, declaró también inconstitucionalidad de las dotaciones presupuestarias para celebración de un referéndum ilegal.

inconstitucionalidad referidos en la STC 114/2017, de 17 de octubre, mediante la cual se declaró inconstitucional y nula la Ley del Parlamento de Cataluña, del referéndum de autodeterminación.

b) *STC 122/2017, de 31 de octubre*

Esta sentencia resolvió el recurso formulado por el Gobierno de la Nación respecto del Decreto 139/2017, de 6 de septiembre, de convocatoria del referéndum de autodeterminación de Cataluña. El Tribunal Constitucional, en base a la doctrina y argumentos de las sentencias dictadas anteriormente sobre cuestiones relativas al proceso de independencia de Cataluña, estimó el recurso y declaró la nulidad del Decreto por incurrir en los mismos vicios de inconstitucionalidad referidos en la STC 114/2017, de 17 de octubre, mediante la cual se declaró inconstitucional y nula la Ley del Parlamento de Cataluña.

2.3.1. *Referéndum de iniciativa autonómica*

Este referéndum está previsto en el artículo 151.1 de la Constitución y ha tenido una sola aplicación en España en la consulta popular celebrada para la constitución de la Comunidad Autónoma Andaluza el 28 de febrero de 1980. Este tipo de referéndum representa una excepción respecto del procedimiento de iniciativa autonómica reconocido en el artículo 143.2 de la Constitución.

El citado artículo 143.2 del texto constitucional establece el procedimiento de acceso a la autonomía de *carácter general*, afirmando que la iniciativa autonómica 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, exigiendo dicho precepto que estos requisitos se cumplan en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado al respecto por alguna de las Corporaciones locales interesadas. Si la iniciativa así planteada no lograra prosperar, *no podría reiterarse hasta transcurridos cinco años*. Las autonomías constituidas conforme al procedimiento de acceso contemplado en el artículo 143.2 de la Constitución pueden, transcurridos cinco años y mediante la reforma de su Estatuto, ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco constitucional.

La Constitución, sin embargo, ha establecido otro procedimiento mediante el cual determinadas Comunidades Autónomas pueden alcanzar desde su constitución el nivel superior de competencias al que alude el artículo 148.2 y para el que establece un plazo de cinco años. Este procedimiento alternativo es el contemplado en el artículo 151.1 de la Constitución que señala que no será preciso el plazo de cinco años aludido anteriormente, cuando la iniciativa del proceso autonómico sea acordada, respetando el plazo de seis meses exigido por el artículo 143.2 CE, además de por las Diputaciones o los órganos interinsulares correspondientes, por las tres cuartas partes de los Municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas y dicha iniciativa sea ratificada por mayoría absoluta de los electores de cada provincia mediante referéndum.

Este referéndum, al haberse completado el mapa autonómico español con la aprobación de los Estatutos de Ceuta y Melilla⁸⁰, ha agotado sus posibilidades de aplicación. Por otro lado, la *Disposición Transitoria Segunda*⁸¹ de la Constitución eximió de este referéndum a aquellos territorios que, en otro tiempo, hubieren plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía y tuvieran, en el momento de promulgarse la Constitución, regímenes provisionales de autonomía,

⁸⁰ La *Disposición Transitoria Quinta* de la Constitución dispone: «Las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas si así lo deciden sus respectivos Ayuntamientos, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros y así lo autorizan las Cortes Generales, mediante una ley orgánica, en los términos previstos en el artículo 144».

⁸¹ La *Disposición Transitoria Segunda* de la Constitución dice: «Los territorios que en el pasado hubieren plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, 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. El proyecto de Estatuto será elaborado de acuerdo con lo establecido en el artículo 151, número 2, a convocatoria del órgano colegiado preautonómico».

permitiéndoles acceder directamente al nivel superior de competencias sin necesidad de esta consulta popular inicial. Accedieron de esta manera a la autonomía de nivel competencial superior, Cataluña, País Vasco y Galicia (territorios de autonomía histórica).

2.3.2. Referéndum de aprobación de los Estatutos de Autonomía elaborados por el procedimiento del artículo 151 de la Constitución

El artículo 151 de la Constitución se refiere a un segundo tipo de referéndum que procede convocar para la aprobación del Estatuto de Autonomía. Para los casos en los que se accedió a la autonomía por la vía del artículo 151, la Constitución estableció que serían los diputados y senadores pertenecientes al territorio afectado, reunidos en Asamblea, los que elaborarían un proyecto de Estatuto; dicho proyecto se sometía a la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados para que junto con una delegación de los diputados y senadores que habían redactado el proyecto alcanzaran, en un plazo de dos meses, una redacción definitiva sobre el mismo. Si se alcanzaba dicho acuerdo, el proyecto de Estatuto *debía someterse a referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto* (art. 151.3 CE). Tras el voto favorable de los electores afectados, las Cámaras ratificaban el texto y el Rey lo sancionaba y promulgaba como ley. Si no se alcanzaba acuerdo entre la Comisión Constitucional del Congreso y la delegación de parlamentarios, el texto debía de ser tramitado en las Cortes Generales como proyecto de ley; finalizada en las Cámaras dicha tramitación, el proyecto de Estatuto debía ser sometido a referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial afectado. En caso de ser aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos en cada provincia, se procedía a su promulgación en los términos que antes hemos mencionado.

2.3.3. Referéndum de reforma estatutaria

Todavía exige la Constitución para los Estatutos que hubieran nacido al amparo de la vía contenida en el artículo 151 que, cualquier reforma que se realice en dichos Estatutos deberá ser sometida a referéndum. En este sentido, el artículo 152.2 dispone que: «Una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes».

El artículo 10 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum establece que el referéndum para la modificación de Estatutos de Autonomía previsto en el artículo 152.2 de la Constitución requerirá previamente el cumplimiento de los trámites de reforma establecidos en ellos o, en su defecto, de los que fueran precisos para su aprobación, debiendo ser convocado en el plazo de seis meses desde el cumplimiento de estos.

2.3.4. Referéndum sobre la incorporación de Navarra al País Vasco

La *Disposición Transitoria Cuarta* de la Constitución establece un procedimiento especial para el supuesto de incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma del País Vasco, según el cual la iniciativa correspondería al Órgano Foral competente y su decisión debería ser sometida a referéndum, expresamente convocado al efecto, y aprobada por mayoría de los votos válidos emitidos. Este procedimiento es sólo la previsión de una eventualidad y no se ha celebrado.

2.3.5. Iniciativa popular legislativa en las Comunidades Autónomas

Como sucede con otras instituciones, gran parte de los diecinueve Estatutos de Autonomía reconocen la iniciativa popular legislativa en el ámbito de sus respectivas Comunidades Autónomas, lo cual permite a los ciudadanos de estos territorios presentar al Parlamento autonómico proposiciones

de ley, conforme a una ley del propio Parlamento que deberá respetar el contenido de la *Ley Orgánica 3/1984 de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa popular*.

2.4. Ámbito municipal

2.4.1. Referéndum

El artículo 2.1 de la Ley Orgánica sobre distintas modalidades de referéndum establece que la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de sus modalidades, es competencia exclusiva del Estado y la Disposición adicional de esta misma Ley Orgánica excluye de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica «las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de régimen local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización». Por su parte y como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 149.1.32 CE señala que el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras materias, sobre la «Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum». Por su parte, el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, reconoce la facultad de los alcaldes de someter a consulta popular aquellos asuntos «de la competencia propia municipal y de carácter local».

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/2010 (Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña) confirmó la posibilidad de que las Comunidades Autónomas regularan «consultas populares» siendo éstas diferentes de los *referendos* cuya convocatoria corresponde al Estado. En este marco, algunas Comunidades Autónomas, siguiendo frecuentemente disposiciones de sus respectivos Estatutos (ya se señaló el caso del Estatuto catalán), han regulado las *consultas populares* (por ejemplo, *Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum* de Cataluña o la *Ley 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares Locales en Andalucía*) **pero sin el carácter de referendums consultivos que son de competencia del Estado.**

2.4.2. Régimen del Concejo Abierto

La Constitución española, en su artículo 140, ha reconocido, como ya hiciera la Constitución republicana de 1931, una peculiar institución de democracia directa en el ámbito municipal que consiste en la adopción de decisiones en régimen de *Concejo Abierto*, lo cual permite la participación directa de los vecinos de un municipio.

El artículo 29 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local* dispone que funcionan en *Concejo Abierto*:

- a) Los municipios que tradicional y voluntariamente cuenten con ese singular régimen de gobierno y administración.
- b) 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 a que se refiere el apartado b) mencionado más arriba, 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 de Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un alcalde y 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 esta Ley y las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local. No obstante, los alcaldes de las corporaciones de municipios de menos de 100 residentes podrán convocar a sus vecinos a Concejo Abierto para decisiones de especial trascendencia para el municipio. Cuando los alcaldes utilicen esta vía, deben someterse obligatoriamente al criterio de la Asamblea vecinal constituida al efecto y, por tanto, deben

seguir las decisiones así adoptadas. Aquellos municipios que venían obligados por la Ley (antes de la reforma de 2011) en función del número de residentes a funcionar en Concejo Abierto, pueden continuar con este régimen especial de gobierno y administración si tras la sesión constitutiva de la Corporación, convocada la Asamblea Vecinal, así lo acordaran por unanimidad los tres miembros electos y la mayoría de los vecinos.

3. Sistema electoral

3.1. Concepto

El sistema electoral es el conjunto de reglas conforme a las cuales se produce el fenómeno electoral, se asignan los escaños a los distintos candidatos según la fórmula adoptada y, en su caso, se resuelven los recursos que se suscitarán con ocasión de dicho proceso. Es tal la envergadura del proceso electoral que este conjunto de reglas al que denominamos sistema electoral resulta un elemento absolutamente definitorio del funcionamiento del sistema democrático. Todo sistema electoral, por ello, debía diseñarse respetando unas reglas básicas que, siguiendo a D. Rae⁸², serían:

- a) la *imparcialidad*. Un sistema electoral democrático no puede ser manipulado a favor de una determinada formación política, por ello, se considera en prácticamente todos los países un tema de consenso entre todas las fuerzas políticas;
- b) la *adecuación histórica*. Un sistema electoral deberá adaptarse a las instituciones y a las tradiciones del país donde vaya a ser aplicado, sin que esta afirmación impida las modificaciones que el sistema electoral precise para adaptarlos a nuevas circunstancias;
- c) el *control del excesivo fraccionamiento* de las fuerzas políticas. El fraccionamiento de los partidos se considera, en muchos casos, como un problema electoral importante. Mantener este fraccionamiento en niveles adecuados permite, a juicio de D. Rae al que seguimos, Gobiernos más estables y con un mandato electoral más claro;
- d) la *pluralidad de opciones políticas*. Este requisito es, por otro lado, la esencia de la democracia pues en un proceso electoral libre deben existir diversas opciones entre las cuales el elector pueda otorgar su apoyo a la que considere oportuno. El respeto a la pluralidad de opciones debe extenderse, sin llegar a constituir el problema expuesto en el apartado c), a los partidos pequeños que, con cierta frecuencia, ven restringidas sus posibilidades electorales como consecuencia de las reglas que rigen el proceso.

3.2. Elementos

En estas páginas se exponen sólo los conceptos más necesarios para comprender el régimen electoral español. En este sentido, señalaremos como elementos del sistema electoral los siguientes:

- El derecho de sufragio.
- La circunscripción electoral.
- La fórmula de escrutinio.
- El censo electoral.
- La campaña electoral.
- La administración electoral.

3.2.1. El derecho de sufragio

El derecho de sufragio representa la capacidad que el ordenamiento jurídico reconoce a los

⁸² RAE, D.: «El problema general del diseño del sistema electoral», en RAE, D., RAMÍREZ, V.: *El Sistema Electoral Español*, McGraw-Hill, Madrid, 1993, pág. 5. Ver también: Dieter, D.: *Sistemas electorales del mundo*, CEPC, 1981.

ciudadanos para participar, mediante su voto, en los asuntos públicos. Podemos apreciar en este derecho dos vertientes:

- la del *derecho de sufragio activo* que representa la capacidad para ser elector y por tanto para emitir el voto en los procesos que se convoquen;
- la del *derecho de sufragio pasivo* que alude a la capacidad para ser candidato y, en consecuencia, para poder presentar la propia candidatura en un proceso electoral.

En otro tiempo y bajo otros regímenes políticos tanto el derecho de sufragio activo como pasivo era restringidos a cierto sector de población por razones diversas (sufragio censitario, capacitario...). Actualmente el sufragio universal es el único compatible con la democracia, lo cual implica que este derecho de sufragio se otorga a toda la ciudadanía sin exclusión (aunque se puede solicitar determinados requisitos para su ejercicio, como la mayoría de edad). Tras la desaparición de otras causas de exclusión (la renta, los estudios, etc.), pervivió largamente la marginación de la mujer de este derecho, lo que le impidió participar hasta épocas muy recientes en los procesos electorales y, en general, en la participación de los asuntos públicos. En España, tras un intento fallido en 1924, el sufragio universal masculino y femenino se alcanzó en 1932.

La Constitución española ha reconocido el sufragio universal, activo y pasivo, en el artículo 23 al establecer que los *ciudadanos* (sin distinción de sexos) tienen derecho a participar en los asuntos públicos, mientras que, el artículo 14, constitucionaliza la igualdad de todos los españoles prohibiendo la discriminación entre otros aspectos, por razón de sexo.

En lo referente al derecho de *sufragio activo*, el artículo 2 de la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (LOREG), dispone que el derecho de sufragio activo corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos de exclusión citados en el artículo 3, del que más adelante se trata. Para el ejercicio de este derecho de sufragio es indispensable la inscripción en el censo electoral vigente y, en el caso de elecciones municipales, incluidas las elecciones a Cabildos, a Consejos Insulares, al Consejo General del Valle de Arán y a Juntas Generales, es indispensable figurar inscrito específicamente en el Censo de Españoles Residentes en España.

Carecen de derecho de sufragio activo, según el artículo 3.1 de la LOREG los condenados por sentencia firme a la pena principal o accesoria de privación de derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento⁸³.

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.

Con relación a los extranjeros, el artículo 176 de la LOREG dispone que gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales:

- a) los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto de los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado y dentro de lo regulado en la propia LOREG.
- b) todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española:
 - Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
 - Reúnan los requisitos para ser elector, exigidos en esta Ley para los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España.

A tal fin, el Gobierno comunicará a la Oficina del Censo Electoral la relación de Estados extranjeros cuyos nacionales, residentes en España, deban de ser inscritos en el censo.

⁸³ Se suprimieron los apartados b y c del apartado 1 y se modifica el 2 por *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*. Los apartados b) y c) decían: b) los declarados incapaces por sentencia firme, siempre que en dicha sentencia se especifique que su incapacidad impide el ejercicio de este derecho; c) los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial en la que se declare su incapacidad para ejercer el derecho de sufragio, mientras dure el internamiento.

En cuanto al derecho de *sufragio pasivo*, el artículo 6 de la LOREG, dispone que son elegibles los españoles mayores de edad que, poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad:

- Los miembros de la Familia Real Española incluidos en el Registro Civil que regula el Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, así como sus cónyuges.
- Los presidentes del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo a que hace referencia el artículo 131.2 de la Constitución.
- Los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado y los consejeros del Tribunal de Cuentas.
- El Defensor del Pueblo y sus Adjuntos.
- El Fiscal General del Estado.
- Los Subsecretarios, secretarios generales, directores generales de los Departamentos Ministeriales y los equiparados a ellos; en particular, los directores de los Departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y los directores de los Gabinetes de los ministros y de los Secretarios de Estado.
- Los Jefes de Misión acreditados, con carácter de residentes, ante un Estado extranjero u organismo internacional.
- Los Magistrados, Jueces y Fiscales que se hallen en situación de activo.
- Los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía, en activo.
- Los presidentes, vocales y secretarios de las Juntas Electorales.
- Los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y los subdelegados del Gobierno y las autoridades similares con distinta competencia territorial
- El presidente de la Corporación de Radio Televisión Española y las sociedades que la integran.
- Los presidentes, directores y cargos asimilados de las entidades estatales autónomas con competencia en todo el territorio nacional, así como los delegados del Gobierno de las mismas.
- Los presidentes y directores generales de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social con competencia en todo el territorio nacional.
- El director de la Oficina del Censo Electoral.
- El gobernador y subgobernador del Banco de España y los presidentes y directores del Instituto de Crédito Oficial y de las demás entidades oficiales de crédito.
- El presidente, los consejeros y el secretario general del Consejo General de Seguridad Nuclear.

Por otro lado, son inelegibles:

- Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.
- Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.

Durante su mandato no serán elegibles por las circunscripciones electorales comprendidas en todo o en parte en el ámbito territorial de su jurisdicción:

- Quien ejerza la función de mayor nivel de cada Ministerio en las distintas demarcaciones territoriales de ámbito inferior al estatal.
- Los presidentes, directores y cargos asimilados de Entidades Autónomas de competencia territorial limitada, así como los delegados del Gobierno en las mismas.
- Los delegados territoriales de RTVE y los directores de las Entidades de Radiotelevisión dependientes de las Comunidades Autónomas.
- Los presidentes y directores de los órganos periféricos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.
- Los secretarios generales de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.
- Los delegados provinciales de la oficina del Censo Electoral.

Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Las causas de incompatibilidad se regirán por lo dispuesto para cada tipo de proceso electoral (art. 6 LOREG).

Al derecho de sufragio acompañan una serie de elementos que, actualmente, se consideran consustanciales al sistema democrático, como el de la *igualdad de voto* (una persona, un voto); el *voto secreto* (que impide presiones sobre el elector); el *voto libre* (que prohíbe las instrucciones al elector). En algunos países se ha reconocido el voto como una obligación ciudadana —voto obligatorio— aunque éste no es el caso español donde el voto es un derecho y, por tanto, una opción libre del ciudadano. Está igualmente muy extendido en los países de nuestra área sociopolítica el *voto directo*, es decir, sin compromisarios u otros representantes intermedios, aunque no puede considerarse que el voto indirecto sea contrario al sistema democrático (por ejemplo, el Presidente de Estados Unidos se elige mediante voto indirecto).

El derecho de sufragio se ejerce personalmente en la sección en la que el elector se halle inscrito, según el censo y en la Mesa electoral que le corresponda, sin perjuicio de las disposiciones sobre el voto por correspondencia y el voto de los interventores (art. 3). Nadie puede votar más de una vez en las mismas elecciones (art. 4) y nadie puede ser obligado o coaccionado bajo ningún pretexto en el ejercicio de su derecho de sufragio, ni a revelar su voto (art. 5).

3.2.2. *La circunscripción electoral*

Denominamos *circunscripción electoral* al territorio en el cual los votos emitidos por los electores constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos de manera independiente a los

votos emitidos en otras zonas electorales⁸⁴.

Las circunscripciones electorales pueden dividirse en dos grupos básicos:

- a) *circunscripciones uninominales*, en las cuales está en liza un solo escaño. Este tipo de circunscripción también recibe el nombre de *distrito*;
- b) *circunscripciones plurinominales*, en las que deben cubrirse dos o más escaños. Cuando la circunscripción abarca a todo el territorio nacional y, por tanto, en una sola zona se cubren todos los escaños, hablamos de *colegio nacional único*.

En España se dan los tres tipos descritos, aunque las circunscripciones más abundantes son las plurinominales; existen algunos casos de circunscripciones uninominales (en ciertos supuestos Ceuta, Melilla y alguna de las islas) y, el colegio nacional único se aplica en la elección de los diputados españoles al Parlamento Europeo.

3.2.3. La forma de la candidatura

Las opciones políticas pueden presentarse a los electores de forma distinta. Básicamente podemos distinguir dos formas de candidatura:

- 1) la candidatura *personal*, en la que se incluye un solo nombre;
- 2) la candidatura en *lista*. Ésta, además, puede subdividirse en:
 - a) listas *abiertas*, en las que elector establece el orden de sus preferencias e, incluso, puede introducir algún nombre nuevo;
 - b) listas *cerradas* que, a su vez, puede ser:
 - a.1) listas *cerradas y bloqueadas*, en las cuales el orden de los candidatos es invariable y el elector puede optar por dar su apoyo o no a la lista completa;
 - a.2) listas *cerradas y no bloqueadas*. En este sistema el orden de los candidatos incluidos en la lista es variable y el elector puede otorgar su voto a la lista tal y como se le presenta o reordenar a los candidatos conforme a sus propias preferencias.

En el ordenamiento español, el Congreso de los Diputados se elige mediante listas cerradas y bloqueadas, no así el Senado, tal y como se expone en los epígrafes siguientes.

3.2.4. La fórmula de escrutinio

La fórmula de escrutinio es el instrumento que permite asignar los escaños a los distintos candidatos en razón a los votos obtenidos por cada uno de ellos. La opción adoptada en cada caso, como señala A. Sánchez Navarro, «depende de los valores a los que se concede primacía y, por tanto, supone una previa decisión de carácter inevitablemente político entre diversos valores que no son excluyentes, sino complementarios, y que *deben* estar presentes en el gobierno de un régimen político democrático»⁸⁵. Es tradicional distinguir entre dos tipos de fórmulas de escrutinio: las fórmulas de mayoría y las fórmulas proporcionales, admitiendo ambas diferentes variantes.

3.2.4.1. Las fórmulas de mayoría

Las fórmulas de mayoría pueden ser, a su vez, de mayoría *absoluta* y de mayoría *relativa*.

Según la fórmula de mayoría relativa, obtiene el escaño el candidato más votado no siendo relevante ni el número de votos recibido ni la diferencia obtenida respecto de los demás candidatos.

⁸⁴ NOHLEN, D.: *Sistemas Electorales del Mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, ob. cit., pág. 106.

⁸⁵ SÁNCHEZ NAVARRO, A.: *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, CEPC, Madrid, 1998, págs. 20 y 21.

Esta fórmula de elección es conocida especialmente por ser la aplicada en el sistema *uninominal* británico.

En cuanto a la fórmula de mayoría absoluta, ésta puede aplicarse en circunscripciones *uninominales* y *plurinominales*. El sistema electoral debe prever la posibilidad de que ningún candidato obtenga dicha mayoría en circunscripciones *plurinominales*. En el caso de que en la primera vuelta ningún candidato hubiera obtenido la mayoría absoluta es frecuente que se arbitre una segunda vuelta en la que compiten, por lo general, sólo los candidatos más votados.

En España, la fórmula de mayoría relativa se utiliza en la elección del Senado, mediante listas abiertas y con voto reducido en una unidad, conforme a lo cual el elector puede otorgar su confianza a un número de candidatos una unidad inferior del número de escaños a cubrir. En la mayor parte de las circunscripciones del Senado se eligen cuatro senadores y los electores sólo pueden señalar en las papeletas electorales tres.

3.2.4.2. *Las fórmulas proporcionales*

Las fórmulas proporcionales son aquellas en las que la distribución de escaños entre los candidatos presentados se realiza en *proporción* a los votos obtenidos por cada uno de ellos. Existen varias fórmulas de proporcionales; la proporcionalidad pura se daría en aquel caso en el que se diera una relación exacta entre los votos obtenidos y el o los escaños asignados. Aunque este es el ideal que persigue toda fórmula proporcional, en la práctica es difícil conseguir esta proporcionalidad exacta y comúnmente unas y otras fórmulas proporcionales provocan *desviaciones* sobre la proporcionalidad *pura*.

Las fórmulas proporcionales se consideran más precisas en cuanto a la reproducción de las diferentes tendencias políticas de la población, puesto que se consigue una representación más plural de la sociedad. Estas fórmulas se aplican en circunscripciones plurinominales de mayor o menor tamaño. La proporcionalidad exacta se produce cuando todos los escaños se consiguen con el mismo número de votos, lo cual sólo acontece en cuando la circunscripción es todo el territorio nacional (colegio nacional único); en los casos, muy frecuentes, de que el territorio nacional se divida en circunscripciones, prácticamente todas ellas plurinominales (como es el caso español, salvo en el Senado), la proporcionalidad es tanto más exacta cuanto mayor es la circunscripción (es decir, en las circunscripciones donde se cubren más número de escaños).

Aunque existen diversas fórmulas que responden al principio proporcional, quizá puedan citarse las siguientes:

- a) *Fórmula proporcional de resto mayor.*
- b) *Fórmula proporcional de media mayor, que, a su vez, admite dos variantes:*
 - 1) el sistema de *D'Hondt*;
 - 2) el sistema de *Santa Lágüe*.

La Constitución española (art. 68.2) exige el sistema proporcional para la elección del Congreso de los Diputados aunque no determina la fórmula concreta que deba aplicarse; ha sido la Ley Orgánica del Régimen Electoral General la que ha establecido que el reparto de escaños se realizará mediante la fórmula proporcional de media mayor, conforme al sistema de *D'Hondt*. Este sistema es, además, el que se aplica a todas las elecciones españolas, incluida la elección de los diputados al Parlamento Europeo, excepto las elecciones al Senado que, como dijimos, se efectúan mediante el sistema de mayoría relativa reducido en una unidad.

Por otro lado, algunos ordenamientos jurídicos han establecido la denominada *barrera electoral* que aparta del escrutinio a todas aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, un determinado porcentaje de los votos válidos emitidos en la circunscripción. Así lo hace la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para la elección del Congreso de los Diputados que

establece que no se tendrán aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el 3% de los votos válidos emitidos en la circunscripción correspondiente (art. 163.1 a) LOREG).

Para comprender cómo se realiza el reparto de escaños conforme al sistema proporcional de *D'Hondt*, podemos seguir lo dispuesto en el artículo 163.1 de la LOREG respecto a la atribución de los escaños en el Congreso de los Diputados:

- 1) no se tienen en cuenta las candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el 3% de los votos válidos emitidos en la circunscripción. Se establece, pues, una *barrera electoral* del 3%;
- 2) se ordenan de mayor a menor, en una columna, las cifras de votos obtenidos por las candidaturas que hayan superado la barrera del 3%;
- 3) se divide el número de votos obtenidos por cada candidatura por los números naturales (1, 2, 3,...) hasta el número de escaños de la circunscripción;
- 4) se procede a atribuir los escaños a los cocientes mayores hasta que se agoten los escaños en juego en la circunscripción;
- 5) cuando en la relación de cocientes coincidan dos correspondientes a distintas candidaturas, el escaño se atribuirá a la que mayor número total de votos hubiese obtenido. Si hubiera dos candidaturas con igual número total de votos, el primer empate se resolverá por sorteo y los sucesivos de forma alternativa.

Si, como sucede en las elecciones al Congreso en España, las candidaturas se presentan en listas cerradas y bloqueadas, los escaños obtenidos por cada candidatura se adjudicarán a los candidatos incluidos en la lista por el orden en ella establecidos (por ejemplo, si una candidatura obtiene tres escaños, se adjudicarían a los tres primeros candidatos de la lista). En el caso español al que aludimos, Ceuta y Melilla eligen un solo diputado, por lo que se adjudican estos escaños al candidato que hubiere obtenido mayor número de votos.

3.2.5. *El censo electoral*

Como hemos señalado en un epígrafe anterior, el derecho de sufragio activo es un derecho individual, reflejo pleno de la ciudadanía, aunque pueda extenderse, en algunos casos, a los no nacionales. La elección, en sentido estricto, la realiza el cuerpo electoral que está formado por aquellas personas que reúnen los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, es decir:

- capacidad;
- estar en posesión de sus derechos políticos; y
- estar incluidos en las listas del censo electoral

El censo electoral está formado por las personas que tienen reconocido el derecho de sufragio y se publica con suficiente antelación a la fecha de celebración de cualquiera de los procesos electorales, abriéndose un plazo para que los ciudadanos subsanen los posibles errores o modifiquen, con la debida justificación, los datos que difieran de la realidad. El censo, contiene, pues, la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y no se hallen privados, definitiva o temporalmente, del derecho de sufragio. Está compuesto tanto por el *censo de los electores residentes en España* y por el *censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero*. Ningún elector podrá figurar inscrito simultáneamente en ambos censos.

La *Ley Orgánica 12/2022, de 30 de septiembre, de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para la regulación del ejercicio del voto por los españoles que viven en el extranjero*, ha modificado las reglas del voto de las personas con derecho a voto que viven en el extranjero. La modificación sustancial de la Ley Orgánica 12/2022 es la supresión del denominado «voto rogado» (introducido en el art. 75 de la LOREG por la LO 2/2011, de 28 de enero). A partir de la vigencia de esta ley, las personas con derecho a voto que residan en el exterior

reciben la documentación electoral sin tener que solicitarla previamente como se establecía anteriormente. Se ha eliminado así, un procedimiento que imponía unos trámites, en plazos muy cortos, tanto para la petición de la documentación como para la remisión del voto por correo postal o para su ejercicio a través del depósito directo en la urna.

El censo electoral es único para toda clase de elecciones, sin perjuicio de su posible ampliación para las elecciones municipales y del Parlamento Europeo a tenor de lo dispuesto en los artículos 176 y 210 de la LOREG. El artículo 29.1 de la misma Ley Orgánica, regula la *Oficina del Censo Electoral*, encuadrada en el *Instituto Nacional de Estadística*, como órgano encargado de la formación del Censo electoral dependiente de la Junta Electoral Central. Los Ayuntamientos y Consulados actúan como colaboradores de la oficina del Censo Electoral en las tareas censales.

3.2.6. *La campaña electoral*

La campaña electoral es el período de tiempo que el ordenamiento habilita a que los partidos y los candidatos puedan exponer a los ciudadanos sus respectivos programas electorales. La campaña electoral, a efectos de la LOREG es el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios (art. 50.4 LOREG).

Los poderes públicos que hayan convocado un proceso electoral pueden realizar, durante el período electoral, una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, pero, en ningún caso, pueden orientar el voto del electo. La campaña institucional debe realizarse en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate (art. 50.1 LOREG).

Desde la convocatoria de las elecciones y hasta la celebración de las mismas queda prohibido cualquier acto organizado o financiado, directa o indirectamente, por los poderes públicos que contenga alusiones a las realizaciones o a los logros obtenidos, o que utilice imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en sus propias campañas por alguna de las entidades políticas concurrentes a las elecciones (art. 50.3). Durante la Campaña Electoral queda prohibido también realizar cualquier acto de inauguración de obras o servicios públicos o proyectos de éstos, cualquiera que sea la denominación utilizada, sin perjuicio de que dichas obras o servicios puedan entrar en funcionamiento en dicho periodo.

En la actualidad las campañas electorales se apoyan en los medios de comunicación escritos, pero cada vez más también encuentran cauces a través de las nuevas tecnologías de la comunicación (redes sociales) y aunque el *meeting* como expresión paradigmática de la campaña electoral siga teniendo un papel relevante dentro de la campaña. Un aspecto de importancia creciente en relación con el uso de medios de comunicación es, precisamente, el de «esclarecer si Internet puede ser considerado como un medio de comunicación social más o si estamos frente a una infraestructura con una potencialidad ilimitada»⁸⁶ y gran incidencia en cualquier campaña como se ha demostrado en tiempos recientes.

Ante el silencio inicial de la LOREG, la Junta Electoral Central, dictó la Instrucción 4/2007, de 12 de abril, «en la que se recuerda que las limitaciones establecidas en materia electoral para los medios de comunicación sociales son también aplicables a estos medios electrónicos. Dicha equiparación normativa de internet con el resto de medios se mantuvo tanto en la LO 2/2011, de 28 de enero, de reforma de la LOREG como en la Instrucción de 3/2011, de 24 de marzo»⁸⁷ aunque los problemas distan mucho de haberse resuelto en este aspecto.

⁸⁶ BURGUERA AMEAVE, L., *Democracia electoral: comunicación y poder*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013, pág. 140.

⁸⁷ *Idem*, pág. 141.

La *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales* modificó el artículo 58.1 bis de la LOREG para permitir que los partidos políticos recopilaran datos personales relativos a opiniones políticas de los ciudadanos, siempre que se realizara con las garantías adecuadas.

El Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esta reforma de la LOREG que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en su STC 76/2019, de 22 de mayo, declarando inconstitucional y nulo dicho precepto⁸⁸. El Tribunal Constitucional confirmó que las opiniones políticas de las personas son datos sensibles que deben estar especialmente protegidos. Dado que la norma impugnada no identificaba el interés público que justificaba la recopilación de datos personales que revelen opiniones políticas, sino que solo lo invoca de manera genérica e indeterminada, no cumple con las garantías necesarias para realizar esa recopilación de datos. El Tribunal Constitucional, afirmó igualmente que la Ley tampoco regulaba pormenorizadamente los presupuestos y condiciones en los que procede la recopilación de datos, pues la alusión al marco de actividades electorales de los partidos políticos no proporcionaba reglas claras y precisas para delimitar la injerencia en el derecho fundamental de protección de datos personales. El Tribunal también declaró vulnerado el principio de reserva de ley orgánica, toda vez que las garantías adecuadas a las que aludía la norma impugnada no estaban incorporadas en la propia regulación, como era exigible, ya fuera directamente o por remisión expresa a fuentes externas con rango normativo adecuado, en este caso, ley orgánica.

La campaña electoral en España dura quince días, dando comienzo el día trigésimo octavo posterior a la convocatoria y termina, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación (art. 51 LOREG). Uno de los problemas fundamentales de la realización de las campañas electorales en la actualidad es su financiación. Los ordenamientos jurídicos han establecido normas sobre la financiación de los partidos políticos en general y, específicamente, en este tipo de procesos a fin de que todos los partidos y candidaturas individuales realicen la campaña en términos de igualdad lo cual es difícil.

3.2.7. *La administración electoral*

La administración electoral cuida de la legalidad del proceso electoral, desde su inicio a la asignación final de los escaños en función del apoyo electoral recibido por cada candidatura. Se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la Administración Electoral acerca de la cual el Tribunal Constitucional ha confirmado que tiene naturaleza de *Administración Pública* (STC 21/1984, de 16 de febrero). Los artículos 8 y siguientes de la LOREG regulan lo relativo a la Administración Electoral que tiene por finalidad garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad (art. 8.1 LOREG).

Integran la Administración Electoral (art. 8.2 LOREG):

- a) la Junta Electoral Central;
- b) las Juntas Electorales Provinciales;
- c) las Juntas Electorales de Zona, y, en su caso, de Comunidad Autónoma. Las Juntas de Zona de Ceuta y Melilla acumulan en sus respectivos distritos las funciones correspondientes a las Juntas Electorales Provinciales (art. 8.4 LOREG); y
- d) las Mesas Electorales.

La Junta Electoral Central tiene su sede en Madrid, las provinciales en las capitales de provincia, y

⁸⁸ Sobre este tema puede consultarse también: *Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.*

las de zona en las localidades cabeza de los partidos judiciales. Las juntas de zona de Ceuta y Melilla acumulan en sus respectivos distritos las funciones correspondientes a las Juntas Electorales Provinciales.

4. Régimen electoral general

La Constitución española ha establecido algunos principios básicos para la celebración de elecciones y ha previsto la reserva de ley orgánica para la regulación del régimen electoral general (art. 81 CE).

El mandato constitucional, como ya dijimos, fue cumplido en la *Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General* (reformada en varias ocasiones) y, en el ámbito autonómico, algunas Comunidades se han dotado de leyes autonómicas en materia electoral sin perjuicio, en su caso, de las previsiones contenidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Actualmente en nuestro país se producen los siguientes procesos electorales:

- a) elecciones municipales;
- b) elecciones autonómicas;
- c) elecciones nacionales que, a su vez, son:
 - elección del Congreso de los Diputados y el Senado;
 - elección de los diputados del Parlamento Europeo.
- d) elecciones al Parlamento Europeo

Como ya se indicó anteriormente, la fórmula electoral que regula las elecciones españolas para órganos, salvo las del Senado, es la *proporcional de media mayor, variante de D'Hondt*; mientras que para la Cámara Alta se aplica la fórmula de *mayoría*, una y otra en los términos que a continuación se detallan.

4.1. Elecciones municipales

Los Ayuntamientos se integran por los concejales y los alcaldes. Los concejales son elegidos por los vecinos directamente, mediante sufragio universal, igual, libre y secreto. Una vez elegidos popularmente los concejales se procede a la elección del alcalde.

La Constitución (art. 140) permite que los alcaldes sean elegidos por los concejales o por los vecinos, pero la LOREG ha optado por lo primero determinando (art. 196, a), que pueden ser candidatos a alcalde todos los concejales que hubieran encabezado sus respectivas listas electorales. Por tanto, la Ley Orgánica Electoral prima al líder local, sobre el resto de los integrantes de la lista.

Los concejales proceden a votar entre los candidatos y, si alguno de ellos obtuviera la mayoría absoluta, sería proclamado alcalde; si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, es proclamado alcalde el concejal que encabece la lista más votada en ese municipio. En caso de empate se resuelve por sorteo.

Sin perjuicio de lo anterior, en los municipios que tengan entre 100 y 250 habitantes pueden ser candidatos a alcalde todos los concejales y no sólo los que encabezaran las respectivas listas. Se produce igualmente una votación sobre los candidatos y si alguno de ellos obtuviera la mayoría absoluta sería proclamado alcalde; si ninguno de los candidatos obtuviera dicha mayoría será proclamado alcalde el concejal que se hubiera presentado como candidato a alcalde que hubiera obtenido más votos en ese Municipio.

La Constitución, como vimos, exige que la elección de los concejales sea mediante voto directo, aunque faculta para que el legislador elija, en relación con la elección de los alcaldes, entre el voto directo y el indirecto. La Ley Orgánica Electoral ha optado por este último sistema.

El artículo 197 de la LOREG, establece que el alcalde puede ser destituido mediante moción de censura. La moción de censura deberá ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y habrá de incluir un candidato a la Alcaldía, pudiendo serlo cualquier concejal cuya aceptación expresa conste en el escrito de proposición de la moción.

Lo más significativo de esta regulación es que se penaliza el apoyo a la moción de censura por parte del concejal que hubiera pertenecido al grupo del alcalde censurado. Así, el apartado 1 a) del artículo 197, dispone que, en el caso, «de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias». El mismo supuesto es de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato.

Esta exigencia de quórum agravado fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad⁸⁹ que en Tribunal Constitucional resolvió en su STC 151/2017, de 21 de diciembre, en la que estima la cuestión y afirma que la exigencia de este quórum reforzado resulta contraria al principio de proporcionalidad y constituye una restricción objetiva a un derecho legalmente configurado como parte del núcleo de la función representativa en el ámbito local. La diferencia de trato entre unos concejales y otros, según los supuestos de moción de censura, supone -dice el tribunal- una violación del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos y es contraria a la naturaleza de la representación política. Los casos de transfuguismo político no pueden regularse con restricciones al *ius in officium* que repercutan en el ejercicio del cargo público.

4.2. Elección de las Diputaciones Provinciales

El órgano de gobierno de la provincia es la *Diputación*, cuyos miembros son designados mediante el mismo sistema proporcional como en las demás elecciones (salvo las del Senado, como ya dijimos), pero de forma *indirecta*, pues se lleva a cabo en función del número de concejales obtenidos por cada partido o fuerza política en las elecciones municipales de la provincia.

El número de diputados correspondientes a cada *Diputación Provincial* se determina, según el número de residentes de cada provincia, conforme baremo establecido en el art. 204.1 LOREG):

Las Juntas Electorales Provinciales reparten, proporcionalmente y atendiendo al número de residentes, los puestos correspondientes a cada partido judicial, en el décimo día posterior a la convocatoria de elecciones atendiendo a la siguiente regla. Todos los partidos judiciales cuentan, al menos, con un diputado y ningún partido judicial puede contar con más de 3/5 del número total de diputados provinciales. Las fracciones iguales o superiores a 0,50 que resulten del reparto proporcional se corrigen por exceso y las inferiores por defecto.

Si de las operaciones anteriores resultase un número total que no coincida, por exceso, con el número de diputados correspondientes a la provincia, se sustraen los puestos necesarios a los partidos judiciales cuyo número de residentes por diputado sea menor; si el número no coincide por defecto, se añaden puestos a los partidos judiciales cuyo número de residentes por diputado sea mayor.

Constituidos todos los Ayuntamientos de la respectiva provincia, la Junta Electoral de Zona procede inmediatamente a formar una relación de todos los partidos políticos, coaliciones, federaciones y de cada una de las agrupaciones de electores que hayan obtenido algún concejal dentro de cada partido judicial, ordenándolos en orden decreciente al de los votos obtenidos por cada uno de ellos (art. 205.1 LOREG).

Los puestos que corresponden a los partidos, coaliciones, federaciones y a cada una de las

⁸⁹ Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, respecto del artículo 197.1 a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general.

agrupaciones de electores en cada partido judicial se distribuyen por la Junta Electoral mediante la aplicación de la fórmula proporcional, variante D'Hondt (art. 163 LOREG), según el número de votos obtenidos por cada grupo político o cada agrupación de electores. Si se produjera coincidencia de cocientes entre distintos partidos, coaliciones, federaciones y agrupaciones, la vacante se atribuye al que mayor número de votos ha obtenido, y en caso de empate, al de mayor número de concejales en el partido judicial. Subsidiariamente se resolverá el empate por sorteo.

4.3. Elección de los Cabildos Insulares

La Ley Orgánica del Régimen Electoral General establece unas normas especiales para la elección de los miembros de los *Cabildos Insulares Canarios*, determinando que en cada una de estas islas se elegirán, en urna distinta de la destinada a la elección de los concejales, un número determinado de Consejeros Insulares en proporción al número de residentes en cada isla según el siguiente baremo:

Hasta 10.000 residentes	11 consejeros
De 10.001 a 20.000 residentes	13 consejeros
De 20.001 a 50.000 residentes	17 consejeros
De 50.001 a 100.000 residentes	21 consejeros

De 100.001 en adelante un consejero más cada 100.000 residentes o fracción, añadiéndose uno más cuando el resultado sea un número par.

El sistema electoral es el mismo que se aplica en la elección de los concejales, pero cada isla constituye una circunscripción electoral a estos efectos. Lo previsto en el artículo 44 bis de la LOREG relativo a la representación equilibrada de mujeres y hombres no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes (art. 201.3).

Los Cabildos se constituyen dentro de los treinta días siguientes a la celebración de las elecciones y será presidente del Cabildo Insular el candidato primero de la lista más votada en la circunscripción insular.

4.4. Las elecciones autonómicas

Los miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, son elegidos mediante el mismo sistema electoral de los Ayuntamientos y del Congreso de los Diputados y también como en las demás elecciones, por sufragio universal, directo, libre, secreto e igual de la población de cada Comunidad Autónoma. El mapa autonómico está formado por 17 Comunidades Autónomas y 2 Comunidades-Ciudades Autónomas (Ceuta y Melilla).

Las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas designan también un número determinado de Senadores en los términos que más adelante se explican.

4.5. Elección de las Cortes Generales: Congreso de los Diputados y Senado

La Constitución ha establecido fórmulas electorales distintas para la elección de cada una de las Cámaras que componen las Cortes. La elección del Congreso de los Diputados sigue, como reiteradamente ya se ha expuesto, la regla del sistema *proporcional, media mayor, variante de D'Hondt*; mientras que en la elección del Senado se aplica el *sistema de mayoría* con las peculiaridades que señalaremos.

4.5.1. Congreso de los Diputados

Se fija como circunscripción la provincia. Ceuta y Melilla estarán representadas por un Diputado

cada una de ellas (art. 68.2.1 CE). Se establece, en el mismo artículo, una representación mínima inicial para cada circunscripción, que la Ley Orgánica del Régimen Electoral General ha fijado en dos Diputados.

Las candidaturas se presentarán en *listas cerradas y bloqueadas* que contendrán el mismo número de candidatos que escaños se elijan en cada circunscripción más algunos como suplentes. Nuestro régimen electoral, como se dijo anteriormente, ha establecido, además, una barrera electoral del 3% de los votos emitidos válidamente en cada circunscripción, por debajo de la cual las listas no participan en la distribución de escaños (art. 163.1 a) de la Ley del Régimen Electoral).

Conforme dispone el artículo 68 de la Constitución, el Congreso se compondrá de un mínimo de 300 diputados y un máximo de 400; la Ley Orgánica Electoral (art. 162.1) ha fijado el número de diputados en 350, que se distribuyen de la siguiente forma:

- a) a cada provincia le corresponde un mínimo inicial de dos Diputados y, como dijimos, Ceuta y Melilla están representadas por un Diputado cada una de ellas, lo que resulta un total de 102 Diputados;
- b) los 248 Diputados restantes se distribuyen entre las provincias en proporción a su población conforma al siguiente procedimiento:
 - 1) se divide la cifra total de la población de derecho de las provincias peninsulares e insulares por 248 (número de Diputados), el cociente de esta división es la cuota de reparto;
 - 2) se adjudican a cada provincia tantos Diputados como resulten, en números enteros, de dividir la población de derecho provincial por la cuota de reparto;
 - 3) los Diputados restantes se distribuyen asignando uno a cada una de las provincias cuyo cociente, obtenido conforme se ha descrito, tenga una fracción decimal mayor.

En el caso de las elecciones al Congreso de los Diputados, el sistema proporcional, como hemos repetido ya, viene exigido por la Constitución (art. 68.3), criterio que la Ley Orgánica del Régimen Electoral definió en torno a la fórmula de *D'Hondt* antes mencionada. En las circunscripciones de Ceuta y Melilla, al tener que cubrir un solo escaño en cada una, resulta elegido el candidato que obtenga mayor número de votos.

4.5.2. Senado

El artículo 69.2 de la Constitución establece que se elegirán cuatro Senadores en cada provincia, salvo en las islas y en Ceuta y Melilla. En las provincias insulares, cada isla (o agrupación de islas) que posea Cabildo o Consejo insular propio constituye una circunscripción a efectos de elección de senadores (art. 63.1 CE) y se eligen:

- 1) tres senadores en cada una de las islas mayores (Mallorca, Gran Canaria y Tenerife);
- 2) un senador en cada una de las siguientes circunscripciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera-Hierro, Lanzarote y La Palma;
- 3) Ceuta y Melilla eligen dos Senadores cada una (art. 69.4 CE);
- 4) cada Comunidad Autónoma designa, además, un senador y, además, otro por cada millón de habitantes de su territorio. La designación de estos senadores se realiza por la Asamblea legislativa, con respeto al criterio de representación proporcional (art. 69.5, CE).

La Constitución no exige para la elección del Senado el sistema proporcional como sí hacía en el caso del Congreso. La fórmula establecida en el régimen electoral ha sido la de mayoría simple, a una sola vuelta, con voto reducido en una unidad, lo cual representa que el elector o electora vota a una

persona candidata menos de las que integran la candidatura.

4.6. Elecciones al Parlamento Europeo

A falta de una ley electoral uniforme en toda la Unión Europea, las elecciones al Parlamento Europeo se rigen por las normas electorales nacionales. No obstante, a nivel comunitario existen una serie de reglas reguladas por la *Directiva 93/109/CE, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales* (modificada por la Directiva 2013/1/UE, del Consejo, de 20 de diciembre de 2012). España ha incorporado la legislación sobre las elecciones al Parlamento Europeo en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, conforme a la cual tienen derecho de *sufragio activo* en las elecciones al Parlamento Europeo (art. 210 LOREG):

- a) los españoles y las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española:
 - 1) tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea;
 - 2) reúnan los mismos requisitos que la Ley pide para ser elector a los españoles y gocen del derecho de sufragio activo en el Estado miembro de origen;
 - 3) para que un ciudadano, no español, de la Unión Europea pueda ejercer el derecho de voto en España en este tipo de elecciones, deberá haber optado previamente en tal sentido.
- b) La Ley Orgánica del Régimen Electoral General regula, en su artículo 210 bis, lo relativo al derecho de *sufragio pasivo* para las elecciones al Parlamento Europeo, estableciendo que, además de los españoles, son elegibles:
 - 1) todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea; y
 - 2) reúnan los requisitos para ser elegibles exigidos en esta Ley para los españoles y sean titulares del derecho de sufragio pasivo en el Estado miembro de origen.

El *Real Decreto 100/2014, de 21 de febrero, por el que se establecen determinadas disposiciones sobre el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo* ha venido a transponer al ordenamiento de producción interna la Directiva 2013/1/UE, del Consejo, de 20 de diciembre de 2012, que modifica la Directiva 93/109/CE, que fijaba las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. Este derecho se reconoce en el artículo 20.2.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el artículo 39.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que expresamente dice que: «*Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado*». El apartado 2 del mismo precepto completa la previsión anterior estableciendo que los «*diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto*» que, como hemos señalado anteriormente, son condiciones para el ejercicio democrático de este derecho.

De conformidad con lo que establece la Directiva 2013/1/UE, del Consejo, de 20 de diciembre de 2012, se suprime el requisito de que los ciudadanos de la Unión Europea, al presentar su candidatura en un Estado miembro que no fuese su Estado de origen, tengan que aportar una certificación de su país para acreditar que no han sido privados del derecho de sufragio pasivo o no tener constancia de tal privación. El nuevo Reglamento establece que bastará con la presentación de una declaración formal del interesado. Igualmente se establece la obligación de los Estados de designar un punto de contacto encargado de recibir, notificar y transmitir la información contenida en las declaraciones

formales de ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea residentes en Estados distintos del de origen que deseen ejercer su derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. En España, esta función la realiza la Junta Electoral Central.

La peculiaridad más notable del sistema empleado en la elección de los representantes españoles en el Parlamento Europeo es que la circunscripción es todo el territorio nacional (colegio nacional único). En España actualmente se eligen 59⁹⁰ Diputados al Parlamento Europeo (el número total de eurodiputados es de 705) mediante el *sistema proporcional de media mayor, variante D'Hondt*.

Las Cortes Generales y gran parte de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas se han dotado de una comisión parlamentaria responsable del seguimiento de las actividades y políticas de la Unión Europea. En el caso de las Cortes Generales, se ha institucionalizado una Comisión Mixta para la Unión Europea compuesta por diputados y senadores.

⁹⁰ Número de eurodiputados españoles en agosto de 2023: <https://www.europarl.europa.eu/meps/es/home>

CAPÍTULO VII

ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS (I)

Cristina Elías Méndez
Profesora Doctora de Derecho Constitucional
UNED

Sumario: 1. Estructura orgánica. 2. Estructura territorial del Estado: central, autonómica y local. 3. El Gobierno y la Administración. 4. El Parlamento.

1. Estructura orgánica

La cuestión fundamental que el Derecho debe resolver consiste en la distribución equitativa del poder de forma que se garanticen los derechos fundamentales de los individuos y el respeto a su dignidad.⁹¹ Esta preocupación fundamental preside el discurso de Montesquieu, quien pretende principalmente garantizar la libertad desde la convicción de que el poder constituye su principal amenaza. Una de las más exitosas proyecciones prácticas del principio de la división de poderes descrito por Montesquieu en *El espíritu de las leyes* como garantía de la libertad –hito esencial en la historia de las ideas políticas– es, junto al presidencialismo, el sistema parlamentario de gobierno.

El origen del parlamentarismo se sitúa en Inglaterra, extendiéndose en el siglo XIX a la Europa continental y consolidándose con el transcurso del tiempo, de forma que hoy podemos afirmar con Pérez Royo que "el régimen parlamentario es el régimen político europeo común", lo que constituye prueba evidente de la eficacia y prestigio de un sistema que responde a una larga evolución histórica. La naturaleza de este sistema de gobierno no es tanto producto de una ocurrencia racional como del devenir histórico y de las fluctuaciones del poder. Así describe Pérez Royo el proceso de consolidación del parlamentarismo: "El régimen parlamentario no sería definido conscientemente en un proceso constituyente, sino que se iría imponiendo en la práctica política inglesa del XVIII a través de conflictos políticos y compromisos diversos que jalonan prácticamente todo el siglo." "El régimen parlamentario es, pues, - continúa Pérez Royo - un producto de la historia más que de una decisión política racionalmente motivada. Aunque la pretensión última del Estado Constitucional es la de alcanzar una fundamentación racional del poder político, la primera forma política a través de la cual dicha pretensión se haría realidad no sería el resultado de una opción racional, sino la consecuencia de un compromiso entre la *inercia histórica* y la *fuerza ordenadora de la razón*".⁹²

El parlamentarismo constituye el sistema de distribución del poder que surge con el declive del poder del Monarca, quien se ve paulatinamente obligado a ceder ante el emergente e

⁹¹ Texto parcialmente extraído y actualizado a partir del libro de ELÍAS MÉNDEZ, C., *La moción de censura en España y Alemania (Estado, Länder y Comunidades Autónomas)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005.

⁹² PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, ps. 445 y 446.

imparable fortalecimiento del poder de la burguesía que se ejerce desde las asambleas parlamentarias, dejando así paso al protagonismo de la relación de confianza y control entre el ejecutivo y el legislativo que preside y caracteriza el sistema parlamentario.

Es, así, pues, paulatinamente cómo se van configurando y asentando los principales rasgos que caracterizan el sistema parlamentario. Debe tenerse ante todo presente que se trata de una forma gubernamental de reparto del poder que se articula sobre el principio de colaboración entre los poderes, frente al sistema presidencialista, que pone el acento en la separación estricta de poderes.

Si bien el parlamentarismo ha adoptado unas determinadas características en cada Estado en el que se ha consolidado, Loewenstein fija una serie de elementos estructurales comunes a la mayoría de auténticos gobiernos parlamentarios:

1. En primer lugar, los miembros del gabinete o gobierno son simultáneamente miembros de la asamblea parlamentaria. La razón de ser de este requisito estriba precisamente en un elemento relacionado con el tema que nos ocupa: el parlamento podrá ejercer su control sobre el gobierno más fácil y directamente si sus miembros son a su vez parlamentarios. En palabras de Loewenstein, el sentido de esta, en origen, costumbre o convención constitucional "yace en el hecho de que la asamblea puede ejercer un mejor control sobre sus propios miembros que sobre elementos extraños a ella; de esta manera podrá someterles a una serie de preguntas y respuestas, pidiéndoles cuentas sobre el desempeño de su cargo, y exigiéndoles de esta manera responsabilidad política."⁹³

2. La fuerza o fuerzas mayoritarias del parlamento forman el gobierno. El órgano de gobierno forma, pues, en cierto modo, parte de la asamblea. No en vano surge de ella, aunque ello no reste independencia ni autonomía alguna al ejecutivo.

3. La estructura a la que responde el gobierno se ordena jerárquicamente situándose el presidente del gobierno o primer ministro en la cúspide del mismo con una posición cada vez más reforzada: "El primer ministro ostenta, dentro del grupo colectivo del gobierno, una situación indiscutible de supremacía sobre sus colegas ministeriales. El poder gubernamental está concentrado en la persona del primer ministro, que se presenta, pues, como el líder." Si bien en un principio el presidente del gobierno no era más que un "*primus inter pares*", la evolución histórica llevó a que éste fuera adquiriendo un papel cada vez más protagonista.

4. Un cuarto rasgo de importancia cardinal en el régimen parlamentario se refiere a que el gobierno lo es y puede seguir siéndolo en tanto cuenta con el apoyo de la mayoría parlamentaria.⁹⁴

5. En principio y sin perjuicio de las modulaciones del grado de participación de cada órgano según el sistema en concreto, la determinación de la decisión política corresponde tanto al gobierno como al parlamento y ambos colaboran en la implementación de la misma a través de la legislación. La ejecución de la legislación aprobada corresponde al ejecutivo, que actuará bajo el control permanente del parlamento.

6. Y es precisamente en esa interrelación de control mutuo entre gobierno y parlamento donde radica la esencia de esta forma gubernamental: "Solamente se podrá hablar de un auténtico parlamentarismo cuando ambos detentadores del poder, gobierno y parlamento, operen con recíprocas facultades y posibilidades de control, que además deberán ser realmente utilizadas."⁹⁵

⁹³ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1986, ps. 105 y 106.

⁹⁴ MOLAS, I. y PITARCH, I. E., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Temas Clave, Tecnos, Madrid, 1987.

⁹⁵ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 106.

La relación que se establece, por tanto, entre gobierno y parlamento en el sistema parlamentario es una relación de cooperación, que se articula asimismo en una relación de interdependencia y de control. Mediante el acto de la investidura, la mayoría parlamentaria otorga su confianza a un gobierno liderado por un presidente y aglutinado en torno a un programa de gobierno que deberá desarrollar y defender a lo largo de la legislatura. La confianza del parlamento no se otorga de forma ciega e ilimitada para el período total de la legislatura, sino que se ejercerá un control constante sobre las acciones y omisiones del gobierno, pudiendo éste afectar a la totalidad del gobierno –responsabilidad colectiva- o a un único miembro del mismo – responsabilidad individual.

El ejercicio del control parlamentario puede derivar en una pérdida de la confianza de la cámara parlamentaria, que podrá expresarse a través de determinados mecanismos y necesariamente implicará la dimisión del gobierno. Los mecanismos de control del parlamento sobre la actividad política del ejecutivo que pueden conducir a la dimisión del mismo –y que Álvarez Conde denomina de "control-responsabilidad" por contraposición a los de "control-fiscalización"- son básicamente la cuestión de confianza y la moción de censura, quedando excluida en la consideración de este autor la investidura de la categoría de los instrumentos del control-responsabilidad por considerarlo antes bien un elemento fundamental en la formación del gobierno que un sistema de control del mismo.

El gobierno es responsable ante el parlamento. Y esta posibilidad permanente de exigir responsabilidad política al gobierno es calibrada por Loewenstein como "el instrumento más eficaz con que cuenta el parlamento". En contrapartida, el gobierno posee –en consonancia con el sistema de colaboración y consiguiente búsqueda de un cierto equilibrio entre los poderes- el derecho de disolución de las cámaras parlamentarias.

Sin perjuicio de la indudable modulación de los principios en la práctica, conviene señalar en el plano teórico que los mecanismos de control interórganos – según la terminología de Loewenstein - singularizan el sistema parlamentario. De forma que si no existiera el poder de disolución del parlamento por el gobierno nos encontraríamos ante un régimen de asamblea. Si a la carencia de esta posibilidad se añadiera la no responsabilidad política del gobierno ante la asamblea se trataría de un régimen presidencialista.

Recapitulando, pues, podemos enumerar los principales órganos característicos del sistema parlamentario, que responde y es articulado por el principio de la mayoría: un parlamento comúnmente bicameral; un ejecutivo dualista o bicéfalo, que comprende un jefe de Estado – con funciones representativas, arbitrales o simbólicas- y un gobierno encabezado por su presidente; y, finalmente, un gobierno parlamentario, órgano colegiado que asume una responsabilidad política generalmente de carácter solidario. El tercer poder, el poder judicial, velará por el respeto del Derecho por parte del poder ejecutivo y del poder legislativo. En los comienzos del siglo XX, el gran jurista austríaco Hans Kelsen idea un órgano de naturaleza jurisdiccional que velará porque la Constitución sea la norma fundamental y suprema de todo el ordenamiento jurídico: el Tribunal Constitucional.

2. Estructura territorial del Estado: central, autonómica, local

En los Estados compuestos, la división de poderes no sólo se produce entre los distintos órganos, sino también en distintos planos territoriales, que en el caso español se estructuran en el nivel estatal, autonómico y local. El artículo 137 CE predica la organización territorial del Estado en municipios, provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan, reconociendo a todas estas entidades autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

España se define como un Estado autonómico, fruto de la tensión en la etapa de la transición entre las posturas políticas favorables a la continuidad del modelo unitario y las reivindicaciones nacionalistas expresadas desde distintas partes del país, en especial desde País Vasco y Cataluña. El Título VIII de la Constitución recoge la organización territorial del Estado, y para su estudio detallado nos remitimos a la Lección 4. Como luego veremos con detalle, los distintos planos territoriales cuentan con una serie de instituciones y órganos que ostentan poder o que tienen encomendadas diferentes funciones decisorias y ejecutivas. Al estudio de la estructura orgánica estatal, dedicamos los siguientes epígrafes de esta lección.

3. El Gobierno y la Administración

La Constitución española de 1978 reconoce y regula los diversos órganos titulares de los poderes del Estado de forma autónoma. El ejecutivo se organiza en una estructura bicéfala, correspondiendo al jefe del Estado, el Rey, una función fundamentalmente representativa y simbólica, ya que sus actos, tal y como hemos expuesto en el apartado anterior, carecen de validez sin el preceptivo refrendo del presidente del gobierno o, en su caso, de los ministros correspondientes. El Rey no está pues sujeto a responsabilidad alguna, carga que debe asumir el poder refrendante.⁹⁶

La otra cabeza del ejecutivo, el gobierno, ejerce la función ejecutiva: "El gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes," reza el artículo 97 de la Constitución. Se configura así un ejecutivo fuerte, acorde con las necesidades de dirección política definida y eficiente de un Estado cada vez más complejo, característica sin duda inherente al entramado organizativo del Estado social y democrático de Derecho. Como ya advirtiera Mirkin-Guetzevitch: "Las indicaciones complicadas de la vida actual transforman las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo... (E)l verdadero sentido del régimen democrático exige el fortalecimiento del ejecutivo, que hace de este hecho un poder más fuerte, más intenso que el de la tradicional Monarquía y el de los antiguos ministros de la Corona."⁹⁷

De conformidad con el artículo 98.1 CE, "(E)l gobierno se compone del presidente del gobierno, de los Vicepresidentes, en su caso, de los ministros y de los demás miembros que establezca la ley." Al presidente del órgano se le atribuye la función de dirección de la acción del gobierno, así como la coordinación de las funciones del resto de sus componentes, destacándose así la preeminencia de su figura: "El presidente dirige la acción del gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión" (art. 98.2 CE). Son muchos quienes han apuntado los elementos que sustentan el singular relieve de la figura del presidente del gobierno, que le aproximan al sistema de canciller.⁹⁸ Entre otros factores destacamos:

⁹⁶ Artículos 56, 64 y 65 CE. GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *El refrendo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998. ROLLNERT LIERN, G., *La Jefatura del Estado: símbolo e integración política en la Constitución vigente*, CIPC, Valencia, 2002.

⁹⁷ MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, Reus, Madrid, 1934, p. 202.

⁹⁸ Entre tantos, SÁNCHEZ FERRIZ, R. y GARCÍA SORIANO, M. V. (coords.), *Funciones y órganos del Estado constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, ps. 216 y 217.

1. Según establece el artículo 99.2 CE es el candidato a presidente del gobierno - y no la totalidad de aspirantes a ministros - quien defiende el programa político del gobierno ante la cámara, a fin de recabar su confianza.
2. Particular relevancia posee el artículo 100 de nuestra Norma suprema en cuanto atribuye la competencia de proponer el nombramiento y cese, en definitiva, de la elección de los demás miembros del gobierno a su presidente, quienes serán nombrados y separados por el Rey.
3. Al presidente del gobierno corresponde refrendar los actos más importantes que la Constitución atribuye, en sus artículos 62 y 63, al Rey.
4. El presidente del gobierno también canaliza las relaciones entre el Rey y el gobierno, pudiendo pedir al jefe del Estado que presida, si lo estima oportuno, las sesiones del consejo de ministros (art. 62.g) CE).
5. La puesta en marcha de los dos instrumentos extraordinarios de control político, la cuestión de confianza y la moción de censura, se articulan en torno a la figura del presidente del gobierno. Si tras plantear una cuestión de confianza, el presidente no logra la mayoría simple de los votos a su favor, tanto él como el resto del gobierno se verán obligados a presentar su dimisión (arts. 112 y 114 CE). Asimismo, según dispone el artículo 113.2 CE, el mecanismo de la moción de censura constructiva, como enseguida veremos más detalladamente, se estructura en torno al nuevo candidato a presidente del gobierno, a quien, en su caso, se le otorga la confianza o se le retira.
6. La que tradicionalmente se ha considerado correlativa atribución al poder ejecutivo de disolución de las cámaras corresponde en exclusiva, de conformidad con el artículo 115.1 CE, al presidente del gobierno, quien la propondrá al Rey: "El presidente del gobierno, previa deliberación del consejo de ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey..."

Debemos por último añadir que la preeminencia que ha cobrado la figura del presidente del gobierno, rasgo común a los regímenes constitucionales europeos, se ha visto acentuada por factores sociológicos como la concentración de las campañas electorales en la personalidad de los candidatos a presidentes del gobierno, acrecentándose tal interés por el hecho de que la condición de líder del partido va unida a la de candidato. Asimismo, la práctica ha resultado determinante en la consolidación de tal preponderancia, dado que la realidad política que vivimos desde el año 1982 ha ido dibujando progresivamente un régimen de canciller.

El Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros. Los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno. Estudiaremos el procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno en el apartado siguiente de esta Lección, dedicado al Parlamento, en el marco de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo, que constituyen el pilar fundamental del sistema parlamentario de gobierno.

El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de los Ministros en su gestión. En todo caso, según detalla el artículo 2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, corresponde al Presidente del Gobierno:

- a) Representar al Gobierno.

- b) Establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la política interior y exterior y velar por su cumplimiento.
- c) Proponer al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales.
- d) Plantear ante el Congreso de los Diputados, previa deliberación del Consejo de Ministros, la cuestión de confianza.
- e) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, previa autorización del Congreso de los Diputados.
- f) Dirigir la política de defensa y ejercer respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la defensa nacional y de la organización militar.
- g) Convocar, presidir y fijar el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62.g) de la Constitución.
- h) Refrendar, en su caso, los actos del Rey y someterle, para su sanción, las leyes y demás normas con rango de ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 y 91 de la Constitución.
- i) Interponer el recurso de inconstitucionalidad.
- j) Crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo, le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno.
- k) Proponer al Rey el nombramiento y separación de los Vicepresidentes y de los Ministros.
- l) Resolver los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los diferentes Ministerios.
- m) Impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno.
- n) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución y las leyes.

Al Vicepresidente o Vicepresidentes, cuando existan, les corresponderá el ejercicio de las funciones que les encomiende el Presidente. El Vicepresidente que asuma la titularidad de un Departamento Ministerial ostentará, además, la condición de Ministro.

Los Ministros, como titulares de sus Departamentos, tienen competencia y responsabilidad en la esfera específica de su actuación, y les corresponde el ejercicio de las siguientes funciones (art. 4 de la Ley de Gobierno):

- a) Desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su Departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del Presidente del Gobierno.
- b) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento.
- c) Ejercer cuantas otras competencias les atribuyan las leyes, las normas de organización y funcionamiento del Gobierno y cualesquiera otras disposiciones.
- d) Refrendar, en su caso, los actos del Rey en materia de su competencia.

Además de los Ministros titulares de un Departamento, podrán existir Ministros sin cartera, a los que se les atribuirá la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales.

Al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde:

- a) Aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.
- b) Aprobar el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado.
- c) Aprobar los Reales Decretos-leyes y los Reales Decretos Legislativos.

- d) Acordar la negociación y firma de tratados internacionales, así como su aplicación provisional.
- e) Remitir los tratados internacionales a las Cortes Generales en los términos previstos en los artículos 94 y 96.2 de la Constitución.
- f) Declarar los estados de alarma y de excepción y proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio.
- g) Disponer la emisión de Deuda Pública o contraer crédito, cuando haya sido autorizado por una ley.
- h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan.
- i) Crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos Ministeriales.
- j) Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado.
- k) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición.

El Presidente del Gobierno convoca y preside las reuniones del Consejo de Ministros, actuando como Secretario el Ministro de la Presidencia. Las reuniones del Consejo de Ministros podrán tener carácter decisorio o deliberante. El orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros se fijará por el Presidente del Gobierno. De las sesiones del Consejo de Ministros se levantará acta en la que figurarán, exclusivamente, las circunstancias relativas al tiempo y lugar de su celebración, la relación de asistentes, los acuerdos adoptados y los informes presentados. A las reuniones del Consejo de Ministros podrán asistir los Secretarios de Estado cuando sean convocados. Las deliberaciones del Consejo de Ministros serán secretas.

La creación, modificación y supresión de las Comisiones Delegadas del Gobierno será acordada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, a propuesta del Presidente del Gobierno. Podrán ser convocados a las reuniones de las Comisiones Delegadas los titulares de aquellos otros órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado que se estime conveniente. Corresponde a las Comisiones Delegadas, como órganos colegiados del Gobierno:

- a) Examinar las cuestiones de carácter general que tengan relación con varios de los Departamentos Ministeriales que integren la Comisión.
- b) Estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios Ministerios, requieran la elaboración de una propuesta conjunta previa a su resolución por el Consejo de Ministros.
- c) Resolver los asuntos que, afectando a más de un Ministerio, no requieran ser elevados al Consejo de Ministros.
- d) Ejercer cualquier otra atribución que les confiera el ordenamiento jurídico o que les delegue el Consejo de Ministros.

Las deliberaciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno serán secretas.

Los Secretarios de Estado, que no tienen la consideración de miembros del Gobierno, sino de órganos de colaboración y apoyo del mismo, son órganos superiores de la Administración General del Estado, directamente responsables de la ejecución de la acción del Gobierno en un sector de actividad específica de un Departamento o de la Presidencia del Gobierno. Actúan bajo la dirección del titular del Departamento al que pertenezcan. Cuando estén adscritos a la Presidencia del Gobierno, actúan bajo la dirección del Presidente. Asimismo,

podrán ostentar por delegación expresa de sus respectivos Ministros la representación de éstos en materias propias de su competencia, incluidas aquellas con proyección internacional, sin perjuicio, en todo caso, de las normas que rigen las relaciones de España con otros Estados y con las Organizaciones internacionales. Las competencias de los Secretarios de Estado son las que se determinan en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

La Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios estará integrada por los titulares de las Secretarías de Estado y por los Subsecretarios de los distintos Departamentos Ministeriales. La Presidencia de dicha Comisión General corresponde a un Vicepresidente del Gobierno o, en su defecto, al Ministro de la Presidencia. La Secretaría de la Comisión será ejercida por quien se determine reglamentariamente. Las reuniones de la Comisión tienen carácter preparatorio de las sesiones del Consejo de Ministros. En ningún caso la Comisión podrá adoptar decisiones o acuerdos por delegación del Gobierno. Todos los asuntos que vayan a someterse a aprobación del Consejo de Ministros deben ser examinados por la Comisión, excepto aquellos que se determinen por las normas de funcionamiento de aquél.

El Secretariado del Gobierno, como órgano de apoyo del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, ejercerá las siguientes funciones:

- a) La asistencia al Ministro-Secretario del Consejo de Ministros.
- b) La remisión de las convocatorias a los diferentes miembros de los órganos colegiados anteriormente enumerados.
- c) La colaboración con las Secretarías Técnicas de las Comisiones Delegadas del Gobierno.
- d) El archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones.
- e) Velar por la correcta y fiel publicación de las disposiciones y normas emanadas del Gobierno que deban insertarse en el Boletín Oficial del Estado.

El Secretariado del Gobierno se integra en la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia.

Los Gabinetes son órganos de apoyo político y técnico del Presidente del Gobierno, de los Vicepresidentes, de los Ministros y de los Secretarios de Estado. Los miembros de los Gabinetes realizan tareas de confianza y asesoramiento especial sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ella. Particularmente les prestan su apoyo en el desarrollo de su labor política, en el cumplimiento de las tareas de carácter parlamentario y en sus relaciones con las instituciones y la organización administrativa. A los Directores, Subdirectores y demás miembros de estos Gabinetes les corresponde el nivel orgánico que reglamentariamente se determine. El número y las retribuciones de los miembros del Gabinete se determinan por el Consejo de Ministros dentro de las consignaciones presupuestarias establecidas al efecto adecuándose, en todo caso, a las retribuciones de la Administración General del Estado.

Como antes decíamos, las funciones del Gobierno vienen enumeradas en el artículo 97 de la Constitución y en el artículo 1 de la Ley de Gobierno. Una de las concreciones más relevantes de la función de dirección política es la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno. Así, el Gobierno ejerce la iniciativa legislativa prevista en los artículos 87 y 88 de la Constitución mediante la elaboración, aprobación y posterior remisión de los proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se inicia en el ministerio o

ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica. El titular del Departamento proponente elevará el Anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos. Una vez cumplidos los trámites a que se refiere el apartado anterior, el titular del Departamento proponente someterá el Anteproyecto, de nuevo, al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompañándolo de una Exposición de Motivos y de la Memoria y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él. Cuando razones de urgencia así lo aconsejen, el Consejo de Ministros podrá prescindir de los trámites de consultas, dictámenes e informes, salvo los que tengan carácter preceptivo, y acordar la aprobación de un proyecto de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes. Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía:

- 1) Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.
- 2) Disposiciones aprobadas por orden ministerial.

Ningún reglamento podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior.

Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado.

La elaboración de los reglamentos se ajusta al procedimiento establecido en el artículo 24 de la Ley de Gobierno:

- a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.
- b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previos preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.
- c) En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.
- d) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento

escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

- e) Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.
- f) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).
- g) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.
- h) Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.

En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos. Será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación. Como veremos con detalle en el siguiente epígrafe, dedicado al Parlamento, todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales. Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la Ley de Gobierno son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos que establece la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: “Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente” (art. 43).

4. El Parlamento

En el Título III de la Constitución (en adelante, CE) se regula la institución del parlamento, que se organiza en dos cámaras con poderes desiguales.⁹⁹ De conformidad con el artículo 66.1 CE, “Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.” Los miembros de ambas cámaras son elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, por lo que se erigen en el único órgano titular de poder estatal dotado de legitimación democrática directa. En palabras de Solé Tura y Aparicio Pérez, “según la Constitución, sólo las Cortes Generales *representan al pueblo*

⁹⁹ El texto de este capítulo ha sido parcialmente extraído y actualizado a partir de la monografía ELÍAS MÉNDEZ, C., *La moción de censura en España y Alemania (Estado, Länder y Comunidades Autónomas)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005.

español, directamente, sin instituciones intermedias. De ahí se puede concluir que las Cortes Generales son el órgano supremo del Estado, la expresión institucional de la soberanía del pueblo."¹⁰⁰

A pesar de esta relevante singularidad, y de que las Cortes representan por mandato constitucional al pueblo español, el papel que desempeña el Parlamento no resulta tan efectivo o determinante como el que hemos visto corresponde al Gobierno de la nación. Estos mismos autores, siguiendo a Manzella, describen como "la Constitución de 1978 ha abandonado el mito de la soberanía parlamentaria y ha construido [...] un sistema equilibrado de poderes, sistema en el que el papel del parlamento es central, pero no omnicompreensivo". Esta aseveración constituye solamente un enunciado de partida, ya que, "como en todo, de poco sirven las grandes afirmaciones de principio. Lo importante es examinar qué hacen las Cortes Generales, cuáles son sus funciones y cuáles sus relaciones con las demás instituciones del Estado." Tras un minucioso estudio de todos estos aspectos, concluirán que "(L)as Cortes Generales aparecen ... como un órgano fundamental de nuestro sistema constitucional, pero también como un órgano limitado y mediatizado, subordinado de hecho a la lógica de un régimen de primer ministro."¹⁰¹ No en vano nos hemos referido ya en el apartado anterior a la preeminencia que en el régimen vigente ha adquirido el Gobierno, con especial protagonismo de su presidente.

Las Cortes Generales están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. Actualmente, el número de diputados está fijado en 350. La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla están representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuye el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial de dos diputados a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población. La elección se verifica en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional. El Congreso es elegido por cuatro años, de modo que el mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara. Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. Las elecciones tienen lugar entre los treinta y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones (art. 68 CE).

El Senado es la Cámara de representación territorial. En cada provincia se eligen cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas. Estos senadores reciben el nombre de senadores electos. En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituye una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores - Gran Canaria, Mallorca y Tenerife- y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma. Las poblaciones de Ceuta y Melilla eligen cada una de ellas dos Senadores. Las Comunidades Autónomas designan además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. Estos Senadores reciben el nombre de Senadores designados. La designación corresponde a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que

¹⁰⁰ SOLÉ TURA, J. y APARICIO PÉREZ, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Temas Clave, Tecnos, Madrid, 1984, p. 182.

¹⁰¹ *Ibidem*, ps. 183, 184 y 302.

asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional. Al igual que el Congreso, el Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara (art. 69 CE).

Los miembros de las Cortes Generales no están ligados por mandato imperativo. Nadie puede ser miembro de las dos Cámaras simultáneamente, ni acumular el acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Diputado al Congreso. La ley electoral determina las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprende, en todo caso: a los componentes del Tribunal Constitucional; a los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno; al Defensor del Pueblo; a los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo; a los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo; y a los miembros de las Juntas Electorales.

Los Diputados y Senadores gozan de una serie de prerrogativas a fin de posibilitar el libre ejercicio de la función parlamentaria. Se trata de un conjunto de medidas cuyo sentido original era el de proteger a los parlamentarios de posibles presiones del ejecutivo y que, según opinión generalizada, podrían haber perdido su sentido en un consolidado régimen democrático, resultando por tanto susceptibles de diversos abusos.¹⁰² Así, los parlamentarios gozan de inviolabilidad, y por tanto no puede exigírseles responsabilidad, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozan asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (aforamiento). Por último, los Diputados y Senadores perciben una asignación fijada por las respectivas Cámaras (art. 71 CE).

Detengámonos ahora en las funciones que se atribuyen a las Cortes Generales, que son las clásicas que corresponden a un parlamento, entre las que destaca la potestad legislativa del Estado, la aprobación de los presupuestos y el control de la acción del gobierno, amén del resto de competencias que la Constitución les confiere (art. 66.2 CE).

Con respecto a la función legislativa o de elaboración de las leyes, se trata de un proceso que se desarrolla en distintas etapas en función del tipo de ley que se trate. En el procedimiento ordinario, la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado (art. 87 CE). Las Asambleas legislativas de las CCAA pueden solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley. Para la presentación de una iniciativa legislativa popular, posibilidad que ha sido desarrollada por la Ley orgánica 3/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley Orgánica 4/2006, de 26 mayo, se requieren un mínimo de 500.000 firmas acreditadas. No procede la iniciativa popular en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

Los proyectos y proposiciones de ley se tramitan ante el Congreso de los Diputados y en el Senado. Los Reglamentos de las Cámaras regulan el detalle de los distintos procedimientos legislativo. En el plazo de dos meses desde la recepción del texto, la Cámara alta, mediante mayoría absoluta, puede oponer veto al proyecto que recibe del Congreso o introducir enmiendas al mismo. El Congreso puede en todo caso levantar el veto de forma inmediata

¹⁰² Así, TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Universidad Complutense de Madrid, 3ª ed., Madrid, 2010, ps. 412-415. En el mismo sentido, Montilla Martos, J.A., “Las Cortes Generales”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, ps. 463-466.

mediante mayoría absoluta o, una vez transcurridos dos meses, mediante mayoría simple (art. 90 CE). La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas requiere mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto. En los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o el Congreso de los Diputados, el Senado únicamente dispone de veinte días naturales para vetar o enmendar el proyecto procedente del Congreso. El último trámite del procedimiento legislativo es la sanción y promulgación de la ley (art. 91 CE). El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación. La sanción por el Rey se materializa en la firma del monarca que va acompañada, como sabemos, del referendo o contrafirma del Presidente del Gobierno y de la fórmula “Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta ley” (promulgación). La publicación de la ley permite a los poderes públicos y a los ciudadanos conocer, y por tanto cumplir, la nueva norma aprobada.

La función presupuestaria se encuentra estrechamente unida al origen del Parlamento como Cámara de representación de una emergente burguesía que cambiaba dinero por poder político frente al poder en declive del monarca. De conformidad con la vigente regulación, el proyecto de Presupuestos Generales del Estado es elaborado por el Gobierno, correspondiendo a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requiere la conformidad del Gobierno para su tramitación. Los Presupuestos se elaboran para cada año natural e incluyen la totalidad de gastos e ingresos del sector público estatal (art. 134 CE). El Gobierno debe presentar ante el Congreso los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior, prorrogándose automáticamente los mismos si no se logra aprobar la Ley de Presupuestos antes del primer día del ejercicio económico correspondiente. Una vez aprobados los presupuestos, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.

Por último, con respecto a la función de control, recordemos en primer lugar que el control por las cámaras parlamentarias de la acción del gobierno, responsable políticamente ante el parlamento, constituye la clave de bóveda del sistema parlamentario de gobierno. La necesaria confianza que debe existir entre parlamento y gobierno determina la relación entre estas dos instituciones. Las conexiones entre el gobierno y las Cortes Generales articulan, por tanto, el funcionamiento concreto del sistema parlamentario español, dedicándose a la regulación de tales relaciones un Título específico de la Carta magna, el Título V.

Los conceptos de control parlamentario y responsabilidad política requieren alguna precisión en orden a su comprensión, pues, si bien se trata de dos nociones interrelacionadas, la determinación del grado de conexión entre ambas, así como su definición, dependen en gran medida de los aspectos sobre los que cada sector de la doctrina haga hincapié, así como que se tenga más o menos presente la práctica parlamentaria.

En términos generales cabe afirmar – superando la concepción que sostiene que el control parlamentario únicamente se refiere a aquellos supuestos que culminen con una sanción jurídica concreta - que éste consiste en la actividad de "fiscalización ordinaria de los actos del gobierno por parte del parlamento". En este sentido, el control parlamentario abarca todas las iniciativas de las cámaras tendentes a verificar la actuación gubernamental y que la actuación del gobierno se ajuste a lo previsto en el programa político propuesto, comprobando la adecuación de la misma a los parámetros de la relación de confianza establecida con el acto de investidura.

Responde el control parlamentario a lo previsto en el ya mencionado artículo 66.2 de la Constitución, en cuanto corresponde a las Cortes Generales controlar la acción del gobierno. Tanto el Congreso de los Diputados como el Senado intervienen, por tanto, en el control parlamentario, que se regula en una parte de los artículos del Título V de la Carta magna y que se lleva a cabo a través de tres mecanismos principales: las preguntas, las interpelaciones (art. 111 CE) y las comisiones de investigación (art. 76 CE), instrumentos a los que se puede añadir las mociones o proposiciones no de ley - no recogidas en la Constitución, pero sí en el Reglamento del Congreso de los Diputados - y la solicitud de información y de presencia de los miembros del gobierno (arts. 109 y 110 CE).

Según la definición de Sánchez González, Mellado Prado y Goig Martín, "(l)as mociones, a las que el Reglamento del Congreso denomina proposiciones no de ley, son actos de control en virtud de los cuales los grupos parlamentarios formulan propuestas de resolución a la cámara. Deben presentarse por escrito ante la mesa de la cámara correspondiente y pueden tramitarse ante el pleno o en la Comisión competente en función de la voluntad manifestada por el grupo proponente y de la importancia del tema objeto de la proposición (art. 194.1 RC). Las mociones o proposiciones no de ley dan lugar a un debate en el que intervienen, tras el grupo proponente, un representante de cada uno de los grupos parlamentarios presentes en la cámara. Este debate se cierra con una votación mediante la cual la cámara admite o no la propuesta contenida en la moción (art. 195 RC)."¹⁰³ Se caracterizan, por tanto, por su sentido constructivo, en tanto que no se centran en cuestionar la política del gobierno, sino en hacer prosperar una determinada iniciativa.

Resalta Pérez Royo cómo el control parlamentario se desarrolla esencialmente entre el gobierno y la oposición ("es el mecanismo a través del cual el gobierno y su mayoría parlamentaria se enfrentan cotidianamente con la oposición ante la mirada de la opinión pública"),¹⁰⁴ aportando Vírjala Foruria en cambio un matiz distinto a la comprensión del control parlamentario. Subraya este autor que el control parlamentario es "susceptible de producir consecuencias diversas, y entre ellas la de la exigencia de la responsabilidad política del gobierno". En la actividad de control del gobierno por las Cortes Generales comprende Vírjala las actuaciones tanto de la mayoría parlamentaria como de la oposición, pues ambas recurren a los instrumentos de control aunque con intenciones o propósitos diversos. "En el parlamento, tanto la mayoría como la oposición controlan la actividad del ejecutivo, con intensidad y objetivos diferentes, pero tanto una como otra extraen de tal control las consecuencias que consideran más convenientes y que pueden consistir en no realizar acción alguna, en apoyar al gobierno, en denunciarlo públicamente y, en escasas ocasiones, en ejercer la responsabilidad política."¹⁰⁵ Los mismos instrumentos de control pueden, por tanto, ser utilizados para resaltar los aspectos positivos de las intervenciones del gobierno o de sus miembros ante la opinión pública, si los ejerce la mayoría parlamentaria que apoya al ejecutivo, o con la opuesta finalidad de poner de relieve posibles desviaciones, irregularidades o una mala gestión del gobierno en un asunto concreto, propósito que perseguirá la oposición parlamentaria.

En cambio, la responsabilidad política constituye una institución diferenciada que no debe confundirse con el control parlamentario. Buena parte de la doctrina entiende que la

¹⁰³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., MELLADO PRADO, P. y GOIG MARTÍN, J. M., *La democracia constitucional española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 176.

¹⁰⁴ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 571.

¹⁰⁵ VÍRGALA FORURIA, E., *La moción de censura en la Constitución de 1978 (y en la historia del parlamentarismo español)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 199.

responsabilidad política integra una subcategoría dentro del más amplio concepto del control de la acción de gobierno, suponiendo la consecuencia jurídica a la que puede llevar el ejercicio del control parlamentario cuando da como resultado la voluntad del parlamento de retirar la confianza al gobierno, con lo que éste se verá obligado a dimitir: "El concepto de control es, pues, un concepto más amplio que el de responsabilidad política: mientras que la exigencia de responsabilidad política supone siempre un control, no todo control implica la deducción de una responsabilidad política."¹⁰⁶

Afirma el artículo 108 de nuestra Constitución que "(el) gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados." Si el control parlamentario se ejercía indistintamente por ambas cámaras, la institución jurídica de la responsabilidad política podrá, en cambio, únicamente ejecutarse por la cámara baja. El citado precepto pone de relieve el bicameralismo imperfecto que caracteriza nuestro sistema, que determina la canalización de la exigencia de responsabilidad política del gobierno por el parlamento fundamentalmente a través del Congreso de los Diputados.

Podría pensarse que el carácter excepcional y trascendente que singulariza a la institución de la responsabilidad política frente al control general de la acción de gobierno convierte a la primera en el más decisivo e importante instrumento de control. Si bien la regulación constitucional transmite en efecto a los instrumentos de control parlamentario un carácter sencillo, no debe olvidarse que "no es cada acto de control lo que cuenta, sino el ejercicio continuado de la función lo que importa... Hay que tener presente... que son decenas de miles de veces las que esos mecanismos de control son activados a lo largo de una legislatura y que dicha repetición contumaz es lo que los convierte en unos instrumentos formidables de vigilancia de la acción de gobierno y de control democrático de la misma."¹⁰⁷

Similar parecer comparte Álvarez Conde, quien distingue – como antes veíamos - dentro de la función de control político entre el "control-fiscalización", término con el que se designan aquellas modalidades de control que no implican necesariamente la dimisión del gobierno ante el parlamento, y el "control-responsabilidad", clase de control que comporta la sanción jurídico-política de la dimisión del gobierno. La trascendencia del control-fiscalización se fundamenta en que la conjunción de la racionalización de la vida parlamentaria con el principio de estabilidad gubernamental no prima tanto las formas de control que tratan de derribar al gobierno, sino aquéllas con las que se puede mantener constantemente bajo vigilancia la actuación del mismo.¹⁰⁸

Antes de adentrarnos en los concretos cauces de exigencia de responsabilidad política, conviene subrayar el principio que el ya mencionado artículo 108 de nuestra *lex legum* consagra: la responsabilidad política del gobierno ante el Congreso de los Diputados es una responsabilidad de carácter solidario, frente a la responsabilidad penal, que tiene carácter individual. Nuestra Constitución distingue ambos tipos de responsabilidad, la penal y la política, regulándose la responsabilidad penal en el artículo 102. El principio de responsabilidad colectiva significa que de las decisiones aprobadas en el Consejo de ministros responden todos los miembros del gobierno, además de que de las decisiones adoptadas por uno solo de sus miembros responde también el gobierno de forma solidaria.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., MELLADO PRADO, P. y GOIG MARTÍN, J. M., *La democracia constitucional española*, *op. cit.*, p. 172

¹⁰⁷ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 571.

¹⁰⁸ ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional (Los órganos constitucionales, El Estado autonómico)*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, ps. 161, 162 y 171.

Procedimientos de exigencia de responsabilidad política suelen considerarse la cuestión de confianza y la moción de censura. Si bien ninguno de los instrumentos queda exento de discusión en cuanto a su efectiva consideración como herramienta de control, más polémica aún resulta la concepción como tal del proceso de investidura del presidente del gobierno, aunque autores como Solé Tura y Aparicio Pérez no dudan en afirmar que el sentido profundo de esta institución no es otro que la función de control del parlamento sobre el ejecutivo. Veamos en este apartado muy sucintamente el proceso de investidura, la moción de censura, la cuestión de confianza y la posibilidad de disolución anticipada de las Cortes por el gobierno.

La relación de confianza entre las Cortes Generales y el gobierno se inicia ya en el proceso de designación de un candidato a presidente del gobierno: "Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del presidente del Congreso, propondrá un candidato a la presidencia del gobierno" (art. 99.1 CE). La ronda de consultas del jefe del Estado con los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria resulta, pues, preceptiva, y de tales conversaciones debe salir el candidato a presidente del gobierno. La finalidad de las consultas es que el monarca obtenga la información suficiente para poder proponer un candidato a la cámara que aglutine una mayoría que apoye su programa y su gobierno.

Según el ya mencionado artículo 99.2 CE, dicho candidato deberá exponer ante el Congreso de los Diputados el programa político del gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la cámara. El candidato propuesto, por tanto, para convertirse en presidente del gobierno deberá obtener la investidura expresa y previa del Congreso de los Diputados. La regla general es que, una vez concedida la citada confianza por la cámara baja, que habrá conferido al gobierno una "legitimidad de origen", dicha confianza se mantendrá mientras no se demuestre lo contrario, principio que garantiza la gobernabilidad. (Pérez Royo se refiere a la "legitimidad de origen", que confiere el parlamento al gobierno en el acto de la investidura, y a la "legitimidad de ejercicio", por cuanto el gobierno necesita el mantenimiento de dicha confianza del Congreso a lo largo de toda la legislatura.)

Se pone, así, pues, tempranamente de relieve en el momento de la investidura la relevancia que adquiere en la vida parlamentaria el grupo o grupos políticos que poseen la mayoría de escaños en las cámaras, mayoría adquirida en función del apoyo recibido del electorado. "En el sistema parlamentario democrático de gobierno – apuntan Molas y Pitarch -, una vez elegidos los componentes de la cámara, su primera responsabilidad es crear una mayoría. La mayoría está aglutinada en torno a algún o algunos líderes y se constituye para realizar un programa, o un agregado de programas, que permitan una acción de gobierno... La primera responsabilidad, pues, cronológicamente, es crear una mayoría aglutinada en torno a un programa y dirigida por un líder. Este primer acto se efectúa con la investidura de un candidato a presidente del gobierno, quien resultará elegido si la persona y el programa político que presenta obtienen el apoyo de la mayoría."¹⁰⁹

La cuestión de confianza es una institución clásica del Derecho parlamentario que permite, como decíamos, la exigencia de responsabilidad política, si bien se singulariza porque la iniciativa corresponde en este caso al Ejecutivo. Se trata de un mecanismo que permitirá al

¹⁰⁹ MOLAS, I. y PITARCH, I. E., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, op. cit., p. 14.

Presidente del Gobierno comprobar si continúa teniendo la confianza que el Congreso de los Diputados le otorgó en la investidura. Si este es el caso, la puesta de relieve de que sigue existiendo la relación fiduciaria reforzará la gestión del Ejecutivo. En caso contrario, la evidencia de la ruptura del vínculo básico de confianza entre el Parlamento y el Gobierno conducirá necesariamente a la dimisión del Presidente del Gobierno y del Gobierno formado por él. La singularidad de la cuestión como instrumento de exigencia de responsabilidad política en manos del Ejecutivo determina que las potenciales finalidades de su uso se amplíen, posibilitando al Gobierno no sólo que compruebe el respaldo parlamentario con el que cuenta para cumplir su programa, para rehacerlo, para actualizarlo o para sustituirlo,¹¹⁰ sino también para utilizarlo como medida de presión frente a un Parlamento que esté dificultando la labor de dirección política del Gobierno.

La actual regulación de la Constitución de 1978 en sus artículos 112 y 114.1, desarrollado por los artículos 173 y 174 del vigente Reglamento del Congreso de los Diputados, supone la primera regulación de la cuestión de confianza en el nivel constitucional y trae causa de precedentes históricos españoles y también de la Ley Fundamental de Bonn, de la Constitución de la V República francesa y de la vigente Constitución italiana.¹¹¹

La propuesta de la cuestión de confianza corresponde al Presidente del Gobierno, a quien el art. 112.1 CE impone no obstante la previa deliberación en el Consejo de Ministros. La presentación de la cuestión supone pues una decisión unilateral del Presidente del Gobierno, ya que ha sido el Presidente quien ha recabado la confianza del Congreso en la sesión de investidura mediante la exposición del programa político del Gobierno que pretende formar. Sin embargo, dada la trascendencia del acto de presentación de la cuestión, que puede comprometer la continuidad del Gobierno, se le impone al Presidente la obligación de deliberación previa en el Consejo de Ministros, cuyo apoyo contribuirá en su caso además a que la presentación de la cuestión goce de mejores perspectivas en cuanto al respaldo que vaya a encontrar en la Cámara Baja. Cobra especial sentido este requisito si consideramos que la pérdida de la cuestión afectará tanto al Presidente como a todos sus Ministros, obligados a dimitir (art. 114.2 CE). Especialmente en caso de un Gobierno de coalición resulta por tanto coherente que el Presidente plantee sus intenciones en el Consejo de Ministros. Aunque la última palabra reside en el propio Presidente, quien no queda vinculado por el resultado de la deliberación, dado que es él, al fin y al cabo, el único depositario de la confianza del Congreso y por tanto el único que puede decidir someterse de nuevo a su aprobación.

La cuestión se plantea exclusivamente ante el Congreso de los Diputados. Dado que la Constitución, que opta con claridad por un bicameralismo imperfecto, hace responsable únicamente al Congreso de la investidura del Presidente del Gobierno (art. 99 CE), y sólo al Congreso corresponde plantear y dirimir una moción de censura, también la cuestión de confianza, a pesar de algunas de las propuestas de la etapa constituyente, se planteará exclusivamente ante el Congreso. Esta redacción final del precepto es pues adecuada al objeto de la cuestión de confianza, que puede ser planteada en el supuesto constitucional exclusivamente sobre el programa del Presidente del Gobierno o sobre una declaración de política general (art. 112 CE y 173 RC).

¹¹⁰ OLLERO, C., *Derecho y Teoría Política en el proceso constituyente español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

¹¹¹ GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *La cuestión de confianza*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

Como subraya González-Trevijano,¹¹² la confianza no se plantea pues directamente sobre la idoneidad del Presidente y su Gobierno, sino también sobre dos supuestos objetivos que complementan el factor subjetivo de la cuestión. La mención expresa de la posibilidad de plantear la cuestión sobre el programa político del Gobierno o sobre una declaración de política general excluye por tanto una tercera posibilidad: la presentación de la cuestión sobre un proyecto legislativo concreto o sobre parte del mismo. De modo que en la regulación constitucional de la confianza, al contrario del modelo francés, prima la generalidad y se impide la posibilidad de presentación de la cuestión sobre proyectos de ley o aspectos concretos. Puesto que la opción constitucional finalmente iba a ser por la mayoría simple como mayoría suficiente para la aprobación de la cuestión, resulta lógico que no quepa plantear la cuestión sobre un tema concreto, pues supondría otorgar un excesivo poder al Ejecutivo, que podría utilizar la “amenaza de suicidio” que supone la cuestión,¹¹³ como un chantaje para lograr el apoyo parlamentario a iniciativas legislativas carentes de respaldo de la Cámara. Con el agravante de que implicaría la aprobación de textos legislativos sin tramitación parlamentaria ulterior.¹¹⁴ Se pretende así evitar el abuso por parte del poder ejecutivo de la cuestión de confianza y desequilibrar en exceso el juego entre el Ejecutivo y el Legislativo en detrimento de este último.¹¹⁵ Al fin y al cabo la cuestión puede resultar un arma del Ejecutivo para presionar al Parlamento, amenazado con la dimisión del Gobierno si no logra el respaldo necesario para sus objetivos. Otra cosa es que la generalidad de los términos permita incluir políticamente la referencia a un determinado proyecto de ley, ratificación de un tratado internacional, orientación concreta de una determinada política, etc.¹¹⁶

En cuanto al primero de los supuestos objetivos, la alusión del art. 112.1 CE al programa del Presidente del Gobierno debe entenderse referida al programa que presentó el Presidente en el acto de investidura ante el Congreso de los Diputados (art. 99.2 CE), y que al presentar la cuestión de confianza decide someter de nuevo a la Cámara, sea para revalidar el apoyo a su contenido en su día recibido, sea para que el Presidente plantee una modificación del mismo, utilizando la cuestión de confianza para lograr el respaldo de la Cámara a la nueva orientación política. En este supuesto cobraría especial sentido el recurso a la cuestión de confianza, dado que el sistema parlamentario aspira a que el Presidente gobierne en función de la voluntad del legislativo, y deberá efectivamente consultarle si decide cambiar de forma significativa sus objetivos de gobierno. El concepto de programa de gobierno abarca un contenido amplio, referido a todos los aspectos de dirección política que al Gobierno corresponden, y que ha quedado fijado en la investidura, dos rasgos que caracterizan este supuesto. La “declaración de política general” supone en cambio la posibilidad de recabar la confianza de la Cámara sobre un aspecto algo más concreto que un programa, aunque los constituyentes insistieran –innecesariamente según algunos autores– en su carácter “general” a fin de enfatizar la exclusión de la cuestión sobre proyectos legislativos concretos.

¹¹² *Ibidem*, pág. 124.

¹¹³ BLONDEL, J., “Introducción al estudio comparativo de los Gobiernos”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1972.

¹¹⁴ ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional...*, *op. cit.*

¹¹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1981, pág. 75.

¹¹⁶ MONTILLA MARTOS, J. A., “Las relaciones entre las Cortes y el Gobierno”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, ps. 537-539.

Como ya hemos mencionado, y a pesar de la primera redacción del anteproyecto constitucional y de los debates constituyentes, se optó en la fase en el Senado por la supresión de la exigencia de la mayoría absoluta. Además de la paradoja que hubiera podido suponer la exigencia de una mayoría más alta para la aprobación de una cuestión de confianza que para lograr la investidura del Presidente del Gobierno (art. 99.3 CE), obstáculo que en todo caso hubiera podido ser salvado mediante la exigencia de la misma mayoría con que se hubiere obtenido la investidura en cada caso, la limitación de la exigencia a la mayoría simple contribuye a facilitar a un gobierno en crisis, que plantea la cuestión como instrumento para poner de relieve el mantenimiento de la confianza, la permanencia en el poder, contribuyendo así a la estabilidad gubernamental. La reflexión inversa supone que un Gobierno que cuenta con sólo un escaso apoyo en el Parlamento puede recurrir a la cuestión para salvar una crisis y mantenerse a pesar de la misma en el poder, resultando por tanto la cuestión ineficaz para la resolución de la situación de indefinición.

La cuestión de confianza debe presentarse mediante un escrito motivado del Presidente del Gobierno ante la Mesa del Congreso, acompañado de la certificación del Consejo de Ministros que acredite que se ha deliberado efectivamente sobre la presentación de la cuestión (art. 174.1 RC). No corresponde a la Mesa valorar la oportunidad de la presentación, sino que debe admitir y dar cauce a la cuestión que cumpla los requisitos formales. Una vez admitido el escrito de la cuestión por la Mesa, la Presidencia debe dar cuenta del mismo a la Junta de Portavoces, convocando el Pleno (art. 174.2 RC).

La presentación de la cuestión no implica ningún efecto jurídico previsto expresamente en la Constitución. A diferencia de la regulación de la moción de censura (art. 115.2 CE), no supone automáticamente la prohibición de disolución, si bien sería apropiada tal restricción desde un punto de vista de buena práctica política. Una vez tomada por el Presidente del Gobierno la decisión de plantear una cuestión de confianza, debe esperar a que el Congreso se pronuncie, facilitando la libre expresión de la voluntad de la Cámara.¹¹⁷

El debate se desarrolla conforme a las mismas reglas que el debate de investidura, correspondiendo al Presidente del Gobierno y, en su caso, a los miembros del mismo, las intervenciones allí establecidas para el candidato (art. 174.3 RC).

Una vez finalizado el debate, la propuesta de confianza será sometida a votación, siempre y cuando hayan transcurrido un mínimo de veinticuatro horas desde la presentación de la cuestión (art. 174.4 RC). Se introduce así un plazo de enfriamiento, no tan largo como en el caso de la moción de censura, pero igualmente destinado a racionalizar la tramitación de este mecanismo de exigencia de responsabilidad política, evitando precipitaciones. Este plazo resulta fácil de respetar debido a la necesaria celebración de un debate, que dilata la tramitación, como fue el caso tanto en el 80 como en el 90. La votación sobre la cuestión se producirá en el momento que previamente haya anunciado la Presidencia de la Cámara (art. 174.4 RC). Será una votación pública por llamamiento, al igual que en el caso de la votación de investidura y de la moción de censura, a fin de responsabilizar a los Diputados del voto que emitan, de enorme trascendencia por su repercusión sobre la continuidad del Gobierno, pero también en especial desde la perspectiva de una cuestión de confianza que aspira a evidenciar los apoyos parlamentarios al ejecutivo (art. 85.2 RC). Como ya hemos comentado, la confianza se entiende otorgada cuando obtenga el voto de la mayoría simple de los

¹¹⁷ MELLADO PRADO, P., *La responsabilidad política del Gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1988, pág. 254.

Diputados (arts. 112 CE y 174.5 RC). Cualquiera que sea el resultado de la votación, el Presidente del Congreso lo comunicará al Rey y al Presidente del Gobierno (art. 174.6 RC). Los efectos jurídicos de la cuestión de confianza se recogen en el artículo 114.1 CE. La pérdida de la votación de la cuestión en el Congreso lleva aparejada la dimisión del Presidente del Gobierno y con él de todo su Gobierno, supuesto que no se ha producido todavía en nuestra práctica constitucional. El Gobierno presenta su dimisión al Rey, quedando como Gobierno en funciones hasta que tiene lugar de nuevo el proceso de investidura, del que saldrá el nuevo Presidente que formará un nuevo gabinete. Entendemos con Álvarez Conde que queda descartada la posibilidad de que el Presidente del Gobierno en funciones recurra en este momento al derecho de disolución (art. 115 CE), pues aunque no se excluya expresamente supondría un fraude a la previsión del art. 114.1 CE.¹¹⁸

El efecto jurídico y político de la pérdida de la votación es por tanto claro. Más controvertido y supeditado a las circunstancias coyunturales es el efecto político del resultado favorable de la votación en una cuestión de confianza. De ello resultan buenos ejemplos las dos prácticas aplicativas de la cuestión de confianza con que contamos hasta el momento en la etapa posterior a 1978.

La institución de la moción de censura se recoge en el artículo 113 de la Constitución. La principal característica de la moción de censura en el ordenamiento español es su carácter constructivo, cuyo precedente es el arquetipo alemán. Frente a la regulación alemana de la moción de censura constructiva, dirigida directa y explícitamente contra el canciller federal, contrasta en primer lugar que la exigencia de la responsabilidad política en el caso español se refiere al gobierno en su conjunto, aunque más adelante veremos cómo en todo caso el debate y la votación van a centrarse predominantemente en la figura del candidato a presidente del gobierno propuesto. El artículo 113 CE contiene una serie de requisitos formales acordes con la racionalización de la institución. Así, destaca en primer lugar la exigencia de un número mínimo de proponentes, en concreto, la décima parte de los diputados, que en la actualidad equivale a treinta y cinco diputados, requisito éste tradicional en el proceso de racionalización que persigue evitar la posibilidad de que miembros aislados de la cámara parlamentaria alteren el funcionamiento ordinario de las instituciones. La moción de censura deberá, por tanto, contar incluso desde el momento de su formulación de un apoyo estimable.

El segundo requisito que constitucionalmente se establece es el que, directamente importado de la Ley Fundamental de Bonn, le confiere el carácter de constructiva, pues la proposición de la moción necesariamente habrá de incluir la designación de un candidato a la presidencia del gobierno. El artículo 175.2 del Reglamento del Congreso añade y matiza que se tratará de un candidato “que haya aceptado la candidatura”. La peculiaridad de la moción de censura constructiva estriba, como han escrito Montero Gibert y García Morillo, en que aún en un solo acto dos procesos de naturaleza y contenido diferentes, como son la censura y la investidura,¹¹⁹ convirtiéndose aquélla en una “forma extraordinaria de investidura del presidente del gobierno entre dos procesos electorales”.¹²⁰ En efecto, el mecanismo constructivo obliga a las fuerzas parlamentarias no sólo a unirse para expresar su desaprobación al gobierno, sino que impone adicionalmente como requisito imprescindible y previo el consenso entre los disconformes con las políticas del gobierno sobre el candidato alternativo, que, en caso de prosperar la moción, será investido presidente del gobierno. La

¹¹⁸ ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional.*, op. cit., págs. 174 y 175.

¹¹⁹ MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, op. cit., p. 161.

¹²⁰ SOLÉ TURA, J. y APARICIO PÉREZ, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, op. cit., p. 212.

distorsión que ello introduce en el normal funcionamiento del sistema parlamentario ha despertado importantes críticas.

El tercer requisito para la presentación de la censura figura en el artículo 175.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, el cual determina que “la moción de censura deberá ser propuesta, (...), en escrito motivado.” La necesidad de fundamentar el por qué de la presentación de la moción - independientemente de su exigencia en el citado Reglamento - ha parecido a la mayoría de la doctrina evidente, considerando por tanto criticable su exclusión del tenor constitucional. Tal exigencia se inscribe, al igual que el mínimo de proponentes y al contrario que en el carácter constructivo, entre los tradicionales requisitos que acompañan a la presentación de la moción.

Como razón que justifique la imposición de motivación de la moción destaca, principalmente, la conveniencia o necesidad en un régimen democrático de que no sólo los políticos, sino igualmente los ciudadanos conozcan las causas de la moción, de conformidad con los principios de claridad, transparencia y publicidad que deben singularizar la vida parlamentaria. Además, la exigencia de fundamentación coadyuva a dificultar la presentación de la motivación, por cuanto supone un aspecto más sobre el que deben ponerse de acuerdo los promotores de la moción.

A tenor del artículo 176.1 RC, “(l)a mesa del Congreso, tras comprobar que la moción de censura reúne los requisitos señalados en el artículo anterior, la admitirá a trámite, dando cuenta de su tramitación al presidente del gobierno y a los portavoces de los grupos parlamentarios”. A la mesa del Congreso, por tanto, entidad a la que, como hemos antes indicado, debe ir dirigido el escrito motivado de presentación de la moción de censura, corresponde la comprobación de que éste reúne los requisitos preceptivos. Cabe destacar que la mesa del Congreso no posee discrecionalidad alguna en este proceso en cuanto a la oportunidad o en cuanto al fondo de la moción; su tarea se restringe a la comprobación de la concurrencia de los requisitos y, en caso de que así sea, se encuentra obligada a admitir a trámite la moción de censura.

A continuación, la mesa del Congreso debe dar cuenta al presidente del gobierno y a la junta de portavoces de la admisión de la moción. A partir de ese momento entra en juego el artículo 115.2 CE, que impide al presidente del gobierno proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales cuando esté en trámite una moción de censura. De otro modo, se impediría el procedimiento de exigencia de responsabilidad política.

La Constitución impone un plazo de enfriamiento o reflexión de cinco días entre la presentación de la moción y su votación. Esta regulación es deudora del texto de la Constitución española de 1931. El artículo 64.3 de la Constitución de la segunda república prescribía que la proposición del voto de censura debía ser comunicada a todos los diputados y no podía ser discutida ni votada hasta pasados cinco días desde su presentación. Este plazo contrasta respecto al modelo alemán por su amplitud; recordemos que la Ley Fundamental de Bonn exige únicamente el transcurso de cuarenta y ocho horas, suficiente ya, según opina la generalidad de la doctrina, para cumplir la finalidad perseguida: evitar la precipitación en la votación. La imposición de un plazo de enfriamiento se considera redundante respecto del carácter constructivo de la moción, puesto que el imperativo de otorgar la confianza a un candidato alternativo implica una minuciosa meditación al respecto, lo que ha provocado la crítica respecto a la excesiva duración del plazo de reflexión.

Respecto al cómputo concreto del plazo, el texto constitucional no especifica si se trata de cinco días naturales o hábiles. Es preciso, por tanto, tener en cuenta las disposiciones del Reglamento de la cámara baja, cuyo artículo 177.4 establece que: “La moción o mociones de

censura serán sometidas a votación a la hora que previamente haya sido anunciada por la presidencia y que no podrá ser anterior al transcurso de cinco días desde la presentación de la primera en el Registro General”, añadiendo el artículo 90.1 RC que, salvo disposición en contrario, los plazos señalados por días en el Reglamento se computarán en días hábiles, lo que redundará en una dilatación aún mayor del lapso de tiempo destinado a serenar los ánimos parlamentarios.

Tras la disposición del preceptivo plazo de cinco días, el artículo 113.3 CE agrega que en los dos primeros días del mismo pueden presentarse mociones alternativas. Aunque existen discrepancias al respecto, se ha considerado como una de las finalidades de las mociones alternativas el dar la oportunidad al presidente del gobierno de presentar, ante la amenaza de la censura, el voto de confianza. Sin embargo, la regulación establecida por el artículo 176.2 del Reglamento del Congreso confirma que el principal objetivo de la previsión de las mociones alternativas consiste en poder canalizar el acuerdo de determinados diputados sobre la oportunidad de censurar al gobierno, aun con la voluntad de presentar un candidato diferente como potencial sustituto del presidente del gobierno:¹²¹ "Dentro de los dos días siguientes a la presentación de la moción de censura podrán presentarse mociones alternativas, que deberán reunir los mismos requisitos señalados en el apartado 2 del artículo anterior y estarán sometidos a los mismos trámites de admisión señalados en el apartado precedente."

Aunque no se prevé expresamente en el artículo 113 CE, no se pone en duda la conveniencia y necesidad de que la votación de la moción o mociones vaya precedida de un debate, acorde asimismo a la naturaleza y lógica parlamentaria. Así lo prevé el artículo 177, apartados 1 a 3 del Reglamento de la Cámara baja: "1. El debate se iniciará por la defensa de la moción de censura que, sin limitación de tiempo, efectúe uno de los Diputados firmantes de la misma. A continuación y también sin limitación de tiempo, podrá intervenir el candidato propuesto en la moción para la presidencia del gobierno, a efectos de exponer el programa político del gobierno que pretende formar.

2. Tras la interrupción decretada por la presidencia, podrá intervenir un representante de cada uno de los grupos parlamentarios de la cámara que lo solicite, por tiempo de treinta minutos. Todos los intervinientes tienen derecho a un turno de réplica o rectificación de diez minutos.

3. Si se hubiere presentado más de una moción de censura, el presidente de la cámara, oída la junta de portavoces, podrá acordar el debate conjunto de todas las incluidas en el orden del día (...)."

Puesto que ni constitucional ni reglamentariamente se establece ningún plazo de dilación para el comienzo del debate, éste podrá iniciarse cuando así lo fije el presidente del Congreso de los Diputados, que habrá convocado el pleno al efecto. (Prevé el artículo 54 RC que el pleno del Congreso será convocado por su presidente, por propia iniciativa o a solicitud, al menos, de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los miembros de la cámara.) No obstante, resultará sensato esperar el transcurso de los dos días en que se pueden presentar mociones de censura alternativas, a fin de evitar el desorden en la tramitación de la o las mismas.

Dado que la presentación de la moción de censura supone la apertura de un lapso temporal de incertidumbre y expectación, se ha señalado que convendría paralizar el resto de actividad parlamentaria y concentrar todos los esfuerzos en la pronta resolución de la exigencia de la

¹²¹ Intervención del Senador Carvajal Pérez en el pleno de la cámara alta, Diario de Sesiones del Senado, núm. 63, de 30 de septiembre de 1978, págs. 3160-3163.

responsabilidad política. En caso de concurrir una moción de censura y una cuestión de confianza (ninguna regulación impide esta circunstancia), se considera que, aun habiéndose presentado la cuestión de confianza con posterioridad, y siempre que no haya comenzado el debate de la censura, debe darse preferencia a la cuestión de confianza, puesto que su tramitación más rápida y sencilla posibilitará la más pronta resolución del impasse político.

Las dos primeras intervenciones en el debate corresponden, por este orden, a la defensa que uno de los diputados firmantes debe realizar de la moción de censura, explicando las razones de la misma tanto al resto de diputados como a los ciudadanos en general, participando a continuación el candidato propuesto en la moción para la sustitución del presidente del gobierno. No puede por menos que llamar la atención el hecho de que no se prevea la actuación del presidente del gobierno y que evidencia que la variante constructiva de la censura supone la unión entre la censura y la investidura, desarrollándose las distintas fases del debate que preceden a la votación de forma virtualmente idéntica a la establecida en el Reglamento del Congreso para el de investidura.

La previsión expresa de la intervención del candidato propuesto ha venido a atajar algunas críticas que apuntaban que sin la debida exposición y correspondiente debate en torno al programa político del gobierno que pretende formar faltaba un importante requisito en la posible investidura del nuevo presidente. Por esta razón, la fórmula empleada por el artículo 177.1 RC "podrá intervenir" debe entenderse en el sentido de que el candidato propuesto "deberá" hacerlo.¹²² Por otra parte, en relación con los debates en general, el artículo 70.5 del Reglamento de la cámara baja establece la posibilidad de que los miembros del gobierno puedan hacer uso de la palabra siempre que lo soliciten, "sin perjuicio de las facultades que para la ordenación de los debates corresponden al presidente de la cámara."

La no limitación temporal de las intervenciones de censura y de defensa de la candidatura a presidente del gobierno muestra la trascendencia de las mismas. En cambio, sí se impone una restricción de treinta minutos a las intervenciones que, tras la preceptiva interrupción destinada a la organización de la estrategia de las distintas fuerzas parlamentarias y a la preparación de sus discursos, efectuarán en el debate propiamente dicho de la moción los representantes de cada uno de los grupos parlamentarios de la cámara. El turno de réplica o rectificación se limita a diez minutos para todos los intervinientes.

La exigencia constitucional respecto a la votación de la moción de censura consiste en, además del antes comentado plazo de reflexión de cinco días desde la presentación de la moción en el Registro General, la adopción por mayoría absoluta de la misma (artículo 113.1 CE). Al respecto precisa el artículo 177.5 que la aprobación de una moción de censura requiere, en todo caso, "el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados", cantidad que equivale en la actualidad, de conformidad con la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, a 176 diputados. De este modo, las ausencias, abstenciones o la existencia de diputados electos que por diversas circunstancias no hayan llegado a adquirir la condición de tales juegan en contra de la aprobación de la moción, dificultando aún más su éxito. Maticemos, no obstante, que algunas voces discrepantes consideran que el número de votos debe computarse únicamente a partir de los miembros del Congreso que efectivamente hayan adquirido la condición de diputados.

Llama la atención sobre el contraste existente entre la mayoría simple, suficiente en los procesos de la investidura y de la cuestión de confianza, y la mayoría absoluta que requiere el

¹²² VÍRGALA FORURIA, E., *La moción de censura en la Constitución de 1978 (y en la historia del parlamentarismo español)*, op. cit., ps. 250-252.

voto de censura, pudiendo criticarse que tal distinción rompe la simetría parlamentaria propia de la elección del presidente del gobierno. Se trata sin embargo de un requisito que, aunque al sumarse al carácter constructivo de la moción imposibilita prácticamente el triunfo de la misma, resulta pertinente en relación con la concepción y regulación del voto de censura como una medida excepcional que no debe interferir ordinariamente en el transcurso de la vida parlamentaria y gubernamental.

Se contemplan en el artículo 114.2 CE los efectos de la aprobación de una moción de censura: "Si el Congreso adopta una moción de censura, el gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquélla se entenderá investido de la confianza de la cámara a los efectos previstos en el artículo 99. El Rey le nombrará presidente del gobierno." Una sola votación posee, por tanto, de conformidad con la doble naturaleza de la moción de censura constructiva, un doble efecto: la dimisión forzosa o caída del gobierno anterior y el otorgamiento de la investidura al candidato propuesto como presidente del gobierno.

En concreto, en caso de prosperar la moción, el presidente del Congreso de los Diputados debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del rey y del presidente del gobierno, quien deberá, dado que no establece un plazo determinado, presentar inmediatamente su dimisión. Puesto que se considera el candidato investido de la confianza de la cámara, no resultará necesario –a diferencia del caso de denegación de la confianza- recurrir de nuevo al procedimiento de investidura del artículo 99 de la Constitución. El Rey no posee discrecionalidad alguna en relación con esta operación, sino que debe nombrar automáticamente al candidato electo como presidente del gobierno, actuación que, como todo nombramiento del mismo, será refrendada por el presidente del Congreso (art. 64 CE). Seguidamente, el nuevo presidente procederá, de acuerdo con el artículo 100 CE, a formar gobierno. De este modo, con la fusión de la dimisión y la investidura se acorta y facilita la resolución de la crisis, tal y como se pretende con el carácter constructivo de la moción.

En el propio artículo 113, apartado cuarto, se regula el efecto jurídico de la no aprobación de una moción de censura, que consiste en una limitación más impuesta a los promotores: "Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones", agregando el artículo 179 del Reglamento de la cámara baja española que "(N)inguno de los signatarios de una moción de censura rechazada podrá firmar otra durante el mismo período de sesiones. A estos efectos, la presentación en período entre sesiones se imputará al siguiente período de sesiones." Un efecto adicional del fracaso de la moción de censura consiste en la reactivación de la posibilidad, hasta ese momento paralizada, por el presidente del gobierno, de disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales (artículo 115.2 CE). En todo caso, no conviene despreciar la trascendencia de los efectos políticos del voto de censura, por cuanto éstos "podrían conducir incluso a la propia dimisión del gobierno, a su remodelación o a obligarle a celebrar nuevos pactos entre las distintas fuerzas políticas".

Recordemos, por último, que a modo de contrapeso del poder del parlamento para derrocar al gobierno a través de la exigencia de responsabilidad política, actúa la posibilidad de disolución anticipada del Congreso de los diputados o de las Cortes Generales. La proposición de la disolución, según establece el artículo 115.1 CE, corresponde al presidente del gobierno, previa deliberación del consejo de ministros, aunque formalmente será decretada por el rey. Relevantes son los requisitos y limitaciones que la Carta magna establece para la disolución anticipada. En primer lugar, el decreto de disolución debe fijar la fecha de las elecciones, no pudiendo llevarse a cabo la disolución cuando esté en trámite una moción de censura, a fin de no socavar el principio de responsabilidad política del gobierno

(art. 115.2 CE). Además, excepto en el supuesto del artículo 99.5 CE – que ningún candidato obtenga la confianza del Congreso en el plazo de dos meses a partir de la primera votación de investidura -, deberá mediar un mínimo de un año entre una disolución y la siguiente (art. 115.3 CE).

CAPÍTULO VIII

LA JEFATURA DEL ESTADO: LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea
UNED
Cristina Elías Méndez
Profesora Doctora de Derecho Constitucional
UNED

Sumario. 1. Tipos de Monarquía. 2. Monarquía y Constitución española. 3. La Monarquía como forma política del Estado español. 4. La sucesión. 5. Funciones y refrendo

1. Tipos de Monarquía

Es tradicional distinguir doctrinalmente distintos tipos de Monarquía en función del mayor o menor poder efectivo de los monarcas. Así tendríamos:

En la *Monarquía absoluta* el rey es el titular, ejecutor material y directo del poder político, ostentando el poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Representa la plenitud del *principio monárquico* y el Rey es en este modelo el origen y el centro del Ordenamiento jurídico incluido el poder constituyente.

La *Monarquía limitada* (también llamada moderada o constitucional en una de sus variantes) representa el intento de adaptar el *principio monárquico* a nuevas situaciones; en este modelo, el monarca conservaba el poder ejecutivo y compartía el legislativo y el poder constituyente con el Parlamento oligárquico en el que estaban representados no todos los ciudadanos sino las clases privilegiadas. El Rey aparece como encarnación del poder neutral, moderador y arbitral que, realmente, lo situaba por encima de los demás poderes.¹²³ Este modelo de Monarquía tuvo una aplicación práctica muy diversas a lo largo de la Historia constitucional española, puesto que los sucesivos monarcas imprimieron su talante personal en las relaciones políticas.

Dentro de este modelo, podemos diferenciar, sin embargo, un tipo de Monarquía en la que, como señala A. Torres del Moral, el pacto entre el Rey y la nación es más equilibrado como consecuencia de la disminución de la evidente preponderancia regia de la Monarquía limitada en sentido estricto. A este modelo se le denomina *Monarquía orleanista* por haberse desenvuelto en Francia bajo el reinado de la dinastía de Orleans y se caracteriza por la progresiva consolidación del Gobierno como órgano colegiado dibujándose más nítidamente la figura del Primer Ministro; por la traslación igualmente progresiva de la decisión de los actos regios al ministro refrendante y por la aparición, junto a la inicial responsabilidad penal, de la responsabilidad política de los ministros.

En la *Monarquía parlamentaria* el rey no es titular de ninguno de los tres clásicos poderes; sus actos tienen su fundamento en la Constitución y en las leyes de desarrollo. Carece de autonomía política en los términos que en esta Lección se indican, aunque ejerce importantes funciones como máximo representante del Estado y encarnando la más alta magistratura de la Nación. Con

¹²³. TORRES DEL MORAL, A.: "Monarquía, democracia y opinión pública", en TORRES DEL MORAL, A. y GOMEZ SANCHEZ, Y.: *Estudios sobre la Monarquía*, UNED, Madrid, 1995, pág. 13.

todo y en los términos que más adelante se explican, también al Monarca parlamentario le puede reconocer la Constitución ciertas parcelas de autonomía que sin embargo se desenvuelven dentro de los parámetros constitucionales.

Este tipo de Monarquía es producto de una larga evolución de la cual interesa fundamentalmente el tránsito de la Monarquía limitada y constitucional a la parlamentaria que es el modelo actualmente vigente en un relevante número de países democráticos.

La Monarquía parlamentaria es compatible con el sistema democrático en base precisamente a estas características políticas, aunque conserva innegablemente aspectos que sólo se producen en esta institución como es el orden sucesorio o el peculiar estatuto jurídico del Rey y de los demás miembros de la Familia Real (reglas sobre matrimonios, inelegibilidades electorales...)

El modelo de Monarquía parlamentaria podría, pues, definirse en torno a las siguientes notas:

- a) El Rey no es el titular de la soberanía sino el pueblo.
- b) El Monarca no es titular de ninguno de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- c) Irresponsabilidad regia, precisando los actos del rey, con contadas excepciones, el refrendo de quien resulte responsable de ellos.
- d) Atribución al rey de facultades de representación y símbolo del Estado.

2. Monarquía y Constitución española

En España, la transición entre el modelo de Monarquía diseñada por el régimen anterior y la Monarquía parlamentaria regulada en la Constitución, expresión máxima de la neutralidad regia, se ha producido en un espacio muy breve de tiempo, apenas tres años, los que transcurrieron desde el inicio de la transición política (1975) hasta la aprobación de la Constitución (1978).

El artículo 1.3 de la Constitución afirma: *La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria*, redacción que ya figuraba en el Anteproyecto de Constitución y que se mantuvo hasta la aprobación final. En coherencia con esta declaración, el texto constitucional dedica el Título II íntegramente a la Corona.

Tras la experiencia republicana de 1931, las Leyes Fundamentales del régimen anterior configuraron un Estado articulado en torno a la figura de Francisco Franco que ejerció el poder político de forma personal. A partir de la Ley de Sucesión de 1947 España quedó constituida en Reino, aunque no se designó sucesor hasta 1969.

Este precedente, sin embargo, carece de relevancia jurídica (aunque no histórica) en lo que se refiere al tipo de Monarquía regulada en la Constitución vigente, pues ésta ha optado por una Monarquía de corte parlamentario totalmente alejada de la Monarquía continuista que pretendía la Ley de Sucesión y la Ley Orgánica de 1967.

En consecuencia, como señala A. Menéndez Rexach,¹²⁴ la Constitución, "que consagra expresamente el viejo régimen parlamentario, contiene un tipo de Jefatura del estado que es nuevo en la Historia constitucional española, y lo es precisamente porque la configuración de esa magistratura permite el funcionamiento del sistema como *parlamentario*". Dos notas avalan esta afirmación: la soberanía corresponde al pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado, no siendo el rey, por tanto, ni titular ni cotitular de la soberanía; y, por otro lado, el principio de división de poderes que, aunque no está expresamente recogido en la Constitución, informa, sin duda, la organización de los poderes públicos a partir de 1978, determina la

¹²⁴. MENENDEZ REXACH, A.: *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979, pág. 365.

naturaleza de la Corona como poder constituido y sometido como los demás órganos y poderes del Estado a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.

Las Cortes constituyentes consagraron, como venimos diciendo, una Monarquía basada en los principios parlamentarios lo cual la hace compatible con el sistema democrático igualmente consagrado en la Constitución de 1978. Así, pues, una de las características de la Monarquía parlamentaria española, es ser definida por la propia Constitución sin práctica anterior que avalara su funcionalidad.

En sede constituyente las fuerzas políticas se dividieron en torno a la configuración de la Monarquía:

a) El *Partido Socialista Obrero Español*, mantuvo durante los trabajos constituyentes un voto particular defendiendo la forma republicana de Jefatura del Estado, aunque puede decirse que tal defensa era más testimonial que de fondo.

b) El *Partido Comunista* fue consciente desde el primer momento de su incapacidad para librar batalla en este campo, por lo que sus trabajos se centraron en otras partes del articulado de la Constitución que consideraban de más trascendencia práctica para la defensa de su tesis.

c) Las fuerzas del centro y de la derecha eran claramente favorables a la forma monárquica de Jefatura del Estado, aunque no había acuerdo en cuanto a la configuración de la misma y, en consecuencia, en lo referente a los poderes y facultades del Rey:

- *Alianza Popular* pretendía configurar una magistratura regia con cierto grado de poder efectivo.
- Un sector de *Unión de Centro Democrático* defendía la parlamentarización de la Monarquía separando al Rey de todo poder político activo; otro sector de este último partido político, sin embargo, se alineaba con las tesis de *Alianza Popular*.

Finalmente triunfaron las tesis favorables a constitucionalizar la forma monárquica para la Jefatura del Estado y, en concreto, las que defendían la parlamentarización de la misma, es decir, su configuración, como magistratura simbólica y representativa sin poderes efectivos de dirección política.

Cuando mencionamos el término legitimidad para referirlo a la Monarquía nos estamos preguntando realmente por el título o factor que justifica la existencia de la Monarquía en el régimen español. En este sentido, suele distinguirse entre:

- a) La legitimidad franquista, según la cual la Monarquía actual tiene su origen y encuentra su justificación en la legalidad franquista.
- b) La legitimidad dinástica (o histórica), conforme a la cual es la existencia de una dinastía tradicional en España la que justificaría a la Monarquía actual.
- c) La legitimidad democrática, que avalaría la existencia de la Monarquía por haber sido aceptada por el pueblo español mediante su incorporación a la Constitución española y la posterior aprobación de ésta mediante el referéndum del 6 de diciembre de 1978.

El problema de la legitimidad de la Monarquía se complica porque, de manera innecesaria a mi juicio, se consideran excluyentes entre sí los tres tipos de legitimidad expuesto. Por otro lado, las peculiares vicisitudes que rodearon la incorporación de la Monarquía al Ordenamiento español hacen algo más compleja la explicación de este tema.

En cuanto a la *legitimidad franquista* es innegable que, tras el exilio del rey Alfonso XIII en 1931, la Monarquía se incorpora nuevamente al Ordenamiento español a través de las disposiciones de la Ley de Sucesión y de la Ley Orgánica del Estado, así como a través de la designación como sucesor de Franco, a título de rey, del entonces Príncipe de España, Don Juan Carlos de Borbón. Con estos basamentos jurídicos, el 20 de noviembre de 1975, a la muerte de

Franco, se produce el hecho sucesorio tal y como estaba previsto en dichas disposiciones, pero esta legitimidad tuvo un claro carácter temporal.

Esta *legitimidad franquista* quiebra de alguna manera con la aprobación de la Ley para la Reforma Política que, sometida a referéndum del pueblo español, posibilitará el cambio político y que asigna al rey determinadas competencias en relación con la reforma que se preparaba. Los restos que pudieran existir de este tipo de legitimidad desaparecen con la aprobación de la Constitución española de 1978. Diríamos, pues, que la Monarquía actual tuvo su origen en el régimen de Franco y, en ese sentido, tuvo la legitimidad franquista que, sin embargo, se desfiguró notablemente en 1977 y desapareció de manera total en diciembre de 1978.

En cuanto a la *legitimidad dinástica*, que vendría aquí representada por el respeto estricto a las normas de sucesión prefijadas es obvio, como ya vimos en la lección dedicada a la Transición política española, que no se cumplieron en la designación por Franco de sucesor en 1969, puesto que, aunque la Ley de Sucesión le facultaba para proponer al candidato que estimara más adecuado (siempre que cumpliera determinados requisitos como eran ser mayor de treinta años, católico y de estirpe regia), la designación de Don Juan Carlos de Borbón, nieto de Alfonso XIII, y no de su padre, Don Juan de Borbón, hijo de Alfonso XIII quebró la legitimidad dinástica. Tal legitimidad se restituyó, a mi juicio, con la renuncia, el 14 de mayo de 1977, de Don Juan de Borbón a sus derechos históricos en favor de su hijo Don Juan Carlos que ya venía siendo rey de España desde 1975, lo que permitió que éste asumiera una legitimidad dinástico-histórica que separaba aún más a la Monarquía de su origen exclusivamente franquista.

En cuanto a la *legitimación democrática* de la Monarquía instaurada por la Constitución española, cabe afirmar que, por un lado, tal legitimidad deriva del propio texto constitucional aunque éste haya reproducido algún aspecto (por ejemplo el orden sucesorio) del Derecho histórico español.

Las Cortes Constituyentes que elaboraron la Constitución no estaban jurídicamente compelidas a aceptar ninguna fórmula preexistente. No cabe negar sin embargo que existían unos datos históricos y sociales que hicieron sentir su influencia en los constituyentes, pero esta influencia no era en ningún caso una obligación jurídica y bien hubiera podido suceder que la Constitución hubiera optado por otra forma de Jefatura del Estado como también hubiera podido darse una regulación carente de esta institución (no hay que olvidar, por ejemplo, que el régimen político suizo carece de una Jefatura del Estado tal y como se conoce en otros países).

Lo importante es, a mi juicio, que la Monarquía se reguló por extenso en la Constitución española y que igualmente se consagró el reinado, iniciado preconstitucionalmente, del actual rey Don Juan Carlos I, siendo el texto constitucional aprobado mayoritariamente por los constituyentes y sometido a referéndum del pueblo español que ratificó, con amplia mayoría, el texto constitucional.

Cabe pues concluir que si bien efectivamente el reinado de Don Juan Carlos de Borbón se inició conforme a la legitimidad franquista ésta desapareció tras la aprobación de la Constitución de 1978, a partir de la cual tanto la Monarquía como el propio reinado iniciado en 1975 adquirieron la legitimidad democrática derivada del refrendo popular.

A todo ello hay que añadir que, tras la cesión de los derechos históricos a favor del actual rey a la que antes se aludió, la Monarquía española goza también de la denominada *legitimidad dinástica*. La finalidad de la dinastía (que, a estos efectos, significa familia) es la de hacer posible la determinación de la persona a quien corresponde desempeñar asumir el Trono, conforme a unas reglas prefijadas y conocidas.

A la pregunta, pues, de si la Monarquía de 1978 es nueva o es preconstitucional podría contestarse afirmando que la Monarquía es nueva, puesto que, como Monarquía parlamentaria,

no tiene precedentes anteriores, pero, sin embargo, la dinastía es la que históricamente ha reinado durante más tiempo en nuestro país y, por tanto, es histórica. Esta interpretación nos permite entender la mención contenida en el artículo 57 de la Constitución que establece que. "La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la *dinastía histórica*".

Podemos concluir, pues, afirmando que la Monarquía parlamentaria está revestida de la legitimidad democrática de la que participa el régimen español y posee, además, la legitimidad dinástica que se expresa en el respeto a la transmisión de los derechos sucesorios en el seno de una familia conforme a las reglas establecidas.

3. La Monarquía como forma política del Estado español

La definición constitucional de la Monarquía como *forma política del Estado español* parece coherente con los principios que los constituyentes defendieron durante la elaboración de la Constitución¹²⁵, puesto que de lo que se trataba era de configurar una Monarquía compatible con los principios democráticos, lo cual implicaba que no podía ser calificada ni *forma de gobierno*, pues esta era *parlamentaria*, ni como *forma de Estado (sistema político)*, pues lo era la *democracia*.

Así, el Estado constitucional español acoge la ya tradicional división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y coloca por encima de ellos, con carácter de representación y símbolo del Estado, una magistratura regia que personifica la unidad de ese Estado en el interior y en las relaciones internacionales.

Junto con la declaración del artículo 1.3 de la Constitución definiendo la Monarquía parlamentaria como forma política del Estado, el artículo 56.1 afirma: *El Rey es el Jefe del Estado...* Una interpretación sistemática de estos y otros preceptos constitucionales que definen la posición y facultades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo (Gobierno/Cortes) nos persuaden de aceptar que la Monarquía parlamentaria queda definida en la Constitución como una forma de Jefatura del Estado.

Las relaciones del Rey con las distintas instancias de poder se desenvuelven dentro del marco que la propia Constitución ha establecido para uno y otras. Es innegable la capacidad de influencia que el monarca puede llegar a ejercer en las relaciones con los demás poderes del Estado, y esta influencia es una característica plausible de las Jefaturas del Estado monárquicas en la actualidad, pero no un poder jurídico-constitucional autónomo y efectivo. Los criterios de interpretación en esta materia deben respetar los principios de un sistema parlamentario democrático en el que el poder político efectivo se encuentra allí donde hay posibilidad de exigir responsabilidad. Es coherente, pues, que si el Rey es jurídica y políticamente irresponsable no se le atribuya la carga de la dirección política efectiva aunque, como veremos, su capacidad de influencia es sumamente relevante en el Ordenamiento español.

4. La sucesión

Por la forma de transmitirse la Corona podemos distinguir dos tipos de Monarquía: *electiva* y *hereditaria*. En las Monarquías hereditarias la transmisión de la Corona se efectúa *ope legis* y en el seno de una familia (dinastía) cuyos miembros ostentan derecho a ocupar el trono en caso de vacante, según el orden al objeto establecido¹²⁶.

¹²⁵. PECES-BARBA MARTINEZ, G.: *La Constitución española de 1978*, F. Torres Ed., Valencia, 1984, pág. 50.

¹²⁶. PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 285.

Desaparecidas, en los países de nuestra área, las Monarquías electivas, el *principio hereditario* ha llegado a ser consustancial a la forma monárquica de Jefatura del Estado. El orden sucesorio puede encontrarse recogido en la Constitución; en una Ley de Sucesión o bien en las normas (o incluso en usos y costumbres seculares) dinásticas. En tanto este orden sucesorio reviste capital importancia en la provisión de un órgano estatal, es de máxima importancia que figure expresa y claramente recogido en el Ordenamiento jurídico.

La aceptación del principio hereditario lleva consigo la de otros principios que resultan complementarios de aquél. Así sucede con el denominado *principio de la sangre* que, unido al *criterio de legitimidad*, articula la sucesión en torno a la descendencia consanguínea y en el seno de *matrimonios legítimos*.

No podemos desconocer, sin embargo, que, en la actualidad, el concepto de *legitimidad* referido a los descendientes posee una distinta significación en las sociedades civiles democráticas que en el contexto de las familias reales, pues, mientras en aquéllas la filiación no depende exclusivamente de la existencia de matrimonio entre los padres, las monarquías actuales siguen vinculando *matrimonio* y *legitimidad* de la descendencia lo señalen así o no sus respectivas normas.

El artículo 57.1 de la Constitución española de 1978 consagra el orden sucesorio al Trono español al establecer que: *La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.*

El ya mencionado artículo 57.1 de nuestro Texto fundamental recoge los elementos básicos que hacen posible el principio hereditario en la sucesión monárquica, salvo en lo que se refiere a la preferencia del varón sobre la mujer; preferencia que ya figuraba en *Las Partidas*¹²⁷ y que, dada la fecha de promulgación de nuestra Carta Magna, resulta claramente superada, estableciendo una excepción, sólo justificada por la tradición histórica, -justificación claramente insuficiente a mi juicio- del principio constitucional del igualdad.

El artículo 57.1 de la Constitución articula la sucesión, además de en torno a la preferencia del varón sobre la mujer, sobre otros principios clásicos de la sucesión monárquica como son los siguientes:

a) La *primogenitura* que otorga los derechos a la persona de más edad (dentro del respeto a los demás principios). El principio de primogenitura queda, sin embargo, matizado en la Constitución española por el principio de preferencia del varón sobre la mujer tratado anteriormente, por lo tanto, los derechos corresponderían a la persona de más edad entre los varones llamados a suceder y, después, a la mujer de más edad entre las llamadas a suceder.

b) La *representación* es el principio conforme al cual tiene prioridad para suceder el hijo de aquel que estaba llamado a suceder en primer lugar (por ejemplo, sucederá el nieto

¹²⁷. La Ley 2ª, Título XV, Partida 2ª, establece la sucesión a la Corona sobre los mismos principios recogidos para la sucesión en los mayorazgos regulares; así el llamamiento es:

1. El hijo mayor;

2. Por derecho de representación, los hijos del hijo mayor, en el caso de que éste hubiese muerto antes de subir al Trono y aunque vivieran sus hermanos.

3. A falta de hijos varones del Rey difunto, sus hijas.

4. Y, a falta de descendientes, el pariente más cercano.

Así, la línea recta excluye en este sistema a la colateral; el grado más próximo al más remoto; el sexo masculino al femenino; y la mayor edad a la menor edad en igualdad de línea, grado y sexo.

varón, hijo el Príncipe Heredero en el caso de que éste muera o renuncie, con preferencia a los demás hijos del Rey).

c) La *línea* es, como los anteriores, un concepto aplicado en el Derecho civil, conforme al cual los parientes se clasifican en líneas. Toda vez que la Constitución establece preferente la línea anterior sucederán antes los parientes más cercanos.

d) El *grado* determina la mayor cercanía o lejanía generacional del posible sucesor, de ahí que la Constitución establezca la preferencia del grado más próximo a quien transmite los derechos (sucede, por ejemplo, antes el hijo que el nieto).

Gran parte de la defensa que se ha hecho de la Monarquía en otro tiempo y que todavía hoy apoya su existencia se basa en el elemento de continuidad que comporta al sistema político. De esta continuidad, como virtud monárquica, se desprende la necesidad que siempre ha existido de ordenar mecanismos que neutralicen situaciones de vacío en la titularidad de la Corona. Las situaciones de anormalidad monárquica tanto pueden tener su origen en la voluntad del propio Rey o heredero, como estar motivadas por circunstancias ajenas a dichas voluntades; tal es el caso de la minoría de edad del Rey, la enfermedad o incapacidad transitoria de éste.

La vacancia del Trono puede producirse por *renuncia*, por *abdicación* o por *deposición del titular*, tres supuestos que, aunque sustancialmente distintos, tienen en común producir la vacancia del Trono y originar, por ello, un cambio de titular.

La *renuncia* supone un desistimiento de los derechos sucesorios hecha previamente a su actualización o ejercicio, por lo tanto la renuncia es una figura que, en su caso, utilizan las personas que pudieran estar llamadas a la sucesión para retirarse del orden sucesorio.

Puede renunciar a sus derechos cualquier persona que se encuentre en el orden de sucesión con independencia del puesto que ocupe en el mismo. Así y aunque la relevancia política sea sustancialmente distinta, tanto puede renunciar el Príncipe Heredero como aquel que se encuentre en un puesto sumamente alejado en el orden de sucesión.

La *abdicación*, por el contrario, es el desistimiento de la Corona cuando ya se es titular de ella; sólo abdica el Rey o Reina. La abdicación supone un cambio de titular en el Trono y, por tanto, en la Jefatura del Estado. Producido este evento, el Rey deja de serlo y pasa a ocupar el Trono el que, en ese momento, fuera Príncipe Heredero, en el caso español, Príncipe de Asturias, pasando la persona que estuviera llamada a la sucesión en segundo lugar a ser Príncipe o Princesa de Asturias.

Todavía puede producirse la *vacancia del Trono* como consecuencia de la *deposición de su titular*, fenómeno cada vez más improbable porque, como hemos explicado, los monarcas actuales ejercen competencias tasadas y el supuesto de que el ejercicio de sus funciones merezca reprobación es casi meramente teórico. Con todo, llegado ese supuesto, es más probable que el Rey abdique a que sea depuesto.

La Constitución española no recoge expresamente el supuesto de la *deposición* y sí el de la *abdicación* y la *renuncia* en el artículo 57.5 de la Constitución que, por su redacción, comprende también el primer supuesto pues establece que: *Las abdicaciones y las renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica.*

Conforme al precepto constitucional mencionado tanto las renunciaciones, como las abdicaciones como cualquier otra situación que afecte, de hecho o de derecho, al orden de sucesión (así, también, los hipotéticos casos de deposición) deben formalizarse mediante una ley orgánica que, como sabemos, requiere la tramitación por ambas Cámaras y la aprobación, en votación final sobre el texto, por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Esta reserva de ley orgánica determina que aunque dichos actos puedan originarse por un acto de voluntad del Rey

(abdicación) o de las personas llamadas a la sucesión (renuncia) o de los legitimados en otros casos (deposición), tal voluntad no es jurídicamente relevante hasta tanto no se formalice mediante la aprobación de la correspondiente ley orgánica.

Conforme a esta interpretación, el Rey sigue siéndolo mientras no se apruebe su abdicación; los llamados a la sucesión no pueden salir del orden de sucesión por su sola voluntad sino cuando así lo determine la ley. Este mandato constitucional deja sin relevancia jurídica los actos que privadamente puedan realizarse y que afecten al orden de sucesión pues éste no es una cuestión privada sino un asunto jurídico de gran relevancia.

La *Regencia* es una institución típicamente monárquica que cubre situaciones en las que, aun existiendo titular de la Corona, éste no puede ejercer sus funciones ya sea por minoría de edad, incapacidad, ausencia, etc. Un sector de nuestra doctrina afirma que la Regencia es una segunda forma de Jefatura de Estado, cuya característica fundamental es la interinidad. La discusión principal sobre las reglas en torno a las cuales debe establecerse se refiere al número de personas que deben integrarla, ya que ésta puede ser *unipersonal* o *colegiada*. La primera Constitución española, la de 1812, establecía una Regencia colegiada (integrada por tres o cinco personas) mientras que la Constitución actual ha optado por la Regencia unipersonal en la generalidad de los casos aunque también es posible en casos más excepcionales la regencia colegiada.

La Constitución española regula la institución de la *Regencia* en el artículo 59, estableciendo dos supuestos básicos en los que debe habilitarse esta institución: la minoría de edad y la inhabilitación del Rey.

La vigente Constitución española establece que será Regente, en caso de minoría de edad del Rey, el padre o la madre del Rey, y, en su defecto, el pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona según el orden de sucesión establecido.

La Regencia por minoría de edad del Rey se extenderá al tiempo que dure dicha minoría de edad y finalizará precisamente con la mayoría de edad del Rey a partir de la cual éste ejercerá directamente las funciones propias de la Jefatura del Estado.

La Constitución contempla expresamente el supuesto de inhabilitación del Rey, como supuesto que impediría al Jefe del Estado cumplir, temporalmente, con sus obligaciones. No dice, sin embargo, el artículo 59.2 de la Constitución los motivos por los que el Rey puede ser inhabilitado aunque sí que dicho supuesto debe ser reconocido por las Cortes Generales. La intervención del Parlamento en la posible inhabilitación del Monarca garantiza que tal inhabilitación no sea determinada por quienes puedan tener un interés personal en ello.

Para un sector de la doctrina¹²⁸ y ante el silencio constitucional, las causas de inhabilitación del Rey no pueden referirse sino a los motivos que para esta figura establece el Código Civil que, en su artículo 200, señala que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Según otras opiniones la inhabilitación podría estar también motivada por causas políticas, es decir, por el comportamiento inadecuado del Rey respecto al cumplimiento de sus funciones y obligaciones constitucionales. Esta segunda interpretación no es fácilmente deducible de la literalidad del artículo 59.2 de la Constitución ni, dada la ausencia de poder político directo del Monarca, armonizable con el resto de los principios constitucionales que regulan la Monarquía Parlamentaria. La evolución de la Monarquía ha permitido que esta institución se articule en el seno de los sistemas democráticos y se parte del principio de que el Rey va a cumplir con sus obligaciones constitucionales, cualquier otra previsión escapa de lo regulado por el texto constitucional.

¹²⁸. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M. Y PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A.: *La Monarquía y la Constitución*, op. cit., pág. 233.

Si inhabilitación del Rey es declarada por las Cortes, se establece una Regencia que será ejercida por el Príncipe Heredero si fuera mayor de edad, y, si no lo fuere, se seguirá el orden establecido para la Regencia en caso de minoría de edad del Rey (art. 59.1 CE).

Tanto en los casos de minoría de edad como en los supuestos de inhabilitación, si no hubiere ninguna persona que pueda ser llamada a la Regencia conforme a las reglas antes señaladas, ésta será nombrada por las Cortes Generales que pueden establecer una *Regencia unipersonal* pero también pueden optar por una *Regencia colegiada*.

Establecen, por último, los apartados 4 y 5 del artículo 59 que, para ejercer la Regencia, es preciso ser español y mayor de edad y que ésta se ejercerá por mandato constitucional y siempre en nombre del Rey, pues su característica más notable es precisamente la de *sustituir* en el cumplimiento de sus funciones al Monarca. Constitucionalmente el Regente es un representante legal constitucional del Rey que no obstante se beneficia de la irrevocabilidad del poder otorgado, que asume todas las competencias previstas para el Monarca, que goza de la irresponsabilidad otorgada al Jefe del estado y cuyos actos quedan sometidos a refrendo en los mismos términos que lo estaría el Rey ¹²⁹.

Junto con la Regencia suele regularse también la *Tutela del Rey*, y, como en aquélla, ésta se produce cuando, existiendo un titular de la Corona, se dan en él circunstancias que aconsejan la asunción de su cuidado y la protección de su persona.

La diferencia más notable entre Regencia y Tutela estriba en que aquélla cumple por el Rey las funciones públicas que en razón a su cargo debería llevar a cabo, mientras que la Tutela tiene, en principio, connotaciones de carácter privado y se refiere no tanto al oficio del Rey como a su persona, su bienestar, su educación, etc.

Cada ordenamiento proveerá la persona que ejercerá la Tutela en su caso, pudiendo ésta y la Regencia ser ejercidas por la misma persona, máxime si el tutor es el padre, madre o un pariente cercano del Rey (art. 60 de la Constitución).

La minoría de edad del Monarca es el supuesto normal de Tutela aunque, en algunos ordenamientos, no quedan excluidos otros supuestos, por ejemplo, cualquier impedimento físico o psíquico del Rey.

5. Funciones y refrendo

La Monarquía parlamentaria como venimos exponiendo, se caracteriza por la atribución al Rey de un conjunto de funciones constitucional y legalmente establecidas que, sin embargo, no implican una decisión política autónoma. El artículo 56.1 de la Constitución, como indica M. Herrero Rodríguez de Miñón,¹³⁰ contiene dos elementos muy distintos: una definición de la magistratura regia y la atribución a la misma de las competencias de moderar, arbitrar y representar.

Se trata de que el Rey como Jefe del Estado, no se identifique con posiciones políticas concretas ni se vincule ideológicamente a ninguna de ellas. Las distintas fuerzas políticas compiten por conseguir el poder mediante los procesos electorales que las permiten alcanzar mayor o menor representación en los órganos electivos, fundamentalmente en las Asambleas parlamentarias. El Rey, por el contrario, permanece cualquiera que sea la fuerza política que, en cada momento, ejerza el gobierno de la Nación. Ello permite al Jefe del Estado ser reconocido como un órgano de representación de toda la Nación cosa que resultaría imposible en otro caso. Es cierto que los

¹²⁹. *Ibidem*, pág. 244.

¹³⁰. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.: "El Rey", en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1983, pág. 40.

Presidentes de Repúblicas están políticamente comprometidos y no se pide ellos la neutralidad ideológica que se exige al Monarca pero es igualmente cierto que, en uno u otro modelo de República, el Presidente es elegido (o designado), tiene un mandato temporal y puede ser, en muchos casos, incluso removido antes de la finalización de su mandato.

Esta ausencia de adscripción política del Rey es igualmente coherente con el principio de la irresponsabilidad por sus actos, irresponsabilidad que se articula jurídicamente a través de la figura del refrendo, aunque debe ser preciso coherente la atribución de facultades al Rey con su articulación a través de esta institución¹³¹.

La Constitución española ha recogido un amplio catálogo de funciones regias, aunque, como venimos señalando y es propio de una Monarquía parlamentaria, dichas funciones son realmente actos tasados del Rey, es decir, actos cuyo contenido político viene determinados por otros órganos y a los que el Rey da, con su participación, la calidad de acto estatal. Es también frecuente que la Constitución reconozca algunos actos del Rey no precisados de refrendo.

El artículo 56.1 de la Constitución establece que: *El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.*

Conforme a esta declaración, la doctrina ha señalado que las funciones del Monarca recogidas a lo largo del Título II, especialmente en los artículos 62 y 63, y en otros Títulos de la Constitución, deben interpretarse y clasificarse en relación con los tres tipos de funciones señaladas en el citado artículo 56.1, a saber: la *función simbólica*, la *función moderadora* y la *función arbitral*.

Yolanda

Antes de entrar a analizar dichas funciones, nos detendremos en la institución del refrendo que hace posible la irresponsabilidad del Monarca por los actos que realiza.

La Constitución reconoce la institución del refrendo y le dota de la virtualidad de trasladar la responsabilidad que pudiera derivarse de los actos realizados por el monarca a la persona que en cada caso los refrende. Así, el artículo 64 establece que los actos del Rey serán refrendados, señalando, además, quienes deben asumir esta responsabilidad en lo que podríamos denominar la generalidad de los casos y, también, quién debe refrendar en supuestos especiales. Así:

- Corresponde en la generalidad de los casos el refrendo de los actos regios al Presidente del Gobierno, y, en su caso, a los Ministros competentes.
- En los supuestos de la propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno que realiza el Rey cuando hay renovación del mismo así como la disolución de las Cámaras cuando, tras dos meses, no hayan logrado investir a un Presidente del Gobierno, el refrendo corresponde al Presidente del Congreso de los Diputados.

Por otro lado, es necesario diferenciar diversos tipos de refrendo:

- a) Por simetría o asimetría de la voluntad del Rey y del refrendante.

Como ha señalado L. López Guerra al que seguimos en este punto,¹³² atendiendo a este criterios pueden distinguirse tres supuestos:

¹³¹. LOPEZ GUERRA, L.: "Las funciones del Rey y la institución del refrendo", en TORRES DEL MORAL, A., GOMEZ SANCHEZ, Y.: *Estudios sobre la Monarquía*, ob. cit., pág. 62.

¹³². *Ibidem*, págs. 63 y 64.

1. Cuando la asimetría es evidente y la voluntad del refrendante es decisiva para la realización del acto. En estos casos el Rey participa en el acto con una actuación escrupulosamente tasada. Así sucede, por ejemplo, en el nombramiento de los Ministros a propuesta del Presidente del Gobierno (art. 100 CE).

2. Cuando se produce cierta asimetría pero es el Rey el que, con las limitaciones que impone en todo caso la configuración de la Monarquía como parlamentaria, determina de alguna manera el contenido del acto. Así, por ejemplo, en la propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno (art. 99 CE), que refrenda el Presidente del Congreso de los Diputados.

3. Cuando se produce cierta simetría entre la posición del Rey y del órgano refrendante, como sucede, por ejemplo, con la sanción de las leyes, puesto que si bien es cierto que el Rey no determina su contenido pero tampoco lo hace el Presidente del Gobierno que refrenda el texto aprobado en el Parlamento.

b) Por la formalización del refrendo.

Si atendemos a la forma que adopta el acto de refrendo en cada caso, podemos distinguir, siguiendo a Torres del Moral,¹³³ los siguientes tipos:

1. El refrendo *expreso*, que se manifiesta, por lo general, en la contrafirma del Presidente del Gobierno o del Ministro correspondiente junto a la del Rey en un escrito. Así se formaliza, por ejemplo, el refrendo de las leyes, el de la expedición de los decretos, etc. Hay, sin embargo, otras posibilidades de refrendo expreso como es el que presta la persona refrendante con su presencia en un acto no escrito del Rey (por ejemplo, en actos públicos o en viajes al extranjero).

2. El refrendo *tácito* o *presunto*. Hay casos en los que ni hay firma expresa del refrendante ni presencia física del mismo y sin embargo puede entenderse que existe refrendo, en el sentido de aval, del acto regio. Así sucede, por ejemplo, cuando producido un acto del Rey -normalmente tendrá carácter simbólico- el Presidente del Gobierno y el Ministro correspondiente no lo desautorizan ni dimiten como consecuencia del mismo.

En todo caso, cualquiera que sea el tipo de refrendo que se produzca y la posición del Rey del refrendante en el acto, una dato es invariable: el Rey no es responsable en ningún casos de los actos que lleve a cabo y dichos actos carecen de validez sin el refrendo que sea preceptivo (art. 56 CE), salvo lo establecido en el artículo 65 de la Constitución, supuesto del que se trata a continuación.

La Constitución española (art. 65) exime de la necesidad de refrendo determinados actos del Rey. Dice el artículo 65 de la Constitución:

- "1. El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma."

- "2. El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa".

En ambos casos, la Constitución habilita a que estos actos se realicen con plena validez sin que deban ser refrendados. No impide la Constitución, sin embargo, que dichos actos puedan ser

¹³³ TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, vol. 2., ob. cit., pág. 42.

refrendados. Alcanzan su plena validez sin el refrendo pero, de igual manera, no se perjudica ni anula dicha validez en el caso de que sean refrendados. Esta matización es importante en tanto que en varias ocasiones, hoy ya prácticamente generalizadas, el nombramiento del Jefe de la Casa del Rey ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado con el refrendo del Presidente del Gobierno.¹³⁴ Este hecho originó que algún sector de opinión estimara que con ello se había violado la Constitución por determinar ésta que dichos actos no fueran refrendados.

Por lo que venimos diciendo, consideramos incorrecta dicha opinión puesto que, debemos reiterar que la Constitución permite que dichos actos no sean refrendados pero no establece una obligación jurídica a que no lo sean. La explicación de tal postura constitucional es, quizá, como señala C. Fernández-Miranda que se exige refrendo de los actos regios que afectan a las instituciones democráticas y contribuyen directamente a formar la voluntad del Estado, mientras que se exceptúa de tal exigencia aquellos actos del Rey que no contribuyen directamente a la formación de la voluntad del Estado y que pertenecen a su esfera doméstica.¹³⁵

Como ya indicamos, el artículo 56.1 de la Constitución establece que el Rey, como Jefe del estado, asume un conjunto de funciones que la doctrina ha clasificado dentro de tres tipos: simbólicas, moderados, y arbitrales. Un importante elenco de las funciones regias se encuentran recogidas en los artículos 62 y 63 de la Constitución, dentro, pues, del Título II dedicado a la Corona, aunque, en el resto del articulado también existen competencias regias en los términos que a continuación se detallan.

El término *símbolo* significa la capacidad de una persona o cosa para representar otra realidad o situación distinta. En ese sentido, las funciones simbólicas del Rey serán aquellas en las que éste actúe como representación del Estado. Así definido, seguramente podría afirmarse que todas las funciones del Rey son simbólicas puesto que, al principio de estas páginas, ya definimos la Monarquía parlamentaria como aquella en la que el Monarca representa y simboliza a la Nación. Tal afirmación no es incorrecta y, en realidad, todas las funciones del Rey, todos sus actos, tienen una innegable carga simbólica y representativa.

Podríamos, pues, afirmar que las funciones regias en una Monarquía parlamentaria son fundamentalmente simbólicas, aunque, por razón del contenido y de la naturaleza del acto, sin perjuicio de esa naturaleza simbólica, pueden, además, tener carácter moderador o carácter arbitral. Este planteamiento es el que preside la explicación de estas páginas.

Si, como defendemos, es precisamente el carácter simbólico y representativo lo más sustancial de la Monarquía parlamentaria, se comprende fácilmente la relevancia de todos los actos del Rey. Desde una consideración estrictamente jurídico-política, como afirma L. López Guerra, la presencia del Rey en determinados actos de Estado es el punto de referencia para la formalización y certeza de la expresión de la voluntad estatal¹³⁶.

Por otro lado, una segunda característica de la función simbólica, junto a su extensión a todos los actos regios, es la dificultad que entraña determinar el contenido concreto de los actos del Rey de esta naturaleza. Mientras que puede ser fácilmente conocido el contenido de aquellos actos que, además de simbólicos, sean propios de la función moderadora o arbitral, no sucede lo mismo con una muy amplia gama de actos exclusivamente simbólicos, en los que ni el Rey ni el

¹³⁴. FERNANDEZ-MIRANDA, C.: "La dotación de la Corona. La Casa del Rey", en TORRES DEL MORAL, A., GOMEZ SANCHEZ, Y.: *Estudios sobre la Monarquía*, ob. cit., pág. 62. pág. 299 y sigs.

¹³⁵. *Ibidem*, pág. 302.

¹³⁶. LOPEZ GUERRA, L.: "Las funciones del Rey y la institución del refrendo", en TORRES DEL MORAL, A., GOMEZ SANCHEZ, Y.: *Estudios sobre la Monarquía*, ob. cit., pág. 65.

refrendante, en su caso, determinan el contenido de dicho acto,¹³⁷ así sucede, por ejemplo, con las visitas del Rey a instituciones, universidades, etc.

Con todo, existen determinados actos regios concretos que se han considerado por la doctrina propios de la función simbólica del Rey quizá, en parte, porque no pueden ser definidos como actos de moderación ni actos arbitrales. Estos actos serían:

- a) La representación del Estado en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica (art. 56.1 CE).
- b) Acreditar embajadores y a otros representantes diplomáticos; y los representantes extranjeros se acreditan ante él (art. 63.1 CE).
- c) Manifestar el consentimiento del Estado en la firma de determinados tratados y convenios internacionales (art. 63.2. CE).
- d) El mando supremo de las Fuerzas Armadas (art. 62 h) CE).
- e) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales (art. 62 i) CE) y que la Justicia ejerza en su nombre (art. 117 CE).
- f) El Alto Patronazgo de las Reales Academias (art. 62 j) CE).
- g) La concesión de empleos, honores y distinciones con arreglo a las leyes (art. 62 f) CE).

Por *moderar* entendemos la participación en un acto equilibrando para evitar los excesos. Es conocida la teoría de B. Constant del poder moderador que atribuye al Monarca la capacidad de armonizar y equilibrar las relaciones entre los poderes del Estado. Según esta teoría el Rey encarnaba una suerte de poder neutro, ajeno e independiente de los demás poderes, pero capaz de evitar los posibles excesos de estos. Actualmente, tanto las funciones moderadoras como las funciones arbitrales no habilitan al Rey a intervenir de una manera amplia e indeterminada en los actos estatales sino que su intervención, como ya hemos reiterado, es reglada.

En cuanto a las funciones regias, podemos definir la moderación como aquella facultad del Rey de participar en la formación o en la actividad de otro órgano de poder para atemperar sus decisiones. En otro tiempo, la intervención del Rey era realmente determinante para la conclusión del acto, pero actualmente esta intervención es un *acto debido*¹³⁸ que el Rey realiza no porque esté de acuerdo con el contenido en cuestión de dicho acto sino porque dicha participación viene exigida por la Constitución.

Son funciones moderadoras del Rey las siguientes¹³⁹:

- La sanción y promulgación de las leyes (art. 62 a) CE).
- La convocatoria y disolución de las Cortes (art. 62 b) CE).
- Convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución (art. 62 b) CE).

¹³⁷. *Ibidem*.

¹³⁸. TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, vol. 2., ob. cit., pág. 30.

¹³⁹. Pueden diferenciarse estas funciones por su carácter ejecutivo, legislativo y judicial. Sobre el particular véase: BAR CENDON, A.: "La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español según la Constitución de 1978", en RAMÍREZ, M. (Dir.): *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, ob. cit., pág. 209 y sigs.

Convocar referéndum en los casos previsto en la Constitución (art. 62 c) CE).

-La expedición de los decretos acordados en el Consejo de Ministros (art. 62 f) CE).

-Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos exclusivos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros (art. 62 g) CE).

-Culminar el acto político correspondiente en los supuestos de nombramiento y cese del Presidente del Gobierno y de los ministros (art. 62 e) CE).

En cuanto a la función arbitral del Rey resulta, quizá, la más difícil de definir y, especialmente, de diferenciar respecto a la función moderadora. Arbitrar es, finalmente, decidir, con mayor o menor autonomía, sobre una cuestión que admite varias soluciones. El Rey parlamentario no arbitra en el sentido pleno del término aunque, como veremos a continuación, los actos de esta naturaleza admiten, más en el plano teórico que en la práctica, cierto grado de decisión regia.

Se considera propio de la función arbitral del Rey:

-El proceso de consultas que, tras la renovación del Congreso de los Diputados y en los demás casos que establece la Constitución, realiza el Rey con los distintos representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria y la posterior propuesta candidato a la Presidencia del Gobierno (art. 99 CE).

El Rey no tiene tampoco en este caso una facultad autónoma pues no podrá proponer un candidato distinto de aquel a quien el Congreso de los Diputados esté dispuesto a dar su apoyo. Sin embargo, la doctrina ve en este supuesto el mayor grado de autonomía del monarca, sobre todo cuando el resultado de las elecciones no ha sido claramente favorable para una de las opciones políticas en liza.

CAPÍTULO IX
ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS
(II) EL PODER JUDICIAL¹⁴⁰ Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cristina Elías Méndez
Profesora Doctora de Derecho Constitucional
UNED

Sumario: 1. El Poder Judicial. 1.1. Configuración constitucional. 1.2. El principio de exclusividad 1.3. El principio de unidad jurisdiccional. 1.4. Derecho al juez predeterminado por la ley como principio de actuación del Poder Judicial. 1.5. La independencia judicial. 1.6. Inamovilidad y responsabilidad. 2. El Tribunal Constitucional. 2.1. Organización y funciones. 2.2. Interpretación y bloque de la constitucionalidad.

1. El Poder Judicial

1.1. Configuración constitucional

El Título VI de la Constitución española versa sobre el poder judicial. El constituyente de 1978 resaltó con su opción por la rúbrica “Del poder judicial” la importancia de expresar con toda claridad la total independencia de la organización de la jurisdicción respecto tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo a los que debía controlar a través de la actividad jurisdiccional. De otra parte, los constituyentes deliberadamente o no configuraron una independencia judicial que ha contribuido activamente a la construcción de un Estado democrático descentralizado en el que la vigencia de subsistemas jurídicos obliga a una labor de integración y armonización de gran relevancia.

Sin duda, la definición de la posición que debía ocupar la organización de la justicia en el entramado de poderes del Estado que fue formulada por Montesquieu es difícilmente aceptable en la actualidad. El papel neutro de manifestar la letra de ley que el mencionado autor atribuyó a la Justicia, sin prácticamente margen alguno para la interpretación ni para la apreciación del caso concreto, difícilmente puede encontrar acomodo en la estructura de los actuales Estados democráticos.

La Constitución española dedica once artículos a regular el Poder Judicial. En estos preceptos podemos encontrar los principios constitucionales¹⁴¹ que rigen la actividad de jueces y magistrados. El Título VI comienza afirmando en el artículo 117.1 que la “justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. Se ha señalado correctamente que la Constitución española omite cualquier referencia a

¹⁴⁰ Texto parcialmente extraído y actualizado a partir de la Conferencia que bajo el título “Juez y Constitución” fue impartida por la Prof^a. Dra. Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ en el curso *La relación del Juez con la Ley*. Servicio de Formación Continua, Consejo General del Poder Judicial, 3-5 de noviembre de 2008. Utilizado con autorización de la autora.

¹⁴¹ No resulta posible en estas breves páginas dar cuenta de todos los principios constitucionales relativos al Poder Judicial. Señalamos algunos de ellos y, especialmente, su significación constitucional.

la imparcialidad al regular lo relativo al Poder Judicial¹⁴² aunque debe concluirse que dicho principio se encuentra implícito en el resto del artículo del Título VI. Resulta, sin embargo, destacable que dicho término no fuera incluido cuando, como se ha señalado, es un requisito *sine qua non* para que pueda hablarse de la existencia de un Poder Judicial democrático.

1.2. El principio de exclusividad

El primero de los principios constitucionales a los que debemos aludir es la atribución en exclusiva a Juzgados y Tribunales de la titularidad de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos (art. 117.3 CE). El término *jurisdicción* proviene de la expresión latina *iurisdictio*, que significa «decir o declarar la ley» y es la potestad de aplicar el Derecho en el caso concreto dictando una resolución sobre el mismo. La potestad jurisdiccional democrática es ejercida en forma exclusiva por los juzgados y tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes. Al respecto el artículo 117.3 de la Constitución establece que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.” La atribución exclusiva a juzgado y tribunales de la potestad jurisdiccional siempre significó una garantía de la propia función de juzgar y, al mismo tiempo, la máxima expresión del principio de división de poderes y de no injerencia entre los mismos. La potestad jurisdiccional que se reconoce en el artículo 117 citado es un *prius* del propio concepto constitucional de Poder Judicial cuyos rasgos definitorios deben encontrarse en el propio texto constitucional¹⁴³. La Constitución establece cómo y con qué fines debe ejercerse la potestad jurisdiccional: ¿cómo? Con todas las garantías constitucionales. ¿Con qué fines? Para el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la tutela de las libertades.

El principio de exclusividad en la atribución de la potestad jurisdiccional se completa con lo establecido en el apartado 4 del mismo artículo 163 de la Constitución que establece que los “Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”. Es decir, la Constitución asigna una función exclusiva a juzgados y tribunales y también les veda cualquier otra actividad, salvo lo que pudiera establecer la ley y, específicamente, en garantía de cualquier derecho.

No dice la Constitución nada respecto al ámbito de la potestad jurisdiccional pero sí puede inferirse de otros preceptos constitucionales. En este sentido podemos delimitar dicho ámbito¹⁴⁴ a partir del artículo 53.2 CE, que regula las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales; del artículo 25 CE, que regula la competencia de la imposición de las penas; del artículo 106.1 CE, que se refiere al control de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa, del artículo 24.1 CE, que incorpora una cláusula general sobre la tutela judicial efectiva y los derechos inherentes a la misma y la atribución por el artículo 163 CE, a los órganos judiciales de la competencia para elevar cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, todo ellos permiten delimitar un ámbito bastante definido de la potestad jurisdiccional.)

¹⁴² JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 67.

¹⁴³ Díez-PICAZO, Luís María: *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, pág. 20.

¹⁴⁴ Seguimos a Díez-PICAZO, Luís María: *Régimen constitucional del Poder Judicial*, ob. cit., 26.

1.3. El principio de unidad jurisdiccional

El principio de unidad jurisdiccional persigue la igualdad de trato ante los Tribunales de forma que uno o más ciudadanos no se vieran sometidos a una jurisdicción especial que pudiera menoscabar la igualdad en razón de circunstancias personales o situación social. Surge así el derecho a ser juzgado por Tribunales ordinarios predeterminados en la ley. Este principio, sin embargo, resulta compatible con cierta especialización de los Tribunales realizada exclusivamente como medio de racionalizar el trabajo o, incluso, para organizar más eficazmente la administración de justicia. Aparecen así los órdenes civil, penal, laboral, militar...)

La Constitución española ha consagrado este principio de unidad jurisdiccional en su artículo 117.5 que proclama que el “principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales”¹⁴⁵. Añade este precepto que la “ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar¹⁴⁶ en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”. Esta previsión constitucional confirma, pues, la naturaleza *ordinaria* de la jurisdicción militar¹⁴⁷ en el ámbito castrense y en los supuestos de estado de sitio.

El Tribunal Constitucional ha admitido que la jurisdicción militar puede requerir ciertas peculiaridades para su organización que pueden generar ciertas peculiaridades tanto a nivel sustitutivo como procesal que deben, sin embargo, desenvolverse dentro de las garantías constitucionales reconocidas al justiciable¹⁴⁸. Especialmente restrictivo ha sido el Alto Tribunal en materia de limitación de derechos y garantías constitucionales que pudieran avalarse en las peculiaridades de la institución militar y, en general –aunque podemos encontrar alguna excepcional en su jurisprudencia- ha venido exigiendo la integridad de las garantías constitucionales frente, por ejemplo, a sanciones disciplinarias o derecho al recurso¹⁴⁹.

Problema distinto pero igualmente relevante en relación con el principio de unidad jurisdiccional es el que afecta a la estructura del actual Estado descentralizado. De conformidad con la Constitución, las Comunidades Autónomas han podido dotarse de órganos de autogobierno ejecutivos y legislativos pero no judiciales. El artículo 117.5 de la Constitución impide la creación de <<poderes judiciales>> autonómicos aunque sí, como es sabido por todos, una organización judicial <<en>> las Comunidades Autónomas más no <<de>> las Comunidades Autónomas.

1.4. Derecho al juez predeterminado por la ley como principio de actuación del Poder Judicial

El artículo 24.2 de la Constitución proclama el derecho de todos a ser juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley. Este derecho al juez ordinario predeterminado por la ley

¹⁴⁵ Sobre el principio de unidad jurisdiccional puede consultarse, entre otros: JIMENA QUESADA, Luís: *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas*, CEPC, Madrid, 200.

¹⁴⁶ Puede consultarse, entre otras, STC 75/1982.

¹⁴⁷ La máxima expresión de la inserción de la jurisdicción militar en el Poder Judicial es la existencia de una Sala en el Tribunal Supremo.

¹⁴⁸ STC 180/1985.

¹⁴⁹ Entre otras, SSTC 22/1982, 30/1982, 76/1982 y 93/1986.

se complementa con la prohibición de los Tribunales de excepción consagrada en el artículo 117.6 de la Constitución. Este derecho constituye una garantía procesal del ciudadano para asegurar la imparcialidad e independencia del juzgador; imparcialidad e independencia que quedarían absolutamente contaminadas si fuera posible la designación *ad hoc* del juzgador en cada caso concreto. Como se ha señalado acertadamente, el término ordinario que se incorpora al artículo 24.2 que comentamos puede llegar a ser redundante si lo entendemos como exclusión de los órganos jurisdiccionales de excepción. La interpretación que parece más acorde es la de que tal término prohíbe el nombramiento de jueces especiales, que, dadas las especiales características de un caso, podrían ser nombrado para el conocimiento en exclusiva de un asunto¹⁵⁰.

La garantía de la que venimos tratando obliga a determinar previamente los órdenes jurisdiccionales y, también, reglas dentro de cada uno de estos órdenes. El resultado de la aplicación del derecho constitucional al juez predeterminado es que es posible saber cuál será el órgano judicial que debe conocer del asunto. Incluso, cuando el territorio es muy amplio, debe garantizarse este principio por lo que se establecen reglas objetivas de reparto con las que se intenta reforzar esta garantía.

El derecho al juez predeterminado por la ley se extiende, además de a la determinación previa del órgano, a la composición del mismo. Son exigidas también en este caso reglas objetivas y previas de manera que los miembros de un Tribunal no puedan ser alterados arbitrariamente en un caso concreto. Lo anterior no impide, sin embargo, que la composición de órgano no pueda cambiar a lo largo del tiempo sino que lo que se veta es la modificación deliberada para juzgar un determinado asunto.

Por último, debe señalarse que el derecho al juez predeterminado por la ley no puede quedar circunscrito al ámbito penal sino que, como sucede en la actualidad, se aplica a todos los órdenes jurisdiccionales con las peculiaridades propias de cada uno.

1.5. La independencia judicial

La Constitución española ha dibujado la figura del juez en base a uno de los principios constitucionales básicos del Poder Judicial: la independencia. Podríamos, por tanto, afirmar que el estatuto del juez está ordenado en función de la consecución de la independencia judicial. Señalaremos a continuación algunos de los aspectos que configuran la posición constitucional del juez.

Como se ha señalado más arriba, la independencia judicial es realmente el objetivo central que persigue la Constitución. Por tanto, podríamos decir, que el resto de los elementos (inamovilidad, responsabilidad y sometimiento a la ley) no son sino exigencias del principio de independencia. Cuando el artículo 117.1 de la Constitución atribuye a Jueces y Magistrados las anteriores características no lo hace en términos de igualdad entre ellas; la independencia como se viene señalando posee una naturaleza distinta de las demás que constituyen realmente garantías de la primera.

Es usual distinguir entre independencia *externa* e *interna*¹⁵¹. La primera aboga por la libertad de la judicatura respecto de la influencia o dominación de otros poderes (muy principalmente del Ejecutivo); la independencia interna propugna la autonomía del juez en el desenvolvimiento de su potestad jurisdiccional respecto de otros órganos jurisdiccionales.

¹⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, Luís María: *Régimen constitucional del Poder Judicial*, ob. cit., pág. 76 y 77.

¹⁵¹ DÍEZ-PICAZO, Luís María: *Régimen constitucional del Poder Judicial*, ob. cit., pág. 104.

Para garantizar esta autonomía la decisión de un juez solo puede ser modificada por un órgano superior mediante recurso al mismo en aplicación de las reglas establecidas. El juez al aplicar la ley no tiene superiores; al ejercitar la potestad jurisdiccional no hay superior ni inferior¹⁵². En el caso del juez integrado en un órgano colegiado esta independencia interna también debe respetarse sin que quepa presión ni influencia en la opinión libremente manifestada por cada miembro integrante de un órgano jurisdiccional colegiado.

El principio de independencia tiene su límite en el propio ordenamiento jurídico al que el juez está sometido en su actuación¹⁵³.

1.6. Inamovilidad y responsabilidad

La inamovilidad impide que el juez pueda ser presionado con la posibilidad de ser removido de su función o trasladado. Solo con las garantías debidas y en los supuestos legalmente establecidos puede ser un juez removido de su puesto.

En cuanto a la responsabilidad que la Constitución, en su artículo 117.1, atribuye a los jueces no es sino expresión del principio general de responsabilidad en el que se sienta el Estado de Derecho. Los poderes públicos son responsables y el juez no es una excepción. El Título III, del Libro IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial regula la responsabilidad disciplinaria, civil y penal de jueces y magistrados¹⁵⁴.

Por último, el artículo 117.1 de la Constitución establece que el juez actuará sometido únicamente al imperio de la ley. Con una perspectiva funcional, el sometimiento del juez al imperio de la ley expresa el verdadero núcleo de la posición constitucional del juez¹⁵⁵. Teóricamente podríamos preguntarnos si este sometimiento del juez a la ley lo es en sentido formal o material. Siguiendo lo que ya han manifestado otros autores, estimo que solo la segunda opción es posible¹⁵⁶. El juez está realmente sometido al ordenamiento jurídico, más específicamente, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que es lo que establece taxativamente el artículo 9.1 de la Constitución.

Este sometimiento del juez a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico se extiende a la jurisprudencia constitucional y también obliga a una interpretación acorde con la Constitución. En este sentido 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 aplicarla ley interpretarla conforme a aquella (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 deseable¹⁵⁷.

¹⁵² MONTERO AROCA, Juan: *Independencia y responsabilidad del Juez*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, pág. 119.

¹⁵³ HUERTAS CONTRERAS, Marcelo: *El Poder Judicial en la Constitución española*, Universidad de Granada, Granada, 1995, pág. 57. Matiza esta afirmación: MONTERO AROCA, Juan: *Independencia y responsabilidad del Juez*, ob cit., pág. 119.

¹⁵⁴ Arts. 405 a 427 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, Luís María: *Régimen constitucional del Poder Judicial*, ob. cit., pág. 111.

¹⁵⁶ DE OTTO, Ignacio: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 67.

¹⁵⁷ STC 19/1982, de 5 de mayo. Cfr. igualmente SSTC 22/1985, de 15 de febrero; 77/1985, de 27

El poder judicial se regula mediante la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que ha experimentando varias modificaciones y actualizaciones, siendo la más reciente hasta la fecha la operada por la Ley Orgánica 6/2010, de 27 julio.

6. El Tribunal Constitucional: organización y funciones. Interpretación y bloque de la constitucionalidad

La Constitución española ha optado por un sistema de control de constitucionalidad concentrado, atribuyendo a un único órgano, el Tribunal Constitucional, la función de velar por que la Constitución sea norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, de modo que ninguna norma infraconstitucional vulnere el contenido de la Ley de leyes, y de manera que sólo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una norma. La Constitución española sigue así el modelo de Tribunal Constitucional ideado por Kelsen para Austria, modelo que también han seguido y perfeccionado países como Alemania o Italia, y que se opone al modelo que aplica Estados Unidos, que se singulariza por un control de constitucionalidad difuso, y que por tanto en principio cualquier juez o tribunal puede ejercer. El Tribunal Constitucional español, regulado en el Título IX de la Constitución, se compone de doce miembros nombrados por el Rey, con el título de magistrados; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara. Los candidatos propuestos por el Congreso y por el Senado deberán comparecer previamente ante las correspondientes Comisiones en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos.

Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre ciudadanos españoles que sean Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos o Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función.

La designación para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional se hará por nueve años, renovándose el Tribunal por terceras partes cada tres. A partir de ese momento se producirá la elección del Presidente y Vicepresidente.

Antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el Presidente del Tribunal solicitará de los Presidentes de los órganos que han de hacer las propuestas para la designación de los nuevos Magistrados, que inicien el procedimiento para ello. Los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles.

El Tribunal en Pleno elige de entre sus miembros por votación secreta a su Presidente y propone al Rey su nombramiento. En primera votación se requerirá la mayoría absoluta. Si ésta no se alcanzase se procederá a una segunda votación, en la que resultará elegido quien obtuviese mayor número de votos. En caso de empate se efectuará una última votación y si éste se repitiese, será propuesto el de mayor antigüedad en el cargo y en el caso de igualdad el de mayor edad. El nombre del elegido se elevará al Rey para su nombramiento por un período de tres años, expirado el cual podrá ser reelegido por una sola vez. El Tribunal en

de junio; 2/1987, de 21 de enero, y 115/1987, de 7 de julio, entre otras.

Pleno elegirá entre sus miembros, por el mismo procedimiento referido y por el mismo período de tres años, un Vicepresidente, al que incumbe sustituir al Presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal y presidir la Sala Segunda.

Si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados. Ningún Magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato, salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años.

Los Magistrados del Tribunal Constitucional cesan por alguna de las causas siguientes: 1º) por renuncia aceptada por el Presidente del Tribunal; 2º) por expiración del plazo de su nombramiento; 3º) por incurrir en alguna causa de incapacidad de las previstas para los miembros del Poder Judicial; 4º) por incompatibilidad sobrevenida; 5º) por dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo; 6º) por violar la reserva propia de su función; 7º) por haber sido declarado responsable civilmente por dolo o condena por delito doloso o por culpa grave.

El cese o la vacante en el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional, en los casos 1º y 2º así como en el de fallecimiento, se decretará por el Presidente. En los restantes supuestos decidirá el Tribunal en Pleno, por mayoría simple en los casos 3º y 4º y por mayoría de las tres cuartas partes de sus miembros en los demás casos.

Los Magistrados del Tribunal Constitucional podrán ser suspendidos por el Tribunal, como medida previa, en caso de procesamiento o por el tiempo indispensable para resolver sobre la concurrencia de alguna de las causas de cese. La suspensión requiere el voto favorable de las tres cuartas partes de los miembros del Tribunal reunido en Pleno.

La responsabilidad criminal de los Magistrados del Tribunal Constitucional sólo será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial. Cuando concurriera causa de incompatibilidad en quien fuere propuesto como Magistrado del Tribunal, deberá, antes de tomar posesión, cesar en el cargo o en la actividad incompatible. Si no lo hiciera en el plazo de diez días siguientes a la propuesta, se entenderá que no acepta el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional. La misma regla se aplicará en el caso de incompatibilidad sobrevenida.

Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato. Los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece.

Son funcionarios al servicio del Tribunal Constitucional: el Secretario General; los letrados; los secretarios de justicia; y los demás funcionarios que sean adscritos al Tribunal Constitucional. Este personal se rige por lo establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en el Reglamento de desarrollo y con carácter supletorio, en lo que sea aplicable por la legislación vigente para el personal al servicio de la Administración de

Justicia.¹⁵⁸ Los cargos y funciones del personal al servicio del Tribunal Constitucional son incompatibles con cualquier otra función, destino o cargo, así como con el ejercicio profesional y con la intervención en actividades industriales, mercantiles o profesionales, incluso las consultivas y las de asesoramiento. No obstante, podrán ejercer aquellas funciones docentes o de investigación que, a juicio del Tribunal, no resulten incompatibles con el mejor servicio de éste.

El Tribunal Constitucional está asistido por letrados que pueden ser seleccionados mediante concurso-oposición entre funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en derecho, de acuerdo con el Reglamento del Tribunal, o ser libremente designados en régimen de adscripción temporal, por el mismo Tribunal, en las condiciones que establezca el Reglamento, entre abogados, profesores de universidad, magistrados, fiscales o funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de Licenciados en Derecho. Los nombrados quedarán en su carrera de origen en situación de servicios especiales por todo el tiempo en que presten sus servicios en el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional tiene un Secretario General elegido por el Pleno y nombrado por el Presidente entre los letrados, cuya jefatura ejercerá sin perjuicio de las facultades que corresponden al Presidente, al Tribunal y a las Salas. Corresponde también al Secretario General, bajo la autoridad e instrucciones del Presidente: la dirección y coordinación de los servicios del Tribunal y la jefatura de su personal; la recopilación, clasificación y publicación de la doctrina constitucional del Tribunal; la preparación, ejecución y liquidación de presupuesto, asistido por el personal técnico; las demás funciones que le atribuya el Reglamento del Tribunal. Las normas propias del Tribunal podrán prever supuestos de delegación de competencias administrativas del Presidente en el Secretario General. Del mismo modo podrá preverse la delegación de competencias propias del Secretario General. Contra las resoluciones del Secretario General podrá interponerse recurso de alzada ante el Presidente, cuya decisión agotará la vía administrativa. Esta decisión será susceptible de ulterior recurso contencioso-administrativo.

El Tribunal tiene el número de secretarios de justicia que determina su plantilla. Los secretarios de justicia procederán del Cuerpo de Secretarios Judiciales y las vacantes se cubrirán por concurso de méritos entre quienes pudieran ocupar plaza en el Tribunal Supremo. Los Secretarios de Justicia ejercerán en el Tribunal o en las Salas la fe pública judicial y desempeñarán, respecto del Tribunal o Sala a la que estén adscritos, las funciones que la legislación orgánica y procesal de los Juzgados y Tribunales atribuye a los Secretarios. El Tribunal Constitucional adscribirá a su servicio el personal de la Administración de Justicia y demás funcionarios en las condiciones que fije su Reglamento. Podrá, asimismo, contratar personal en régimen laboral para el desempeño de puestos que no impliquen participación directa ni indirecta en el ejercicio de las atribuciones del Tribunal Constitucional, y cuyas funciones sean propias de oficios, auxiliares de carácter instrumental o de apoyo administrativo. La contratación de este personal laboral se realizará mediante procesos de selección ajustados a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es único en su orden y es independiente de los demás órganos constitucionales. Está sometido sólo a la

¹⁵⁸ El Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional fue aprobado por Acuerdo del Pleno de 5 de julio de 1990, y ha sido modificado por Acuerdos del Pleno de 5 de octubre de 1994, 8 de septiembre de 1999, 27 de febrero de 2001, 19 de diciembre de 2002, 14 de mayo de 2003, 31 de marzo de 2008 y 28 de abril de 2010.

Constitución y a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), que ha sido reformada por las Leyes Orgánicas 4/1985, de 7 de junio, 6/1988, de 9 de junio, 7/1999, de 21 de abril, 1/2000, de 7 de enero, 6/2007, de 24 de mayo, y Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero.

Según establece el artículo 161 de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

- a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

El Gobierno también puede impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

El Tribunal Constitucional puede dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, autorizados por su Presidente.

El Tribunal Constitucional actúa en Pleno, en Sala o en Sección. El Pleno está integrado por todos los Magistrados del Tribunal. Lo preside el Presidente del Tribunal y, en su defecto, el Vicepresidente y, a falta de ambos, el Magistrado más antiguo en el cargo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad. El Tribunal consta de dos Salas. Cada Sala está compuesta por seis Magistrados nombrados por el Tribunal en Pleno. El Presidente del Tribunal lo es también de la Sala Primera, que presidirá en su defecto, el Magistrado más antiguo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad. El Vicepresidente del Tribunal presidirá en la Sala Segunda y, en su defecto, el Magistrado más antiguo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad. Para el despacho ordinario y la decisión o propuesta, según proceda, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de procesos constitucionales, el Pleno y las Salas constituirán Secciones compuestas por el respectivo Presidente o quien le sustituya y dos Magistrados.

Se dará cuenta al Pleno de las propuestas de admisión o inadmisión de asuntos de su competencia. En el caso de admisión, el Pleno podrá deferir a la Sala que corresponda el conocimiento del asunto de que se trate, en los términos previstos en esta Ley. Podrá corresponder también a las Secciones el conocimiento y resolución de aquellos asuntos de amparo que la Sala correspondiente les defiera en los términos previstos en esta Ley.

El Tribunal en Pleno conoce de los siguientes asuntos:

- a) De la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados internacionales.
- b) De los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes y demás disposiciones con valor de ley, excepto los de mera aplicación de doctrina, cuyo conocimiento podrá atribuirse a las Salas en el trámite de admisión. Al atribuir a la Sala el conocimiento del recurso, el Pleno deberá señalar la doctrina constitucional de aplicación.
- c) De las cuestiones de constitucionalidad que reserve para sí; las demás deberán deferirse a las Salas según un turno objetivo.

- d) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- e) De las impugnaciones previstas en el apartado 2 del artículo 161 de la Constitución.
- f) De los conflictos en defensa de la autonomía local.
- g) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.
- h) De las anulaciones en defensa de la jurisdicción del Tribunal previstas en el artículo 4.3 LOTC.
- i) De la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional.
- j) Del nombramiento de los Magistrados que han de integrar cada una de las Salas.
- k) De la recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional.
- l) Del cese de los Magistrados del Tribunal Constitucional en los casos previstos en el artículo 23 LOTC.
- m) De la aprobación y modificación de los reglamentos del Tribunal.
- n) De cualquier otro asunto que sea competencia del Tribunal pero recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados, así como de los demás asuntos que le puedan ser atribuidos expresamente por una ley orgánica.

El Tribunal en Pleno, en ejercicio de su autonomía como órgano constitucional, elabora su presupuesto, que se integra como una sección independiente dentro de los Presupuestos Generales del Estado.

Las Salas del Tribunal Constitucional conocerán de los asuntos que, atribuidos a la justicia constitucional, no sean de la competencia del Pleno. También conocerán las Salas de aquellas cuestiones que, habiendo sido atribuidas al conocimiento de las Secciones, entiendan que por su importancia deba resolver la propia Sala. La distribución de asuntos entre las Salas del Tribunal se efectuará según un turno establecido por el Pleno a propuesta de su Presidente. Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno.

El Tribunal en Pleno puede adoptar acuerdos cuando estén presentes, al menos, dos tercios de los miembros que en cada momento lo compongan. Los acuerdos de las Salas requerirán asimismo la presencia de dos tercios de los miembros que en cada momento las compongan. En las Secciones se requerirá la presencia de dos miembros, salvo que haya discrepancia, requiriéndose entonces la de sus tres miembros.

El Presidente del Tribunal Constitucional ejerce la representación del Tribunal, convoca y preside el Tribunal en Pleno y convoca las Salas; adopta las medidas precisas para el funcionamiento del Tribunal, de las Salas y de las Secciones; comunica a las Cámaras, al Gobierno o al Consejo General del Poder Judicial, en cada caso, las vacantes; nombra a los letrados, convoca los concursos para cubrir las plazas de funcionarios y los puestos de personal laboral, y ejerce las potestades administrativas sobre el personal del Tribunal.

Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados. La declaración de inconstitucionalidad puede promoverse mediante el recurso de inconstitucionalidad y mediante la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales. Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas; Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley. En el caso de los decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin

perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución; Los tratados internacionales; Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa; Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

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 éstas (art. 28 LOTC). Este conjunto de normas con respecto a las cuales el Tribunal Constitucional efectúa el juicio de constitucionalidad, recibe el nombre de “bloque de la constitucionalidad”.

Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un decreto-ley, decreto legislativo, ley que no haya 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 desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley, disposición o acto con fuerza de ley no será obstáculo para que la misma ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso.

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.¹⁵⁹ 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.¹⁶⁰

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 culminar su proceso de aprobación. Como

¹⁵⁹ SEVILLA SEGURA, J., VIDAL BELTRÁN, J.M., ELÍAS MÉNDEZ, C., *Vertebrando España. El Estado autonómico*, El Arquero. Fundación Ortega, Madrid, 2009.

¹⁶⁰ 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.

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.¹⁶¹ 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 cada provincia. Además, el

¹⁶¹ AJA, E., *El Estado autonómico*, Alianza, 2003.

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 cuenten, 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.¹⁶² 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, Aragón, Andalucía, Baleares, Castilla

¹⁶² 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>

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 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”.¹⁶³

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 igualación con las Autonomías de la vía reforzada, a partir de un principio de emulación.

Tal vez como reacción a esta tendencia hacia la igualación, 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.¹⁶⁴

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.

¹⁶³ ARAGÓN REYES, M., “Estado jurisprudencial autonómico”, *RVAP*, número monográfico sobre el Estado autonómico, 1987.

¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ 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 1978.¹⁶⁶ 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,¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹ 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

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ SEVILLA SEGURA, J., VIDAL BELTRÁN, J.M., ELÍAS MÉNDEZ, C., *Vertebrando España...*, *op. cit.*

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ Ya antes nos hemos referido al artículo 147.3 CE.

recientemente, aun correspondiendo a la vía ordinaria, han querido incorporar procedimientos de reforma que incluyen el referéndum. En algunos casos, se 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.¹⁷⁰

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.

¹⁷⁰ 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.

5. La distribución competencial

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).¹⁷¹

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.¹⁷²

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

¹⁷¹ 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.

¹⁷² 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.

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 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.¹⁷³

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.

¹⁷³ 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.

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). 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.¹⁷⁴

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.

¹⁷⁴ 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.

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.

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,¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁵ 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".¹⁷⁶ 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

¹⁷⁶ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La disolución. El problema y sus alternativas", *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, nº 12 extraordinario, 2002, ps. 155-173 (160).

consagración por la Constitución del principio dispositivo en materia de autonomías (...), de la circunstancia de que el texto constitucional remita a 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.”¹⁷⁷ 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).”¹⁷⁸

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

¹⁷⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1984, ps. 24 y 25.

¹⁷⁸ AJA, E., TORNOS, J., FONT, T., PERULLES, J. M. y ALBERTÍ, E., *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 88.

constitucional que las distintas zonas que componen el territorio obtengan una adecuada representación. También Ceuta y Melilla cuentan con sendas asambleas. Las Cámaras 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).¹⁷⁹

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

¹⁷⁹ 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.

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 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 autonómico. 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.¹⁸⁰ 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

¹⁸⁰ 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.

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 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.¹⁸¹

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

¹⁸¹ 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.

fija, que se acuerda a través de una negociación bilateral con el Estado, y que se revisa cada cinco años.

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.¹⁸² 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

¹⁸² AJA, E., *El Estado autonómico*, Alianza, 2003.

Autónomas, ya que a la cesión de hasta un 30% del rendimiento del IRPF se añade la participación de las mismas en su regulación.

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).¹⁸³

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

¹⁸³ 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..

a miembros del Consejo de Gobierno de una determinada Comunidad 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 autonómicas, pero que también recurren a técnicas de administración descentralizada en favor de las Administraciones locales.¹⁸⁴

¹⁸⁴ 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 ser¹⁸⁵:

- *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 Constitucional¹⁸⁶ 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 acción para ejercerlos, especialmente cuando ello se establece para proteger la seguridad jurídica u otros derechos y bienes

¹⁸⁵ PECES-BARBA, G.: *Derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 119.

¹⁸⁶ 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.

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 autónomamente¹⁸⁷.
- 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 CC, no es persona a efectos jurídicos. El Tribunal Constitucional confirmó esta tesis en su STC 53/1985 de 11 de abril (despenalización de

¹⁸⁷ 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.

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 asociados¹⁸⁸.

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 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

¹⁸⁸ Ver también artículos 36 a 39 del Código Civil.

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 empiezan¹⁸⁹.

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)»¹⁹⁰. Así, pues, los derechos 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,

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ STC 139/1995, de 26 de septiembre.

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)¹⁹¹ e, incluso, que en algún caso, la posición de la persona jurídica pueda tener una protección menor que la que pudiera recibir la persona física¹⁹².

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, 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

¹⁹¹ 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.

¹⁹² 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).

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 Montoro¹⁹³ 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 afirmado A.J. Gómez Montoro¹⁹⁴, 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.

¹⁹³ GÓMEZ MONTORO, A.: «Titularidad de los derechos fundamentales», ARAGÓN REYES, M. (Coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, T. III, Civitas, 2001, pág. 128.

¹⁹⁴ GÓMEZ MONTORO, A.J.: «Titularidad de derechos fundamentales», en ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, ob. cit., pág. 116.

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 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»¹⁹⁵.

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 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*

¹⁹⁵ 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.

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.º 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 4/2015¹⁹⁶, 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 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.

¹⁹⁶ En su Disposición final primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

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»¹⁹⁷, 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, 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.

¹⁹⁷ 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.

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 1¹⁹⁸ de la Convención de los Derechos del Niño (CDN)¹⁹⁹.

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 tomada 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 Menor²⁰⁰, 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 cuando se pone en riesgo el bienestar del hijo²⁰¹. En España, «el principio del interés del menor se ha incorporado a la legislación interna de forma relevante, impactando asimismo en el ámbito

¹⁹⁸ 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.*

¹⁹⁹ 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).

²⁰⁰ 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*.

²⁰¹ 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.

jurisprudencial de forma significativa»²⁰², 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»²⁰³ 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 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

²⁰² *Ibidem.*

²⁰³ *Idem*, p. 106.

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 justificada²⁰⁴.

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

²⁰⁴ MARTÍN RETORTILLO, L., DE OTTO Y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 127.

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 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»²⁰⁵.

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

²⁰⁵ 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.

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 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 quedaran 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-Barba²⁰⁶, 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»²⁰⁷.

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),

²⁰⁶ PECES-BARBA, G.: *Derechos fundamentales*, Biblioteca Un. Guadiana, Madrid, 1976, pág. 117.

²⁰⁷ ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y derechos fundamentales*, Quaderns de Treball, Centre d'Estudis de Drets Humans, UAB, 2 (1994), pág. 16.

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 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»²⁰⁸.

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

²⁰⁸ 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).

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

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 Tremps²⁰⁹, 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

²⁰⁹ PÉREZ TREMP, P.: *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 112.

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.

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»²¹⁰. 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»²¹¹.

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

3.1. Derechos que pueden ser suspendidos

²¹⁰ 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.

²¹¹ 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 Gomera²¹²; el segundo caso se produjo, el 9 de febrero, en Son Espases (Mallorca)²¹³. 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

²¹² 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.

²¹³ Se trató de un turista británico de vacaciones en esa localidad.

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 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 alarma²¹⁴.

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

²¹⁴ 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.

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 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»²¹⁵.

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 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

²¹⁵ CRUZ VILLALÓN, P.: «Estado de sitio», en ARAGÓN REYES, M. (Coord.): *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 236.

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»²¹⁶.

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 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 Cuadrado²¹⁷, 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»²¹⁸.

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

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ GARCÍA CUADRADO, A.M.: *Sistema constitucional de derechos y libertades*, ob.cit., pág. 179.

²¹⁸ REMOTTI CARBONELL, J.C.: *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., pág. 184.

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 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»²¹⁹. Para E. Alonso García²²⁰ 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

²¹⁹ BALAGUER CALLEJÓN M.L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 21.

²²⁰ ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, pags. 2 y sigs.

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 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 constitucional²²¹:

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 salvo el

²²¹ 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.

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 superior²²².

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,

²²² 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.

1966).

- 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 1ª 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 objetivos (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»²²³.

Algunas de las garantías constitucionales precisan desarrollo legislativo (así sucede frecuentemente con las garantías institucionales); otras se encuentran plenamente expresadas en 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 constitucionales²²⁴. 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 exposición²²⁵, 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.

²²³ CARRASCO DURÁN, M.: *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002, pág. 30.

²²⁴ PEREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 65.

²²⁵ *Ibidem*.

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, 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 Luño²²⁶, 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.

²²⁶ *Ibidem*.

- 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 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*²²⁷ 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

²²⁷ GARCIA MORILLO, J.: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 33.

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, 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 Constitucional²²⁸, 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).

²²⁸ Ver STC 160/1987, de 27 de octubre de 1987.

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.

En la Constitución española podemos distinguir, siguiendo a Pérez Luño²²⁹, 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

²²⁹ PEREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 81.

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 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 año²³⁰. 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 Estatuto²³¹, 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»

²³⁰ 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).

²³¹ 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).

- 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 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»²³².

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 enjuiciados²³³.

Dispone el artículo 163 de la Constitución²³⁴ 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

²³² GARCÍA COUSO, S.: *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 1998, pág. 25.

²³³ BALAGUER CALLEJÓN, M^a L.: *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico*, ob. cit., pág. 162.

²³⁴ 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».

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 concluido 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 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

Constitucional²³⁵ 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 Constitución²³⁶ 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 Constitución con normas preconstitucionales, siempre que éstas no se opongan en todo o en parte a los preceptos constitucionales²³⁷. 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.

²³⁵ 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».

²³⁶ 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».

²³⁷ 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 Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876.

3. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta 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»²³⁸.
- b) La *sumariedad* puede ser entendida²³⁹ en tres sentidos:
- 1) Como proceso que tiene limitado su objeto, los medios de pruebas y otros 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

²³⁸ CARRASCO DURÁN, M.: *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 56.

²³⁹ *Idem*, pág. 58.

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 Ley²⁴⁰, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades 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)²⁴¹ 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

²⁴⁰ 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 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.

²⁴¹ 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».

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) 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 arriba 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 interno²⁴².

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 procedente, 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):
 - 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,

²⁴² *Idem*, pág. 648.

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 concurren 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)²⁴³.

²⁴³ PRIETO-CASTRO, L.: *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil. Discurso (20-4-1953)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953.

- 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)²⁴⁴.
- 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)²⁴⁵.
- Que debía ser (aunque no lo fue) un órgano de la Administración de Justicia con funciones en la jurisdicción penal (J. Zafra)²⁴⁶.

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.

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

²⁴⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: «El Ministerio Fiscal en España», ob. cit.,

²⁴⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El Ministerio Fiscal», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XVI, Barcelona, 1978.

²⁴⁶ ZAFRA, J.: «Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal», *Revista de Derecho procesal*, 4 (1961), págs. 68 y sigs.

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*²⁴⁷.

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:

- 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

²⁴⁷ 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.

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*)²⁴⁸ 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. 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 Santos²⁴⁹, 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.

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ VERA SANTOS, J. M.: *El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2002, pág. 36.

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 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)²⁵⁰.

²⁵⁰ 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.

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 España²⁵¹. 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 organismos²⁵² y que se articula en un sistema jurídico multinivel; El DPE no es, sin embargo, «un ombudsman nacional, sino que tiene suficientes peculiaridades distintivas»²⁵³ 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)²⁵⁴. 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 administrados²⁵⁵.

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 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*.

²⁵¹ GOMEZ SANCHEZ, Y.: *Derecho Constitucional Europeo. Derechos y libertades*, Sanz y Torres, 2005, p.462.

²⁵² 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.

²⁵³ CARMONA Y CHOUSAT, J.F.: *El defensor del pueblo europeo*, INAP, 2000, p. 118.

²⁵⁴ Artículo 2 del TUE.

²⁵⁵ 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.

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 definir²⁵⁶.

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

²⁵⁶ 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.

Derecho— se apoyó, de una parte, en la *separación entre la sociedad civil y el 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»²⁵⁷. 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»²⁵⁸.

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 donde se implantó y desarrolló su insuficiencia para resolver muchos de los problemas que planteaba la

²⁵⁷ FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K.; ABENDROTH, W.; *El Estado social*, Madrid, 1986, pág. 125.

²⁵⁸ GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Ed., Madrid, 1977, pág. 23.

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 Pelayo²⁵⁹, 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 finalidad²⁶⁰ 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 se manifiesta precisamente como una exención de la obligación de aplicar rigurosamente el principio de

²⁵⁹ GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ob. cit., pág. 18.

²⁶⁰ 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.

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 Humanos²⁶¹ 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 Protocolo²⁶².

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)»²⁶³.

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

²⁶¹ 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».

²⁶² España autorizó la firma del Protocolo nº 12, el 26 de agosto de 2005.

²⁶³ 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.

actuado en favor de la igualdad en un ámbito tan sensible como el laboral.

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 CE²⁶⁴. 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 constitucional²⁶⁵, 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

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Matizó esta opinión F. RUBIO LLORENTE en su trabajo «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REDC*, 31 (1991), pág. 10.

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).

La segunda, como señala T. Freixes²⁶⁶, 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»²⁶⁷, 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 judicial²⁶⁸; o que aun existiendo idénticos supuestos fácticos el juez ordinario determine que no fueron estos los fundamentos de una resolución anterior²⁶⁹.

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»²⁷⁰, lo cual sí produciría lo que el mismo Tribunal Constitucional denomina *desigualdad aplicativa*²⁷¹.

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 doctrina²⁷² 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

²⁶⁶ *Ídem*, pág. 187.

²⁶⁷ OLLERO, A.: *La igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEPC, Madrid, 2005, pág. 46.

²⁶⁸ 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.

²⁶⁹ OLLERO, A.: *La igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, ob. cit, pág. 46.

²⁷⁰ GONZÁLEZ RIVAS, JJ.: *La Constitución de 1978: Estudio sistemático y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 170.

²⁷¹ STC 51/2005, de 14 de marzo.

²⁷² 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.

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 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 sociedad²⁷³. 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)²⁷⁴, 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*

²⁷³ 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.

²⁷⁴ 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.

Como ya se ha señalado, la igualdad formal fue completada por un nuevo concepto de 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 «prevalecer 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 sexo²⁷⁵ (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*

²⁷⁵ 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).

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 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 reintegro 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 femenino²⁷⁶ 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 noviembre²⁷⁷, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social,

²⁷⁶ 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.

²⁷⁷ 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.

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 y 49 de la Constitución²⁷⁸.

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*²⁷⁹. 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*

²⁷⁸ 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.

²⁷⁹ 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.

discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

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 CE²⁸⁰, 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 remito²⁸¹ 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

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ 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.

de género²⁸², 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 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»²⁸³. 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 inculpado 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»²⁸⁴.

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 beneficios de la comunidad de treinta y uno a*

²⁸² 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.

²⁸³ 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*.

²⁸⁴ 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.

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 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 mismas²⁸⁵.

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,

²⁸⁵ 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.

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 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 paliativas²⁸⁶. 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

²⁸⁶ 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.

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 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 mujeres²⁸⁷. 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»²⁸⁸. La Ley 3/2007 (LOI) incorporó al ordenamiento español dos directivas de la Unión Europea en materia de igualdad de trato²⁸⁹ 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

²⁸⁷ 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., RUGGIÙ, 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: género», en Aragón Reyes, M., Valadés Ríos, D., Tudela Aranda, J. (cords.): *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, 2023, págs. 581-608.

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ 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.

las siguientes Comunidades Autónomas:

5.2. Objeto, sujetos y ámbito de aplicación

5.2.1. Objeto

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 sexo²⁹⁰. 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» (4^a).

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

²⁹⁰ 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.

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 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*²⁹¹. 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 paternidad²⁹².

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

²⁹¹ 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.*

²⁹² 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.*

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, del género femenino.

El Tribunal Constitucional ha admitido estas diferencias de trato basándose en la prohibición de discriminación y entendiendo 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)²⁹³.

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

²⁹³ 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.

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*.

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*²⁹⁴ 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»²⁹⁵.

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,

²⁹⁴ 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*.

²⁹⁵ 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.

formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas» (art. 65 LOI)²⁹⁶. Con una redacción matizadamente distinta se regula la igualdad de la mujer en el acceso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad respeto de los cuales la Ley establece que «las 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)²⁹⁷.

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 3²⁹⁸, 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 hombres²⁹⁹.

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

²⁹⁶ 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.

²⁹⁷ 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.

²⁹⁸ 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.

²⁹⁹ 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.

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 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 enero³⁰⁰, 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.

³⁰⁰ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre anulación de candidaturas electorales pueden consultarse las SSTC 96 a 127/2007.

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 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*³⁰¹, 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 discriminación³⁰². «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»³⁰³.

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

³⁰¹ 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.

³⁰² GARCÍA CAMPÁ, S. y VENTURA FRANCH, A: «¿Se puede discriminar sin hacer nada?», ob. cit.

³⁰³ *Ibidem*.

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 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 atendrán 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 entra 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 funcionariado 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”³⁰⁴.

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

³⁰⁴ J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico Español*, Cizur Menor 2005, p. 93.

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 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 religioso³⁰⁵; 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

³⁰⁵ 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.

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 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 casa 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 culturales 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 culturales 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 culturales pueden consistir en la realización de una serie de ritos-, existen ritos que propiamente hablando no son actos de culto sino tan sólo ceremonias religiosas³⁰⁶: 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

³⁰⁶ 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).

hacer además, por su trascendencia, 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 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 de 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 aquella 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.

CAPÍTULO XIX

LA SOCIEDAD INTERNACIONAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIÓN EUROPEA

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

Sumario. 1. La sociedad internacional: origen y evolución. 1.1. Introducción. 1.2. Principio de cooperación y principio de integración. 1.3. La construcción de la sociedad internacional en torno a las organizaciones internacionales. 1.4. El Derecho Internacional. 2. La Unión Europea en la sociedad internacional. 2.1. Origen. 2.2. Las ampliaciones. 2.3. Unión política, defensa, fronteras y moneda única. 2.4. Estructura institucional de la Unión Europea. 2.4.1. El Consejo Europeo. 2.4.2. El Consejo de la Unión Europea. 2.4.3. La Comisión Europea. 2.4.4. El Parlamento Europeo. 2.4.5. El Tribunal de Justicia. 2.4.6. El Tribunal de Cuentas. 2.4.7. El Banco Central Europeo y el Sistema Europeo de Bancos Centrales. 2.4.8. Otros órganos de la Unión Europea. 2.4.8.1. El Comité de las Regiones. 2.4.8.2. El Consejo Económico y Social. 3. Ámbito competencial de la Unión Europea: los principios de atribución, de subsidiariedad y proporcionalidad. 4. Las fuentes del Derecho de la Unión Europea. 4.1. Concepto. 4.2. Clasificación de las fuentes comunitarias. 4.3. Derecho originario y Derecho derivado. 5. la eficacia del Derecho de la Unión Europea.

1. La sociedad internacional: origen y evolución

1.1. Introducción

La evolución del Estado nacional nos ha deparado cambios y controversias aún no superadas de tal suerte que, en la actualidad, el análisis de la realidad nacional nos ofrece un conocimiento solo parcial de los Estados actuales. Las sociedades son cada vez más complejas y la realidad política, militar y económica es supranacional. Asistimos, pues, a un proceso de *globalización* que impone tanto en lo que concierne a los problemas como a la posible solución de los mismos acciones globales y coordinadas entre los Estados.

Desde el siglo XIII se especula con la necesidad de unir a los pueblos en organizaciones de carácter supranacional; sobre el federalismo internacional y sobre la necesidad de constituir una *civitas gentium* y fueron muchos los proyectos que persiguieron una organización internacional o de una Sociedad de las naciones.

Por otro lado, la actividad de unas sociedades nacionales con otras, afectando o no a los Estado, siempre ha tenido una presencia efectiva surge así la sociedad transnacional, que coexiste con las relaciones interestatales y que ha cobrado verdadero auge, constituida por agentes políticos, sociales y económicos que operan internacionalmente fuera del ámbito estatal. Estos cambios han obligado a los estados, a los poderes públicos, a buscar fórmulas

jurídicas que articularan esos cambios siendo este fenómeno el centro de la evolución de la sociedad internacional.

1.2. Principio de cooperación y principio de integración

La interrelación surgida entre los diversos Estados nacionales se ha articulado frecuentemente en torno al principio de cooperación, mediante el cual dichos Estados no veían perturbada su identidad ni el alcance de su soberanía. A partir, sin embargo, de la Segunda Guerra Mundial, este principio se manifestó insuficiente y surgió una nueva fórmula de relación entre Estados que se concreta en las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea), cuyo signo distintivo respecto de organizaciones anteriores consistió en cuestionar el mito de la intangibilidad de la soberanía del Estado, entendida en su sentido más absoluto¹ para hacer surgir un nuevo concepto: la integración supranacional como un sistema de relación internacional que supera la mera cooperación. Si bajo el principio de cooperación no se ponía en cuestión la soberanía de los Estados nacionales, la integración, representa niveles más profundos de implicación y sujeción de los Estados nacionales a las decisiones de la organización internacional y, especialmente, a la vinculación a su Derecho propio (Derecho de la Unión Europea).

La integración supranacional de los Estados genera, inevitablemente, un doble efecto, pues, de una parte, les permite extender su influencia y participar en la toma de decisiones en un ámbito territorial mucho mayor, pero, de otro lado, su incorporación en este ámbito superior limita en parte sus facultades. Por ello, las reivindicaciones acerca de la integración del Estado en organizaciones supranacionales deben convivir, a veces con tensión innegable, con las demandas nacionalistas en el interior de esos mismos Estados.

La integración de los Estados nacionales en organizaciones internacionales ha constituido, por tanto, un largo y difícil camino jalonado por logros y retrocesos que ha merecido opiniones diversas. Mientras algunos pensaron que nunca se lograría una “unión de Estados”, en otros foros se ha defendido que lo contrario: la superación del Estado-Nación por instituciones supranacionales como las que constituyen el proyecto de construcción europea representado, con todas sus contradicciones, en la Unión Europea.

1.3. La construcción de la sociedad internacional en torno a las organizaciones internacionales

La definición clásica de “organización internacional” la define como una asociación formada por sujetos de Derecho Internacional Público, y regulada por un conjunto de normas propias dentro del marco del Derecho Internacional, con miembros, objetivos y unos fines comunes que opera dentro del ámbito internacional. Los entes más claramente conformes a esta definición serían las organizaciones intergubernamentales integradas por Estados (OIG). Actualmente, sin embargo, junto a las anteriores se incluyen otras, de naturaleza privada, como son las organizaciones internacionales no gubernamentales (ONG).

El origen de las organizaciones internacionales puede situarse en el periodo comprendido entre la finalización de las guerras napoleónicas y el inicio de la Primera Guerra Mundial³⁰⁷

³⁰⁷ Díez de Velasco, M.: *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, p. 39

Las Organizaciones Internacionales gozan de *personalidad jurídica*, es decir, de la *capacidad* de ser sujetos de relaciones jurídicas en sistemas jurídicos concretos: nacional e internacional. A diferencia de los Estados, la personalidad de las Organizaciones Internacionales se ve afectada por el *principio de especialidad* que determina su régimen jurídico en razón de sus objetivos, ámbito de aplicación y funciones los cuales suelen estar especificados en el tratado que creación³⁰⁸.

Las organizaciones internacionales emergen a partir del siglo XIX. A partir de su aparición, las organizaciones internacionales se constituyen como un ámbito específico de relación intergubernamental multilateral) producto de la necesidad de cooperación entre Estados que se veían obligados a ella como consecuencia de los múltiples cambios mundiales.

Ejemplos relevantes de organizaciones internacionales públicas u organizaciones intergubernamentales (OIGs) son la Sociedad de Naciones, Naciones Unidas y sus Agencias, el Consejo de Europa entre otras muchas de distinto alcance y funciones. La Sociedad de Naciones (Liga de Ginebra), apoyada por el Presidente americano Wilson, nació, en 1919, constituyendo el denominado Pacto de la Sociedad de Naciones -The Covenant of the League of Nations- y sus objetivos eran mantener la paz en el mundo, asegurar la justicia y tutelar a las poblaciones que no estuvieran capacitadas para regirse por sí mismas.

Woodrow Wilson, Presidente de los Estados Unidos, expuso ante el Congreso, el 18 de enero de 1918, un histórico mensaje conocido como de los *Catorce Puntos*, en el que se defendía un amplio programa para la consecución de la paz mundial. El documento fue aprobado mayoritariamente por la Cámara y cuyo espíritu paso al *Tratado de Versalles* de 18 de junio de 1919 y también a otros Tratados posteriores formados con las potencias vencidas en la Primera Guerra Mundial.

La Sociedad de Naciones contaba con una Asamblea, que se reunía una vez al año o, más frecuentemente, en sesión extraordinaria; un Consejo, formado por las grandes potencias y otros estados; y una Secretaría permanente. Los acuerdos se adoptaban por unanimidad, salvo en cuestiones de procedimiento y podía aplicar ciertas sanciones en el orden económico pero también en el militar. Fueron muchos los que denunciaron la pérdida de objetivos de la Sociedad de Naciones y la manipulación de sus fines. Con todo, representó un paso en la construcción de la sociedad internacional.

En 1929, Aristides Briand había expuesto ante la Sociedad de Naciones un proyecto de unión europea que no fue apoyado aunque los intentos prosiguieron hasta que, en la Conferencia de Yalta (4 al 11 de febrero de 1945), se avanzó en el propósito de crear una organización internacional para mantener la paz y la seguridad. A este fin se convocó, para el 25 de abril de 1945, una Conferencia de las Naciones Unidas en San Francisco³⁰⁹ para redactar la Carta fundacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a la que asistieron representantes de cincuenta y una naciones. Algún tiempo después, el 5 de julio de 1947, G. Marshall, Secretario de Estado norteamericano, anunciaba el histórico Plan Marshall, mediante el cual, Estados Unidos, colaboraría a la reconstrucción europea y los países beneficiarios se avendrían a un programa común de reconstrucción. Para cumplir este objetivo se creó, en 1949, la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE),

³⁰⁸ *Idem*, p. 44.

³⁰⁹. El término *Naciones Unidas*, como es sabido, fue creado por T. Roosevelt, en 1942, y se ha conservado como una muestra de respeto hacia los esfuerzos que realizó para conseguir una organización internacional que procurara la paz y la seguridad mundiales.

integrada inicialmente por dieciséis países entre los cuales no se encontraba ninguno del área socialista.

Como complemento de la OECDE en materia de defensa de los derechos y libertades, se creó, por el Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949, el Consejo de Europa en el que se integraron inicialmente diez Estados (los tres Estados del Benelux, Francia, Italia, Dinamarca, Noruega, Suecia, y Gran Bretaña); posteriormente se han incorporado nuevos miembros hasta un total de cuarenta y uno. El Consejo de Europa se articuló en torno a un Consejo de Ministros, una Asamblea consultiva (siendo el primer organismo internacional dotado de un Parlamento multinacional) y, posteriormente, los órganos de protección de los derechos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El contenido de este Consejo se plasmó en la aprobación, en 1950, de la Convención para la Salvaguardia de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, conocido como Convenio de Roma.

Por otro lado, buscándose la unidad militar se había creado, en Bruselas del 17 al 19 de marzo de 1948, la Unión Europea Occidental (UEO) integrada inicialmente por Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo y que tenía como fin articular una defensa común ante el temor de que la Unión Soviética intentara expandir su influencia. Alentados por los buenos resultados de la CECA se pensó en profundizar la colaboración en materia de defensa integrando a Alemania -Plan Pleven- lo cual se plasmó en el Tratado de la Comunidad Europea de Defensa (CED), del 27 de mayo de 1952; El *Bundestag* alemán aprobó el Tratado en marzo de 1953 aunque su tramitación parlamentaria no corrió la misma suerte en Francia donde, con la oposición del general De Gaulle, la votación parlamentaria del Tratado, el 30 de agosto de 1954, obtuvo un resultado negativo.

Estados Unidos propició una unión más amplia, supraeuropea, en la que, además de los países antes citados, se integraron Noruega, Dinamarca, Italia, Portugal, Islandia, Canadá y Estados Unidos: nació así, en 1949, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). En 1975, el Acta de Helsinki creó la Conferencia de Seguridad y Cooperación Europea (CSCE) que tenía fines similares a los de ONU aunque con ámbitos europeos, integrada por todos los países del Continente y que intentó servir de puente entre los dos bloques europeos.

1.4. El Derecho internacional

El Derecho Internacional empezó a desarrollarse a partir del siglo XVI, época en la cual aparecen en Europa los primeros estados nacionales aunque hasta el siglo XX no se vislumbró claramente la posibilidad de articular en torno al mismo una verdadera sociedad internacional. Por este motivo, Estado nacional y Derecho Internacional están ineludiblemente unidos y el Estado es el sujeto originario y principal del Derecho Internacional. Como ha señalado muy acertadamente J.A. Pastor Ridruejo, comparado con los ordenamientos internos, el Derecho Internacional presenta caracteres peculiares, cierto relativismo en el plano normativo, insuficiencias en la prevención y en la sanción de las violaciones y una innegable politización. No existe un órgano a nivel internacional similar a los parlamentos nacionales y los que crean el Derecho internacional no son otros que los propios Estados que también son los sujetos pasivos de dichos Derecho. En la sociedad internacional no todos los agentes (Estados) están sometidos a las mismas normas jurídicas ni quedan vinculados con igual intensidad ya que son los propios Estados los que pueden o no obligarse suscribiendo los correspondientes

tratados o convenios³¹⁰.

Tanto o más problemático es el plano de la prevención y sanción de las violaciones donde el nivel de eficacia es claramente insuficiente. Si bien el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adopta decisiones obligatorias para los Estados miembros de Naciones Unidas, es igualmente cierto que el requisito de la unanimidad para adoptar dichas decisiones y el hecho de que frecuentemente los problemas analizados por el Consejo de Seguridad afecten a alguno de sus Estados miembros ha originado, *de facto* y sin perjuicio de algunos logros estimables, que este órgano tampoco haya alcanzado las deseables cotas de eficacia en su función³¹¹.

Siguiendo a J.A. Pastor Ridruejo, podemos definir el Derecho Internacional “como el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad Internacional”³¹². Su fin es permitir las relaciones de sujetos de Derecho (Estados u otros agentes) en el marco de la sociedad internacional. Con esta perspectiva, el Derecho Internacional aparece como un instrumento esencial e imprescindible en el concierto de las Naciones.

Tradicionalmente, se diferencia entre Derecho internacional público y Derecho internacional privado y el primero puede ser *bilateral* o *multilateral* según implique a dos o a más Estados. Los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas fundamentaron el Derecho Internacional al declarar el principio de cooperación internacional de todos los Estados para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; la reafirmación del principio de igualdad soberana y jurídica de los Estados; y prohibir el uso y la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Consecuencia de lo anterior, es el establecimiento de un ordenamiento internacional que rija las relaciones en dicho ámbito.

Debemos recordar, que las consecuencias de la Primera Guerra Mundial de 1914, originó la formación de nuevos principios sobre los que los Estados articularon las relaciones internacionales. Entre otros importantes factores, el fracaso de la Sociedad de Naciones propició la llegada de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) donde se calcula que murió el 2% de la población mundial. Tras esta segunda conflagración se hizo patente la necesidad de articular un sistema de cooperación internacional eficaz que neutralizara nuevas amenazas bélicas. Se incrementaron los esfuerzos de cooperación internacional en diversos ámbitos sometidos al Derecho internacional y éste cobró gran relevancia.

El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia³¹³, permite identificar las fuentes del Derecho Internacional:

- Las convenciones internacionales (tratados), generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados implicados;
- La costumbre internacional como manifestación de una práctica generalmente aceptada como Derecho;
- Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y
- las decisiones judiciales (jurisprudencia) y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Como ya se señaló el Estado es el sujeto principal del Derecho Internacional aunque no único, ya que también los particulares y las organizaciones internacionales son también sujetos de este Derecho. Desde que un ente puede ser reconocido como Estado (por

³¹⁰ PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2010, p. 23.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Idem*, p. 33.

³¹³ DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2009, p.119.

concurrir en él los elementos configurados tales como el territorio, el pueblo y el poder) puede decirse que es ya sujeto del Derecho Internacional y los demás Estados pueden otorgarle su *reconocimiento* e iniciar relaciones *internacionales* con él³¹⁴.

Los Estados nacionales establecen normas diferentes para deprecionar el Derecho Internacional e incorporarlo a su Derecho interno. Son también diferentes las reglas que determinan la posición del Derecho Internacional en el elenco de fuentes del Estado nacional. En ocasiones el Derecho Internacional ha sido incluso superior jerárquicamente al Derecho interno aunque es más habitual que esté subordinado a la Constitución aunque puede estar supraordenado o en igual rango que otras fuentes, como la ley.

El artículo 96 de la Constitución española establece que: *1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional* y añade el párrafo segundo de dicho precepto que: *Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.* De conformidad con este precepto, es claro que en España los tratados internacionales se integran en el derecho interno a través de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Mayores problemas presenta la posición de los tratados en relación con la Constitución. Tal y como ya se señaló en el Capítulo IV, defendemos que, con perspectiva constitucional, debe afirmarse la superioridad de la Constitución respecto de las previsiones del tratado, lo cual se deduce de la necesidad de que estos últimos no vulneren los principios constitucionales. A tal efecto, se ha previsto en la Constitución un control previo de constitucionalidad de los tratados (art. 95.1 CE) ante el Tribunal Constitucional que compete instar al Gobierno o a cualquiera de las Cámaras (Congreso de los Diputados y Senado).

Como también se señaló en el Capítulo IV antes mencionado, con independencia de este control *a priori* de los Tratados, éstos están también sujetos, por su naturaleza de norma con fuerza de ley, a un control de inconstitucionalidad posterior mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad contemplados en el artículo 161.1. a) CE, y en los artículos 27, 28 y 29 LOTC con independencia de las repercusiones internacionales que pudieran derivarse de la declaración de inconstitucionalidad de un tratado.

2. La Unión Europea en la sociedad internacional

2.1. Origen.

Con la finalización del siglo XX, la construcción de una Europa unida dejó de ser considerada una utopía para plasmarse en una realidad que se hizo tangible especialmente a partir de su segunda mitad y que, si bien no ha hecho posible la unión de todos los Estados de Europa, sí ha visto nacer y consolidarse una organización internacional europea que vincula a los Estados miembros con una intensidad no conocida en ningún otro momento de la Historia: la Unión Europea. Esta transformación ha estado alentada sin duda por un conjunto de factores; uno de ellos, sin embargo, resulta definitorio de dicho proceso y no es otro que aquel que guió muchos de los proyectos y ensayos de los precursores: la búsqueda

³¹⁴ *Idem*, p. 281.

de una paz estable. La construcción de la unión europea se gestó en la primera mitad del siglo en torno a la esperanza de una paz dramáticamente rota por las dos grandes guerras. Por eso, esta construcción europea que tan definitivamente se ha consolidado en los últimos años de este siglo no puede desligarse de los horrores que se vivieron con ocasión de la Primera y Segunda Guerras Mundiales. Las desastrosas consecuencias de la primera conflagración mundial alentaron los esfuerzos por alcanzar una unión que actuara de dique ante situaciones de esa índole. Aspiraciones que resultaron infructuosas pues, algo más de dos décadas después, una segunda contienda, más cruel si cabe que la primera, asoló nuevamente a una parte muy importante de la humanidad.

El nacimiento de la Comunidad Europea no fue un hecho aislado sino producto de la reacción de los Estados ante los desastres originados por las dos Guerras Mundiales y la emergencia del fenómeno de las organizaciones internacionales. De 1948 a 1950, tres acontecimientos marcaron definitivamente la vía europea:

- a) El Congreso de La Haya (junio de 1948), organizado por el Comité de Coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea, en el que se defendieron las fórmulas de unión o federación de los Estados europeos.
- b) El nacimiento del Consejo de Europa configurado como una organización internacional de cooperación política entre los Estados miembros para la defensa del Estado de Derecho, la paz y los derechos fundamentales.
- c) La declaración de Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores francés, el 9 de mayo de 1950, haciendo pública la propuesta del Gobierno francés de colocar la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad común dentro de una organización abierta a la participación de los demás países de Europa.

Alemania aceptó la propuesta y también, Italia, Luxemburgo, Bélgica y Holanda que, junto con Francia concluyeron el Tratado de París, el 18 de abril de 1951, que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). La CECA adoptó como instituciones básicas: la Alta Autoridad (integrada por personalidades independientes); el Consejo (en el que estaban representados los Estados miembros); y el Tribunal de Justicia (formado por jueces independientes). Puede afirmarse, sin duda, que la entrada en vigor de esta Tratado, que se produjo en septiembre de 1952, supuso el primer eslabón tangible en el proceso de formación de la Comunidad Europea.

Apenas cuatro años después, los ministros de Asuntos Exteriores de los seis Estados miembros de la CECA se reunieron en Mesina, el 1 y 2 de junio de 1955, para estudiar la posibilidad de extender la experiencia de la CECA a otras actividades económicas y también al sector de la energía nuclear, tesis que venía siendo alentada por los países del BENELUX. La Cumbre de Mesina acordó que, una Comisión de Expertos, presidida por Paul Henri Spaak, Ministro de Asuntos Exteriores de Bélgica, elaborara un Informe sobre la posibilidad de completar la práctica iniciada con la CECA. Antes de que transcurriera un año desde que recibió el encargo, Spaak presentó un Informe -hoy conocido como Informe Spaak- en el que se encontraba el germen del mercado común europeo y, también, de la unión en torno a la energía atómica; el Informe fue discutido y aceptado por los seis Estados en la Conferencia de los Ministros de Asuntos Exteriores de Viena en mayo de 1956.

Fruto de esta reunión y de la que algunos meses después se celebró en Bruselas, fue la firma, en Roma, el 25 de marzo de 1957, de tres *Tratados* (todos ellos en vigor, el 1 de enero de 1958): el *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea* (CEE); el

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o EURATOM) y el *Tratado relativo a instituciones comunes a las Comunidades Europeas*, por el que se crearon una Asamblea única (art. 1)² y un Tribunal de Justicia único (art. 3) para las tres Comunidades, mientras que el Comité Económico y Social era común para la CEE y CEEa (art. 5). Los nuevos Tratados instituyen, en el ámbito de sus respectivas competencias, además un Consejo y una Comisión que, a partir de 1965, también serían comunes a ellas.

El 3 de mayo de 1960, tras un lustro de funcionamiento de las Comunidades, entró en vigor el Convenio por el que se había creado la *Asociación Europea de Libre Comercio* (EFTA) auspiciado por Inglaterra junto con Austria, Suiza, Suecia, Noruega, Islandia y Finlandia que se incorporó posteriormente. La *Zona Europa de Libre Comercio* surgió como réplica menor a la CEE agrupando a países que, en esos años, no formaban parte de ella.

La estructura institucional de cada una de las nuevas Comunidades era claramente semejante a la adoptada por la CECA. Así, la Comisión (similar a la Alta Autoridad); el Consejo, la Asamblea (hoy Parlamento Europeo) y el Tribunal de Justicia. Igualmente estaba previsto un Comité Económico y Social. Sin embargo, que las tres formaban parte de una idea común lo demuestra que, desde su propia creación, tal y como se recoge en el Tratado sobre ciertas instituciones comunes a las Comunidades Europeas, la Asamblea y el Tribunal de Justicia eran comunes para las tres comunidades y el Comité Económico y Social era común para la CEE y CEEa.

Esta estructura básica se mantiene hasta la firma del Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965 (en vigor, el 1 de enero de 1967), en el cual se establece que habrá una Comisión y un Consejo únicos para las tres Comunidades. Nace, así, la *Comunidad Económica Europea* o *Comunidad Europea*.

A pesar de la unidad institucional, los respectivos Tratados constitutivos establecían diferencias respecto a las competencias y al funcionamiento de cada una de las Comunidades. Por otro lado, para el cumplimiento de sus objetivos, la Comunidad Europea posee capacidad legislativa que ha generado un Ordenamiento jurídico comunitario que se integra en el Derecho interno de los Estados miembros.

2.2. Las ampliaciones

Los iniciales seis miembros de la Comunidad han pasado hoy a ser veintisiete a través de seis ampliaciones sucesivas y se mantiene abierto el proceso para la incorporación de nuevos miembros.

En 1972, se integraron en la Comunidad el Reino Unido, Dinamarca e Irlanda³¹⁵ cuando ya se apreciaba la necesidad de que, a medio plazo, se logrará la integración política no meramente la económica como se había defendido hasta ese momento, a la vez que debía extenderse el ámbito de la Comunidad a otros países a condición de que gozaran de regímenes democráticos.

Igual procedimiento se siguió para la incorporación de Grecia (segunda ampliación). La Decisión del Consejo de 24 de mayo de 1979 permitió su integración en la CECA y, el 28 de mayo de 1979, se firmó el Tratado de incorporación a la CEE y a la CEEa y el Acta de

³¹⁵ Aunque también Noruega firmó el *Acta de Adhesión*, el rechazo, por referéndum, de dicha incorporación impidió la formalización final. Hasta el momento no se ha producido su incorporación por la negativa sucesiva de sus ciudadanos.

Adhesión, dichos documentos entraron en vigor el 1 de enero de 1981.

España y Portugal (tercera ampliación) se incorporaron por Decisión del Consejo de 11 de junio de 1985 a la CECA, el 12 de junio de 1985 se firmó el Tratado de incorporación a la CEE y a la CEEA y el Acta de Adhesión. Estos documentos entraron en vigor el 1 de enero de 1986. Con estas dos nuevas ampliaciones la Europa de los seis, luego de los nueve, se convertiría en la Europa de los doce, composición que se mantuvo hasta la cuarta ampliación. La adhesión de Austria, Suecia y Finlandia en 1995, representa la cuarta ampliación y es la primera en la que los nuevos miembros formalizaron su adhesión al Tratado de Maastricht, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. También en el aspecto económico se trataba de la primera ampliación tras la vigencia del mercado único europeo que funcionaba desde el 1 de enero de 1993.

La quinta ampliación se ha hecho efectiva el 1 de mayo de 2004 y ha incorporado a la Unión Europea los siguientes diez nuevos miembros: Chipre; Eslovaquia; Eslovenia; Estonia; Hungría; Letonia; Lituania; Malta; Polonia y República Checa.

La sexta ampliación la han protagonizado las Repúblicas de Bulgaria y Rumanía con la firma, el 21 de junio de 2005, del Tratado de Adhesión. La séptima ampliación se produjo con la incorporación de Croacia en 2013.

Por otro lado, en 2020, el Reino Unido dejó la Unión Europea apelando a la posibilidad reconocida en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea.

2.3. Unión política, defensa, fronteras y moneda única

Hay que esperar hasta 1968 para que la Comisión proponga, junto al tradicional objetivo de la unión económica, el de la unión política. Sin embargo las instituciones de la Comunidad no desarrollan esta idea y es el *Consejo Europeo*, del que se trata más adelante, integrado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, el que recogerá en la práctica aplicativa esta tendencia, reuniéndose, como tal, por primera vez, en 1975. Estas reuniones, que tuvieron su origen en las denominadas Cumbres de los Jefes de Estado o Gobierno han servido para intercambiar información y coordinar la acción exterior de los estados en materias comunes. La práctica iniciada con las Cumbres y luego con los Consejos Europeos se formalizó en el Acta Única Europea, en su Título III dedicado a la Cooperación Política Europea.

El *Tratado de Unión Europea*, siguiendo la tendencia iniciada por el Acta Única Europea, contribuye a la consolidación de la unión política creando una ciudadanía europea, se supera así “la concepción según la cual el pilar comunitario es el *homo economicus*, para serlo también el ciudadano entendido en sentido pleno”³ reformando las instituciones comunitarias en favor de su democraticidad e intensificando la cooperación política entre los estados miembros que se plasma en los aspectos de política exterior y seguridad común (Título V) y de los ámbitos de justicia y de asuntos de interior (Título VI).

Se crea también un Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) persiguiendo la idea de un Banco Central Europeo pretendidamente independiente del poder político.

Por último, el *Tratado de Amsterdam*, que ha innovado la estructura institucional de la Unión, ha tomado partido por la profundización de la articulación política y una mayor cohesión social e incluye nuevos aspectos en orden a la consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, han aparecido nuevamente las opiniones favorables a la aprobación de una Constitución Europea que sirviera de marco básico y superior de todos los Estados miembros. Por otro lado, el *Tratado de Amsterdam* favorece el

inicio de las negociaciones para una nueva ampliación de la Unión Europea a otros países de la Europa central y oriental⁴.

En cuanto a la defensa la OTAN, integrada ya por un número importante de miembros, mostró algún recelo ante la posible creación de un órgano o fuerza de defensa de la Comunidad; por otro lado, la UEO funciona como una especie de sección europea de la OTAN.

Igualmente se ha creado la *Europol*, que constituye una oficina europea de policía especializada en la lucha contra el crimen organizado y el narcotráfico.

En cuanto a las fronteras, el *Acuerdo de Schengen* firmado, el 14 de junio de 1985, por los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa reguló la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. El de 19 de junio de 1990, se firmó, también en *Schengen*, por Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos, el Convenio de aplicación del *Acuerdo de Schengen* de 1985, junto a su Acta final y las declaraciones comunes.

Italia firmó los Protocolos y acuerdos de adhesión al Acuerdo de 1985, al Convenio de aplicación de 1990, sus actas finales y declaraciones, en París el 27 de noviembre de 1990; España y Portugal lo firmaron en Bonn, el 25 de junio de 1991; Grecia, en Madrid, el 6 de noviembre de 1992; Austria en Bruselas, el 28 de abril de 1995 y Dinamarca, Finlandia y Suecia, en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996. A partir de la ratificación del Acuerdo, estos países constituyen uno sólo a efectos de movimiento de personas y mercancías.

En relación con el objetivo de implantar la moneda única, el 2 de mayo de 1998, los Jefes de Estado y/o Gobierno de la Unión Europea decidieron, por unanimidad, que once de los quince socios tuvieran, a partir del 1 de enero de 1999, una moneda única: el *euro*. Esta decisión llegó 28 años después del primer informe comunitario que recomendaba alcanzar la unión monetaria, elaborado, en 1970, por Pierre Werner. Las operaciones en *euros* comenzaron en 1999, aunque los billetes y monedas no circularon materialmente en los países hasta el 2001/2002.

2.4. Estructura institucional de la Unión Europea

Después de la entrada en vigor del Tratado de fusión de 1965 las *instituciones* de la Comunidad son:

- a) el Consejo Europeo;
- b) el Consejo de la Unión Europea
- c) la Comisión Europea;
- d) el Parlamento Europeo;
- e) El Tribunal de Justicia;
- f) El Tribunal de Cuentas.
- g) El Banco Central Europeo

Junto a estas instituciones, la Unión Europea cuenta con otros órganos auxiliares como el *Comité Económico y Social* o el *Comité de las Regiones*, el *Defensor del Pueblo Europeo*, el *Supervisor Europeo de Protección de Datos*, el *banco central Europeo*.

2.4.1. El Consejo Europeo

Desde la década de los sesenta, los Jefes de Estado y/o Gobierno de los países miembros de la Unión venían celebrando diversas Cumbres para impulsar la unión política. Fue en las "Conclusiones de la Presidencia" de la Cumbre de París, celebrada el 9 y 10 de diciembre de 1974, en la que se institucionaliza esta reunión de altos representantes de los países miembros a través de lo que puede considerarse el Acta de constitución del *Consejo Europeo* estableciendo, el apartado 3 de la misma, que los "Jefes de Gobierno han decidido, por tanto, reunirse acompañados de los ministros de Asuntos Exteriores, tres veces al año así como cada vez que sea necesario, como Consejo de las Comunidades y a título de cooperación política". Comenzó, pues, siendo una reunión no institucionalizada de los Jefes de Estado y de Gobierno pero su progresivo protagonismo e importancia han hecho que pase a ser una de las instituciones de la Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009 y se reúne en Bruselas.

El Consejo Europeo reúne a los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, al presidente del Consejo Europeo y al Presidente de la Comisión (art. 15 del TUE). El Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad toma parte en sus trabajos. Es un órgano de impulso político y determina la dirección y las prioridades políticas de la Unión Europea.

Habitualmente, las decisiones del Consejo Europeo se adoptan por consenso aunque también pueden adoptarse acuerdos por unanimidad o por mayoría cualificada. El Consejo Europeo elige a su Presidente por mayoría cualificada para un mandato de dos años y medio, renovable una vez.

El Presidente del Consejo Europeo:

- a) presidirá e impulsará los trabajos del Consejo Europeo;
- b) velará por la preparación y continuidad de los trabajos del Consejo Europeo, en cooperación con
- c) el Presidente de la Comisión y basándose en los trabajos del Consejo de Asuntos Generales;
- d) se esforzará por facilitar la cohesión y el consenso en el seno del Consejo Europeo;
- e) al término de cada reunión del Consejo Europeo, presentará un informe al Parlamento Europeo.

El Presidente del Consejo Europeo asumirá, en su rango y condición, la representación exterior de la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común, sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. El Presidente del Consejo Europeo no podrá ejercer mandato nacional alguno.

2.4.2. El Consejo de la Unión Europea

Aunque con una denominación muy similar al anterior es una institución muy diferente al Consejo Europeo. Es, desde el origen de las Comunidades, una institución fundamental en la estructura de la Unión.

El Consejo de la UE está formado por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado miembro. La presidencia se ejerce por rotación por cada Estado miembro en el Consejo durante un período de seis meses según un orden que determinará el Consejo por unanimidad.

El Consejo representa a los Estados miembros y es legítimo, por ello, considerar que expresan los intereses particulares de cada uno de ellos en la Comunidad. El Consejo está

asistido por una Secretaría General, dirigida por un Secretario General nombrado, por unanimidad, por el propio Consejo y por un *Comité de Representantes Permanentes* formado por miembros de los Estados que se encarga de preparar los trabajos del Consejo y asistir al mismo en las funciones que tiene encomendadas.

La composición del Consejo planteó un problema en torno a la representación de los Estados nacionales que tenían una estructura territorial descentralizada, los cuales alegaban que sus territorios autónomos no tenían acceso a este órgano. A este problema responde la creación de un Comité de las Regiones, que, con carácter consultivo, está compuesto de representantes de los entes regionales y locales de los distintos Estados miembros.

Los Tratados establecen el número de votos de cada Estado miembro. Los Tratados definen también los casos en que se exige mayoría simple, mayoría cualificada o unanimidad.

Es el órgano con mayor poder decisorio y, paradójicamente, posee el verdadero Poder legislativo de la Comunidad. El Consejo tiene competencias para:

- Ejercer un poder legislativo, generalmente en codecisión con el Parlamento Europeo.
- Asegurar la coordinación de las políticas económicas generales de los Estados miembros.
- Definir y poner en práctica la política exterior y de seguridad común en virtud de las orientaciones generales definidas por el Consejo Europeo.
- Cerrar acuerdos internacionales entre UE y uno o varios Estados u organizaciones internacionales.
- Asegura la coordinación de la acción de los Estados miembros y adopta medidas en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal.
- Junto con el Parlamento posee las competencias relativas al presupuesto de la UE.

Los actos del Consejo pueden concretarse en forma de reglamentos, directivas, decisiones, acciones o posiciones comunes, recomendaciones o dictámenes. El Consejo también puede aprobar conclusiones, declaraciones o resoluciones.

El Consejo actúa sometido al principio de legalidad y en el marco de las competencias que fijan los Tratados constitutivos, sin embargo, éstos permiten la actuación del Consejo de manera más discrecional si resulta necesario para lograr los objetivos de la Comunidad.

2.4.3. La Comisión Europea.

La Comisión Europea representa formalmente al Gobierno de la Comunidad y expresa los intereses de ésta, pero realmente funciona como la Administración de la misma, ya que el Gobierno reside en el Consejo de Ministros. De conformidad con el artículo 17 del TUE, la Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejecutará el presupuesto y gestionará los programas. Ejercerá asimismo funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los Tratados. Con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por los Tratados, asumirá la representación exterior de la Unión. Adoptará las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales.

Está compuesta actualmente por veintisiete comisarios uno de los cuales es el Presidente de la Comisión. Los Comisarios deben ejercer sus funciones con absoluta *independencia* de sus Gobiernos respectivos y en interés de la Comunidad. Son elegidos de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros para garantizar dicha independencia respecto de su propio gobierno.

Los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa. Los demás actos se adoptarán a propuesta de la Comisión cuando así lo establezcan los Tratados.

El mandato de la Comisión será de cinco años. Los miembros de la Comisión serán elegidos en razón de su competencia general y de su compromiso europeo, de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia.

A partir del 1 de noviembre de 2014, la Comisión estará compuesta por un número de miembros correspondiente a los dos tercios del número de Estados miembros, que incluirá a su Presidente y al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a menos que el Consejo Europeo decida por unanimidad modificar dicho número.

De conformidad con el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo y tras mantener las consultas apropiadas, el Consejo Europeo propondrá al Parlamento Europeo, por mayoría cualificada, un candidato al cargo de Presidente de la Comisión. El Parlamento Europeo elegirá al candidato por mayoría de los miembros que lo componen. Si el candidato no obtiene la mayoría necesaria, el Consejo Europeo propondrá en el plazo de un mes, por mayoría cualificada, un nuevo candidato, que será elegido por el Parlamento Europeo por el mismo procedimiento.

El Presidente de la Comisión tiene la competencia de definir las orientaciones con arreglo a las cuales la Comisión desempeñará sus funciones; determina la organización interna de la Comisión velando por la coherencia, eficacia y colegialidad de su actuación y nombra, entre los miembros de la Comisión a los Vicepresidentes, distintos del que sea Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

El Consejo, de común acuerdo con el Presidente electo, adoptará la lista de las demás personalidades que se proponga nombrar miembros de la Comisión. Éstas serán seleccionadas, a partir de las propuestas presentadas por los Estados miembros.

Una vez formada la Comisión, el Presidente y los demás miembros, se someterán una sesión de investidura (voto de aprobación) ante el Parlamento Europeo que deberá ratificar dicha Comisión. Se pretende así aunar la legitimidad gubernamental y la parlamentaria. La Comisión cesa por expiración de su mandato y si prospera una moción de censura de iniciativa parlamentaria.

De conformidad con lo establecido en el artículo 18 del TUE, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad será nombrado por el Consejo Europeo por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión. El Alto Representante estará al frente de la política exterior y de seguridad común de la Unión y ejecutará dicha política como mandatario del Consejo. Actuará del mismo modo en relación con la política común de seguridad y defensa. Además, el Alto Representante presidirá el Consejo de Asuntos Exteriores.

2.4.4. El Parlamento Europeo.

De conformidad con el artículo 14 del TUE, el Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados. El Parlamento Europeo estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión. Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal directo, libre y secreto, para un mandato de cinco años. El Parlamento Europeo elegirá a su Presidente y a la Mesa de entre sus diputados. Es realmente un órgano colaborador del Poder legislativo del Consejo de Ministros. Puede rechazar y enmendar los proyectos pero es este último el que decide finalmente. Su sede está en Estrasburgo y en Bruselas y actúa en Pleno y en Comisiones

La composición del Parlamento Europeo cambió sustancialmente a partir de 1979. Hasta esa fecha estaba formado por 198 representantes de los Estados miembros, designados por los Parlamentos nacionales, sin criterio proporcional respecto a la extensión de los distintos países ni a su densidad geográfica. El 9 de junio de 1979 se celebraron, en los respectivos Estados miembros, las primeras elecciones, por sufragio universal directo y colegio nacional único, para la elección de los miembros del Parlamento Europeo para un mandato de cinco años. El Parlamento Europeo es la única institución de la Unión Europea elegida por sufragio directo. Los 736 diputados al Parlamento Europeo representan a los ciudadanos europeos y son elegidos por los electores de los 27 Estados miembros de la Unión Europea que representan a aproximadamente 500 millones de ciudadanos.

Los miembros del Parlamento Europeo no están ligados por mandato imperativo y se establecen un conjunto de prerrogativas pero también de incompatibilidades para garantizar su función, entre estas últimas no se encuentra la prohibición de pertenecer simultáneamente al Parlamento Europeo y al Parlamento nacional correspondiente, por lo que los respectivos Estados podrían autorizar tal situación, aunque, en general los Estados miembros prohíben compatibilizar estos dos mandatos.

El Parlamento elige a su Presidente por mayoría absoluta de los votos emitidos en votación secreta. Si en tres días no se alcanza la mayoría absoluta, el Presidente es elegido en una cuarta vuelta por mayoría simple. La duración del mandato del Presidente es de dos años y medio, renovables; es decir, media legislatura.

El Parlamento Europeo se articula en grupos políticos que están reconocidos como un importante factor de integración supranacional. Los partidos políticos a escala europea contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión. En el seno del Parlamento Europeo se forman grupos políticos en función de las distintas ideologías. Los diputados se integran en estos grupos en razón de su adscripción política sin que sea relevante la nacionalidad. En el Parlamento Europeo se permite la figura del *diputado no inscrito*, situación que, como sabemos, no se contempla en el caso español donde los diputados que no se inscriben en un determinado grupo parlamentario pasan automáticamente a integrarse en el Grupo Mixto.

El Reglamento Interno del Parlamento Europeo dispone que todo grupo político deberá estar integrado por diputados pertenecientes a más de un Estado, aunque el número mínimo de diputados necesario para constituir grupo político disminuye si, por el contrario, aumenta la distinta nacionalidad de los mismos. Cada diputado sólo puede pertenecer a un grupo político. La formación de los grupos políticos del Parlamento Europeo sigue una tramitación muy semejante a la constitución de los grupos parlamentarios en España. Los distintos grupos políticos deben remitir al Presidente del Parlamento Europeo una declaración que exprese la denominación, los miembros que lo integren y la composición de su mesa; esta declaración se publica en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

El Parlamento, que actúa en Pleno y en Comisiones, y, entre sus competencias, podemos señalar las siguientes:

- a) *Competencias legislativas.* El Parlamento Europeo comparte el poder legislativo en pie de igualdad con el Consejo de la Unión Europea. Tiene, pues, capacidad para adoptar leyes europeas (directivas, reglamentos etc.). Puede expresar su acuerdo con el contenido de los textos legislativos europeos, modificarlo o rechazarlo. También posee competencias de iniciativa política y puede solicitar a la Comisión que presente propuestas de legislación al Consejo. Participa de manera efectiva en la elaboración de los textos legislativos.
- b) *Competencias presupuestarias.* Junto con el Consejo de la UE determina el presupuesto mediante el procedimiento de deliberación y aprobación que se desarrolla de junio a diciembre.
- c) *Competencias de control.* El Parlamento posee importantes competencias de control. Todos los ciudadanos europeos tienen derecho a dirigir peticiones al Parlamento y pedir la reparación de perjuicios sufridos en asuntos pertenecientes a los ámbitos de actividad de la Unión Europea.

De otra parte, el Defensor del Pueblo Europeo es un comisionado del Parlamento, que examina los agravios expuestos por los particulares que se consideran perjudicados por instituciones u órganos comunitarios con el fin de encontrar una solución amistosa. El Defensor del Pueblo es nombrado por el Parlamento Europeo después de cada renovación de éste para toda la legislatura y su mandato es renovable. El Defensor queda obligado a presentar anualmente un Informe sobre el resultado de sus investigaciones. El Defensor del Pueblo actúa con total independencia, no admite instrucciones de ningún Estado ni órgano de la Unión y es incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad, sea o no remunerada. A petición del Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia puede destituir al Defensor del Pueblo si éste dejara de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones o hubiera cometido una falta grave.

El Parlamento puede constituir comisiones de investigación en caso de infracciones o de aplicación incorrecta del Derecho comunitario. El Parlamento puede recurrir ante el Tribunal de Justicia a través del Recurso para la anulación de un acto adoptado en aplicación del Derecho comunitario y del Recurso por omisión cuando la Comisión o el Consejo incumplen sus obligaciones.

El Parlamento Europeo posee también facultades de control en el ámbito económico y monetario. Así, por ejemplo, el Presidente del Banco Central Europeo presenta su informe anual ante el Pleno del Parlamento así como el Tribunal de Cuentas.

- d) *Participación en el nombramiento de miembros de otras instituciones y órganos.* El Parlamento tiene relevantes competencias en el procedimiento de nombramiento del presidente de la Comisión y de los comisarios. Igualmente, el Presidente, los Vicepresidentes y los miembros del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo deben obtener el aval del Parlamento antes de ser nombrados por el Consejo.

2.4.5. El Tribunal de Justicia

Al Tribunal de Justicia se le asigna la misión de garantizar el respeto al Derecho en la interpretación y aplicación del Ordenamiento comunitario. Su jurisdicción es *obligatoria* y,

en su ámbito, *exclusiva*. Sus decisiones se imponen a los Estados miembros, a las instituciones comunitarias y a los particulares.

Tiene competencias para la resolución de los *conflictos de competencias* entre los Estados y la Comunidad y entre las instituciones de la Comunidad. Igualmente el Tribunal protege los intereses y los derechos de los particulares frente a las posibles ilegalidades de las autoridades comunitarias.

Según el artículo 19 del TUE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

2. El Tribunal de Justicia estará compuesto por un juez por Estado miembro. Estará asistido por abogados generales. El Tribunal General dispondrá al menos de un juez por Estado miembro.

El Tribunal está asistido por *abogados generales* que tienen por misión presentar al Tribunal, con absoluta neutralidad, unas conclusiones motivadas sobre el asunto en litigio y propone una solución debidamente motiva. Los abogados generales no participan en las deliberaciones del Tribunal pero sí en las reuniones de tipo administrativo.

Tanto los jueces como los abogados generales son elegidos entre personalidades independientes y que, en sus respectivos países, tengan reconocidas las condiciones necesarias para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales (arts. 253 y 254 del Tratado de Funcionamiento de la UE).

Igualmente, el Tribunal de Justicia tiene un *Secretario General*, nombrado por el Tribunal por un mandato de seis años, renovable. Tiene competencias procesales y administrativas. Por último los jueces y los abogados generales cuentan con un gabinete personal compuesto por letrados de su confianza.

El Tribunal actúa sólo en el marco de sus competencias, pues no hay que olvidar que también los Tribunales de los Estados miembros tienen competencias en este campo. Los Tratados han previsto un sistema de colaboración, pero no de jerarquización, entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Luxemburgo.

Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia estará compuesto por un juez por Estado miembro. Estará asistido por abogados generales y el Tribunal General dispondrá al menos de un juez por Estado miembro.

2.4.6. El Tribunal de Cuentas

El 22 de julio de 1975 se produjo una nueva reforma de los Tratados constitutivos con la firma, en Bruselas, del *Tratado que modifica algunas disposiciones financieras de los Tratados comunitarios, atribuye mayores poderes presupuestarios al Parlamento e instituye el Tribunal de Cuentas* (en vigor el 1 de julio de 1977). El Tribunal de Cuentas inició sus actividades el 25 de octubre de 1977 en Luxemburgo. La creación del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas obedeció a una necesidad de dar una respuesta a la sensibilidad de la opinión pública europea sobre el buen uso de los fondos comunitarios; el fundamento de su creación y existencia no es diferente, por tanto, del que informó la aparición de órganos de control similares en los Estados nacionales.

Desde 1973, el Presidente de la *Comisión de Control Presupuestario del Parlamento*

Europeo, Sr. H. Aigner, venía defendiendo la conveniencia de crear un órgano de control externo tal y como finalmente se hizo en el Tratado de Bruselas de 22 de julio de 1975, aunque el Tribunal de Cuentas se convirtió en institución de pleno derecho el 1 de noviembre de 1993 con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. La transformación del Tribunal de Cuentas en una más de las instituciones de la Unión no hace sino confirmar la importancia creciente de la función de control de los fondos que maneja la Unión y la necesidad de dar cuenta de la utilización de los mismos, no sólo de su adecuación a la normativa aplicable sino también si se han cumplido los objetivos de gestión y a qué precio se han alcanzado en su caso. Por otro lado, el Tribunal de Cuentas ha ido progresivamente ganando protagonismo político a lo largo de estos casi veinticinco años de funcionamiento, como lo demuestra su intervención en la que bien podría denominarse *primera crisis institucional* de la Unión Europea que llevó a la dimisión, en 1999, de la Comisión presidida por J. Santer en lo que se ha conocido como el *euroimpeachment* y la *crisis del control económico*.

El *Tribunal de Cuentas* es un órgano *colegiado* (art. 1 RRI), regulado en los artículos 285, 286 y 287 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El Tribunal de Cuentas está compuesto por un nacional de cada Estado miembro. Los miembros del Tribunal ejercerán sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión.

Los miembros del Tribunal de Cuentas serán nombrados para un período de seis años. El Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará la lista de miembros establecida de conformidad con las propuestas presentadas por cada Estado miembro. El mandato de los miembros del Tribunal de Cuentas será renovable.

En el ejercicio de sus competencias, el Tribunal de Cuentas examina las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de la Unión y las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de cualquier órgano u organismo creado por la Unión en la medida en que el acto constitutivo de dicho órgano u organismo no excluya dicho examen.

El Tribunal de Cuentas presenta al Parlamento Europeo y al Consejo una declaración sobre la fiabilidad de las cuentas y la regularidad y legalidad de las operaciones correspondientes que será publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Dicha declaración podrá completarse con observaciones específicas sobre cada uno de los ámbitos principales de la actividad de la Unión. El Tribunal de Cuentas examinará la legalidad y regularidad de los ingresos y gastos y garantizará una buena gestión financiera. Al hacerlo, informará, en particular, de cualquier caso de irregularidad.

2.4.7. El Banco Central Europeo y el Sistema Europeo de Bancos Centrales

El *Banco Central Europeo* (BCE) tiene como misión velar por el normal desenvolvimiento de la economía de la Unión y la aplicación correcta de la moneda única. Así, pues, el Banco Central Europeo (BCE) es el banco central de la moneda única europea, el euro. La función principal del BCE consiste en mantener el poder adquisitivo de la moneda única y, de este modo, la estabilidad de precios en la zona del euro. La zona del euro comprende los dieciséis países de la Unión Europea que han adoptado el euro desde 1999.

El *Banco Central Europeo* tiene plena independencia de los Gobiernos nacionales y le compete fijar la política monetaria única. Posee competencias sobre las reservas nacionales de divisas pero no llevará a cabo labores de supervisión bancaria. Los Bancos Centrales nacionales seguirán funcionando y ejecutarán la política monetaria única fijada por el *Banco Central Europeo*; realizarán, además, la supervisión bancaria en sus respectivos países.

A partir del 1 de julio de 1998, el *Sistema Europeo de Bancos Centrales* (SEBC) está

formado por el *Banco Central Europeo*, con sede en Francfort y los Bancos centrales nacionales y asume, como objetivo primordial, el mantenimiento de la estabilidad de precios y, sin perjuicio de ello, apoya las políticas económicas generales de la Comunidad para la consecución de los objetivos de ésta. El SEBC actúa según el principio de economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos.

2.4.8. Otros órganos de la Unión Europea

2.4.8.1.El Comité de las regiones

Para promover la representación de los entes regionales y locales se creó, con carácter consultivo, un Comité de las Regiones de apoyo al Parlamento, el Consejo y la Comisión (art. 300 del Tratado de Funcionamiento). El Comité de las Regiones está compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida. Los miembros del Comité de las Regiones no están ligados por mandato imperativo y actúan con total independencia.

2.4.8.2.El Comité Económico y Social

La Unión cuenta, además, con un Comité Económico y Social (CES) que se constituye como un órgano consultivo de carácter general del Consejo, la Comisión y el Parlamento que está compuesto por representantes de los empresarios, trabajadores y otros sectores representativos de la sociedad civil de los ámbitos culturales, socioeconómico, cívico y profesional (art. 300 del TFUE).

Los miembros del Comité Económico y Social no pueden exceder de 350 y son nombrados por 5 años (arts. 301 y 302 del TFUE). No están ligados por mandato imperativo y ejercen sus funciones con plena independencia, en interés general de la Comunidad (art. 258 TCE).

3. Ámbito competencial de la Unión Europea: los principios de atribución, de subsidiariedad y proporcionalidad

El ámbito competencial de la Unión Europea deriva de la cesión que los Estados miembros han realizado a su favor. El artículo 1 del Tratado de Funcionamiento establece que “El presente Tratado organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias”.

Es el artículo 5 del TUE el que consagra los principios de atribución de competencias, de subsidiariedad y de proporcionalidad. Establece dicho precepto, en su apartado 1, que la “delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución” y que el “ejercicio de dichas competencias se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

Mediante el *principio de atribución*, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

Conforme al *principio de subsidiariedad*, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión deben aplicar el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo nº 2 sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que figura como anexo a los Tratados. A partir de la entrada en vigor del Tratado de la UE reformado y del Tratado de Funcionamiento que venimos citando, los Parlamentos nacionales han adquirido relevantes competencias en orden al control del principio de subsidiariedad. Conforme a estas nuevas competencias si un Parlamento nacional considera que una propuesta no se ajusta a este principio de subsidiariedad, puede iniciar un procedimiento que se desarrollará en dos tiempos:

- si una tercera parte de los Parlamentos nacionales considera que la propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad, la Comisión deberá reexaminarla y podrá decidir mantenerla, modificarla o retirarla;
- si una mayoría de los Parlamentos nacionales comparte ese punto de vista pero la Comisión, con todo, decide mantener su propuesta, deberá exponer sus motivos y corresponderá al Parlamento Europeo y el Consejo decidir si el procedimiento legislativo sigue adelante o no.

De otro lado, conforme al *principio de proporcionalidad*, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión deben aplicar el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo nº 2 antes citado sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

4. Las fuentes del Derecho de la Unión Europea

4.1. Concepto

Podríamos decir, siguiendo a C. Molina del Pozo³¹⁶, que el Derecho comunitario es un Ordenamiento jurídico constituido por un conjunto de reglas que determinan la organización, las competencias y el funcionamiento de la Unión Europea; el Derecho de la Unión Europea se distingue del tradicional Derecho internacional y también del Derecho interno de los Estados nacionales. El Derecho de la UE se distingue del clásico Derecho internacional, al menos, en dos notas:

- La primera es la de que, mientras que el Derecho internacional clásico se basaba en el principio de cooperación, el Derecho comunitario se asienta en el más reciente principio de integración.
- La segunda muestra que el Derecho internacional se asienta básicamente en el Derecho convencional (pactos, tratados ...), mientras que el Derecho comunitario, aunque tiene su origen en los Tratados constitutivos, está siendo ampliamente

³¹⁶ MOLINA DEL POZO, C.: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, ob. cit., pág. 295.

desarrollado por las instituciones comunitarias provistas de competencias de creación del Derecho comunitario.

El Derecho de la UE se diferencia del Derecho de producción interna de los Estados nacionales fundamentalmente por los órganos competentes para crearlo, pues mientras que en éstos últimos el Derecho se crea por los órganos nacionales, el Derecho de la UE mana de las instituciones comunitarias dotadas de esta competencia. Las relaciones entre el Derecho de la UE y los Derechos de producción interna discurren a través del principio de *competencia* conforme al cual los Estados nacionales reconocen que, en aquellas materias acordadas, las instituciones comunitarias poseen la competencia para su regulación, competencia a la que dichos Estados nacionales han renunciado en favor de las instituciones europeas.

4.2. Clasificación de las fuentes comunitarias

Aunque hay diversas posibilidades de clasificación de las fuentes del Derecho de la Unión Europea, estimamos que es útil diferenciar entre fuentes vinculantes y fuentes no vinculante:

1) *Fuentes vinculantes* en las que, a su vez, hay que distinguir:

- a) *Derecho originario*: compuesto por los Tratados fundacionales y por los Tratados de modificación y complementarios.
- b) *Derecho derivado*: integrado por Reglamentos, Directivas y Decisiones
- c) *Actos convencionales*, de los que forman parte los Convenios concluidos por los Estados miembros en aplicación de los Tratados; los Convenios concluidos por los Estados miembros en relación con la ejecución de los Tratados; Acuerdos concluidos por la Unión con terceros Estados; Principios generales del Derecho de la UE y jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

2. *Fuentes no vinculantes* en el que se integran dictámenes y recomendaciones.

3. Actos *sui generis* que pueden ser *obligatorios* (tales como Reglamentos de régimen interno de los distintos órganos) y no *obligatorios* (tales como resoluciones, informes, declaraciones, programas de acción común).

4. *Fuentes complementarias* (Derecho supletorio, principios generales del Derecho, costumbre, doctrina científica)

4.3. Derecho originario y Derecho derivado

El *Derecho originario*, está integrado por los Tratados constitutivos y también por los Tratados que, elaborados posteriormente, han modificado y completado a los originarios. El Derecho originario es vinculante para todos los Estados miembros y directamente aplicable siempre que el propio Tratado no difiera tal aplicación a una norma ulterior. Representan el marco básico y superior del Ordenamiento de la Unión Europea. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades afirmó este carácter básico de los Tratados al establecer que

a diferencia de lo que sucede con los Tratados internacionales ordinarios, “el Tratado CEE ha establecido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que tal ordenamiento es de obligado cumplimiento para las jurisdicciones nacionales”³¹⁷.

El *Derecho derivado* es el conjunto de las disposiciones normativas emanadas de los distintos órganos institucionales de la Unión que tienen atribuida la competencia para dictarlos en base a los Tratados y que, tras su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, vinculan, según su distinta naturaleza, a los Estados miembros. En este tipo de fuente destacan:

Los *Reglamentos*. Es una norma general, con eficacia plena, aunque, en ocasiones, los Estados miembros asumen el deber de complementarlos. Tiene carácter general y no cabe hacerles reservas por parte de los Estados miembros, tampoco puede ser excepcionada su aplicación que es obligatoria.

Las *Directivas*. Las Directivas son actos del Consejo o de la Comisión que obligan a los diferentes Estados miembros en el objetivo que dichas Directivas persigan pero que permiten que los Estados nacionales arbitren la formas y los medios para lograr dicho objetivo.

La Directiva no contiene una regulación completa de la materia de que trata, sino que fija objetivos y resultados. Debe ser, por ello, completada por las normas internas de los Estados. En tanto que dicha Directiva no sea completada no es aplicable por los operadores jurídicos internos y sólo tiene el denominado *efecto vertical*, en garantía de los particulares, ya que un Estado puede omitir o retrasar el desarrollo de una Directiva perjudicando a sus ciudadanos y creando una discriminación respecto de otros ciudadanos europeos prohibida en el del Tratado constitutivo de la Comunidad.

Los particulares pueden invocar ante el juez nacional una directiva comunitaria, si ésta es clara y precisa, frente a la omisión del desarrollo interno por parte del Estado (STC de 4 de diciembre de 1974, caso Van Duyn y STC de 19 de enero de 1982, caso Ursula Becker). El juez, por su parte, en este caso puede aplicar directamente la Directiva e inaplicar la ley interna contraria; igualmente deben actuar los demás operadores jurídicos incluida la Administración en amplio sentido.

Las *Decisiones*, son actos jurídicos de carácter normativo, emanados de los órganos comunitarios que poseen esta potestad, de aplicación directa e inmediata, tras su publicación, en todos los Estados miembros sin que sea precisa la intervención de éstos, se diferencia así de las directivas a las que antes se aludió que precisan de la actuación pertinente de las instancias legislativas o administrativas de los Estados nacionales y, también, de los reglamentos pues éstos son normas generales mientras que las Decisiones tienen carácter individual y deben ser notificadas al destinatario.

5. La eficacia del Derecho de la Unión Europea.

Tal y como se ha indicado anteriormente, la eficacia del Derecho comunitario es diferente según la fuente de que se trate. Por ello debemos distinguir las normas de aplicación directa (Tratados constitutivos y reglamentos) y las normas de aplicación indirecta (directivas).

Por otro lado, debemos diferenciar la *eficacia vertical* y la *eficacia horizontal*. La primera

³¹⁷ STJ, de 15 de julio de 1964, caso Costa v. ENEL.

se proyecta sobre las relaciones entre los Estados miembros y los ciudadanos. La *eficacia horizontal* significa que rigen en las relaciones entre particulares, siendo, por tanto invocables en toda relación jurídica, tanto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad cuanto ante los órganos judiciales nacionales (SSTJCE de 4-XII-1974, caso Walrave, y 8-IV-1976, caso Defrenne).

La importante diferencia entre reglamento y directiva tiende a difuminarse si el reglamento está redactado en términos amplios y precisa una norma interna para concretarla. Según el Tribunal de Justicia para que pueda aplicarse directamente judicialmente una norma comunitaria ésta debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser clara y precisa.
- b) No estar sometida a reserva alguna por parte del Estado en cuestión.
- c) Que no requiera, para su ejecución, de ningún otro acto jurídico comunitario.
- d) Que no deje al Estado un margen de apreciación en cuanto a dicha aplicación.

Cumplidos estos requisitos los Estados miembros se obligan y quedan sujetos a las normas comunitarias; no pueden legislar en su contra y tienen que adaptar su legislación anterior. Los jueces han de aplicar e inaplicar la norma interna contraria.

Capítulo XX

LOS DERECHOS EN LA UNIÓN EUROPEA

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

SUMARIO. 1. *Los derechos en la Unión Europea* 1.1. Los derechos y libertades en los Tratados constitutivos 1.2. Los derechos y libertades en el Acta Única 1.3. Los derechos y libertades en el Tratado de la Unión Europea 1.4. Los derechos y libertades en el Tratado de Ámsterdam. 2. *El Tribunal de Justicia y los derechos en la Unión Europea* 3. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000)*. 3.1. La elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 3.2. Estructura de la Carta de Derechos Fundamentales. 3.3. Explicación sobre el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales. 3.4. Capítulo VII: Disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales. 3.4.1. Artículo 51 – Ámbito de aplicación. 3.4.2. Artículo 52 – Alcance de los derechos garantizados en la Carta de Derechos Fundamentales. 3.4.3. Artículo 53. Nivel de protección de los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales. 3.4.4. Artículo 54. Prohibición del abuso del Derecho.

1. Los derechos en la Unión Europea

El nacimiento de la Comunidad Europea no fue un hecho aislado sino que debe situarse en un contexto que propugnaba la unión de los Estados nacionales para la reconstrucción de Europa y para garantizar la estabilidad económica y la paz después de los desastres producidos por las dos Guerras Mundiales. Dentro de este proceso, la Comunidad Europea tuvo como objetivo inmediato la integración económica pero su evolución posterior la ha encaminado también hacia la unión política y la defensa de un espacio de libertad y justicia común a todos los Estados miembros. Si bien, como a continuación se señala, el reconocimiento de los derechos y libertades no fue inicialmente materia central de interés en la Comunidad y tan sólo fueron reconocidas las libertades que resultaban precisas para la consecución de los objetivos económicos. Hoy, la elaboración de un catálogo propio de derechos y libertades es tema de capital importancia en el seno de la Unión Europea tanto más cuando está ya muy avanzado el proceso de elaboración de una Constitución europea en la que figura un catálogo de derechos (concretamente, el texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000). Se señalan, a continuación, los hitos más importantes de esa evolución y la situación actual que, en un breve plazo, nos deparará la aprobación de la primera Constitución europea de la Historia

1.1. Los derechos y libertades en los Tratados Constitutivos

Desde la inicial *Comunidad Europea* hasta la actual *Unión Europea* se ha producido una

larga y procelosa evolución. Los Tratados constitutivos sólo tienen referencias a los derechos y libertades inherentes a los objetivos iniciales de las Comunidades, aunque incorporaron principios que posteriormente se han demostrado esenciales en la construcción europea tales como el imperio del Derecho, a través del Tribunal de Justicia, y el de la democracia mediante la creación de la Asamblea y posterior transformación de la misma en un Parlamento elegido por los ciudadanos europeos. La ausencia de un catálogo expreso de derechos en los Tratados de París y Roma se vio paliada, bien que sólo en parte, cuando dos de los derechos reconocidos tanto en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* como en el *Convenio de Roma*, pasaron a integrarse, *de facto*, en las competencias específicas de las instituciones comunitarias: la libertad de circulación (arts. 48 a 58 del Tratado de Roma) y la prohibición de discriminación en relación con la nacionalidad y el sexo (arts. 119 y 120 del Tratado de Roma). El *Tribunal de Justicia*, ha tenido un papel preponderante en la construcción del reconocimiento y protección jurisprudencial del sistema de derechos en la Unión Europea.

El 5 de abril de 1977, el Parlamento, el Consejo y la Comisión adoptaron una *Declaración* común sobre el respeto a los derechos fundamentales, en la que las tres instituciones comunitarias «subrayan la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» (apartado 1). Dos años después, el 4 de abril de 1979, la Comisión adopta el *Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*.

Las modificaciones introducidas en los Tratados constitutivos han incorporado sucesivamente principios y derechos que, como vimos, no figuraban en los Tratados iniciales. Esta progresiva incorporación se hizo patente ya en el *Acta Única Europea* y en el *Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht)* en el *Tratado de Ámsterdam*, en el *Tratado de Niza*, con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales.

En conclusión cabe añadir que los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho son valores básicos de la Unión Europea, consagrados en su Tratado fundacional y reforzados con la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la que tratamos en un epígrafe posterior. El respeto de los derechos humanos es un requisito de obligado cumplimiento para los países que desean incorporarse a la Unión y una condición previa para los países que concluyen acuerdos comerciales o de otro tipo con ella. La Unión Europea considera que los derechos humanos son universales e indivisibles. Por lo tanto, los promueve y defiende activamente tanto dentro de sus fronteras como en sus relaciones con terceros países, pero sin intentar interferir con los amplios poderes que en este ámbito corresponden a los Gobiernos nacionales de sus Estados miembros. La política de derechos humanos de la Unión se centra en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero también promueve los derechos de las mujeres, los niños, las minorías y los desplazados. La lucha contra el terrorismo es otra prioridad.

1.2. Los derechos y libertades en el Acta Única

El *Acta Única Europea* fue firmada en Luxemburgo y La Haya el 17 y 28 de febrero de 1986 (entró en vigor el 1 de enero de 1987) y se incorporó a los Tratados constitutivos de la Comunidad. Es la primera revisión fundamental de los Tratados constitutivos, se compromete a la defensa de los derechos y libertades a través del reconocimiento contenido en las

constituciones de los Estados miembros, en el *Convenio de Roma* y en la *Carta Social Europea*. El *Acta* fijaba como objetivo la consecución de un espacio único, con libre circulación de personas, mercancías y capitales, lo cual afectaba a los derechos y libertades de los ciudadanos de los países miembros (libertad de residencia, de establecimiento, de prestación de servicios, publicidad, protección de datos personales ...). La consolidación de este espacio único llevó a la adopción de dos Convenios intergubernamentales:

- a) el *Convenio de Dublín*, relativo al tratamiento por un solo Estado miembro de las solicitudes de asilo (Dublín, 1990); y
- b) el *Convenio Schengen*, que crea un espacio sin fronteras, inicialmente, entre ocho Estados miembros (Schengen, 1990).

1.3. Los derechos y libertades en el Tratado de la Unión Europea (TUE)

Por su parte, el *Tratado de la Unión Europea* (Tratado de Maastricht) se firmó en esta ciudad el 7 de febrero de 1992 (entró en vigor el 1 de noviembre de 1993) y, como ha señalado la doctrina, representa un salto cualitativo en materia de derechos y libertades reforzándose los principios que siempre habían inspirado el proyecto europeo desde su creación e incorporando normas relativas a derechos y libertades. Fue especialmente significativo el contenido del artículo F, apartados 1 y 2, en los que se contenían los principios ordenadores de la *Unión*:

- a) El *principio de identidad nacional*.
- b) El *principio de democracia*.
- c) El *principio de respeto y garantía de los derechos y libertades*.

La eficacia de este precepto quedó, sin embargo, muy recortada por las previsiones del artículo L del mismo TUE que lo excluyó de la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

El *Tratado de la Unión* se enfrentaba en su momento a un arduo problema, pues la progresiva integración económica no había tenido su paralelo en la consiguiente integración política y estaba pendiente la adopción de una solución definitiva respecto a los derechos y libertades. Durante un largo periodo de tiempo, se trabajó en un doble sentido: por un lado, se defendió la adhesión formal de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa; y, por otro lado, se trabajaba también sobre la posibilidad de elaborar un catálogo propio de derechos, posibilidad que, como sabemos, se plasmó en 2000, con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de la que se trata más adelante en este mismo capítulo.

El *Tratado de Maastricht* no adoptó, por tanto, un catálogo expreso de derechos y libertades, aunque tampoco consagró una adhesión formal y solemne al *Convenio de Roma*, pero al expresar, en el artículo F.2, que la Unión Europea respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio de Roma, se recepcionó el contenido del Convenio de Roma que ha servido de parámetro para la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia. Esta institución es acreedora de la más relevante labor en defensa de los derechos fundamentales en el ámbito de la hoy Unión Europea. La doctrina del Tribunal de Justicia, como ha señalado A. Rodríguez³¹⁸, ha logrado dos objetivos: a) introducir el respeto por los derechos fundamentales como criterio de validez del derecho comunitario; y, b) contribuir a la consolidación del principio de primacía, consolidando su propia posición como institución

³¹⁸ RODRÍGUEZ, A.: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 194.

comunitaria. De manera progresiva el Tribunal ha ido elaborando una línea jurisprudencial en la que ha tomado como parámetro la existencia de un nivel de reconocimiento y tutela de los derechos y libertades en los distintos Estados miembros que la aplicación del Derecho comunitario no podía desconocer.

1.4. Los derechos y libertades en el Tratado de Ámsterdam

El *Tratado de Ámsterdam* consolidó el *status* de ciudadano comunitario y especialmente el reconocimiento de los derechos y libertades y sus garantías con una vinculación absolutamente novedosa en la organización de la Unión Europea. Así, el artículo F.1, del Título I —Disposiciones comunes— del TUE reproducido anteriormente y que aludía al principio de nacionalidad fue sustituido por «*La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros*». Se mantuvo el apartado 2, del artículo F con la redacción que ya figura en el TUE y que declaraba el respeto de la Unión hacia los derechos fundamentales tal y como se garantizan tanto en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950 y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» y el principio de nacionalidad recibió nueva redacción y pasó a ser el apartado 3 del artículo F: «*La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros*», mientras que el apartado 3 del TUE («La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas») pasó a ser el apartado 4.

La declaración del apartado primero en favor de la democracia y la libertad tal y como quedó redactado en el Tratado de Ámsterdam permitió, sin duda, una interpretación mucho más exigente del párrafo segundo de este mismo artículo F. El Tratado, además, incluyó entre las competencias del Tribunal de Justicia el control del contenido del artículo.

Por otro lado, el *Tratado de Ámsterdam* profundiza también en el reconocimiento de los derechos sociales, para lo cual se da nueva redacción al artículo 117, por el cual la Comunidad asume como objetivo propio la promoción de los derechos sociales volviendo, como en otras ocasiones, a buscar las referencias en los trabajos del Consejo de Europa y en sus propios precedentes.

La referencia a la igualdad de oportunidades en el trabajo entre hombres y mujeres se contempla en el *Tratado de Ámsterdam* en el artículo 119, cuyo apartado 1, que establece: «*Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor*».

Con todo, quizá sea la redacción dada al apartado 4 del artículo 119 del Tratado, el que permitió una mayor extensión del principio de igualdad real entre los hombres y las mujeres, ya que en él se incorpora la cláusula habilitadora para la aplicación o mantenimiento por los Estados nacionales de medidas de acción positiva. Establece dicho apartado: «*Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*». Esta nueva redacción incorporada al *Tratado de Ámsterdam* supuso en su momento la elevación a nivel de Tratado de los logros obtenidos por el derecho derivado en materia de igualdad.

2. El Tribunal de Justicia y los derechos en la Unión Europea

Resulta hoy indiscutible que el Tribunal de Justicia ha realizado una importante función de garantía de los derechos en el ámbito comunitario aunque tal labor ha discurrido por un no siempre fácil camino toda vez que, como hemos señalado y con independencia de la regulación concreta de los Tratados constitutivos, sus modificaciones y el propio derecho derivado, la Comunidad no ha tenido, hasta época reciente, un catálogo propio de derechos y libertades y todavía hoy dicho catálogo no es directamente aplicable ni vinculable para los Estados miembros; la Carta no se incorporó a los Tratados mermando, como ha señalado F. Balaguer, «su valor jurídico y su posible equivalencia con el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales propio del Estado constitucional». Mayor importancia tiene, como señala el mismo autor, que la Carta (actualmente, Parte II del proyecto de Constitución Europea) no es equivalente a los catálogos de derechos de las Constituciones nacionales ya que «esa equivalencia exigiría, además, la existencia de otras condiciones estructurales. Condiciones que no se dan todavía y que son necesarias para que la Carta se inserte en un contexto constitucional basado en una distribución competencial clara entre la Unión y los Estados y en una ordenación institucional plenamente democrática»³¹⁹.

Tres sentencias tempranas del Tribunal de Justicia (SSTJ *Store v. Alta Autoridad*, de 4 de febrero de 1959; y *v. Alta Autoridad Geitling y otros* (Asuntos 36/59 y 13/60), sentaron la doctrina de que no resultaba posible interpretar el Derecho comunitario a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en los ordenamientos —frecuentemente en las constituciones— de los Estados miembros. Se afirma así una posición que se reiterará posteriormente conforme a la cual el Derecho comunitario es un Derecho autónomo que no precisa de la concurrencia de otros ordenamientos para su plena validez. Sin embargo, la pregunta principal ¿cuál era el grado de protección de los derechos en el ámbito comunitario? quedaba sin respuesta.

Dos sentencias posteriores del Tribunal de Justicia aportaron un nuevo criterio de interpretación:

- En la STJ *Stauder*, de 2 de noviembre de 1969, el Tribunal confirma que los derechos fundamentales de la persona (que, sin embargo, no se enumeran) forman parte de los *principios generales* del Derecho Comunitario;
- En la STC *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970, el Tribunal trata de dar respuesta a la ausencia de un elenco de derechos afirmando que corresponde al propio Tribunal determinar dicho elenco y que para ello utilizará como criterio las *tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros*.

Avanzada la década de los setenta el Tribunal de Justicia incluyó en sus sentencias *Nold*, de 14 de mayo de 1974 y *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979, referencias a la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 como criterio material y como estándar de protección de los derechos en el ámbito comunitario. Al respecto, debemos recordar que en esta década de los setenta la Comunidad se planteó la posibilidad de que la Comunidad se adhiriera formalmente al Convenio Europeo de Derechos Humanos lo cual hubiera supuesto la incorporación de la Convención al Derecho comunitario. Esta posibilidad se plasmó en diversos documentos, entre ellos en el *Informe* de la Comisión sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, de 14 de febrero de 1976; en la

³¹⁹ BALAGUER, 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, Enero-Junio, 2004, en www.ugr.es/~redce

Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión, de 5 de abril de 1977 y en el *Memorandum* de la Comisión de 4 de abril de 1979, sobre la Adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio de Roma de 1950. Sin embargo, ninguno de estos esfuerzos llegó a término y la adhesión no llegó a producirse nunca ya que quedó definitivamente cerrada tal posibilidad por el Dictamen del Tribunal de Justicia 2/1994, de 28 de marzo, en el que el Tribunal determinó la falta de competencia de las instituciones europeas para formalizar la adhesión a la Convención Europea. Sin embargo, una mención expresa a dicha Convención se incluyó, como hemos señalado anteriormente, en el artículo 6.2 del TUE.

De otra parte, la posición del Tribunal de Justicia respecto a los derechos en el ámbito comunitario motivó cierta toma de posición de algunos Tribunales Constitucionales, en concreto, del Tribunal Constitucional italiano y del Tribunal Constitucional alemán que en sendas sentencias pusieron en cuestión la doctrina del Tribunal de Justicia. Así, el Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia *Frontini*, de 27 de diciembre de 1973, afirma que la Comunidad no disponía de una competencia que le permitiera, en su caso, violar los derechos inalienables de la persona humana. El Tribunal de Justicia negó la posibilidad esgrimida por los Tribunales Constitucionales y reiteró (STJ *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978) que los órganos jurisdiccionales internos estaban obligados por la primacía del Derecho comunitario. En parecido sentido al Tribunal Constitucional italiano, se pronunció el Tribunal Constitucional alemán en su *Sentencia Solange I*, de 8 de junio de 1984. La cuestión de fondo era que ambos Tribunales Constitucionales entendían que el Derecho comunitario, al no disponer de un catálogo de derechos al que someterse, podría, hipotéticamente, vulnerar algunos de los derechos constitucionales que estaban en la base misma del ordenamiento constitucional nacional. La consecuencia jurídica era, pues, que los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania entendían que debían reservarse una competencia de *revisión* sobre las normas comunitarias que pudieran violar los derechos fundamentales insertos en el ordenamiento constitucional.

Los Tribunales Constitucionales italiano (Sentencias *Granital*, de 8 de junio de 1984 y *Fraga*, de 21 de abril de 1989) y alemán (Sentencias *Solange II*, de 22 de octubre de 1986 y *Soviet*, de 12 de mayo de 1989), en sentencias posteriores atemperaron en parte sus más radicales posiciones respecto a la protección de los derechos fundamentales ante el Derecho comunitario, aunque el Tribunal alemán ha mantenido una reserva competencial última para el muy hipotético supuesto de que en el ámbito comunitario no se respetaran los derechos de los ciudadanos alemanes.

3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

3.1 La elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Como se ha señalado en los epígrafes precedentes, a finales de la década de los noventa resultaba cada vez más difícil no dar una definitiva solución al reconocimiento y tutela de un elenco propio de derechos y libertades en el seno de la Unión Europea. Los esfuerzos de los años anteriores dieron su fruto en el *Consejo Europeo de Colonia*, el 3 y el 4 de junio de 1999 en el que se adoptó una *Decisión del Consejo* (anexo IV, Conclusiones de la Presidencia), relativa a la elaboración de una *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* ya que, como se afirmó en la citada Decisión, la evolución de la Unión exigía la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales que permitiera poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su

alcance.

El Consejo estimó que dicha Carta de Derechos debería incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal y como se reconocen en el Convenio de Roma y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. La Carta debía contener, a juicio del Consejo Europeo, los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión y deberían tenerse en cuenta los derechos económicos y sociales de manera semejante a cómo son reconocidos en la Carta Social Europea y en la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* (art. 136 TCE), en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión.

En la redacción de este importante documento debían participar los delegados de los Jefes de Estado o Gobierno y del presidente de la Comisión Europea y miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Igualmente debía darse cabida a representantes del Tribunal de Justicia y oír la opinión del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, de grupos sociales y de expertos. Un órgano así constituido debía presentar ante el Consejo Europeo de diciembre del año 2000, un proyecto de *Carta de Derechos*. A partir de ese proyecto, el Consejo Europeo propondría junto con el Consejo, al Parlamento y a la Comisión, la proclamación solemne de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, adoptándose también la decisión oportuna referente a su incorporación o no a los Tratados y, en caso afirmativo, el procedimiento aplicable para tal incorporación. Todas estas previsiones se cumplieron y el Consejo Europeo de Tampere de 10 y 11 noviembre de 1999, acordó la composición del órgano que debía elaborar el proyecto de Carta. Este órgano —la *Convención*— se reunió en sesión constitutiva el 17 de diciembre de 1999 y posteriormente de forma regular en las sedes del Parlamento y del Consejo hasta la culminación de sus trabajos. La *Convención* presentó ante el Consejo Europeo de Biarritz los días 13 y 14 de octubre el proyecto de Carta de Derechos Fundamentales que se había elaborado durante los diez primeros meses de ese año 2000, aunque se acordó posponer su proclamación hasta el siguiente Consejo Europeo, el de Niza, el 7 de diciembre de 2000, donde la Carta de Derechos Fundamentales fue proclamada aunque no fue incorporada, con fuerza jurídica vinculante, a los Tratados ni al Derecho comunitario (DOCE, 2000/C 364/01 (18 de diciembre de 2000), sin embargo, el Parlamento sí adoptó la decisión de aplicarla en el ámbito interno.

Como es sabido el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales pasó a constituir la Parte II del proyecto de Constitución Europea pero ha sobrevivido a dicho proyecto constitucional cuando se constató que éste nunca llegaría a estar en vigor como consecuencia de los resultados negativos de los referéndum para su ratificación celebrados en Francia y Holanda. Tras un periodo de reflexión, las instituciones europeas retomaron el proceso de reforma que se terminó plasmando en el Tratado de Lisboa. Respecto de la Carta de Derechos Fundamentales, el Tratado de Lisboa ha modificado el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastrich) dándole una nueva redacción con el siguiente contenido:

- a) En el párrafo 1 del nuevo artículo 6, “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, ha consagrado la eficacia

jurídica directa de la Carta la cual es vinculante para las instituciones de la UE y para los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión Europea.

- b) Las disposiciones de la Carta no amplían las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados, por lo tanto, los derechos contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales se desenvolverán en el marco de las competencias que los Estados han cedido a la Unión pero no obligará a dichos Estados en competencias no cedidas a la Unión.
- c) Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretan con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

De otra parte, también se consagra en el artículo 6 del TUE la previsión sobre la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Se puntualiza en este artículo 6 que comentamos que esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados, por tanto, y como en el caso anterior, la aplicación de los derechos se realizará en el estricto marco competencial de la Unión.

Se mantiene la previsión que ya figuraba en la redacción original del artículo 6 que establece que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales, que fue proclamada por el Consejo Europeo de Niza, en diciembre de 2000, careció de eficacia jurídica vinculante para los Estados pero resultaba innegable que a pesar de ello se había convertido en un texto de referencia obligada tanto para las instituciones de la Unión Europea como en algunos de los Estados miembros. En el primer caso, la Carta fue frecuentemente citada en Directivas y otros documentos de la Unión y también fue mencionada por el Tribunal de Justicia en algunas de sus resoluciones. El Parlamento Europeo aprobó una Resolución estableciendo que respetaría el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales en sus actividades durante el periodo en el que no estuviera en vigor en un ejercicio de autovinculación de los derechos fundamentales contenidos en la Carta. En el segundo caso, la Carta ha sido igualmente tomada en consideración en algunos países como España donde ha sido citada por el Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias previamente a la adquisición de su carácter vinculante.

3.2. Estructura de la Carta

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en un único texto, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. La Carta representó un hito indiscutible en el reconocimiento de los derechos en el ámbito europeo pero también se constituyó en un referente supraeuropeo. En este sentido, debe destacarse que la Carta incorpora derechos de las cuatro generaciones a las que aludimos en el Capítulo 2º, pues junto a derechos clásicos de *primera generación* (derecho a la vida, derecho de propiedad, derecho a la libertad o a la seguridad), encontramos otros de *segunda generación* como el derecho de reunión o de asociación o de *tercera*

generación, como algunos de los incluidos en el Capítulo IV —Solidaridad— como los derechos laborales, protección de la salud, protección del medio ambiente o protección de los consumidores. Pero, además, la Carta incluye claramente derechos de cuarta generación como la autonomía física en relación con las aplicaciones biomédicas, la prohibición de prácticas eugenésicas o la prohibición de clonación humana (art. 3).

La Carta de Derechos Fundamentales consta de un Preámbulo y de 54 artículos, divididos en siete *Capítulos*:

Capítulo I Dignidad (arts. 1 a 5);

- *Dignidad humana (art. 1)*
- *Derecho a la vida (art. 2)*
- *Derecho a la integridad de la persona (art. 3)*
- *Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4)*
- *Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5)*

Capítulo II. Libertades (arts. 6 a 19);

- *Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 6)*
- *Respeto de la vida privada y familiar (art. 7)*
- *Protección de datos de carácter personal (art. 8)*
- *Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia (art. 9)*
- *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 10)*
- *Libertad de expresión y de información (art. 11)*
- *Libertad de reunión y de asociación (art. 12)*
- *Libertad de las artes y de las ciencias (art. 13)*
- *Derecho a la educación (art. 14)*
- *Libertad profesional y derecho a trabajar (art. 15)*
- *Libertad de empresa (art. 16)*
- *Derecho a la propiedad (art. 17)*
- *Derecho de asilo (art. 18)*
- *Protección en caso de devolución, expulsión y extradición (art. 19)*

Capítulo III. Igualdad (arts. 20 a 26);

- *Igualdad ante la ley (art. 20)*
- *No discriminación (art. 21)*
- *Diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22)*
- *Igualdad entre hombres y mujeres (art. 23)*
- *Derechos del menor (art. 24)*
- *Derechos de las personas mayores (art. 25)*
- *Integración de las personas discapacitadas (art. 26)*

Capítulo IV. Solidaridad (arts. 27 a 38);

- *Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27)*
- *Derecho de negociación y de acción colectiva (art. 28)*
- *Derecho de acceso a los servicios de colocación (art. 29)*
- *Protección en caso de despido injustificado (art. 30)*
- *Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)*
- *Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32)*

- *Vida familiar y vida profesional (art. 33)*
- *Seguridad social y ayuda social (art. 34)*
- *Protección de la salud (art. 35)*
- *Acceso a los servicios de interés económico general (art. 36)*
- *Protección del medio ambiente (art. 37)*
- *Protección de los consumidores (art. 38)*

Capítulo V. Ciudadanía (arts. 39 a 46);

- *Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo (art. 39)*
- *Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales (art. 40)*
- *Derecho a una buena administración (art. 41)*
- *Derecho de acceso a los documentos (art. 42)*
- *Defensor del Pueblo (art. 43)*
- *Derecho de petición (art. 44)*
- *Libertad de circulación y residencia (art. 45)*
- *Protección diplomática y consular (art. 46)*

Capítulo VI. Justicia (arts. 47 a 50);

- *Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47)*
- *Presunción de inocencia y derecho de la defensa (art. 48)*
- *Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas (art. 49)*
- *Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (art. 50)*

Capítulo VII. Disposiciones generales aplicables a la interpretación y aplicación de la Carta (arts. 51 a 54).

- *Ámbito de aplicación (art. 51)*
- *Alcance e interpretación de los derechos y principios (art. 52)*
- *Nivel de protección (art. 53)*
- *Prohibición del abuso del derecho (art. 54)*

3.3. Explicación sobre el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales

Cada uno de los preceptos incluidos en la Carta de Derechos Fundamentales fue redactado tomando en consideración el estándar de derechos existentes en Europa a partir del contenido y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa y de los derechos fundamentales de los Estados miembros. A estos criterios se unió el propio acervo comunitario ya que muchos de los derechos contenidos en la carta tenían ya una clara recepción en el Derecho de la Unión a través del derecho derivado. A continuación se detalla una breve explicación de cada uno de los derechos contenidos en la Carta que justifica su inclusión en la misma³²⁰.

a) Capítulo I: Dignidad

Lo primero que resalta de este Capítulo inicial de la Carta es su denominación. La dignidad ha sido decepcionada en numerosos ordenamientos nacionales y también consagrada en diversos y relevantes documentos internacionales pero siempre lo ha sido como principio,

³²⁰ El *Presidium* de la Convención que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales redactó un documento explicativo sobre la misma en este mismo sentido (Bruselas, 11 de octubre de 2000 (12.10) CHARTE 4473/00)

valor o derecho pero nunca como concepto general en el cual se integran otros derechos particulares como sí hace la Carta de Derechos Fundamentales. Dentro de este Capítulo 1, se regulan los siguientes de derechos específicos:

- *Artículo 1- Dignidad:* La dignidad humana aparece en la Carta no sólo como un derecho fundamental sino también como la base misma de los derechos fundamentales de tal suerte que ninguno de los derechos consignados en la Carta podrá aplicarse para atentar contra la dignidad de otras personas. La dignidad humana forma parte de la esencia de los derechos consignados en la Carta por lo que no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho.
- *Artículo 2 - Derecho a la vida y provisión de pena de muerte:* El apartado 1 de este artículo que declara de toda persona tiene derecho a la vida se basa en la primera frase del apartado 1 del artículo 2 del CEDH y es, además, coherente con la legislación de los Estados miembros. En relación con la prohibición de pena de muerte que se contiene en el apartado 2 de este mismo artículo, se ha inspirado en el artículo 1 del Protocolo núm. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de la pena de muerte. Tal y como figura en el artículo 52.3 de la propia Carta de Derechos Fundamentales la interpretación de los derechos contenidos en la misma se hará de conformidad con el alcance que tuvieron en el Convenio cuando dichos derechos sean coincidentes. Por lo tanto, en materia de pena de muerte debe entenderse que el artículo 2 de la Carta incorpora la limitaciones del Convenio, es decir, la posibilidad de que los Estados introduzcan la pena de muerte para actos de guerra o de peligro inminente de ella y que no debe considerarse infracción de este artículo cuando la muerte se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; y c) Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección”.
- *Artículo 3 – Derecho a la integridad de la persona:* En este precepto la Carta incluye la tutela del clásico derecho a la integridad física pero también el derecho a la integridad de la persona en relación con las aplicaciones biomédicas, la prohibición de clonación reproductora de seres humanos (pero no la posibilidad de clonación terapéutica) y de las prácticas eugenésicas.
- *Artículo 4 –Prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes.* El derecho enunciado en el artículo 4 corresponde al garantizado en el artículo 3 del CEDH, en este mismo sentido.
- *Artículo 5 – Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.* Lo primero que llama la atención en relación con este precepto es que necesidad. Aunque pudiera parecer que en el siglo XXI y en el seno de la Unión Europea la tutela por la libertad personal no precisaría de un precepto prohibiendo la esclavitud tal cosa no es cierta. La sociedad actual presenta nuevas formas de esclavitud y opresión que la Carta intenta reprimir como, por ejemplo, la trata de seres humanos.

b) *Capítulo II: Libertades*

Este Capítulo agrupa junto a derechos y libertades clásicas como la libertad de expresión, la libertad penal, la libertad religiosa, las libertades de reunión y asociación o el respeto

de la vida privada y familiar, otros derechos mucho más novedosos en un catálogo como la Carta. Tal es el caso del derecho a la protección de datos regulado en el artículo 8 en el que, tras declarar que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, la Carta establece los criterios básicos de dicha protección (tales como el tratamiento leal de los datos, su utilización para fines concretos, el consentimiento de la persona afectada, y el derecho de acceso y rectificación); o el derecho de asilo regulado en el artículo 18 que garantiza este derecho dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

c) *Capítulo III: Igualdad*

La Carta de Derechos Fundamentales ha incluido siete artículos (del 20 al 26) para garantizar la igualdad en diversos ámbitos. Es relevante señalar que el artículo 20 incluye la cláusula general de igualdad que figura en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia ha considerado como un principio fundamental del Derecho comunitario (*sentencia de 13 de noviembre de 1984, Racke, asunto 283/83, Rec. 1984, p. 3791; sentencia de 17 de abril de 1997, C-15/95, EARL, Rec. 1997, p. I-1961, y sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97, Karlsson*). Es igualmente importante destacar la redacción del artículo 23 que recoge la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive, en materia de empleo, trabajo y retribución y consagrando las denominadas *acciones positivas* al establecer que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado, incorporando así el acervo comunitario y los logros que la Unión había ya conseguido en materia de igualdad.

d) *Capítulo IV: Solidaridad*

Es Capítulo que agrupa doce artículos recoge un conjunto de derechos de diversa naturaleza y alcance. Tienen cabida en este Capítulos los derechos relativos a las condiciones laborales con derechos tan novedosos como el de acceso a una protección en caso de despido injustificado o el derecho de acceso a los servicios de colocación. Junto a estos derechos laborales se consagran otros más conocidos como la protección del medio ambiente o la protección de la salud.

e) *Capítulo V: Ciudadanía*

La construcción europea se asienta en gran medida en el concepto de “ciudadanía” y la Carta no podía olvidar este importante aspecto. Los derechos que se ubican dentro de este rótulo aluden, entre otros, a los derechos de participación política del ciudadano europeo (derecho de sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo y a las elecciones municipales), al derecho a una buena administración que fue consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (*entre otras, sentencia del TJ de 31 de marzo 1992, C-255/90 P, Burban, Rec. 1992, p. I-2253; así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, Nölle, Rec. 1995, p. II-2589; de 9 de julio de 1999, T-231/97, New Europe Consulting y otros, Rec.II-2403*) o al reconocimiento de la institución del Defensor del Pueblo

f) *Capítulo VI: Justicia*

Este último Capítulo de la Carta previo al que recoge las cláusulas generales de aplicación e interpretación está dedicado a los derechos relativos a las garantías judiciales. La Carta consagra el derecho a la tutela judicial y al juez imparcial. Respecto del primero, la protección que ofrece la Carta es más amplia que la que se reconoce en el correspondiente artículo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que garantiza un derecho a un

recurso efectivo ante un juez. El Tribunal de Justicia consagró este principio en su sentencia de 15 de mayo de 1986 (*Johnston, asunto 222/84, Rec. 1986, p.1651; véanse también las sentencias de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, Heylens, Rec. 1987, p. 4097, y de 3 de diciembre de 1992, C-97/91, Borelli, Rec. 1992, p. I-6313*). Según el Tribunal de Justicia, este principio también se aplica a los Estados miembros cuando éstos aplican el Derecho comunitario. La inclusión de esta jurisprudencia en la Carta no tiene por objeto modificar el sistema de recurso establecido en los Tratados ni, en particular, las normas relativas a la admisibilidad. Así pues, este principio se aplica con arreglo a las vías procesales previstas en los Tratados. Se aplica respecto de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, para todos los derechos que garantiza el Derecho de la UE. Junto a los anteriores derechos se reconocen otros como la presunción de inocencia, los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser acusado ni condenado dos veces por el mismo delito.

3.4. Capítulo VII: Disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales

3.4.1. Artículo 51. Ámbito de aplicación

El artículo 51 de la Carta establece el ámbito de aplicación de la misma, señalando que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Así, el apartado 1, del artículo 51 establece literalmente: «*Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias*».

Por tanto, los Estados miembros quedan obligados —cuando la Carta tenga efecto jurídico vinculante— a respetar los derechos, a observar los principios y a promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias. Esta disposición fue redactada ateniéndose al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, que imponía a la Unión el respeto de los derechos fundamentales, y al mandato conferido por el Consejo Europeo de Colonia. Los Tratados consagran el término «instituciones». Los términos «órganos y organismos» se utilizan generalmente en los Tratados para referirse a todas las instancias creadas por los Tratados o por actos de Derecho derivado (véanse, por ejemplo, los artículos 15 y 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

De otra parte, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (*sentencia de 13 de julio de 1989, Wachauf, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609; sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, Rec. 1991, p. I-2925; sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96 Annibaldi, Rec. 1997, p. I-7493*). El Tribunal de Justicia ha confirmado esta jurisprudencia en los siguientes términos: «Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria...» (*sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec. 2000, p.*

I-2737, apartado 37). La norma de la vinculación a los Estados se aplicará tanto a las autoridades centrales como a las instancias regionales o locales así como a los organismos públicos cuando aplican el Derecho de la Unión.

La vinculación de los Estados a la Carta de Derechos Fundamentales tiene una excepción respecto del Reino Unido y Polonia que consiguieron que se adoptara el *Protocolo n° 30, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido*. En este Protocolo –anexo al Tratado– se establece que “La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma” (art. 1. párrafo primero) y que en “particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional” (art. 1, párrafo segundo).

En el artículo 2 del mismo Protocolo se afirma que “Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido”. Con estas previsiones y matizaciones la Carta también resultará vinculante en estos Estados. Sin embargo, no cabe desconocer que la Unión Europea realizó en este caso una concesión quizá excesiva a estos dos países por cuanto el efecto vinculante de la Carta no debería haber tenido excepción alguna.

De otra parte, la Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados según dispone expresamente el apartado 2 del citado artículo 51 que, literalmente dice: «*La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados*». Este apartado confirma una conclusión obligada de la aplicación del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión sólo disponga de competencias de atribución. Los derechos fundamentales garantizados en la Unión sólo son efectivos en el marco de las competencias que definen los Tratados. Por consiguiente, la obligación de las instituciones de la Unión, con arreglo a la segunda frase del apartado 1, de promover los principios establecidos en la Carta sólo se puede producir dentro de los límites de las citadas competencias.

El apartado 2 de este artículo 51 confirma asimismo que la Carta no puede tener como efecto ampliar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión definidas en los Tratados. El Tribunal de Justicia ya ha establecido esta norma respecto de los derechos fundamentales reconocidos como parte del Derecho de la Unión (*sentencia de 17 de febrero de 1998, asunto 249/96 Grant, Rec. 1998, p. I-621, apartado 45*).

3.4.2. Artículo 52. Alcance de los derechos garantizados en la Carta de Derechos Fundamentales

El artículo 52 de la Carta establece el alcance de los derechos contenidos en la misma. Este precepto tiene tres apartados. El primero de ellos se refiere a los límites de los derechos reconocidos y dice textualmente: «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».

Así, el contenido esencial de los derechos incorporados en la Carta queda protegido por lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 52³²¹, que determina que cualquier límite a los derechos reconocidos en la Carta, deberá ser establecido en la ley. Sólo podrán introducirse 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.

La redacción de este artículo está claramente inspirada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: «... según jurisprudencia consolidada, pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos» (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, apartado 45). La mención de intereses generales reconocidos por la Unión abarca tanto los objetivos mencionados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los Tratados, como el apartado 1 del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, el apartado 3 del artículo 35 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los artículos 36 y 346 de este mismo Tratado.

El segundo apartado de este artículo 52 establece que: «*Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos*».

Este apartado segundo se refiere a derechos que ya habían sido explícitamente consagrados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que han sido reconocidos por la Carta y que se encuentran ahora en los Tratados (en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión). Este apartado aclara que esos derechos siguen sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen, tal como se establecen en los Tratados. La Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por el Tratado CE, recogidos en los Tratados.

Por último, el apartado tercero del artículo 52 se refiere a la interpretación integrada de los derechos de la Carta en relación con los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y dice literalmente: «*En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa*».

Así, pues, la tradicional vinculación entre los derechos reconocidos en la Unión y los tutelados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha plasmado expresamente en la

³²¹ El artículo 52.1 dice: 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.

Carta, cuyo artículo 52,3 establece que, en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, salvo que el Derecho comunitario otorgue una protección mayor.

Una consecuencia de esta interpretación integrada es que el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos, deba respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH (y en sus Protocolos), que se aplican por consiguiente a los derechos contemplados por este apartado, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De otra parte y como ya se ha señalado, el objetivo de la última frase de este apartado tercero es permitir a la Unión garantizar una protección más amplia. En cualquier caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede nunca ser inferior al garantizado por el CEDH.

3.4.3. Artículo 53. Nivel de protección de los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales

El artículo 53 de la Carta dice: *«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»*. El objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los

Estados miembros y el Derecho internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH. El nivel de protección ofrecido por la Carta podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH, lo que trae como consecuencia que el régimen de limitaciones establecido en la Carta no puede quedar por debajo del nivel previsto en el CEDH.

3.4.4. Artículo 54. Prohibición del abuso del Derecho

Este precepto con el que se pone fin a la Carta de Derechos Fundamentales prohíbe el abuso del Derecho. El artículo 54 dice: *«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta»*. Esta previsión contenida en el artículo 54 de la Carta se corresponde con lo establecido en el artículo 17 del CEDH.

Como hemos señalado anteriormente la plena eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales se ha producido con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que reformó el Tratado de la Unión Europea y ha sustituido el Tratado de la Comunidad Europea por el actual Tratado de Funcionamiento. La Carta de Derechos Fundamentales, con el mismo valor jurídico que estos Tratados, figura como Anexo a los mismos.

Capítulo XXI

DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

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

SUMARIO. 1. *Las Garantías internacionales de los derechos* 2. *La Organización de las Naciones Unidas (ONU)* 2.1. Creación de la ONU 2.2. Elaboración de la Carta de las Naciones Unidas 2.3. Nivel de garantías 3. *El Consejo de Europa* 3.1. Creación del Consejo de Europa 3.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales 3.3. La Carta Social Europea 3.4. Otros Convenios 3.5. El sistema de protección: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.5.1. Composición y estructura interna 3.5.2. Funciones 3.5.3. La sentencia

1. Garantías internacionales de los derechos

La protección de los derechos y libertades ha sido preocupación constante en el ámbito internacional. Para el aseguramiento de los derechos han surgido progresivamente, junto a la tradicional vía diplomática, otros medios de control que tienden a garantizar más eficazmente los derechos y libertades. En este sentido, se han elaborado y suscrito por diversos países *tratados, convenios o pactos* que recogen los derechos y libertades de las personas y se han creado medios de garantía *institucionales y jurisdiccionales* con apoyo en dichos Tratados.

Con todo, la eficacia de las medidas internacionales está en función principalmente del grado de compromiso jurídico que cada uno de los Estados asuma respecto a los Convenios de protección de los derechos y libertades. En estas páginas, tras unas breves referencias al ámbito de la Organización de Naciones Unidas (ONU) nos centraremos en dos organizaciones internacionales, una específicamente destinada a la protección de los derechos: el *Consejo de Europa* y otra, de ámbito igualmente europeo, cuya finalidad inicial fue la unión económica aunque tal objetivo se ha completado con el de la unión política y la defensa de unos derechos comunes que se culminará con la aprobación de una Constitución europea: la *Unión Europea*.

2. La Organización de las Naciones Unidas (ONU)

2.1. Creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU)

La segunda guerra mundial marcó profundamente a la sociedad de su época, se multiplicaron los esfuerzos en favor de la reconstrucción Europea y surgieron las primeras iniciativas para una más estrecha colaboración entre los pueblos en aras a la consecución de mayores cotas de desarrollo y bienestar. Estos fines confluyeron en la aparición de la *Organización de las*

Naciones Unidas (ONU.); organización internacional que, como establece el Preámbulo de la *Carta de las Naciones Unidas*, tiene como fines preservar la paz, la justicia, promover el progreso social y, específicamente, «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas». La *Carta* establece el contenido básico de la cooperación de los Estados miembros en materia económica y social, determinando que la Organización promoverá el trabajo para todos, el acceso a un mayor nivel de vida, la cooperación sanitaria, cultural y educativa y «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades» (art. 55.c).

2.2. Elaboración de la Carta de Naciones Unidas

En 1946, la ONU aprobó la creación de la *Comisión de Derechos Humanos* que ha trabajado eficazmente en la consolidación de los derechos humanos. Uno de los objetivos de la Organización fue la elaboración de un catálogo de derechos que resultara válido para los Estados miembros. Ello se llevó a cabo, mediante un trabajo, de profundización y especialización progresivas, debiendo señalarse la aprobación de la *Carta Internacional de Derechos Humanos*, que comprende:

- a) La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General);
- b) El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Facultativos* (Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, mediante la Resolución 2200 A (XXI).

Junto con los anteriores, documentos de reconocimiento general o global de derechos, la *Organización de las Naciones Unidas* ha adoptado otros textos de reconocimiento de derechos específicos o de tutela de categorías determinadas de personas, como son los siguientes:

- 1) La *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948.
- 2) La *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, de 20 de diciembre de 1952.
- 3) La *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de 21 de diciembre de 1965.
- 4) La *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, de 18 de diciembre de 1979.
- 5) La *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, de 10 de diciembre de 1984.
- 6) La *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989.

2.3. Nivel de garantías

Aunque, como se señaló, el reconocimiento de los derechos en el ámbito internacional no ha

tenido su paralelo en lo referente a las garantías, la necesidad de tutelar eficazmente los derechos reconocidos se ha hecho patente cada vez más y la tendencia actual es claramente favorable a dotar a los derechos de sus correspondientes garantías.

Aunque la *Carta* no otorga competencias expresas de tutela de los derechos y libertades ni al Consejo de *Seguridad*, ni al *Secretario General* ni tampoco al propio *Tribunal Internacional de Justicia* finalmente todos ellos han asumido, *de facto*, ciertas funciones relativas a la promoción de los derechos humanos junto a la ya citada *Comisión de Derechos Humanos*. Con todo, fue la creación, mediante la Resolución de la Asamblea General 48/141, de 20 de diciembre de 1993, del *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, el hito más importante en esta materia acontecido en los últimos años. Perteneció orgánicamente a la *Secretaría General*, depende directamente del *Secretario General* que lo nombra y tiene funciones muy amplias tanto en la promoción como en la protección de los derechos humanos.

De otra parte, los diferentes tratados de la ONU han generado también ciertos órganos de promoción y tutela de los derechos y libertades entre los que pueden citarse los siguientes:

- 1) El *Comité de Derechos Humanos* vinculado al *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*;
- 2) El *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* relacionado con el Pacto de igual nombre;
- 3) El *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial* unido a la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*;
- 4) El *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* nacido al amparo de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*;
- 5) El *Comité contra la Tortura* hijo de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*;
- 6) El *Comité de los Derechos del Niño* aparecido tras la adopción de la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Los Comités citados, salvo el *Comité de los Derechos del Niño*, establecen la posibilidad, de recibir denuncias individuales previas a la aceptación del Estado de esta concreta competencia con la excepción del *Comité contra la Tortura* que posee dicha facultad de investigación aún en los casos en los que el Estado no le haya reconocido expresamente dicha competencia.

Por último debemos destacar la creación en tiempos recientes de los *Tribunales Penales Internacionales* en relación principalmente con crímenes de guerra en un intento de que los actos de violación flagrante de los derechos humanos en momentos especialmente graves no queden impunes, poniendo en relación esta materia con el Derecho Internacional Humanitario. Como hechos recientes en esta materia deben destacarse la creación, en el seno del Consejo de Seguridad, de sendos Tribunales Penales Internacionales para los hechos acontecidos en la antigua Yugoslavia (Resolución 808 (1993), de 22 de febrero) y en Ruanda (Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre).

3 El Consejo de Europa

3.1. Creación del Consejo de Europa

La destrucción causada por la Segunda Guerra mundial motivó, como dijimos, la búsqueda de una reconstrucción pacífica y unida de los países afectados. Se imponía, además, que tal unión se verificara en torno a un catálogo mínimo de derechos y libertades que aseguraran una organización social justa.

Estos movimientos confluyen en el Congreso de La Haya, celebrado entre el 7 y el 10 de mayo de 1948, cuyas conclusiones animan al gobierno francés, apoyado por el belga, a auspiciar una Conferencia preparatoria. Con la renuencia de Gran Bretaña se creó un Comité para el estudio de la unidad europea, compuesto de dieciocho miembros de los cinco países integrantes del *Tratado de Bruselas* (Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Francia y Gran Bretaña) que, en enero de 1949 y a la luz de los informes de dicho Comité, decidieron crear el *Consejo de Europa*, lo que se llevó a cabo con la firma del Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949, por los cinco países del Pacto de Bruselas más Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suecia. El *Consejo de Europa* fijó su sede en Estrasburgo y contó, en principio, con un *Comité de Ministros*, a nivel de los Gobiernos de los Estados y de una *Asamblea*, de carácter consultivo. Posteriormente fueron creados los órganos de protección de los derechos: la *Comisión* y el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* que asumieron, hasta la aprobación del Protocolo nº 11, las competencias esencialmente en orden a la protección de los derechos y libertades. A partir de entrada en vigor de dicho Protocolo, como se señala más adelante, el Tribunal Europeo ha asumido las facultades de garantía.

En la actualidad el *Consejo de Europa* cuenta con cuarenta y seis miembros y mantiene los fines que animaron su creación: la defensa de la paz, la justicia y la unión de sus miembros para la consecución del progreso económico y social, en torno a la idea del Estado de Derecho y al reconocimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (arts. 1 y 3 del Tratado).

3.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

El *Consejo de Europa* tiene, como ya dijimos, en el respeto a los Derechos Humanos su fundamento primero, exigencia que se mantiene estrictamente para el ingreso de nuevos miembros, de tal suerte que ningún Estado ha sido admitido al *Consejo de Europa* sin la aceptación del *Estado de Derecho* así como del «principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los Derechos Humanos y libertades fundamentales» (art. 3 del Tratado).

Para el cumplimiento de sus fines, el *Consejo de Europa* elaboró un *Convenio* que se conoce como *Convenio o Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* y también como *Convenio de Roma* (España ratificó el Convenio de Roma en 1979, BOE, núm. 243, de 10 de octubre), que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y, para España, el 4 de octubre de 1979, al que han seguido, entre 1952 y 1994, *Protocolos Adicionales* que lo completaron y modificaron aunque no todos ellos fueron ratificados por la totalidad de los Estados ni, actualmente, están todos ellos vigentes.

Los protocolos que actualmente completan el Convenio son los siguientes:

- El *Protocolo 1 (Adicional)*, incorpora al Convenio el derecho de propiedad (art. 1), el derecho a la instrucción (art. 2) y el derecho a elecciones libres (art. 3);

- el *Protocolo*, nº 4, incluye la prohibición de prisión por deudas (art. 1), la libertad de circulación (art. 2), la prohibición de la expulsión de los nacionales (art. 3), la prohibición de expulsión colectiva de los extranjeros (art. 4);
- el *Protocolo*, nº 6 es el relativo a la abolición de la pena de muerte;
- el *Protocolo*, nº 7, incorpora diversas garantías procesales (arts. 1 y 2), el derecho a recibir una indemnización en caso de error judicial (art. 3), el derecho a no ser juzgado dos veces por igual causa (art. 4) y la igualdad de los cónyuges (art. 5).
- El *Protocolo nº 12 sobre prohibición de discriminación*. En este Protocolo, completa el contenido del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y extiende la eficacia del derecho a la igualdad ya que, mientras que el artículo 14 consagra el derecho a la igualdad con carácter relacional, es decir, aplicable exclusivamente en relación con el ejercicio de cualquiera de los otros derechos contenidos en el Convenio, el Protocolo consagra la prohibición general de discriminación. Dispone en concreto el Protocolo que debe quedar garantizado el disfrute de cualquier derecho establecido por ley sin distinción alguna por motivos de raza, sexo, color u otro cualquiera de los mencionados en el artículo 14, y exige asimismo que las autoridades no discriminen a nadie por ningún motivo³²².
- El *Protocolo nº 13*, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, hecho en Vilna el tres de mayo de 2002, prohíbe la pena de muerte en cualquier circunstancia, también para los delitos cometidos en tiempos de guerra o de peligro de guerra inminente. Este nuevo Protocolo vino a colmar el vacío que dejaba el Protocolo nº 6, que prohíbe en todos los Estados Parte la pena de muerte, excepto para los actos cometidos en tiempos de guerra o de peligro de guerra inminente.
- El *Protocolo nº 16*, de 2 de octubre de 2013, permite la presentación de *consultas* al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por parte de los altos tribunales nacionales y regula el procedimiento que sigue el Tribunal Europeo para emitir estos dictámenes. Sin duda, esta regulación se asemeja notablemente a la cuestión prejudicial que se puede plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque hay diferencias importantes. La más significativa es que las resoluciones del Tribunal de Justicia son obligatorias para el órgano judicial que solicitó la cuestión prejudicial, mientras que los dictámenes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no son vinculantes, aunque los jueces del TEDH disidentes pueden emitir *votos particulares*, discrepando de la resolución adoptada. Esto puede originar que el tribunal nacional que ha solicitado el dictamen se acoja a la interpretación de los jueces discrepantes y no tanto a la interpretación de la mayoría plasmada en el dictamen.

Los protocolos que han modificado el Convenio y cuyos textos se han incorporado al mismo son:

- El *Protocolo 11*, de carácter procedimental, reorganizó el Tribunal y le dotó de nuevas competencias e introdujo modificaciones en el procedimiento.
- El *Protocolo nº 14*, relativo a los mecanismos de control del Convenio y a la eficiencia del sistema europeo de derechos humanos³²³, modificó los *artículos 25, 27 y 28 del Convenio*.

³²² El Protocolo 12 fue abierto a la firma y ratificación de los Estados en noviembre de 2000 y el Consejo de Ministros español aprobó su firma con fecha 26 de agosto de 2005. El Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 12 al Convenio Europeo, hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, fue publicado en el BOE del 14 de mayo de 2008.

³²³ El Instrumento de Ratificación del Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, hecho en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004, fue publicado en el BOE, 130, de 28 de mayo de 2010.

— *El Protocolo n° 15*, que entró en vigor el 1 de agosto de 2021, salvo la reducción del plazo para la presentación de las demandas ante el TEDH que entró en vigor el 1 de febrero de 2022.

Otros protocolos, actualmente sin vigencia:

- el *Protocolo 2*, que otorgaba una competencia consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no poseía en su origen, se incorporó al Convenio;
- los *Protocolos 3, 5 y 8* que modificaban el procedimiento de garantía de los derechos en lo que respecta a la Comisión y al Tribunal Europeo, fueron sustituidos por el Protocolo n° 11;
- El *Protocolo 9*, derogado por el Protocolo 11, reconocía la legitimación activa a las personas físicas y jurídicas para actuar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos;
- el *Protocolo 10*, que no llegó a entrar en vigor, modificaba el procedimiento, al eliminar el *quorum* de dos tercios necesario hasta ese momento para la adopción por mayoría de la decisión del Comité de Ministros sobre la existencia o no de violación del Convenio, pero, además, quedó sin objeto al aprobarse el Protocolo 11.

El *Convenio de Roma* representa un salto cualitativo en la protección de los derechos en el ámbito europeo ya que no se limita a reconocer o a promover los derechos sino que los garantiza con una eficacia mayor de la que había sido habitual en el ámbito internacional hasta ese momento. Los derechos reconocidos en el Convenio son, los que, en su momento, la generalidad de la doctrina, podría estimar como esenciales para la persona humana (vida, libertad personal, ideológica, de expresión, tutela judicial ...), un mínimo de derechos, al fin, que se consideran inherentes a las sociedades democráticas, con lo que *democracia y derechos humanos* quedan indeleblemente unidos.

Los derechos reconocidos en el Convenio pueden agruparse en tres niveles (no estancos)³²⁴:

- 1) Los derechos *intangibles e inderogables* (art. 15 del Convenio y art. 3 del Protocolo 6). Estos derechos no pueden ser suspendidos por los Estados ni en caso de desórdenes públicos o conflicto bélico. Tales derechos son:
 - a) el derecho a la vida (art. 2 del Convenio);
 - b) la prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio);
 - c) la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (art. 4 del Convenio);
 - d) el respeto del principio de legalidad penal e irretroactividad de las penas más severas (art. 7 del Convenio);
 - e) el derecho a la tutela judicial de los anteriores derechos (art. 6 en relación con el 13 del Convenio).
- 2) Los derechos de *carácter general o derechos mínimos*, que son los siguientes:
 - a) la prohibición de trabajos forzados u obligatorios (art. 4.2 del Convenio);
 - b) el derecho a la libertad y seguridad, derechos a la tutela judicial, a ser juzgado en un plazo razonable, la limitación de la duración de la prisión preventiva, los derechos de la defensa y el *habeas*

³²⁴ QUESADA POLO, S.: «El Convenio Europeo de Derechos Humanos», en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coord.): *Los derechos en Europa*, UNED, Madrid, 1999, pág. 138.

- corpus* y el derecho a reparación en caso de detención ilegal (art. 5 y 6);
- c) el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 12);
 - d) el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional previa para la tutela de los derechos reconocidos en el Convenio (art. 13);
 - e) el principio de no discriminación en relación con cualquiera de los demás derechos contenidos en el Convenio. La igualdad reconocida en el Convenio tiene carácter de *derecho conexo* por la necesidad de ser interpretada siempre en relación con otro de los derechos protegidos en el Convenio (art. 14).
- 3) Los *derechos restringidos* o sometidos al margen de apreciación por los Estados. Estos derechos se caracterizan porque, junto a su reconocimiento, se incluye la previsión de que puedan estar sometidos a ciertas restricciones por los Estados miembros, siempre que tales restricciones estén *reguladas legalmente y sean necesarias en una sociedad democrática* para la *seguridad nacional*, la *seguridad pública*, el *bienestar económico* del país, la *defensa del orden* y la *prevención de las infracciones penales*, la *protección de la salud* o de la *moral*, o la *protección de los derechos y las libertades* de los demás (arts. 8.2, 9.2, 10.2 y 11.2). La jurisprudencia europea ha señalado que tales restricciones deben ser, además, proporcionadas respecto a la finalidad perseguida. Estos derechos son:
- a) el derecho al respeto de la vida familiar y privada, del domicilio y de la correspondencia (art. 8);
 - b) el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9);
 - c) el derecho a la libertad de expresión, de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas aunque los Estados tienen la posibilidad de someter a ciertas empresas de telecomunicaciones a un régimen de autorización previa (art. 10);
 - d) el derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos (art. 11).

En suma, el elenco de derechos reconocidos en el Convenio y en sus posteriores Protocolos es el siguiente (no todos los Estados miembros han ratificados la totalidad de los Protocolos que aquí se enuncian):

a) *Artículos normativos del Convenio Europeo*

Artículo 2: Derecho a la vida

Artículo 3: Prohibición de la tortura

Artículo 4: Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

Artículo 5: Derecho a la libertad y a la seguridad

Artículo 6: Derecho a un proceso equitativo

Artículo 7: No hay pena sin ley

Artículo 8: Derecho al respeto de la vida privada y familiar

Artículo 9: Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

Artículo 10: Libertad de expresión

Artículo 11: Libertad de reunión y asociación

Artículo 12: Derecho a contraer matrimonio

Artículo 13: Derecho a un recurso efectivo

Artículo 14: Prohibición de discriminación

b) *Protocolo núm. 1*

Artículo 1: Protección de la propiedad

Artículo 2: Derecho a la instrucción

Artículo 3: Derecho a elecciones libres

c) *Protocolo núm. 4*

Artículo 1: Prohibición de prisión por deudas

Artículo 2: Libertad de circulación

Artículo 3: Prohibición de expulsión de nacionales

Artículo 4: Prohibición de expulsión colectiva de extranjeros

d) *Protocolo núm. 6*

Artículo 1: Abolición de la pena de muerte

e) *Protocolo núm. 7*

Artículo 1: Garantías procesales en caso de expulsión de extranjeros

Artículo 2: Derecho a una doble instancia en materia penal

Artículo 3: Derecho a indemnización en caso de error judicial

Artículo 4: Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por el mismo delito

Artículo 5: Igualdad entre esposos

f) *Protocolo núm. 12*

Artículo 1: Prohibición general de discriminación

g) *Protocolo núm. 13*

Artículo 1: Abolición de la pena de muerte (en cualquier circunstancia)

3.3. La Carta Social Europea

Años después de su creación, en 1961, los Estados miembros del *Consejo de Europa* convinieron en que el elenco de derechos reconocidos en el *Convenio*, a pesar de su esencialidad, podía peligrar si no se creaban también unas condiciones sociales y económicas que permitieran el libre ejercicio de esos derechos; con tal fin se firmó, en Turín, el 18 de octubre de 1961, la *Carta Social Europea*³²⁵, completada y enmendada por los *Protocolos*

³²⁵ Entró en vigor el 26 de febrero de 1965 y fue ratificada por España el 29 de abril de 1980 (BOE, núm. 153, de 26 de junio de 1980).

Adicionales, de 5 de mayo de 1988, de 21 de octubre de 1991 y de 25 de abril de 2000.

Las Partes en la *Carta Social Europea* reconocen, como objetivo común, la necesidad de realizar una política de promoción y protección de los derechos sociales, como el derecho al trabajo, a la seguridad e higiene en el trabajo, los derechos sindicales, derecho a una remuneración justa, derecho a la negociación colectiva, a la formación profesional.

3.4. Otros Convenios

Además de la adopción del *Convenio de Roma* y de la *Carta Social Europea*, la lucha del *Consejo de Europa* por promover y tutelar los derechos y libertades se ha visto reforzada con la aprobación de acuerdos concretos, entre los que pueden citarse los siguientes:

- 1) El Convenio para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987 y sus Protocolos Adicionales³²⁶.
- 2) El Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Emigrante, el 24 de noviembre de 1977³²⁷.
- 3) El Convenio sobre Protección de las Personas por el tratamiento Informatizado de Datos de Carácter Personal, el 18 de enero de 1981³²⁸.
- 4) El Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, el 1 de febrero de 1995³²⁹.
- 5) El Convenio sobre Biomedicina y Derechos Humanos y su Protocolo sobre Prohibición de Clonación Humana, ambos de 1997.

3.5. El sistema de protección: el Tribunal Europeo de Derecho Humanos

Lo más significativo del sistema de protección incorporado a la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma)* no es propiamente su catálogo de derechos sino los medios de protección y aseguramiento de los mismos que se articularon, hasta la entrada en vigor del *Protocolo, n° 11*, a través de las siguientes instancias: la *Asamblea Parlamentaria*, integrada por los representantes elegidos en cada Estado parte en el Convenio; el *Comité de Ministros*, formado por los Primeros Ministros de los Estados miembros; la *Comisión*, compuesta por juristas en número igual al de los Estados miembros que hubieran ratificado el Convenio, tuvo una importancia decisiva, como instancia previa al Tribunal Europeo, en la garantía de los derechos reconocidos en el Convenio; y el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

El *Protocolo n° 11* vino a dar respuesta a los problemas surgidos como consecuencia del aumento de las demandas de protección y representa también un intento de reestructurar el mecanismo de control establecido inicialmente en el Convenio y completado en diversos Protocolos con el fin no sólo de mantener sino también de reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales contenidos en el Convenio, necesidad que había sido manifestada desde diversos sectores y valorada en el seno del propio Consejo de Europa.

³²⁶ El Convenio fue ratificado por España (BOE, núm. 159, de 5 de julio de 1989).

³²⁷ Para España, BOE, núm. 145, de 18 de junio de 1983.

³²⁸ Para España, BOE, núm., 274, de 15 de noviembre de 1985.

³²⁹ Precisa 12 ratificaciones para entrar en vigor.

A partir de 1980, el creciente número de casos llevados ante los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos hizo enormemente difícil mantener la duración de los procedimientos dentro de unos límites aceptables. El problema se agravó con la adhesión de nuevos Estados Miembros a partir de 1990. Este creciente volumen de trabajo dio lugar a un amplio debate sobre la necesidad de reformar el mecanismo de control creado por el Convenio, que concluyó con la adopción del Protocolo nº 11. La reforma pretendía:

- a) simplificar la estructura, mediante la creación de un Tribunal único y permanente con miras a reducir la duración del procedimiento;
- b) reforzar el carácter judicial del sistema, haciéndolo completamente obligatorio;
- c) abolir el papel decisivo del Comité de Ministros;

Las modificaciones contenidas en el *Protocolo nº 11* afectaron al procedimiento de garantía de los derechos (arts. 19 y sigs.) pero no al catálogo de los mismos contenido en el Convenio (arts. 1 a 18).

3.5.1. Composición y estructura interna

El renovado artículo 19 del Convenio instituye, para la defensa de los derechos contemplados en el Convenio y en sus Protocolos, un *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, con carácter permanente.

Integran este Tribunal un número de jueces igual al de las Altas Partes Contratantes (art. 20). Los jueces magistrados, juristas de reconocida competencia, son elegidos por la Asamblea Parlamentaria, en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante. Este mismo procedimiento se sigue en el caso de adhesión de nuevos miembros o para cubrir las vacantes que se produzcan.

Los jueces, una vez elegidos, son independientes y no representan a sus respectivos países sino que forman parte del Tribunal a título individual (art. 21.2). Su mandato es de seis años, con la salvedad de que las funciones de la mitad de los jueces designados en la primera elección terminarán al cabo de tres años. Los jueces son reelegibles (art. 23.1) y pueden estar en activo hasta la edad de setenta años (art. 23.6). Los jueces del Tribunal Europeo gozan, durante el ejercicio de sus funciones, de los privilegios e inmunidades previstos en el artículo 40 del Estatuto del Consejo de Europa y, también, en los acuerdos concluidos en virtud de ese artículo, por los cuales no pueden ser detenidos ni perseguidos, en los territorios de todos los Estados miembros, por opiniones o votos emitidos en el desenvolvimiento de sus funciones.

El Tribunal se estructura internamente y actúa en (art. 27, 1 y 2),

- a) *Pleno*, que es la reunión de todos sus miembros; elige al Presidente del Tribunal, a uno o dos Vicepresidentes; a los Presidentes de Sala, a uno o varios Secretarios y aprueba su reglamento;
- b) *Comités*, formados por tres jueces con competencia para examinar los asuntos que se les sometan de conformidad con las atribuciones que les confiere el Convenio;
- c) *Salas* formadas por siete jueces y competentes también para examinar y resolver los asuntos que el Convenio les atribuye, y;
- d) *Gran Sala*, integrada por diecisiete jueces entre los que se encuentra el Presidente del Tribunal, los Vicepresidentes, los Presidentes de las Salas y, en cada caso,

también formará parte de la misma el Juez elegido en representación de un Estado parte en el litigio que se examine.

El Tribunal posee un Secretario que estará asistido de refrendarios (art. 25).

3.5.2. *Funciones*

La competencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos de conformidad con los artículos 33 (asuntos entre Estados), 34 (demandas individuales) y 47 (opiniones consultivas) del Convenio. Conviene insistir en que el Tribunal juzga y resuelve en aplicación del Convenio y de los Protocolos y no extiende su función jurisdiccional a otros ámbitos materiales, por ejemplo, el Derecho interno de los Estados parte.

Pueden acceder al Tribunal no sólo de los Estados sino también de los nacionales de dichos Estados (personas físicas, jurídicas, organizaciones no gubernamentales ...). Se mantiene la doble competencia, contenciosa a instancia de parte legítima (Estado y particulares) y consultiva a petición del Comité de Ministros.

3.5.3. *La sentencia*

Finalizada la tramitación de una demanda, la resolución del Tribunal Europeo adopta la forma de sentencia fundamentada. Las sentencias de las *Salas* pueden ser remitidas, en el plazo de tres meses, a la *Gran Sala*. Un colegio de cinco jueces (de los diecisiete que la componen) aceptará la demanda de remisión siempre que en ella se plantee una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o, también, una cuestión igualmente grave de carácter general. La resolución de la Gran Sala adoptará la forma de sentencia que es *definitiva*.

Las sentencias de las *Salas* son definitivas sólo en los siguientes casos:

- a) Cuando los partes declaren que no recurrirán ante la Gran Sala;
- b) Cuando la remisión a la Gran Sala no se haya producido en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia de la Sala; o
- c) Cuando el colegio de la Gran Sala rechace la demanda de remisión

Las sentencias deberán ser motivadas (art. 45.1) y se harán públicas (art. 44.3). Las sentencias pueden adoptarse por *unanimidad* o por *mayoría*; en este último caso, cualquiera de los jueces discrepantes con la opinión mayoritaria puede unir a la sentencia su *voto particular* en el que expresan su opinión igualmente fundamentada (art. 45.2).

Los Estados parte en el Convenio se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal, las cuales son remitidas al Comité de Ministros, órgano del Consejo de Europa, encargado de velar por su ejecución.

CAPÍTULO XXII

EL CONSEJO DE ESTADO

Luis Fernando Rodríguez García

UNED

SUMARIO. 1. *Objeto y normativa.* 2. *Historia y sede.* 3. *Órganos.* 3.1. Pleno. 3.2. Comisión Permanente. 3.3. Comisión de Estudios. 3.4. Secciones. 3.5. Composición. 3.6. Grupos de trabajo. 3.7. Ponencias especiales. 4. *Miembros.* 4.1. Presidente del Consejo de Estado. 4.2. Consejeros Permanentes. 4.3. Consejeros natos de Estado. 4.4. Consejeros electivos de Estado. 4.5. Secretario General. 4.5. Letrados del Consejo de Estado. 4.7. Reglas comunes a los miembros y funcionarios del Consejo de Estado. 5. *La función consultiva.* 5.1. La función consultiva stricto sensu: el dictamen. 5.2. La función consultiva lato sensu: mociones, estudios, informes y memorias. 6. *Los consejos consultivos autonómicos.*

Objeto y normativa

El Consejo de Estado es un órgano del Estado previsto en el artículo 107 de la Constitución Española (en adelante, CE) en los siguientes términos:

“El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia”.

La ley orgánica prevista por el texto constitucional tomó cuerpo en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (en adelante, LOCE), que se compone de veintiséis artículos, agrupados en tres títulos (Disposiciones Generales, Composición y Competencia), y cuatro disposiciones finales. La ley ha sido objeto de modificaciones puntuales; en concreto, ha sido reformada por la Ley Orgánica 13/1983, de 26 de noviembre, la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo y la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre. Esta última incorporó a los ex-Presidentes del Gobierno como Consejeros natos con carácter vitalicio y creó la Comisión de Estudios como nuevo órgano del Consejo.

En cumplimiento de su disposición final tercera, el Gobierno, a propuesta del Consejo de Estado, aprobó mediante Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (en adelante, ROCE), de conformidad con los principios de organización y funcionamiento fijados en las disposiciones generales de la ley orgánica. Dicho Reglamento ha sido modificado por el Real Decreto 449/2005, de 22 de abril; el Real Decreto 990/1998, de 22 de mayo y el Real Decreto 1405/1990, de 16 de noviembre, así como por la Orden de 18 de septiembre de 1981 por la que se hace público el acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 1981, recaído en expediente relativo a los recursos de reposición interpuestos contra el Real Decreto 1674/1980, aprobatorio del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

Como supremo órgano consultivo del Gobierno, el Consejo de Estado ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia

de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 1 LOCE). No está integrado en ninguno de los departamentos ministeriales y precede a todos los demás cuerpos de la Administración, después del Gobierno (arts. 1.2 y 1.3 ROCE)³³⁰.

Historia y sede

El Consejo de Estado es una de las instituciones más antiguas de España. Sus antecedentes se remontan al Aula Regia de la monarquía visigoda. En el reino de Castilla, Alfonso IX constituyó en 1188 un Consejo del que derivaron más tarde los sucesivos Consejos creados o reformados por los últimos monarcas castellanos. Los Reyes Católicos establecieron el sistema de gobierno mediante Consejos (el denominado sistema polisinodial), entre ellos el Consejo Real, regulado por las Ordenanzas de Toledo de 1480. Carlos I suprimió en 1521 los distintos Consejos privados y secretos, instituyendo en sustitución de los mismos un Consejo Secreto de Estado, que al año siguiente pasó a denominarse Consejo de Estado, denominación que, salvo en algunos períodos muy cortos, en los que se denominó Consejo Real, ha mantenido hasta nuestros días. Hasta la época constitucional, el Consejo de Estado era el órgano de asesoramiento del monarca, cuyas competencias e importancia dependían de la voluntad del propio monarca o de sus validos. La Constitución de 1812 consagró el Consejo de Estado con funciones consultivas dentro de una organización política regida por el principio de división de poderes. En 1845 pasó a ejercer también funciones contenciosas o jurisdiccionales, que perdió en 1904 de modo definitivo³³¹.

A modo de curiosidad, se trata probablemente de la única institución cuya sede física viene expresamente establecida por su ley orgánica. En concreto, el art.1.3 LOCE fija la misma en el Palacio de los Consejos de Madrid, un edificio del siglo XVII adonde Felipe V, primer rey de la dinastía borbónica, dispuso por Real Decreto de 20 de enero de 1717 el traslado al palacio de todos los Consejos, salvo, precisamente, el de Estado, que con ese nombre se trasladó al mismo a mediados del siglo XIX. Para entonces, los demás antiguos Consejos habían sido suprimidos por las Cortes de Cádiz en 1812, que consagraron el rango constitucional del Consejo de Estado.

Órganos

El actual Consejo de Estado actúa en Pleno, Comisión Permanente, Comisión de Estudios o Secciones.

³³⁰ Respecto de la posición institucional y constitucional del Consejo de Estado, véase: AROZAMENA SIERRA, Jerónimo, “La caracterización constitucional del Consejo de Estado” en Documentación administrativa, Nº 244-245 (1996) pp. 137-160; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, “Posición institucional del Consejo de Estado” en Revista de administración pública, Nº 122 (1990) pp. 323-328.

³³¹ Sobre la historia del Consejo de Estado, puede consultarse: CABRERA BOSCH, María Isabel, “Algunas consideraciones en torno al consejo de estado en la constitución de 1812” en Revista de estudios políticos, Nº 93 (1996), pp. 233-241; PÉREZ-TENESSA, Antonio, Historia, cosas e historias del Consejo de Estado, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005; QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, “El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona” en Documentación administrativa, Nº 244-245 (1996), pp. 13-88.

Pleno

Composición

Integran el Pleno del Consejo de Estado (también denominado Consejo de Estado en pleno):

1. El Presidente.
2. Los Consejeros permanentes.
3. Los Consejeros Natos.
4. Los Consejeros Electivos.
5. El Secretario General.

Normas básicas de funcionamiento

De acuerdo con el art. 17 LOCE, las deliberaciones y acuerdos del Consejo en pleno y los de la Comisión Permanente requieren la presencia del Presidente o de quien haga sus veces, la de la mitad, al menos, de los Consejeros que lo formen y la del Secretario General o quien le sustituya (quórum de constitución). Las sesiones del Pleno son convocadas por el Presidente cuando lo considera necesario, con al menos ocho días de antelación salvo casos urgentes.

Los acuerdos se adoptan por mayoría absoluta de votos de los asistentes, salvo en el caso de las propuestas legislativas o de reforma constitucional encomendadas por el Gobierno, sobre las que el pronunciamiento del Pleno se adopta por mayoría simple (art. 99 ROCE, quórum funcional). En caso de empate decidirá el voto de calidad del que presida. Los miembros que discrepen del dictamen o acuerdo mayoritario pueden formular voto particular por escrito.

Comisión Permanente

Composición

La Comisión Permanente se compone del Presidente del Consejo, los Consejeros Permanentes y el Secretario General.

Funciones

La ponencia de los asuntos en que haya de entender el Consejo en Pleno corresponde a la Comisión Permanente, o a la Comisión de Estudios, atendiendo a sus respectivas competencias (art. 17.1 LOCE).

La Comisión Permanente se reúne periódicamente y siempre que la convoque el Presidente, ya para entender de los asuntos de su competencia, ya para preparar el despacho de los que correspondan al Pleno (art. 112 ROCE).

Las sesiones de la Comisión Permanente y de la Comisión de Estudios se rigen por las mismas normas de funcionamiento que el Pleno (artículos 95 y sigs. ROCE) con las salvedades que señala el propio Reglamento.

Comisión de Estudios

Composición.

La Comisión de Estudios es presidida por el Presidente del Consejo de Estado y está integrada por dos Consejeros permanentes, dos natos y dos electivos, designados por el Pleno a propuesta del Presidente, así como por el Secretario General. La Comisión está asistida por al menos un Letrado Mayor y por los Letrados que se consideran necesarios en función de las tareas encomendadas. Cuando la índole de los trabajos a realizar lo requiera, podrá recabarse igualmente la asistencia a la Comisión de Estudios de funcionarios de otros cuerpos de la Administración en los términos previstos en el reglamento orgánico y, en defecto de éste, en los términos que la propia Comisión determine a propuesta de su Presidente.

Funciones

En cuanto a sus funciones, la Comisión de Estudios ordena, dirige y supervisa la realización de los estudios, informes o memorias encargados por el Gobierno y, una vez conclusos, emite juicio acerca de su suficiencia y adecuación al encargo recibido (art. 23 LOCE). La Comisión de Estudios elabora también las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno encomiende al Consejo de Estado y las somete al Pleno, que se pronuncia sobre ellas por mayoría simple. Los miembros discrepantes pueden formular, dentro del plazo que reglamentariamente se determine, votos particulares, que se remiten al Gobierno junto con el texto aprobado.

En cuanto a su funcionamiento, la Comisión de Estudios se ajusta en su actuación a lo que dispone acerca de su organización y funcionamiento el reglamento orgánico del Consejo (art. 17.4 LOCE). De acuerdo con el mismo, la Comisión de Estudios, a propuesta del Presidente, constituye grupos de trabajo para el cumplimiento de sus tareas. Cada grupo de trabajo es presidido por el propio Presidente del Consejo de Estado o por el Consejero de la Comisión de Estudios que aquel designe, oída la Comisión (art. 13.3 ROCE). La Comisión de Estudios se reúne siempre que la convoque el Presidente, ya para entender de los asuntos de su competencia, ya para preparar el despacho de los que corresponden al Pleno.

Las sesiones de la Comisión Permanente y de la Comisión de Estudios se rigen por las mismas normas de funcionamiento que el Pleno (artículos 95 y sigs. ROCE) con algunas salvedades que señala el propio Reglamento.

Secciones

De acuerdo con el art. 13 LOCE, las Secciones del Consejo serán ocho como mínimo, pudiendo ampliarse dicho número reglamentariamente a propuesta de la Comisión Permanente del propio Consejo de Estado, cuando el volumen de las consultas así lo exigiere.

Composición

Cada Sección del Consejo de Estado se compone de un Consejero Permanente, que la preside y es adscrito a la misma por Real Decreto de nombramiento, de un Letrado Mayor y de los Letrados necesarios según la importancia de los asuntos o el número de las consultas.

Funciones

De acuerdo con el art. 17.2 LOCE, corresponde a las Secciones preparar el despacho de los asuntos de los que ha de conocer la Comisión Permanente.

Estos asuntos se distribuyen entre las Secciones en función de los Ministerios de que proceden, o según su naturaleza, en la forma que se determine por orden del Presidente del Consejo, a propuesta de la Comisión Permanente. Los expedientes ingresados en cada Sección son distribuidos por el Letrado Mayor entre los Letrados de la Sección, por riguroso orden de antigüedad de dichos Letrados y por turno estricto de ingreso de expedientes en el registro de la Sección, que se corresponderá enteramente con el Registro General del Consejo (arts. 115 y 116 ROCE).

Grupos de trabajo

De acuerdo con el art. 13.5 LOCE, el Presidente, oída la Comisión de Estudios, puede disponer la realización de estudios, informes o memorias y, a tal efecto, acordar la constitución de grupos de trabajo para los siguientes fines (art. 119 ROCE):

1. Elaborar las propuestas legislativas o de reforma constitucional³³² que el Gobierno encomiende al Consejo de Estado.
2. Realizar los estudios, informes o memorias que el Gobierno solicite o que el propio Presidente del Consejo de Estado encargue a la Comisión de Estudios.

En el acuerdo de constitución de cada grupo de trabajo se habrá de determinar su objeto y el plazo para la elaboración de la tarea encomendada. Los grupos de trabajo son dirigidos por el Presidente del Consejo de Estado o por el Consejero miembro de la Comisión de Estudios que, oída la Comisión, aquel designe.

Cuando la índole de los trabajos así lo requiera, puede recabarse la participación temporal, y circunscrita a la tarea de que se trate, de funcionarios de otros cuerpos de las Administraciones públicas o de personas ajenas a éstas siempre que, por sus cualidades y preparación, se estime necesaria. A tal efecto se pueden utilizar, según procedan y convengan a juicio del Presidente del Consejo de Estado, las formas previstas en la legislación funcional y de contratos.

³³² Al respecto, cf. SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J., Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional, Reus, 2007.

Ponencias especiales

Además de los órganos anteriormente expuestos, el art. 13.4 LOCE prevé la posibilidad de que el Presidente, oída la Comisión Permanente, constituya “ponencias especiales”, que pueden ser permanentes o singulares. En cada caso, el Presidente designará el Consejero que deba presidirla, cuando él mismo no asuma la presidencia, y los Consejeros, Letrados Mayores y Letrados que deban formar parte de ella (arts. 120-122 ROCE).

El ROCE dispone *nominatim* la constitución de ciertas Ponencias permanentes, a saber: de Doctrina Legal, de Biblioteca, de Memoria y de Presupuestos y Gestión Económica.

Además, pueden constituirse ponencias especiales singulares, para los siguientes asuntos:

1. Elaboración del programa de las oposiciones al Cuerpo de Letrados.
2. Examen de las consultas relativas a los asuntos personales de los Consejeros y del Presidente.
3. Estudio y preparación de los asuntos para su despacho cuando el proyecto de dictamen de la Sección o de la Comisión Permanente hubiera sido desechado.
4. Anteproyectos de disposiciones generales en que hayan informado los servicios de más de un Ministerio y, por ello, sean competencia de dos o más Secciones, independientemente de la autoridad consultante que firme la orden de remisión.
5. Estudio y preparación de las mociones que haya acordado remitir al Gobierno o Comunidad Autónoma, el Pleno o la Comisión Permanente.

Las ponencias especiales funcionan de acuerdo con las normas señaladas para las Secciones.

Miembros

Presidente del Consejo de Estado

El Presidente del Consejo de Estado es nombrado libremente, por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por el Presidente del Gobierno, entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en asuntos de Estado. De acuerdo con el art. 26 LOCE, corresponde al Presidente del Consejo:

- Fijar el orden del día y presidir las sesiones del Pleno, de la Comisión Permanente y de la Comisión de Estudios.
- Ostentar la jefatura de todas las dependencias del Consejo y su representación.
- De conformidad con la Comisión Permanente, desarrollar la estructura presupuestaria del Consejo con arreglo a sus características, de acuerdo con la que establezca para el sector público.

- Aprobar los gastos de los servicios a su cargo, autorizar su compromiso y liquidación e interesar del Ministro de Hacienda la ordenación de los correspondientes pagos.

Los artículos 18 a 20 ROCE pormenorizan estas atribuciones genéricas, clasificándolas en tres categorías: atribuciones en la Presidencia de las sesiones del Consejo, atribuciones en la Dirección del Consejo y atribuciones como Jefe de personal.

El Presidente del Consejo de Estado tiene las mismas incompatibilidades establecidas con carácter general para los altos cargos de la Administración del Estado. Expresamente, el art. 12.2 LOCE indica que el cargo de Presidente es incompatible con los mandatos de Diputado, Senador o miembro de una Asamblea de Comunidad Autónoma.

En las vacantes, ausencias y enfermedades del Presidente le sustituye el Consejero Permanente a quien corresponda según el orden de las Secciones.

Consejeros Permanentes

Elección y estatuto personal

Los Consejeros Permanentes, en número igual al de las Secciones del Consejo, son nombrados, sin límite de tiempo, por Real Decreto entre personas que estén o hayan estado comprendidas en alguna de las categorías siguientes:

1. Ministro.
2. Presidente o miembro de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas.
3. Consejero de Estado.
4. Miembros de los Consejos consultivos u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas.
5. Letrado Mayor del Consejo de Estado.
6. Académico de número de las Reales Academias integradas en el Instituto de España.
7. Profesor numerario de disciplinas jurídicas, económicas o sociales en Facultad Universitaria, con quince años de ejercicio.
8. Oficial general de los Cuerpos Jurídicos de las Fuerzas Armadas.
9. Funcionarios del Estado con quince años de servicios al menos en Cuerpos o Escalas para cuyo ingreso se exija título universitario.
10. Ex Gobernadores del Banco de España.

El art. 25.2 ROCE prevé además que al menos dos de los ocho Consejeros Permanentes deban proceder del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.

Los Consejeros permanentes son inamovibles de sus cargos (art. 11.1 LOCE). Durante el periodo de su mandato sólo pueden cesar en su condición por renuncia o causa de delito,

incapacidad permanente o incumplimiento de su función, apreciada en Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del interesado e informe favorable del Consejo de Estado en pleno (art. 11.3 LOCE).

Al igual que el Presidente del Consejo, los Consejeros permanentes tienen las mismas incompatibilidades establecidas con carácter general para los altos cargos de la Administración del Estado. El art. 12.2 LOCE indica expresamente que el cargo de Presidente es incompatible con los mandatos de Diputado, Senador o miembro de una Asamblea de Comunidad Autónoma.

Funciones en el Pleno, en la Comisión Permanente y en la Sección

Los Consejeros permanentes tienen la obligación de asistir con voz y voto a las sesiones, así del Pleno como de la Comisión, y deben excusar su asistencia cuando no les fuese imposible.

En las sesiones pueden discutir los dictámenes, impugnarlos o defenderlos, proponiendo su modificación, aceptación o desestimación, que sean retirados o bien que queden sobre la mesa o que se amplíen sus antecedentes. En el caso de discrepar del parecer de la mayoría, pueden formular, en tiempo y forma, un voto particular razonado.

Asimismo, presiden la Sección a la que están adscritos y son jefes del personal asignado a ella, correspondiéndoles por tales conceptos:

1. Presidir las reuniones de la Sección, dirigir sus deliberaciones y autorizar las actas correspondientes.
2. Decidir sobre los proyectos de consulta de que dieran cuenta los Letrados de su Sección y, en caso de rechazarlos, encomendar su redacción al Letrado Mayor o redactarlos por sí mismos.
3. Encomendar excepcionalmente al Letrado Mayor o a cualquier Letrado de la Sección el despacho y ponencia de los asuntos cuando por cualquier razón lo estimen procedente.
4. Apercebir a cualquier funcionario de su Sección.

Funciones en la Comisión de Estudios y en los grupos de trabajo

Los Consejeros permanentes que forman parte de la Comisión de Estudios tienen la obligación de asistir con voz y voto a sus sesiones, siempre que hubieran sido citados reglamentariamente, y deben excusar su asistencia cuando les fuese imposible.

En las sesiones deliberan sobre los estudios, informes o memorias y las propuestas legislativas o de reforma constitucional que les son sometidas. Pueden proponer su aceptación, modificación, ampliación o rechazo, así como que queden sobre la mesa. En el caso de discrepar del parecer de la mayoría en relación con las propuestas legislativas o de

reforma constitucional, pueden formular un voto particular, razonado, dentro del plazo de veinte días.

En el caso de los grupos de trabajo, el Consejero permanente que preside un grupo asume la responsabilidad de dirigir, impulsar y orientar la redacción de los estudios, informes y memorias o la preparación de textos normativos encomendados al grupo, pudiendo distribuir las tareas entre sus integrantes.

Otras funciones

De acuerdo con lo previsto en el artículo 12.3 LOCE, sin perjuicio de las otras funciones que les encomienda la Ley Orgánica, tres consejeros permanentes designados para cada año por el Pleno a propuesta de la Comisión Permanente se integran en el Tribunal de Conflictos previsto en el artículo 38 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, conforme al cual: “los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y los otros tres serán Consejeros Permanentes de Estado, actuando como Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo”³³³.

Consejeros natos de Estado

Son Consejeros natos de Estado (art. 8.2 LOCE):

1. El Director de la Real Academia Española y los Presidentes de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación.
2. El Presidente del Consejo Económico y Social.
3. El Fiscal General del Estado.
4. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa.
5. El Presidente del Consejo General de la Abogacía.
6. El Presidente de la Comisión General de Codificación o el Presidente de su Sección Primera si aquel fuera Ministro del Gobierno.
7. El Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado.
8. El Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
9. El Gobernador del Banco de España.

³³³ Al respecto, cf. SÁINZ MORENO, Fernando, “La participación de miembros del Consejo de Estado en el Tribunal de conflictos jurisdiccionales” en Documentación administrativa, Nº 244-245 (1996), pp. 237-264.

Los Consejeros Natos conservan su condición mientras ostentan el cargo que haya determinado su nombramiento.

Tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, el art. 8.1 LOCE prevé que quienes hayan desempeñado el cargo de Presidente del Gobierno adquirirán la condición de Consejeros natos de Estado con carácter vitalicio. Pueden tomar posesión de su cargo en cualquier momento, una vez manifestada al Presidente del Consejo de Estado su voluntad de incorporarse (art. 35.2 ROCE). Su estatuto personal y económico es el de los Consejeros permanentes, sin perjuicio del que les corresponde como ex Presidentes del Gobierno.

Consejeros electivos de Estado

Los Consejeros electivos de Estado son diez, nombrados por Real Decreto, por un período renovable de cuatro años, entre quienes hayan desempeñado cualquiera de los siguientes cargos:

1. Diputado o Senador de las Cortes Generales.
2. Magistrado del Tribunal Constitucional, Juez o Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
3. Defensor del Pueblo.
4. Presidente o Vocal del Consejo General del Poder Judicial.
5. Ministro o Secretario de Estado.
6. Presidente del Tribunal de Cuentas.
7. Jefe del Estado Mayor de la Defensa.
8. Presidente o miembro del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma.
9. Embajador procedente de la carrera diplomática.
10. Alcalde de capital de provincia, Presidente de Diputación Provincial, de Mancomunidad Interinsular, de Cabildo Insular o de Consejo Insular.
11. Rector de Universidad.

De entre los diez Consejeros electivos, dos deben haber desempeñado el cargo de Presidente del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma por un período mínimo de ocho años. Su mandato es de ocho años.

Al igual que los Consejeros Permanentes, los Electivos, durante el periodo de su mandato, sólo pueden cesar en su condición por renuncia o por causa de delito, incapacidad permanente o incumplimiento de su función, apreciada en Real Decreto acordado en Consejo

de Ministros, previa audiencia del interesado e informe favorable del Consejo de Estado en pleno (art. 11.3 LOCE).

Los Consejeros natos y electivos tienen en el Pleno las mismas funciones atribuidas por el art. 33 ROCE a los Consejeros permanentes. Además de todo lo indicado, el Gobierno, previo dictamen favorable de la Comisión Permanente, puede designar individualmente a los Consejeros de Estado para el desempeño de cometidos especiales y la participación en comisiones de estudio para cuestiones de singular relevancia o interés público (art. 11.4 LOCE).

Secretario General

El Secretario General (art. 10 LOCE) tiene como función principal el asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones del Pleno, de la Comisión Permanente y de la Comisión de Estudios. Es nombrado por Real Decreto entre los Letrados Mayores, a propuesta de la Comisión Permanente aprobada por el pleno.

Letrados del Consejo de Estado

Funciones

Particular interés presenta el ilustre Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, quienes, conforme a la LOCE, desempeñan “las funciones de estudio, preparación y redacción de los proyectos de dictamen sobre los asuntos sometidos a consulta del Consejo, así como aquellas que, siendo adecuadas a su carácter, se determinen reglamentariamente”. El Reglamento orgánico ha añadido a estas funciones la de participar en “la elaboración de las ponencias de la Comisión de Estudios” (art. 64 ROCE) así como las siguientes (art. 68 ROCE):

1. Estudiar y preparar los asuntos para su despacho.
2. Informar en Sección sobre los asuntos confiados a su estudio, dar lectura a la ponencia redactada y usar de la palabra, con la venia del Consejero-Presidente, cuantas veces lo estime oportuno o cuando sea requerido para ello.
3. Asistir a las sesiones de la Comisión Permanente y del Pleno y usar en ellas de la palabra, a petición de cualquier Consejero, previa la venia del Presidente.
4. Participar en los grupos de trabajo realizando las tareas que les sean encomendadas.

Además, el Presidente del Consejo de Estado, a petición del Gobierno, puede designar individualmente a un Letrado del Consejo de Estado para el desempeño de cometidos especiales y participación en Comisiones de estudio sobre cuestiones de singular relevancia o interés público, siempre que resulten adecuadas a su formación.

Régimen estatutario

El régimen estatutario de los Letrados del Consejo de Estado es el general de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, con las salvedades establecidas en la Ley Orgánica y en el Reglamento.

La plantilla orgánica del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado se compondrá de un Secretario general, tantos Letrados Mayores como Secciones tenga el Consejo y el número de Letrados que exijan las necesidades del servicio, dentro de las dotaciones que se determinen por la Ley de Presupuestos correspondiente (art. 40 ROCE).

El ascenso a Letrado Mayor se lleva a cabo entre los Letrados por riguroso orden de antigüedad en el Cuerpo.

Las plazas vacantes en el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado se proveen mediante oposición entre licenciados en Derecho, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento orgánico, que la regula con detalle en sus artículos 48 y siguientes.

Los Letrados del Consejo de Estado tienen las incompatibilidades establecidas con carácter general para los funcionarios de la Administración Civil de Estado, salvo por lo que respecta a las funciones de carácter docente, que son compatibles cuando no perjudiquen al buen servicio del Consejo, y siempre previa autorización del Presidente del Consejo de Estado.

Además, tanto los Letrados como los Letrados Mayores deben guardar deber de secreto y no tendrán despacho con el público, si bien pueden oír las observaciones o alegaciones que les hiciesen los interesados, sin manifestarles nada de cuanto se relacione con el fondo de los asuntos³³⁴.

Reglas comunes a los miembros y funcionarios del Consejo de Estado

Especial relevancia del mérito y capacidad en la promoción

La selección y provisión de todos los puestos de trabajo en el Consejo de Estado se realizan teniendo en especial consideración los principios de mérito y capacidad (art. 15 bis LOCE y 8.2 ROCE)

Deber de secreto

De acuerdo con el art. 8 ROCE, el Presidente, los Consejeros, el Secretario General, los Letrados Mayores, Letrados y el resto del personal del Consejo están obligados a guardar secreto sobre las propuestas y acuerdos adoptados mientras los asuntos no estén resueltos y, en todo tiempo, sobre las deliberaciones habidas, así como sobre los pareceres y votos emitidos por el Presidente, los Consejeros y los Letrados. Esto no obsta a la publicación de la doctrina legal, de acuerdo con lo previsto en el propio Reglamento.

³³⁴ Sobre este aspecto, cf. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "El Consejo de Estado y los derechos e intereses legítimos de los particulares" en Documentación administrativa, N° 244-245 (1996), pp. 211-236.

La función consultiva

La función principal del Consejo de Estado es la de emitir dictámenes a petición de la autoridad pública consultante³³⁵. El dictamen es un documento en el que el Consejo de Estado expresa su criterio sobre las cuestiones que le han sido consultadas.

Por otra parte, el Consejo de Estado puede también elaborar estudios, informes o memorias a petición del Presidente del Gobierno o de un Ministro (art. 2.3 LOCE). Asimismo, está facultado para elevar al Gobierno mociones sobre cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugieran (art. 20.1 LOCE).

La función consultiva stricto sensu: el dictamen

Principios

En el ejercicio de sus funciones consultivas, el Consejo de Estado se rige por los principios de constitucionalidad, legalidad y oportunidad (art 2 LOCE y art. 3 ROCE). Esto significa que el Consejo no sólo vela por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino que también le incumbe valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia, cuando así lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, o la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

Competencias

El Consejo de Estado emite dictamen sobre todos los asuntos que sometan a su consulta el Gobierno o alguno de sus miembros. De hecho, el artículo 25.1 LOCE dispone que el Consejo de Estado, sea en pleno o en Comisión Permanente, puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente. Las Comunidades Autónomas pueden, por conducto de sus Presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente (art. 24 LOCE). Además, el dictamen será preceptivo para las Comunidades Autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos para el Estado por la Ley Orgánica del Consejo de Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes (art. 142.2 ROCE).

La consulta al Consejo de Estado es preceptiva cuando una ley así lo establezca, y facultativa en los demás casos. El artículo 140 ROCE dispone que el Consejo de Estado publicará periódicamente en el Boletín Oficial del Estado la relación de las disposiciones que preceptúan la audiencia del Consejo, sea en Pleno o en Comisión Permanente. La última relación fue publicada por Resolución de 21 de junio de 2005, de la Presidencia del Consejo de Estado, por la que se dispone la publicación de la relación actualizada de disposiciones que preceptúan la audiencia del Consejo de Estado.

³³⁵ Sobre la función consultiva, puede consultarse: AROZAMENA SIERRA, Jerónimo, “La función consultiva del Consejo de Estado” en Documentación administrativa, Nº 226 (1991), pp. 129-152.

La propia LOCE establece algunos de los asuntos en que el Consejo de Estado debe ser consultado³³⁶. De acuerdo con su artículo 21, corresponde al Pleno emitir dictamen sobre las siguientes materias:

1. Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado.
2. Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.
3. Proyectos de Decretos Legislativos.
4. Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte.
5. Problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales.
6. Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional.
7. Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.
8. Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos.
9. Separación de Consejeros Permanentes.
10. Asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión.
11. Todo asunto en que, por precepto expreso de una Ley, haya de consultarse al Consejo de Estado en pleno.

Asimismo, los supuestos en que el Consejo de Estado, a través de su Comisión Permanente, debe ser consultado son los siguientes (art. 22 LOCE):

1. En todos los Tratados o Convenios Internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación de consentimiento del Estado.
2. Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.

³³⁶ Al respecto, cf. GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, "El dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales" en *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, N° 67 (1990), pp. 463-470.

3. Reglamentos o disposiciones de carácter general que dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones.
4. Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas.
5. Control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas.
6. Impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso.
7. Conflictos de atribuciones entre los distintos Departamentos Ministeriales.
8. Recursos administrativos de suplica o alzada que deban conocer en virtud de disposición expresa de una Ley el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno o la Presidencia del Gobierno.
9. Recursos administrativos de revisión.
10. Revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las leyes.
11. Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la Legislación de Contratos del Estado.
12. Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.
13. Reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen a la Administración del Estado a partir de 6.000 euros o de la cuantía superior que establezcan las leyes.
14. Concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito.
15. Concesión y rehabilitación de honores y privilegios cuando así se establezca por Disposición Legal.
16. Asuntos relativos a la organización, competencia y funcionamiento del Consejo de Estado.
17. Concesión de monopolios y servicios públicos monopolizados.
18. Todo asunto en que por precepto expreso de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado en Comisión Permanente.
19. Todo asunto en que por precepto de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado y no se diga expresamente que debe ser al Consejo en Pleno.

Los asuntos atribuidos a la competencia de la Comisión Permanente pueden ser dictaminados por el Consejo de Estado en pleno, cuando así lo solicite el Presidente del Gobierno o lo acuerde el Presidente del Consejo (art. 25 LOCE).

Las previsiones de los artículos 21 y 22 LOCE resultan relevantes en el ámbito autonómico porque la consulta al Consejo es preceptiva para aquellas Comunidades que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos que los previstos para el Estado por estos artículos, siempre que hayan asumido las competencias correspondientes (art. 24 LOCE).

Vinculatoriedad

Salvo que la ley disponga lo contrario, los dictámenes del Consejo no son vinculantes. En todo caso, las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo deben expresar si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él. En el primer caso, se usa la fórmula “de acuerdo con el Consejo de Estado”; en el segundo, la de “oído el Consejo de Estado”. En este último caso, cuando la resolución se conforme enteramente con algún voto particular, se emplea la fórmula “oído el Consejo de Estado y de acuerdo con el voto particular formulado por el Consejero (o los Consejeros)” (art. 7.3 ROCE).

Como consecuencia de su carácter supremo, la LOCE prohíbe que los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado vuelvan a remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado. En los casos en que hubiera dictaminado la Comisión Permanente, sólo el Pleno podrá volver a informar sobre los mismos.

Forma del dictamen

La forma de los dictámenes está regulada por el art. 130.1, de acuerdo con el cual en la redacción de los dictámenes se exponen separadamente los antecedentes de hecho, las consideraciones de derecho y la conclusión o conclusiones, las cuales, en casos justificados, podrán formularse de modo alternativo o condicional.

Plazo

El plazo en que el Consejo debe emitir su dictamen cuando se trate de una consulta ordinaria es el que señale la disposición legal que prevenga su audiencia y, en su defecto, el de dos meses (art. 19 LOCE y 128 ROCE). Cuando en la orden de remisión de los expedientes se haga constar la urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de quince días, salvo que el Gobierno o su Presidente fijen otro inferior. Si el plazo fijado fuese inferior a diez días, la consulta será despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, sin perjuicio de que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno.

Participación de terceros en la función consultiva

Respecto de la participación de terceros en la función consultiva *stricto sensu*, cabe señalar que, en el ejercicio de la misma, pueden ser oídos ante el Consejo los directamente interesados en los asuntos sometidos a consulta. La audiencia se acordará en tal supuesto por

el Presidente, a petición de aquellos o de oficio. La audiencia se concederá, en todo caso, cuando en la consulta esté directamente interesada, y así lo manifieste, una Comunidad Autónoma. Asimismo, el Presidente y los demás miembros del Gobierno pueden asistir a las sesiones del Consejo en pleno e informar en él cuando lo consideren conveniente.

Además, por conducto del órgano consultante, o directamente, pueden ser invitados a informar ante el Consejo, por escrito o de palabra, los organismos o personas que tengan notoria competencia técnica en las cuestiones relacionadas con los asuntos sometidos a consulta. El Consejo, en todo caso, por conducto de su Presidente y a propuesta del Pleno, Comisión Permanente o Sección respectiva puede solicitar del órgano consultante que se complete el expediente con cuantos antecedentes, informes y pruebas estime necesarios, incluso con el parecer de los organismos o personas que tuviesen notoria competencia en las cuestiones relacionadas con los asuntos sometidos a dictamen.

La función consultiva lato sensu: mociones, estudios, informes y memorias

Objeto

Además de dictámenes, el Consejo de Estado puede realizar por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborar las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende.

En la elaboración de tales propuestas, el Consejo atenderá los objetivos, criterios y límites de la reforma señalados por el Gobierno, y podrá hacer también las observaciones que estime pertinentes acerca de ellos. Además, tanto el Pleno como la Comisión Permanente pueden elevar al Gobierno las propuestas (o mociones) que juzguen oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugieran.

En la elaboración de los estudios, informes, memorias y de las propuestas legislativas y de reforma constitucional, pueden tenerse en cuenta, entre otros criterios, las experiencias del Derecho comparado, los estudios doctrinales en la materia, los antecedentes legislativos, la jurisprudencia y la doctrina constitucional. Las propuestas legislativas y de reforma constitucional se formulan en textos normativos completos, pudiendo presentarse ante la Comisión de Estudios o el Pleno propuestas que incluyan una pluralidad de opciones. El Consejo de Estado puede acompañar a las propuestas sus observaciones acerca de los objetivos, criterios y límites fijados por el Gobierno (art. 134 ROCE).

Asimismo, el Consejo puede llevar a cabo los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones. El art. 143 ROCE prevé que el Consejo de Estado en Pleno o en Comisión Permanente pueda elevar al Gobierno las propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugieran. A estos efectos, cuando el Pleno o la Comisión Permanente así lo estimen, el Presidente constituirá una ponencia especial encargada del estudio y preparación de la propuesta correspondiente para su aprobación por los mismos.

Plazo

El plazo para la elaboración de los estudios, informes y memorias y de las propuestas legislativas y de reforma constitucional es el que fije la autoridad consultante o el Presidente del Consejo de Estado (art. 133 ROCE). En su defecto, el plazo será de un año. Excepcionalmente, cuando por la complejidad de la materia sea previsible la insuficiencia del plazo establecido, el Presidente solicitará a la autoridad consultante que fije un plazo superior.

Memoria anual

El Pleno eleva anualmente al Gobierno una memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recoge las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados y las sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración. Dicha memoria es sometida a la aprobación del Pleno en una sesión solemne que se celebrará en el primer trimestre de cada año (art. 20.2 LOCE). A estos efectos, se constituye una Ponencia especial para su preparación (art. 144 ROCE).

Publicación de la doctrina legal

El Consejo publica, omitiendo los datos concretos sobre la procedencia y características de las consultas, recopilaciones de la doctrina legal sentada en sus dictámenes³³⁷. De este modo, se ha constituido una base de los dictámenes, estudios, informes o memorias elaborados por el Consejo de Estado y al que cualquier persona puede tener acceso.

Los consejos consultivos autonómicos

Todas las Comunidades autónomas españolas han previsto figuras análogas a la del Consejo de Estado, para que desarrollen en el ámbito de su autonomía funciones similares a las de éste. El primer consejo consultivo autonómico fue el de Cataluña, creado por Ley 1/1981, de 25 de febrero, y el último hasta la fecha, el de Madrid, creado por Ley 6/2007, de 21 de diciembre. Tan sólo Cantabria no ha desarrollado aún la institución, si bien la prevé en el artículo 38 de su Estatuto de Autonomía.

La constitucionalidad de los consejos consultivos autonómicos así como la extensión de su ámbito competencial fueron examinados por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, conforme a la cual ningún precepto constitucional impide que en el ejercicio de su autonomía organizativa las Comunidades autónomas “puedan establecer, en su propio ámbito, órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que éstas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos gobiernos y administraciones autonómicas”³³⁸.

³³⁷ Un buen ejemplo de la publicación de la doctrina puede verse en la siguiente publicación: PÉREZ-TENESSA, Antonio, Compendio de la doctrina del Consejo de Estado (En el XXV aniversario de la Constitución), Boletín Oficial del Estado y Consejo de Estado, Colección: Temas de Administración Consultiva, nº 4, 2003, Madrid.

³³⁸ Fundamento jurídico quinto.

Puesto que realiza funciones similares a las del Consejo de Estado, la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la de aquél, salvo que la Constitución, los estatutos de autonomía o la ley autonómica establezcan lo contrario para supuestos determinados³³⁹:

“no sólo hay que reconocer las competencias de las Comunidades autónomas para crear, en virtud de sus potestades de autoorganización, órganos consultivos propios de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado, sino, por la misma razón, estimar posible constitucionalmente la sustitución del informe preceptivo de este último por el de un órgano superior consultivo autonómico, en relación al ejercicio de las competencias de la respectiva Comunidad, en tanto que especialidad derivada de su organización propia”³⁴⁰.

De este modo, la función consultiva del Consejo de Estado queda reducida a la actividad de la Administración General del Estado, el Gobierno y las administraciones públicas de las Comunidades autónomas sin consejo consultivo propio:

“si es preciso reconocer esa posibilidad de sustitución, también es necesario afirmar que en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, no existan, es decir, en aquellas Comunidades autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, las garantías procedimentales mencionadas exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece”³⁴¹.

Siguiendo a CANO BUESO³⁴², es posible observar la existencia de dos arquetipos en el modelo seguido por los consejos consultivos en funcionamiento: los de extracción exclusivamente gubernamental y los de composición mixta: gubernamental y parlamentaria.

³³⁹ Los consejos consultivos autonómicos han dado lugar a un buen número de estudios. Entre estos, cf. BRAVO-FERRER DELGADO, Miguel, “Consejo de Estado y Estado de Autonomías” en *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, N° 60 (1988), pp. 569-596; CARBALEIRA RIVERA, María Teresa, “La intervención del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales autonómicas” en *Revista de administración pública*, N° 131 (1993), pp. 239-250; JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “Las competencias del Consejo de Estado y los criterios de inferencia de competencias necesarias de los Consejos consultivos autonómicos” en *Documentación administrativa*, N° 244-245 (1996), pp. 305-334; LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, “Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas” en *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, N° 64 (1989), pp. 609-638; LÓPEZ MENUDO, Francisco, “El Consejo de Estado como presunto modelo de los órganos consultivos autonómicos” en *Documentación administrativa*, N° 244-245 (1996), pp. 265-304; OLIVER ARAUJO, Joan, “El consejo de Estado y los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas” en *Revista de estudios políticos*, N° 98 (1997), pp. 25-58; RUIZ MIGUEL, Carlos, *Consejo de Estado y consejos consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995; TOLIVAR ALAS, Leopoldo, “El Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas” en *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, N° 28 (1981), pp. 63-78; TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, “Consejo de Estado y Comunidades Autónomas” en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 93, N° 3 (1994), pp. 773-782; TRUJILLO, Gumersindo, “La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado” en *Documentación administrativa*, N° 226 (1991), pp. 153-198.

³⁴⁰ Fundamento jurídico quinto.

³⁴¹ Fundamento jurídico quinto.

³⁴² En CANO BUESO, Juan, “Consolidación de los consejos consultivos en España y su papel como garantes de la autonomía” en *Revista catalana de dret públic*, N° 39 (2009), pp. 57-82.

Aunque en el País Vasco el órgano se inserta en la propia estructura de los servicios jurídicos centrales del Gobierno, cabe afirmar que los órganos consultivos creados comparten en lo esencial un modelo, conforme con las exigencias de la jurisprudencia constitucional: que los órganos consultivos autonómicos estén dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica³⁴³.

En cuanto a sus funciones, los consejos consultivos autonómicos contribuyen no sólo al ejercicio de las funciones legislativa y ejecutiva de la Comunidad y las de la Administración pública autonómica, sino también particularmente al respeto del Estado autonómico. Su función primordial es la tutela de la legalidad y del estado de derecho, la defensa del interés general y la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. En este sentido, constatan la adecuación de proyectos de decretos y anteproyectos a la Constitución, al Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico, velan por la calidad de las normas y por las buenas prácticas administrativas y ejercen una función crucial para asegurar que las administraciones públicas actúan conforme a derecho, de acuerdo con el interés público, y respetando los derechos y libertades de los ciudadanos.

Más allá de las concretas normas o expedientes sometidos a dictamen, los consejos ejercen una función de mejora nomotécnica, propiciando una buena legislación y el respeto al principio de buena administración.

³⁴³ En relación con este problema, cf. EMBID IRUJO, Antonio, “Los principios jurídicos necesarios en la organización y funcionamiento de los Consejos consultivos autonómicos” en Documentación administrativa, N° 244-245 (1996), pp. 335-362.

CAPÍTULO XXIII EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Luis Fernando Rodríguez García

UNED

Sumario. 1. *Objeto y normativa.* 2. *Historia.* 3. *Órganos y miembros.* 3.1. El Defensor del Pueblo. 3.2. Adjuntos del Defensor del Pueblo. 3.3. Secretario General. 3.4. Junta de Coordinación y Régimen Interior. 3.5. Medios personales. 4. *Funciones.* 4.1. Función de supervisión. 4.2. Obligación de colaboración de los organismos requeridos. 4.3. Responsabilidades de las autoridades y funcionarios. 4.4. Informe a las Cortes Generales. 4.5. Mecanismo nacional de prevención de la tortura. 4.6. Relaciones del Defensor del Pueblo con las Cortes Generales. 5. *El Defensor del Pueblo y las figuras autonómicas similares.* 5.1. Aspectos generales. 5.2. Relaciones del Defensor del Pueblo con las figuras autonómicas.

Objeto y normativa

El Defensor del Pueblo es un órgano del Estado previsto en el artículo 136 de la Constitución en los siguientes términos:

“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”.

La ley orgánica prevista por el texto constitucional tomó cuerpo en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (en adelante, LODP), que se compone de treinta y siete artículos, agrupados en cuatro títulos (nombramiento, cese y condiciones; procedimiento; resoluciones; medios personales y materiales), una disposición transitoria y una disposición final única. La ley ha sido objeto de modificaciones posteriores; en concreto, por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre; la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo. Esta última estableció una Comisión Mixta Congreso-Senado, de relaciones con el Defensor del Pueblo, que sustituyó a la comisión existente hasta entonces en cada una de las Cámaras. La organización y funcionamiento de dicha Comisión Mixta se llevó a cabo por Resolución de 21 de abril de 1992, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, modificada por la Resolución de 25 de mayo de 2000. La tramitación ante los Plenos de las Cámaras de los informes anuales o extraordinarios del Defensor se reguló por Resolución de la Presidencia del Congreso de 21 de abril de 1992 y por Resolución de la Presidencia del Senado, de 28 de abril de 1992.

De modo más general, la relación del Defensor del Pueblo con las Cortes se rige por el Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982 (arts. 49 y 200) y el Reglamento del Senado de 1994 (arts. 183 y ss.).

A propuesta del Defensor del Pueblo, su Reglamento de Organización y Funcionamiento fue aprobado por las Mesas de ambas Cámaras en reunión conjunta del 6 de abril de 1983, y modificado por sendas Resoluciones de las Mesas de 21 de abril de 1992 y 26 de septiembre de 2000.

Otra norma relevante es la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las Relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas, de la que nos ocuparemos más adelante.

El Defensor del Pueblo tiene como misión la protección y defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos³⁴⁴. Además controla que la Administración pública actúe conforme a lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, es decir, que sirva los intereses generales con objetividad y que actúe de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración, coordinación, y con sometimiento pleno a la ley y al derecho, con prohibición expresa de toda arbitrariedad. La competencia del

³⁴⁴ La posición constitucional de la institución, configuración y consecuencias, ha dado lugar a numerosas publicaciones de gran interés. Entre ellas, puede consultarse: ASTARLOA VILLENA, Francisco, "Veinticinco años de Defensor del Pueblo: una aproximación al origen, naturaleza y estatuto de la institución", en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 58 (2007), pp. 133-156; BASSOLS COMA, Martín, "El Defensor del Pueblo en el sistema constitucional: sus relaciones con las Cortes Generales; Administración Pública y Administración de Justicia", en Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, nº 8 (1998), pp. 21-46; ARBALLO ARMAS, Pedro, "El Defensor del Pueblo: el "Ombudsman" en España y en el derecho comparado", Tecnos, Madrid, 2003; COLOMER VIADEL, Antonio, "El Defensor del pueblo: un órgano político-administrativo de protección de los derechos", en Revista de derecho político, nº 71 (2008), pp. 57-83; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España", en Anuario de derechos humanos, nº 2 (2001), pp. 223-310; GARCÍA SOLÉ, Fernando y GALLEGO HUÉSCAR, Carlos: "El Defensor del Pueblo: competencias, procedimiento y derecho comparado", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 67 (1983), pp. 127-172; OEHLING RUIZ, Hermann: "El Defensor del Pueblo: Algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional", en Revista de estudios políticos, nº 72, (1991), pp. 89-128; PÉREZ CALVO, Alberto: "Aspectos constitucionales del defensor del pueblo", en Revista de derecho político, nº 4 (1979), pp. 79-105; PÉREZ CALVO, Alberto: "Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril", en Revista de derecho político, nº 11 (1981), pp. 67-82; PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís: "El Defensor del Pueblo en España: balance de veinticinco años de experiencia constitucional", en Revista de estudios políticos, nº 128 (2005), pp. 59-86; PÉREZ-UGENA COROMINA, María: "El Defensor del Pueblo en los procesos de tutela constitucional", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 84 (1993), pp. 345-364; VARELA SUANZES, Joaquín V.: "La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo", Revista española de derecho constitucional, nº 8 (1983), pp. 63-80; VERA SANTOS, José Manuel, El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Defensor del Pueblo se extiende a la totalidad de órganos y autoridades de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las de las Administraciones Locales. Asimismo puede intervenir ante quienes actúen como agentes o colaboradores de cualquiera de estas Administraciones en el cumplimiento o realización de fines o servicios públicos.

Historia

La institución del Defensor del Pueblo no tiene precedentes en nuestra historia constitucional. Algunos autores citan como precedentes algunas instituciones históricas conceptualmente más o menos próximas a ella, como el Justicia Mayor de Aragón o el Sahid Al Mazalim de la España musulmana³⁴⁵. Lo cierto es, sin embargo, que el *ombudsman* aparece por primera vez en España con la Constitución de 1978.

Históricamente, sin embargo, la figura del *ombudsman*, es decir, de una institución encargada de la supervisión de la actuación administrativa, a la que los ciudadanos pueden dirigirse sin apenas formalidades para denunciar los casos de mala administración, tiene su origen en la Constitución sueca de 1809. De ahí, se extiende a Finlandia (1919), Noruega (1952) y Dinamarca (1954). La Constitución de la República Federal de Alemania la recoge en su artículo 45.b).

A partir de la segunda mitad del siglo XX la institución se implanta en muchos Estados³⁴⁶, regiones e incluso por materias (para las lenguas, para la discriminación de sexo, para la justicia, los consumidores, el ejército, etc.). La Unión Europea dispone también de su propio *ombudsman*, que ejerce sus funciones respecto de las instituciones comunitarias³⁴⁷.

³⁴⁵ Sobre la historia y evolución de la institución, puede consultarse: VIÑAS OTERO, Antonio, "Del tribunus plebis romano al defensor del pueblo (Ombudsman)", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3 (1984) pp. 942-949; TAFARO, Sebastiano, "La herencia de los tribuni plebis", en *Revista General de Derecho Romano*, nº 11 (2008).

³⁴⁶ Al respecto, conviene consultar ROWAT, Donald C. y GINER DE GRADO, Carlos: "El ombudsman en el mundo", Editorial Teide S.A., 1990.

³⁴⁷ Cf. RUIZ FRANCÉS, A., "El defensor del pueblo de la Unión Europea", *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 17 (1997), pp. 93-122. RETUERTO BUADES, Margarita, "El Defensor del Pueblo, institución de garantía no jurisdiccional del Derecho Nacional y Comunitario", *Revista de las Cortes Generales*, nº 29 (1993), pp. 7-20.

Órganos y miembros

El Defensor del Pueblo

Definición

El art. 1 LODP define al Defensor del Pueblo como “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 ejercerá las funciones que le encomienda la Constitución y la presente Ley”.

Conforme al art. 6 LODP, tanto el Defensor del Pueblo como sus Adjuntos desempeñan sus funciones con autonomía y según su criterio. En el ejercicio de las mismas no están sujetos a mandato imperativo alguno y no reciben instrucciones de ninguna autoridad.

El Defensor del Pueblo únicamente es responsable de su gestión ante las Cortes Generales (art. 3.1 RDP), quienes lo eligen para un periodo de cinco años, y a las que se dirige a través de los Presidentes del Congreso y del Senado, respectivamente (art. 2.1 LODP). Además, una Comisión Mixta Congreso-Senado en las Cortes Generales es la encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo e informar a los respectivos Plenos en cuantas ocasiones sea necesario. Dicha Comisión adopta sus acuerdos por mayoría simple y se reúne cuando así lo acuerdan conjuntamente el Presidente del Congreso y del Senado y, en todo caso, para proponer a los plenos de las Cámaras el candidato o candidatos a Defensor del Pueblo.

Elegibilidad

Puede ser Defensor del Pueblo cualquier español mayor de edad que se encuentre en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos (art. 3 LODP).

El nombramiento del Defensor del Pueblo o de los Adjuntos, si fueran funcionarios públicos, implica su pase a la situación de excedencia especial o equivalente en la Carrera o Cuerpo de procedencia (art. 6 RDP).

Procedimiento de elección

Para su elección, la Comisión Mixta Congreso-Senado se reúne por acuerdo conjunto del Presidente del Congreso y del Senado para proponer a los plenos de las Cámaras el candidato o candidatos a Defensor del Pueblo (art. 2 LODP), tras lo cual se convoca en término no inferior a diez días al Pleno del Congreso para que proceda a su elección. Será designado quien obtuviese una votación favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y posteriormente, en un plazo máximo de veinte días, fuese ratificado por esta misma mayoría del Senado.

En caso de no alcanzarse las mencionadas mayorías, se procede en nueva sesión de la Comisión y en el plazo máximo de un mes, a formular sucesivas propuestas en tales casos, una vez conseguida la mayoría de los tres quintos en el Congreso, la designación queda

realizada al alcanzarse la mayoría absoluta del Senado. Los Presidentes del Congreso y del Senado acreditan conjuntamente con sus firmas el nombramiento del Defensor del Pueblo, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado. El Defensor del Pueblo toma posesión de su cargo ante las mesas de ambas cámaras reunidas conjuntamente, prestando juramento o promesa de fiel desempeño de su función (art. 4 LODP).

Designado el Defensor del Pueblo, se reúne de nuevo la Comisión mixta Congreso-Senado para otorgar su conformidad previa al nombramiento de los Adjuntos que le sean propuestos por aquel.

Cese y sustitución

El art. 5 LODP establece que el Defensor del Pueblo cesa por alguna de las siguientes causas:

- i. Por renuncia.
- ii. Por expiración del plazo de su nombramiento.
- iii. Por muerte o por incapacidad sobrevenida.
- iv. Por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo.
- v. Por haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso.

La vacante en el cargo se declara por el Presidente del Congreso en los casos de muerte, renuncia y expiración del plazo del mandato y hace que se inicie el procedimiento para el nombramiento de un nuevo Defensor del Pueblo en plazo no superior a un mes. En los demás casos se decidirá, por mayoría de las tres quintas partes de los componentes de cada cámara, mediante debate y previa audiencia del interesado. En tanto no procedan las Cortes Generales a una nueva designación, los Adjuntos al Defensor del Pueblo, en su propio orden, desempeñarán interinamente sus funciones.

Incompatibilidades

El art. 7 LODP establece la incompatibilidad de la condición de Defensor del Pueblo con todo mandato representativo, con todo cargo político o actividad de propaganda política, con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública, con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral.

El Defensor del Pueblo debe cesar, dentro de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión, en toda situación de incompatibilidad en que pueda incurrir, entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento. Si la incompatibilidad fuere

sobrevenida una vez posesionado del cargo, se entenderá que renuncia al mismo en la fecha en que aquella se hubiera producido.

Prerrogativas

Para la mejor consecución de su misión, el Defensor del Pueblo goza de inviolabilidad (art. 6 LODP): no podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido ni juzgado en razón a las opiniones que formule o a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo. En los demás casos, y mientras permanezca en el ejercicio de sus funciones, el Defensor del Pueblo no podrá ser detenido ni retenido, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La ley extiende dichas prerrogativas a los Adjuntos del Defensor del Pueblo (art. 6.4 LODP).

Funciones

Además de las competencias básicas establecidas en la Ley Orgánica, el art. 8 RDP especifica y relaciona alguna de las funciones que corresponden al Defensor del Pueblo como tal:

- a. Representar a la Institución.
- b. Proponer los Adjuntos, a efecto de que la Comisión mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo otorgue su conformidad previa al nombramiento y cese de los mismos.
- c. Mantener relación directa con las Cortes Generales a través del Presidente del Congreso de los Diputados y con ambas Cámaras a través de sus respectivos Presidentes.
- d. Mantener relación directa con el Presidente y Vicepresidentes del Gobierno, los Ministros y Secretarios de Estado y con los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas.
- e. Mantener relación directa con el Tribunal Constitucional y con el Consejo General del Poder Judicial, igualmente a través de sus Presidentes.
- f. Mantener relación directa con el Fiscal General del Estado.
- g. Mantener relación directa con los Presidentes de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas y con los órganos similares al Defensor del Pueblo que se constituyan en dichas Comunidades.
- h. Convocar y fijar el orden del día de las reuniones de la Junta de Coordinación y Régimen Interior y dirigir sus deliberaciones.
- i. Establecer la plantilla y proceder al nombramiento y cese del Secretario general y del personal al servicio de la Institución.

- j. Aprobar, de acuerdo con las directrices generales fijadas por las Mesas del Congreso y del Senado, el proyecto de presupuesto de la Institución y acordar su remisión al Presidente del Congreso, para su aprobación definitiva por las citadas Mesas, e incorporación a los presupuestos de las Cortes Generales.
- k. Fijar las directrices para la ejecución del presupuesto.
- l. Ejercer la potestad disciplinaria.
- m. Aprobar las bases para la selección de personal y la contratación de obras y suministros.
- n. Aprobar las instrucciones de orden interno que se dicten para mejor ordenación de los servicios.
- o. Supervisar el funcionamiento de la Institución.

Adjuntos del Defensor del Pueblo

Definición

El Defensor del Pueblo está auxiliado por un Adjunto primero y un Adjunto segundo, en los que puede delegar sus funciones y que le sustituirán por su orden, en el ejercicio de las mismas, en los supuestos de imposibilidad temporal y en los de cese (art. 8.1 LODP). Al igual que el Defensor del Pueblo, los Adjuntos no están sujetos a mandato imperativo alguno, no reciben instrucciones de ninguna autoridad y desempeñan sus funciones con autonomía y según su criterio.

Los Adjuntos son directamente responsables de su gestión ante el Defensor del Pueblo y ante la Comisión mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo (art. 3.2 RDP).

Procedimiento de elección, cese y separación.

El Defensor del Pueblo nombra y separa a sus Adjuntos previa conformidad de las Cámaras, en la forma que determinan sus Reglamentos. Los Adjuntos son propuestos por el Defensor del Pueblo a través del Presidente del Congreso, a efectos de que la Comisión mixta Congreso-Senado encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo otorgue su conformidad previa al nombramiento. El nombramiento de los Adjuntos es publicado en el Boletín Oficial del Estado.

De acuerdo con el art. 36 LODP, los Adjuntos cesarán automáticamente en el momento de la toma de posesión de un nuevo Defensor del Pueblo designado por las Cortes.

Elegibilidad

Puede ser elegido Adjunto del Defensor del Pueblo cualquier español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos (art. 3 LODP).

El nombramiento de los Adjuntos si fueran funcionarios públicos, implica su pase a la situación de excedencia especial o equivalente en la Carrera o Cuerpo de procedencia (art. 6 RDP).

Cese y sustitución

Conforme al art. 16 RDP, los Adjuntos al Defensor del Pueblo cesan por alguna de las siguientes causas:

- a. Por renuncia.
- b. Por expiración del plazo de su nombramiento.
- c. Por muerte o por incapacidad sobrevenida.
- d. Por notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo. En este caso, el cese exigirá una propuesta razonada del Defensor del Pueblo, que habrá de ser aprobada por la Comisión mixta Congreso-Senado, de acuerdo con el mismo procedimiento y mayoría requerida para otorgar la conformidad previa para su nombramiento, y con audiencia del interesado.
- e. Por haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso.

El cese de los Adjuntos se publica en el Boletín Oficial del Estado y en los de ambas Cámaras.

Incompatibilidades

El art. 8.4 LOPD dispone que el régimen de incompatibilidades del Defensor del Pueblo sea aplicable igualmente a sus Adjuntos. Así pues, la condición de Adjunto del Defensor del Pueblo con todo mandato representativo, con todo cargo político o actividad de propaganda política, con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública, con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos, con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral.

El Adjunto del Defensor del Pueblo debe cesar, dentro de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión, en toda situación de incompatibilidad que pudiese afectarle, entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento. Si la incompatibilidad fuere sobrevenida una vez posesionado del cargo, se entenderá que renuncia al mismo en la fecha en que aquella se hubiere producido.

Prerrogativas

La ley extiende las prerrogativas del Defensor del Pueblo a sus Adjuntos (art. 6.4 y 8.4 LODP). Los Adjuntos gozan de inviolabilidad en el ejercicio de sus funciones. No podrán ser detenidos, expedientados, multados, perseguidos o juzgados en razón a las opiniones que formulen o a los actos que realicen en el ejercicio de las competencias propias de su cargo. En los demás casos, y mientras permanezcan en el ejercicio de sus funciones, los Adjuntos del Defensor del Pueblo no pueden ser detenidos ni retenidos, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Funciones

Además de las competencias básicas establecidas en la Ley Orgánica, el art. 12 RDP especifica y relaciona alguna de las competencias que corresponden a los Adjuntos del Defensor del Pueblo, a saber:

- a. Ejercitar las funciones del defensor del Pueblo en los casos de delegación y sustitución previstos en la Ley Orgánica.
- b. Dirigir la tramitación, comprobación e investigación de las quejas formuladas y de las actuaciones que se inicien de oficio, proponiendo, en su caso, al Defensor del Pueblo la admisión a trámite o rechazo de las mismas y las resoluciones que se estimen procedentes, y llevando a cabo las actuaciones comunicaciones y notificaciones pertinentes.
- c. Colaborar con el Defensor del Pueblo en las relaciones con las Cortes Generales y la Comisión mixta en ellas constituida al efecto y en la supervisión de las actividades de las Comunidades Autónomas y, dentro de ellas, de la coordinación con los órganos similares que ejerzan sus funciones en este ámbito.
- d. Preparar y proponer al Defensor del Pueblo el Informe Anual o los informes extraordinarios que deban elevarse a las Cortes Generales.
- e. Asumir las restantes funciones que se les encomienden en las leyes y disposiciones reglamentarias vigentes.

La delimitación de los respectivos ámbitos de funciones de los dos Adjuntos se lleva a cabo por el Defensor del Pueblo, poniéndose en conocimiento de la Comisión mixta constituida en las Cortes Generales en relación con el citado Defensor. Para ello, cada Adjunto se responsabiliza de las áreas que se le atribuyan. En todo caso, el Defensor del Pueblo puede recabar, oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, el conocimiento, dirección o tratamiento de cualquier queja o investigación cuyo trámite corresponda a los Adjuntos (art. 12.4 RDP).

Sin perjuicio de las funciones propias del Defensor (cf. art. 8 RDP), el Adjunto primero asumirá la coordinación de los servicios dependientes del Defensor del Pueblo, así como el despacho ordinario con el Secretario general, y en su defecto, el Adjunto segundo.

La admisión definitiva o el rechazo y en su caso, la resolución última de las quejas formuladas, corresponde acordarla al Defensor del Pueblo o al Adjunto en quien delegue o que le sustituya.

Secretario General

El RDP ha previsto la figura del Secretario General del Defensor del Pueblo, regulándola en sus arts. 19 a 22. De acuerdo con el art. 19 RDP, corresponden al Secretario General las competencias siguientes:

- a. El gobierno y régimen disciplinario de todo el personal, ejerciendo las competencias no atribuidas específicamente al Defensor del Pueblo, los Adjuntos o la Junta de Coordinación y Régimen Interior.
- b. Dirigir los servicios dependientes de la Secretaría General.
- c. Preparar y presentar a la Junta de Coordinación Régimen Interior las propuestas de selección de los Asesores y demás personal, para su informe y posterior resolución por el Defensor del Pueblo.
- d. Preparar y elevar a la Junta de Coordinación y Régimen Interior el anteproyecto del Presupuesto.
- e. Administrar los créditos para gastos del Presupuesto del Defensor del Pueblo.
- f. Redactar las actas y notificar los acuerdos de la Junta de Coordinación, y Régimen Interior.

La Secretaría General se estructura en dos servicios: el de Régimen Económico y el de Régimen Interior, Estudios, Documentación y Publicaciones. Dependiendo del Servicio de Régimen Interior Estudio Documentación y Publicaciones, existe un Registro General y una Oficina de Información.

Todos los escritos dirigidos al Defensor del Pueblo se reciben a través de la Oficina de Registro, en donde se examinan y clasifican.

El Secretario General, en cuanto responsable del Registro, informa al Adjunto primero y, en su defecto, al segundo, del número y naturaleza de los escritos dirigidos a la Oficina del Defensor del Pueblo, a los efectos que proceda.

La Oficina de Información, a cuyo frente se encuentra un Asesor, informa a cuantas personas lo soliciten en relación con las competencias del Defensor del Pueblo, y orienta sobre la firma y medio de interponer una queja ante el mismo.

Junta de Coordinación y Régimen Interior.

La Junta de Coordinación y Régimen Interior está compuesta por el Defensor del Pueblo, los Adjuntos y el Secretario General, que actúa como Secretario y asiste a sus reuniones con voz y sin voto (arts. 5, 17 y 18 RDP). Su misión es asistir al Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones (art. 5 RDP) y sus competencias comprenden (art. 18 RDP):

- a. Informar las cuestiones que afecten a la determinación de la plantilla, así como al nombramiento y cese del personal al servicio de la institución.
- b. Conocer e informar sobre la posible interposición de los recursos de amparo e inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.
- c. Conocer e informar cuantos asuntos correspondan a la elaboración del proyecto de presupuesto y de su ejecución, así como de la liquidación del mismo formulada por el Secretario General, antes de su remisión por el Defensor del Pueblo a las Cortes Generales.
- d. Deliberar acerca de las propuestas de obras, servicios y suministros.
- e. Asistir al Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus competencias en materia de personal y económico-financiera.
- f. Cooperar con el Defensor del Pueblo en la labor de coordinación de la actividad de las distintas áreas y en la mejor ordenación de los servicios.
- g. Conocer e informar al Defensor del Pueblo sobre el informe anual o los informes extraordinarios que se eleven a las Cortes Generales.
- h. Conocer e informar el nombramiento y cese del Secretario General.
- i. Informar y asesorar sobre el proyecto de reforma del presente Reglamento.
- j. Asesorar al Defensor del Pueblo sobre cuantas cuestiones aquél considere oportuno someter a su consideración.

Medios personales

Personal al servicio del Defensor del Pueblo

Conforme al art. 28 RDP, el personal al servicio de la institución del Defensor del Pueblo está compuesto por los Asesores-responsables de área, Asesores-técnicos, administrativos, auxiliares y subalternos.

Las personas que se encuentren al servicio del Defensor del Pueblo, mientras permanezcan en el mismo, se consideran como personal al servicio de las Cortes, sin perjuicio de su dependencia orgánica y funcional del Defensor del Pueblo.

El régimen de prestación de servicios será el de dedicación exclusiva para todo el personal (art. 31.1 RPD).

La selección del personal al servicio del Defensor del Pueblo se realiza por éste libremente, con arreglo a los principios de mérito y capacidad. En estos nombramientos se procura dar prioridad a funcionarios públicos (art. 27.4 RDP).

Cuando se incorpore al servicio del Defensor del Pueblo personal procedente de otras Administraciones públicas, se les reserva la plaza y destino que ocupasen con anterioridad a su adscripción a la oficina del Defensor del Pueblo, y se les computa, a todos los efectos, el tiempo transcurrido en esta situación (arts. 35.2 LODP y 29.2 RDP).

El resto del personal que no reúna las condiciones de funcionario de carrera de las Administraciones públicas tiene carácter de funcionario eventual al servicio del Defensor del Pueblo.

Conforme al art. 30 RDP, toda persona al servicio del Defensor del Pueblo está sujeta a la obligación de guardar estricta reserva en relación con los asuntos que ante el mismo se tramitan. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento. De hecho, el art. 32 RDP dispone que “el personal al servicio del Defensor del Pueblo podrá ser sancionado por la Comisión de faltas disciplinarias derivadas del incumplimiento de sus deberes de acuerdo con la Ley”. Dichas faltas podrán ser leves, graves o muy graves (art. 32.2 RDP).

Asesores

De acuerdo con el art. 34 LODP, el Defensor del Pueblo puede designar libremente los asesores necesarios para el ejercicio de sus funciones, de conformidad con el Reglamento y dentro de los límites presupuestarios³⁴⁸. Dichos Asesores prestan al Defensor del Pueblo y a los Adjuntos la cooperación técnico-jurídica necesaria para el cumplimiento de sus funciones, y son nombrados y cesados libremente por el Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Reglamento, y, en todo caso, cesan -al igual que sucede con los Adjuntos- automáticamente en el momento de la toma de posesión de un nuevo Defensor del Pueblo designado por las Cortes (art. 36 LODP).

Su régimen de prestación de servicios es el de dedicación exclusiva, como rige para todo el personal (art. 31 RDP).

La condición de asesor del Defensor del Pueblo es, además, incompatible con todo mandato representativo, con todo cargo político o el ejercicio de funciones directivas en un partido político, sindicato, asociación o fundación y con el empleo al servicio de los mismos; así como con el ejercicio de cualquier otra actividad profesional, liberal, mercantil o laboral. No obstante, previo el correspondiente reconocimiento de compatibilidad concedido de acuerdo con lo previsto en el Estatuto del Personal de la institución, los asesores del Defensor del Pueblo pueden ser contratados para desarrollar funciones docentes o de investigación en universidades o en otras instituciones académicas que posean naturaleza y fines análogos. En todo caso, tales actividades se desempeñarán en régimen de dedicación a tiempo parcial y sin

³⁴⁸ Art. 37 LODP: “La dotación económica necesaria para el funcionamiento de la institución constituirá una partida dentro de los Presupuestos de las Cortes Generales”.

que puedan menoscabar la prestación del servicio en el Defensor del Pueblo. Quienes deseen obtener el reconocimiento de la compatibilidad deben presentar una solicitud, a la que acompañarán todos los datos necesarios para que pueda efectuarse el pronunciamiento. El Defensor del Pueblo, oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previo informe del Secretario general, resuelve lo que proceda (art. 31.2³⁴⁹).

Funciones

Función de supervisión

Aspectos generales

La principal función del Defensor del Pueblo consiste, por mandato de la Constitución, en “supervisar la actividad de la Administración” para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución. Con este fin, su ley orgánica (art. 9) le habilita para iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución³⁵⁰, y el respeto debido a los derechos proclamados en el Capítulo II de su Título I.

Las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los Ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas.

Para garantizar su efectividad, el art. 11 LODP previene que la actividad del Defensor del Pueblo no se verá interrumpida en los casos en que las Cortes Generales no se encuentren reunidas, hubieren sido disueltas o hubiere expirado su mandato. En tales situaciones el Defensor del Pueblo se dirigirá a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras.

Tampoco interrumpen la actividad del Defensor del Pueblo, ni el derecho de los ciudadanos de acceder al mismo, la declaración de los estados de excepción o de sitio, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución.

Ámbito de competencia

Además de la Administración General de Estado, el Defensor del Pueblo puede en todo caso, de oficio o a instancia de parte, supervisar por sí mismo la actividad de la Comunidad Autónoma en el ámbito de competencias definido por la ley orgánica. A estos efectos, los

³⁴⁹ La profusa redacción del precepto fue introducida por la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, adoptada en sus reuniones de 26 de septiembre de 2000 y 3 de octubre de 2000, por la que se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo.

³⁵⁰ Art. 103.1 CE: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

órganos similares de las Comunidades Autónomas deben coordinar sus funciones con las del Defensor del Pueblo, a las que éste puede solicitar su cooperación (art. 12 LODP).

El art. 14 LODP dispone específicamente que el Defensor del Pueblo ha de velar por el respeto de los derechos proclamados en el Título I de la Constitución, en el ámbito de la Administración militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional.

En cambio, cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, debe dirigir las al Ministerio Fiscal para que investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de la referencia que en su informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema (art. 13 LODP).

Legitimación

Puede dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna. No constituyen impedimento al respecto la nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o poder público (art. 10 LODP). Por el contrario, no podrá presentar quejas ante el Defensor del Pueblo ninguna autoridad administrativa en asuntos de su competencia.

Los Diputados y Senadores individualmente, las Comisiones de investigación o relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos y libertades públicas, y, principalmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo, pueden solicitar mediante escrito motivado la intervención del Defensor del Pueblo para la investigación o esclarecimiento de actos, resoluciones y conductas concretas producidas en las Administraciones Públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en el ámbito de sus competencias.

Fase de iniciación del procedimiento

De acuerdo con el art. 15 LODP, toda queja ante el Defensor del Pueblo debe presentarse firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellidos y domicilio, en escrito razonado, en papel común y en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma. Todas las actuaciones del Defensor del Pueblo son gratuitas para el interesado y no es preceptiva la asistencia de letrado ni de procurador.

El Defensor del Pueblo registra y acusa recibo de todas las quejas que se le formulen, a las que debe trámite o rechazarlas. En este último caso lo hace en escrito motivado, pudiendo

informar al interesado sobre las vías más oportunas para ejercitar su acción, caso de que a su entender hubiese alguna y sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más pertinentes (art. 17 LODP). El Defensor del Pueblo rechaza las quejas anónimas así como aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, o cuya tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de terceras personas. Sus decisiones no son susceptibles de recurso.

El Defensor del Pueblo no entra en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial. De hecho si, iniciada su actuación, se interpone por persona interesada demanda o recurso ante los tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo suspende sus indagaciones, si bien ello no impide, sin embargo, que prosiga la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas. En cualquier caso, el Defensor debe velar por que la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados.

Conforme al art. 25.1 RDP, cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia debe dirigirlas al Ministerio Fiscal, para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate.

Fase de ordenación e instrucción

Admitida la queja, el Defensor del Pueblo promueve la oportuna investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos de la misma (art. 18 LODP). En todo caso da cuenta del contenido sustancial de la solicitud al organismo o a la dependencia administrativa procedente con el fin de que por su jefe, en el plazo máximo de quince días, se remita un informe escrito. Tal plazo será ampliable cuando concurren circunstancias que lo aconsejen a juicio del Defensor del Pueblo.

La presentación de una queja ante el Defensor del Pueblo, así como su posterior admisión, si procede, no suspende en ningún caso los plazos previstos en las leyes para recurrir, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, ni la ejecución de la resolución o acto afectado (art. 23 RDP).

Cuando la queja a investigar afecte a la conducta de las personas al servicio de la Administración, en relación con la función que desempeñan, el Defensor del Pueblo da cuenta de la misma al afectado y a su inmediato superior u organismo de quien dependa (art. 20 LODP). El afectado deberá responder por escrito, con la aportación de cuantos documentos y testimonios considere oportunos, en el plazo que se haya fijado, en ningún caso inferior a diez días, pudiendo ser prorrogado, a instancia de parte, por la mitad del concedido. El Defensor del Pueblo puede comprobar la veracidad de los mismos y proponer al funcionario afectado una entrevista ampliatoria de datos. Los funcionarios que se nieguen a ello pueden ser requeridos por aquél para que manifiesten por escrito las razones que justifiquen tal decisión.

La negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables al envío del informe inicial solicitado puede ser considerada por el Defensor del Pueblo como hostil y entorpecedora de sus funciones, haciéndola pública de inmediato y destacando tal calificación en su informe anual o especial, en su caso, a las Cortes Generales.

Obligación de colaboración de los organismos requeridos.

Todos los poderes públicos están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones (art. 19 LODP).

En la fase de comprobación e investigación de una queja o en expediente iniciado de oficio, el Defensor del Pueblo, su Adjunto, o la persona en quien delegue, podrán personarse en cualquier centro de la Administración pública, dependientes de la misma o afectos a un servicio público, para comprobar cuantos datos fueren menester, hacer las entrevistas personales pertinentes o proceder al estudio de los expedientes y documentación necesaria.

A estos efectos no puede negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación. La información que en el curso de una investigación pueda aportar un funcionario a través de su testimonio personal tiene carácter de reservada, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la denuncia de hechos que pudiesen revestir carácter delictivo.

Las investigaciones que realice el Defensor del Pueblo y el personal dependiente del mismo, así como los trámites procedimentales, se verifican dentro de la mas absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos, sin perjuicio de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales.

El Defensor del Pueblo puede solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la ley. En este último supuesto la no remisión de dichos documentos deberá ser acordada por el Consejo de Ministros y se acompañará una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio (art. 22 LODP). Cuando entienda que un documento declarado secreto y no remitido por la Administración puede afectar de forma decisiva a la buena marcha de su investigación, lo pondrá en conocimiento de la Comisión mixta (art. 22.3 LODP).

Responsabilidades de las autoridades y funcionarios.

La negativa a colaborar con el Defensor del Pueblo da lugar a responsabilidad. Así, el superior jerárquico y organismo que prohíba al funcionario a sus órdenes o servicio responder a la requisitoria del Defensor del Pueblo o entrevistarse con él, debe manifestarlo por escrito, debidamente motivado, dirigido al funcionario y al propio Defensor del Pueblo. Este último

dirigirá en adelante cuantas actuaciones investigadoras sean necesarias al referido superior jerárquico.

La persistencia de una actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación del Defensor del Pueblo por parte de cualquier organismo, funcionarios, directivo o persona al servicio de la Administración pública puede ser objeto de un informe especial, además de destacarlo en la sección correspondiente de su informe anual (art. 24 LODP).

Según el art. 26 LODP, el Defensor del Pueblo puede, de oficio, ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito.

Cuando las actuaciones practicadas revelen que la queja ha sido originada presumiblemente por el abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión de un funcionario, el Defensor del Pueblo puede dirigirse al afectado haciéndole constar su criterio al respecto. Con la misma fecha el Defensor debe dar traslado de dicho escrito al superior jerárquico formulando las sugerencias que considere oportunas (art. 23 LODP).

En lo que se refiere a la responsabilidad penal, cuando el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos, lo pone de inmediato en conocimiento del Fiscal General del Estado (art. 25 LODP). En cualquier caso, este último informa periódicamente al Defensor del Pueblo o cuando éste lo solicita, del trámite en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia. Asimismo, el Fiscal General del Estado pone en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.

Informe a las Cortes Generales

En tanto que “alto comisionado de las Cortes Generales” (art. 54 CE), el Defensor del Pueblo debe dar cuenta anualmente a las mismas de la gestión realizada, en un informe que presenta cuando se hallan reunidas en periodo ordinario de sesiones (art. 32 LODP). Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen puede presentar un informe extraordinario a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras, si éstas no se encuentran reunidas.

El informe anual da cuenta del número y tipo de quejas presentadas; de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y el resultado de las mismas, con especificación de las sugerencias o recomendaciones admitidas por las Administraciones Públicas (art. 33 LODP). El informe contiene igualmente un anexo, cuyo destinatario son las Cortes Generales, en el que se hace constar la liquidación del presupuesto de la institución en el periodo que corresponda. Un resumen del informe es expuesto oralmente por el Defensor del Pueblo ante los Plenos de ambas Cámaras, pudiendo intervenir los Grupos Parlamentarios a efectos de fijar su postura.

Los informes anuales y, en su caso los extraordinarios, son en todo caso objeto de publicación.

El Reglamento del Congreso de los Diputados, al regular el examen de los informes que deben remitirse a la Cámara, se ocupa expresamente en su art. 200 del que ha de presentar el Defensor del Pueblo, en los siguientes términos:

“1. Recibido el informe anual o un informe extraordinario del Defensor del Pueblo y, una vez que haya sido incluido en el orden del día, aquél expondrá oralmente ante el Pleno o, en su caso, ante la Diputación Permanente, un resumen del mismo. Tras esta exposición, podrá hacer uso de la palabra por tiempo máximo de quince minutos, un representante de cada Grupo Parlamentario para fijar su posición.

2. Los Diputados, los Grupos Parlamentarios y las Comisiones podrán solicitar, mediante escrito motivado y a través del Presidente del Congreso, la intervención del Defensor del Pueblo para la investigación o esclarecimiento de actos, resoluciones y conductas concretas producidas en las Administraciones Públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos”.

Por su parte, el Reglamento del Senado no menciona expresamente el informe del Defensor del Pueblo. Por tanto, su presentación se regula por las normas generales de su Título VIII, rubricado “De las comunicaciones e informes del Gobierno y de otros órganos estatales”. Su art. 183 dispone que “los informes que por imperativo legal deban someterse al Senado, serán objeto de tramitación y deliberación en la forma que disponga el Presidente, de acuerdo con la Mesa y oída la Junta de Portavoces”.

Mecanismo nacional de prevención de la tortura

La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introdujo en la LODP una disposición adicional única en virtud de la cual se atribuye al Defensor del Pueblo una nueva y específica función, en los siguientes términos:

“Primero. El Defensor del Pueblo ejercerá las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Segundo. Se crea un Consejo Asesor como órgano de cooperación técnica y jurídica en el ejercicio de las funciones propias del Mecanismo Nacional de Prevención, que será presidido por el Adjunto en el que el Defensor del Pueblo delegue las funciones previstas en esta disposición. El Reglamento determinará su estructura, composición y funcionamiento”.

Relaciones del Defensor del Pueblo con las Cortes Generales

La Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo, determinó la creación de una Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo, que vino a sustituir a las

Comisiones previstas con anterioridad para cada una de las Cámaras³⁵¹. Para regular las características propias de la nueva Comisión Mixta, las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en su reunión conjunta de 21 de abril de 1992, aprobaron la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de abril de 1992, reunidas en sesión conjunta sobre organización y funcionamiento de la Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo (modificada por Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en su reunión conjunta de 25 de mayo de 2000).

De acuerdo con esta resolución, la Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo a la que se refiere la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo está formada por los miembros que designen los Grupos parlamentarios constituidos en las Cámaras, en el número que, respecto de cada uno, acuerden las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en reunión conjunta, para cada Legislatura (art. 1). La Comisión fija al comienzo de cada Legislatura la Cámara en que ha de radicar su sede y será atendida por los servicios jurídicos y administrativos de la misma (art. 2).

La Comisión Mixta ejerce las funciones previstas en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo y en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo. Conocerá de los asuntos que le encomienden las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado (art. 4). En particular, con carácter previo a la formulación de la propuesta a los Plenos de las Cámaras de candidato a Defensor del Pueblo, la Mesa de la Comisión podrá, por propia iniciativa o a instancia de un Grupo Parlamentario, acordar la comparecencia de los candidatos propuestos. El Informe Anual que, conforme a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, debe éste presentar ante las Cortes, así como los Informes extraordinarios que el Defensor dirija a las mismas, son sometidos al examen de la Comisión Mixta, con carácter previo a su debate en los Plenos de las Cámaras. Ambas funciones se desarrollan de acuerdo con un complejo procedimiento que detalla la Resolución en su artículo cuarto.

En lo no previsto por la Resolución, la Comisión Mixta se regirá por lo dispuesto en las normas que, a propuesta de la misma, aprueben las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en sesión conjunta y, en su defecto, por el Reglamento de la Cámara en la que la Comisión tenga su sede.

³⁵¹ Excelentes análisis sobre las relaciones entre las Cortes y el Defensor pueden hallarse en: MERINO MERCHÁN, José Fernando, "Defensor del Pueblo y Cortes Generales", en Revista de las Cortes Generales, nº 37 (1996), pp. 485-489; PÉREZ-UGENA COROMINA, María, "El Defensor del Pueblo y Cortes Generales", Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

El Defensor del Pueblo y las figuras autonómicas similares

Aspectos generales

La mayoría de las Comunidades autónomas han creado y puesto en funcionamiento bajo diversas denominaciones figuras similares, en su ámbito territorial, a la del Defensor del Pueblo³⁵². Se configuran como comisionados de la Asamblea autonómica, y su actividad, misión y funcionamiento son esencialmente iguales a los del Defensor del Pueblo, si bien limitados al ámbito autonómico.

Las Comunidades que disponen de estos comisionados son las siguientes:

³⁵² La creación de los defensores autonómicos y sus relaciones con el Defensor del Pueblo han dado lugar a abundante literatura. Entre los estudios más relevantes, cf.: BASSOLS COMA, Martín, "Las relaciones del Defensor del Pueblo con los comisionados parlamentarios de las Comunidades Autónomas", en Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, nº 7 (1997), pp. 7-36; BERMEJO VERA, José, "El Defensor del Pueblo y las figuras similares autonómicas: alcance de la coordinación y cooperación", en Civitas. Revista española de derecho administrativo, nº 68 (1990), pp. 509-532; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras autonómicas afines", en Revista de estudios de la administración local y autonómica, nº 243 (1989), pp. 527-544; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Antecedentes y perspectivas para un Defensor del Pueblo en Castilla-La Mancha", en Parlamento y Constitución. Anuario, nº 1, (1997), pp. 189-200; DÍEZ BUESO, Laura, "Los defensores del pueblo (ombudsmen) de las Comunidades Autónomas", Secretaría General del Senado, Departamento de Publicaciones, Madrid, 1999; EMBID IRUJO, Antonio, "El control de la administración pública por los comisionados parlamentarios autonómicos", Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1988; LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, "Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades Autónomas: Su regulación en la Ley 36/1985", en Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, nº 14 (1986), pp. 251-258; LUMBIERRES SUBÍAS, María Carmen, "El Defensor del Pueblo Estatal y los Defensores Autonómicos: El alcance de su colaboración", en Annales: Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Barbastro, nº 14 (2001), pp. 321-340; MAGRO SERVET, Vicente, "La delimitación competencial entre el defensor del pueblo, los comisionados parlamentarios de las CC.AA. y los órganos del Poder Judicial", en Revista del poder judicial, nº 56 (1999), pp. 231-250; ROCA ROCA, Eduardo, "El defensor del pueblo en las Comunidades Autónomas", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 14 (1987), pp. 167-216; RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José, "Los defensores del pueblo autonómicos tras la reforma de los estatutos de autonomía", en Revista d'estudis autonòmics i federals, nº 6 (2008), pp. 365-395.

- Andalucía: Defensor del Pueblo Andaluz (creado por Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz)³⁵³
- Aragón: el Justicia de Aragón (Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón)
- Asturias: Procurador General del Principado de Asturias (Ley del Principado de Asturias 5/2005, de 16 de diciembre, del Procurador General)
- Canarias: Diputado del Común (Ley 1/1985, del Diputado del Común)
- Castilla-La Mancha: Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha (Ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha)³⁵⁴
- Castilla-León: Procurador del Común (Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León)
- Cataluña: Síndic de Greuges de Catalunya (Ley 14/1984, de 20 de marzo, del Síndic de Greuges)
- Comunidad Valenciana: Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana (Ley de la Generalitat Valenciana, 11/1988, de 26 de diciembre del Síndic de Greuges)
- Galicia: Valedor do Pobo (Ley 6/1984, de 5 de junio, del Valedor do Pobo)
- La Rioja: Defensora del Pueblo Riojano (Ley 6/2006, de 2 de mayo, del Defensor del Pueblo Riojano)
- Murcia: Defensor del Pueblo de la Región de Murcia (Ley 6/2008, de 20 de noviembre, del Defensor del Pueblo de la Región de Murcia)
- Navarra: Defensor del Pueblo de Navarra (Ley foral 4/2000, de 3 de julio, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra)³⁵⁵
- País Vasco: Ararteko (Ley 3/85, de 27 de febrero, por la que se crea y regula la institución del Ararteko)³⁵⁶

³⁵³ Cf. MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, "El Defensor del Pueblo andaluz", en *Autonomías: Revista catalana de derecho público*, nº 19 (1994), pp. 75-94.

³⁵⁴ Cf. MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, "El Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha en la teoría y en la práctica", Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Toledo, 2005.

³⁵⁵ Cf. ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier, "El Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra", en *Revista jurídica de Navarra*, nº 42 (2006), pp. 9-54.

³⁵⁶ Cf. EGUIGUREN IMAZ, Jesús, "El "Ararteko" o Defensor del Pueblo Vasco", en *Revista de estudios políticos*, nº 46 (1985), pp. 585-608.

Al igual que el Defensor del Pueblo, los defensores autonómicos tienen como función la defensa y protección de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución y en los correspondientes Estatutos, con la facultad de supervisar la actividad de la Administración pública en el ámbito de cada Comunidad Autónoma. A tal efecto, han de informar de su gestión al Parlamento autonómico del que reciben el mandato. Se trata, pues, de instituciones parlamentarias que se encuentran dotadas de las mismas prerrogativas y garantías que el Defensor del Pueblo, aunque existen diferencias en cuanto al alcance de las competencias atribuidas, dado su marcado carácter territorial, y en cuanto a la actividad que llevan a cabo, ordenada de forma parecida, pero no idéntica, en cada Comunidad Autónoma.

Relaciones del Defensor del Pueblo con las figuras autonómicas similares

Con objeto de desarrollar y concretar las relaciones básicas de coordinación y cooperación del Defensor del Pueblo con los comisionados autonómicos fue aprobada la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las Relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas.

Su artículo primero extiende, siempre dentro del respectivo ámbito de competencia estatutaria, las prerrogativas y garantías del Defensor del Pueblo a los titulares de las instituciones autonómicas similares, tales como la inviolabilidad e inmunidad, aforamiento (correspondiendo su enjuiciamiento a los Tribunales Superiores de Justicia), inviolabilidad de las comunicaciones, deber de cooperación por parte de los poderes públicos, posibilidad de adoptar medidas en caso de entorpecimiento o resistencia a la actuación investigadora y legitimación para ejercer acciones de responsabilidad.

Lo más relevante de la norma es su artículo segundo, en el que se establece el régimen de colaboración y coordinación de las instituciones. Dispone su primer epígrafe que la protección de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y la supervisión, a estos efectos, de la actividad de la Administración pública propia de cada Comunidad Autónoma, así como de las Administraciones de los entes locales, cuando actúen en ejercicio de competencias delegadas por aquélla, se podrá realizar, de oficio o a instancia de parte, por el Defensor del Pueblo y el comisionado parlamentario autonómico en régimen de cooperación en todo aquello que afecte a materias sobre las cuales se atribuyan competencias a la Comunidad Autónoma en la Constitución y en el respectivo Estatuto de Autonomía y sin mengua de lo establecido en cuanto a facultades del Defensor del Pueblo por la Constitución y por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

A fin de desarrollar y concretar adecuadamente la colaboración y coordinación entre el Defensor del Pueblo y los Comisionados parlamentarios autonómicos, el art. 2.2 prevé que se concierten entre ellos acuerdos sobre los ámbitos de actuación de las Administraciones públicas objeto de supervisión, los supuestos de actuación de los Comisionados parlamentarios, las facultades que puedan ejercitar, el procedimiento de comunicación entre el Defensor del Pueblo y cada uno de dichos Comisionados parlamentarios, y la duración de los propios acuerdos. Los instrumentos concretos de colaboración interinstitucional que vienen utilizándose, en relación con estas competencias concurrentes son los siguientes:

- Las *Reuniones o Jornadas anuales de Coordinación*, en las que participan todos los defensores, para tratar cuestiones comunes, mediante la elección previa de núcleos temáticos, que permiten adoptar acuerdos de interés especial. En la actualidad, se celebran Jornadas cada año y se vienen publicando sus contenidos en volumen independiente.

- Las *Reuniones o encuentros singulares*, que pueden tener lugar con la participación de todos los defensores autonómicos, o con alguno en particular, y el Defensor del Pueblo, cuando surge alguna cuestión que lo requiere, o cuando se pretende articular una postura común respecto de un problema concreto.

- Los *Acuerdos específicos de cooperación y coordinación entre el Defensor del Pueblo y los defensores autonómicos*, en los que se establece el modelo de reparto competencial respecto a la supervisión de la actividad de la Administración autonómica y de las entidades locales cuando ejercen competencias delegadas por las Comunidades Autónomas; es decir, respecto del ámbito que, técnicamente, se puede definir como de concurrencia plena. Los criterios específicos que deben presidir estos convenios dependen del alcance temporal o subjetivo que se propongan. Los *convenios* acogen también otras formas de colaboración, como es el caso de la propuesta de presentación de recursos de inconstitucionalidad o amparo, ante el Tribunal Constitucional, para lo que carecen de competencia los comisionados autonómicos; o las sugerencias y recomendaciones sobre modificación y creación de normas por parte del Defensor del Pueblo; o el traslado de informes monográficos entre las instituciones y de la posibilidad de difusión de las recomendaciones y sugerencias ante la Administración autonómica por parte del comisionado correspondiente, haciendo suyos los criterios sostenidos en las mismas. Asimismo, se establecen técnicas de coordinación formal, mediante reuniones ordinarias y extraordinarias de los titulares defensoriales o de persona delegada, para el desarrollo del trabajo cotidiano, así como la posibilidad de conexión informática entre las instituciones. Por último, los convenios suelen incluir una regla de interpretación para los conflictos que puedan surgir en su aplicación, pero no se remiten a otra instancia, y determinan que la interpretación sea de mutuo acuerdo.

Asimismo, en la supervisión de la actividad de órganos de la Administración pública estatal, que radiquen en el territorio de cada Comunidad Autónoma, el Defensor del Pueblo podrá recabar la colaboración del respectivo comisionado parlamentario para la mejor eficacia de sus gestiones y recibirá de él las quejas que le hubieran sido remitidas sobre la actividad de dichos órganos de la Administración pública estatal. A su vez, el Defensor del Pueblo podrá informar al comisionado parlamentario autonómico del resultado de sus gestiones (art. 2.3).

En este punto debe tenerse presente también lo dispuesto en el art. 24 RDP, conforme al cual corresponde al Defensor del Pueblo, para el mejor ejercicio de las funciones que le vienen atribuidas por la Ley Orgánica respecto a todas las Administraciones públicas, ejercer la alta coordinación entre sus propias competencias y las atribuidas a los órganos similares que puedan constituirse en las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la autonomía que les corresponda en la fiscalización de la actividad de las respectivas Administraciones autonómicas. Además, en el ejercicio de sus propias competencias, el Defensor del Pueblo podrá solicitar la colaboración y auxilio de los órganos similares de las Comunidades Autónomas (art. 24.2 RDP). Igualmente, el Defensor del Pueblo no podrá delegar en los órganos similares de las Comunidades Autónomas la competencia que le ha sido atribuida

por el artículo 54 de la Constitución, en orden a la defensa de los derechos comprendidos en su Título I.

El Defensor del Pueblo, de acuerdo con su Ley Orgánica, supervisa por tanto la actividad de la Administración, también de la Administración de las Comunidades Autónomas, y de la Administración local propiamente dicha, independientemente de que éstas cuenten con su propio comisionado parlamentario. Lo cual, como es evidente, puede entrañar alguna dificultad práctica toda vez que el Defensor del Pueblo no presenta el resultado de su gestión ante los parlamentos autonómicos. Por ello, entre otros motivos, se necesitan mecanismos complementarios para que esa actividad de supervisión resulte efectiva. Los aspectos centrales de esta relación se resumen en los siguientes aspectos.

En primer lugar, el Defensor del Pueblo tiene encomendada la tutela de los derechos y libertades recogidos en el Título I de la Constitución y la competencia para supervisar la actuación de la Administración pública del Estado en todos sus ámbitos, tanto el central y periférico, como el autonómico y el local. En este sentido, los defensores autonómicos deben remitir al Defensor del Pueblo, todas las quejas formuladas sobre actuaciones de la Administración del Estado. El Defensor del Pueblo, por su parte, puede propiciar la colaboración con los comisionados a la hora de supervisar la actividad de los órganos de la Administración pública estatal que radiquen en el territorio de cada Comunidad Autónoma. Pero siempre en el entendido de que ha de ser el Defensor del Pueblo quien reciba, directamente o indirectamente, las quejas formuladas contra esos órganos.

En segundo término, las competencias del Defensor del Pueblo y de cada uno de los defensores autonómicos se superponen casi de forma especular en lo que se refiere a la supervisión de la Administración autonómica correspondiente. Cualquiera de ellos puede ejercitar sus facultades sin que constituya un obstáculo el ejercicio de las mismas por parte del otro. Es decir, el régimen de las competencias sobre la Administración autonómica no es de separación sino de concurrencia: competencias concurrentes son aquellas que se atribuyen, sobre la misma materia y con la misma intensidad, a órganos distintos que pueden actuar conjunta o separadamente. En cuanto a las quejas relativas a *la Administración de las Comunidades Autónomas*, el criterio de actuación es el de que se investigue y resuelva por la institución que hubiese recibido la queja del ciudadano, respetando la libertad de éste a la hora de plantear la queja ante la institución que desee. No obstante, se puede solicitar la colaboración mutua cuando se entienda eficaz para resolver el problema planteado. El comisionado autonómico puede solicitar esta colaboración cuando entiende que el asunto, por su trascendencia, puede generar una resolución cuyos efectos prácticos entrarían en la órbita de la Administración del Estado. Si la queja se formula por el ciudadano ante las dos instituciones a la vez, normalmente es el comisionado autonómico quien antes interviene, pero ello no impide que el Defensor del Pueblo pueda investigar, con el alcance que estime oportuno, para el mejor cumplimiento de su misión, siempre con la pretensión de actuar de manera coordinada. Cuando se producen estos supuestos, para evitar disfunciones o duplicidades, se establecen los oportunos mecanismos de comunicación e información.

En tercer lugar, el régimen de competencias sobre la Administración local es más complejo. El Defensor del Pueblo tiene facultades universales de supervisión sobre esta Administración. Los defensores autonómicos, sin embargo, tienen competencias parciales, referidas únicamente a las materias gestionadas por los ayuntamientos como consecuencia de un

traspaso formal por parte de las Comunidades Autónomas respectivas. Respecto de la supervisión de *las Administraciones locales*, los textos de los acuerdos han intentado llenar el vacío normativo existente. El único límite al contenido de estos acuerdos es el que se deriva de lo dispuesto en la Resolución de las Mesas de ambas Cámaras, Congreso y Senado, prohibiendo delegar en los Comisionados Autonómicos la competencia atribuida por el art. 54 de la Constitución al Defensor del Pueblo de España. En este sentido, se interpreta que el comisionado autonómico puede intervenir, no sólo en el terreno competencial concurrente en materia de entes locales, por tratarse de competencias de los entes locales recibidas por delegación de la respectiva Comunidad Autónoma, sino también en relación con la actividad local relativa a las materias cuya competencia corresponde a la Comunidad Autónoma.

Por último, quedan, pues, bajo la exclusiva supervisión del Defensor del Pueblo, las competencias propias o delegadas de los entes locales que versen sobre materias cuya competencia se atribuye al Estado, pudiendo, en todo caso, solicitar el mismo Defensor del Pueblo la colaboración de los comisionados autonómicos para la investigación de estas quejas, habilitando para ello las medidas oportunas. Existe una cláusula general de reserva de actuación a favor del Defensor del Pueblo para investigar y resolver directamente cualquier queja por motivo de su trascendencia general o por razón de la homologación de sus efectos bajo los criterios anteriormente adoptados.

CAPÍTULO XXIV

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Luis Fernando Rodríguez García

UNED

Sumario. 1. *Objetivo y normativa.* 2. *El Tribunal de Cuentas como órgano constitucional.* 3. *Historia.* 4. *Órganos.* 4.1. El Presidente. 4.2. El Pleno. 4.3. La Comisión de Gobierno. 4.4. La Sección de Fiscalización. 4.5. La Sección de Enjuiciamiento. 4.6. Los Consejeros de Cuentas. 4.7. La Fiscalía. 4.8. La Secretaría General. 5. *Miembros.* 5.1. Presidente del Tribunal de Cuentas. 5.2. Consejeros de Cuentas. 5.3. Presidentes de las Secciones de Fiscalización. 5.4. Estatuto del Presidente y de los Consejeros del Tribunal de Cuentas. 5.5. Fiscal del Tribunal de Cuentas. 5.6. El personal al servicio del Tribunal de Cuentas y su estatuto. 6. *Funciones del Tribunal de Cuentas.* 6.1. La función fiscalizadora. 6.2. El enjuiciamiento contable. 7. *Los órganos autonómicos de control externo.*

Objeto y normativa

El Tribunal de Cuentas es un órgano del Estado previsto en el artículo 136 de la Constitución en los siguientes términos:

“1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del Sector público.

Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del Sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.

El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces”.

La Constitución también se refiere al Tribunal de Cuentas en su artículo 153.d) CE para encomendarle “el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas” en lo “económico y presupuestario”.

La institución se rige principalmente por dos normas³⁵⁷: la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, reguladora del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTC) y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTC).

La Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, reguladora del Tribunal de Cuentas, comprende cuarenta y nueve artículos, agrupados en cinco títulos, más tres disposiciones finales y seis transitorias.

La Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, fue dictada por mandato y en desarrollo de esta Ley Orgánica. Se compone de noventa y tres artículos, agrupados en seis títulos, más diez disposiciones adicionales, cuatro transitorias y dos finales. Su objeto es la ordenación del funcionamiento del Tribunal de Cuentas y de las atribuciones de sus órganos, el estatuto de sus miembros, la regulación de los procedimientos mediante los cuales el Tribunal de Cuentas lleva a cabo la función de fiscalización externa de la actividad económico-financiera del Sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable.

Con independencia de las funciones asignadas al Tribunal de Cuentas por estas normas, la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos, partiendo del reconocimiento constitucional a las formaciones políticas como instrumento fundamental para la participación política, que contribuye a la formación y manifestación de la voluntad popular, estableció el marco jurídico básico en relación con las fuentes de financiación pública y privada de su actividad ordinaria y con las obligaciones que en materia contable y de control han de cumplir. En esta Ley se contempla la fiscalización externa como garantía de regularidad, transparencia y publicidad de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, atribuyéndose exclusivamente al Tribunal de Cuentas el control externo de la actividad económico-financiera ordinaria de los partidos políticos.

Asimismo, por lo que se refiere a la actividad electoral, la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General, junto con las leyes electorales de las Comunidades autónomas, han ido perfilando, a través de sucesivas modificaciones, el régimen financiero y contable de las formaciones políticas que participan en los distintos procesos electorales, cuya fiscalización externa está atribuida al Tribunal de Cuentas, salvo la relativa a las elecciones a las

³⁵⁷ Entre las monografías dedicadas al Tribunal de Cuentas desde una perspectiva constitucional destaca GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El Tribunal de Cuentas: el control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid, 2001. Acerca de la posición y encaje constitucionales del Tribunal de Cuentas existe bibliografía de calidad, entre la que cabe señalar: BONELL COLMENERO, Ramón, "El Tribunal de Cuentas", en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, nº 4 (2006), pp. 63-80; NAVAS VÁZQUEZ, Rafael, "La regulación constitucional del tribunal de cuentas", en *Civitas. Revista española de derecho financiero*, nº 109 (2001), pp. 359-376; RINCÓN VILLAGRA, Ana Lucía, "Diseño y encaje constitucional de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas. Evolución y situación actual. Órganos de la Jurisdicción Contable", en *Cuadernos de derecho judicial*, nº 19 (2003), pp. 95-112; SALA SÁNCHEZ, Pascual, "La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de funcionamiento", en *Revista de administración pública*, nº 122 (1990), pp. 131-152; SUEIRAS PASCUAL, Manuel, "Aproximación al tribunal de cuentas: naturaleza, funciones y organización interna", en *Cuadernos de derecho judicial*, nº 19 (2003), pp. 23-46; VEGA BLÁZQUEZ, Pedro de, "La configuración Constitucional del Tribunal de Cuentas en España", en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, nº 1 (1999), pp. 215-240.

Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que dispongan de un órgano de control externo.

El Tribunal de Cuentas como órgano constitucional

La Constitución española configura el Tribunal de Cuentas como el órgano al que corresponde, con carácter supremo, el ejercicio de la función de fiscalización de la gestión económica y de las cuentas de todo el Sector público, al tiempo que le reconoce una función de naturaleza jurisdiccional cuyo contenido se centra en el enjuiciamiento de la llamada responsabilidad contable, cuya raigambre histórica se remonta a las Ordenanzas de Juan II de Castilla de 1436, 1437 y 1442.

El Tribunal depende directamente de las Cortes Generales, es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan prever sus Estatutos (art. 1.2 LOTC).

El Tribunal tiene competencia exclusiva para todo lo concerniente al gobierno y régimen interior del mismo y al personal a su servicio. Elabora su propio presupuesto, que se integra en los Generales del Estado en una sección independiente y es aprobado por las Cortes Generales (art. 6 LOTC).

Historia

El Tribunal de Cuentas es una de las instituciones más antiguas de España³⁵⁸. La figura de los Contadores Mayores existe desde el siglo XIV, si bien la denominación de Tribunal de la Contaduría Mayor de Cuentas empezó a utilizarse hacia la mitad del siglo XVI. En 1828 pasa a llamarse Tribunal Mayor de Cuentas, eliminando específicamente la palabra Contaduría de su título, aunque durante todo este tiempo las leyes y documentos oficiales alternaron los tres términos. A partir de 1851 empieza a denominarse Tribunal de Cuentas del Reino, de la Nación o de la República, según el período histórico. Entre 1924 y 1930 ostentó el título de Tribunal Supremo de la Hacienda Pública e Intervención General. La Constitución de 1978 zanja la cuestión nominativa refiriéndose a la institución como Tribunal de Cuentas y respetando y conservando en todo su tradición histórica.

³⁵⁸ Sobre la historia de la institución, resultan interesantes los siguientes estudios: FERNÁNDEZ PIRLA, José María, *Las ordenanzas contables de Juan II de Castilla, Tribunal de Cuentas*, Servicio de Publicaciones, D.L. Madrid, 1985; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Perfiles constitucionales del Tribunal de Cuentas, El Tribunal de Cuentas en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982; MANTECA VALDELANDE, Víctor, *Formación del control externo del sector público en la España contemporánea: el Tribunal de Cuentas, origen y evolución*, Sindicatura de Comptes, Valencia, 2002; MENDIZABAL ALLENDE, Rafael de, *El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la administración contemporánea*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2000.

Órganos

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 19 LOTC, son órganos del Tribunal de Cuentas los siguientes:

- a) El Presidente
- b) El Pleno
- c) La Comisión de Gobierno
- d) La Sección de Fiscalización
- e) La Sección de Enjuiciamiento
- f) Los Consejeros de Cuentas
- g) La Fiscalía
- h) La Secretaría General

El Presidente

Son atribuciones del Presidente (art. 20):

- a) Representar al Tribunal.
- b) Convocar y presidir el Pleno y la Comisión de Gobierno, así como decidir con voto de calidad en caso de empate.
- c) Ejercer la jefatura superior del personal al servicio del mismo y las funciones relativas a su nombramiento, contratación, gobierno y administración en general.
- d) Disponer los gastos propios del Tribunal y la contratación de obras, bienes, servicios, suministros y demás prestaciones necesarias para su funcionamiento.
- e) Las demás que le reconozca la Ley.
- f) Resolver las demás cuestiones de carácter gubernativo no asignadas a otros órganos del Tribunal.

El Pleno

Composición

Conforme al art. 21 LOTC, el Tribunal en pleno está integrado por doce Consejeros de Cuentas -uno de los cuales es el Presidente- y el Fiscal.

Funciones

Corresponde al Pleno:

- a) Ejercer la función fiscalizadora.
- b) Plantear los conflictos que afecten a las competencias o atribuciones del Tribunal.
- c) Conocer de los recursos de alzada contra las resoluciones administrativas dictadas por órganos del Tribunal.
- d) Las demás funciones que se determinen en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

El artículo 3 LFCA amplía estas funciones con las siguientes:

- a. Aprobar el programa de fiscalizaciones de cada año y elevarlo a la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de las fiscalizaciones que éste deba realizar a iniciativa de las Cortes Generales y, en su ámbito, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, según el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1982.
- b. Acordar la iniciación de los procedimientos de fiscalización de los distintos subsectores del Sector público previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1982, y, en su caso, de las entidades singulares que forman parte de ellos, tomar conocimiento de su desarrollo e incidencias, así como de la situación del examen y comprobación de cuentas en los distintos departamentos en que se estructure la sección de fiscalización y de la que mantengan los procedimientos jurisdiccionales en la sección de enjuiciamiento.
- c. Aprobar las memorias o informes, mociones o notas a que puedan dar lugar los procedimientos de fiscalización, así como las medidas a proponer, en su caso, para la mejora de la gestión económico-financiera del Sector público, y elevar unas y otras a las Cortes Generales y, además en lo que les afecte, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y a los Plenos de las Corporaciones Locales.
- d. Aprobar el informe a elevar a las Cortes Generales sobre los proyectos financiados con cargo al fondo de compensación interterritorial, en los términos prevenidos en la legislación reguladora de dicho Fondo.
- e. Avocar el conocimiento de cuestiones sobre responsabilidad contable exigida con arreglo a normas específicas en vía administrativa y trasladarlas a la sección de enjuiciamiento.

- f. Establecer y modificar la organización departamental de la sección de fiscalización, así como crear en la de enjuiciamiento las Salas que las necesidades del servicio requieran, todo ello dentro de las previsiones presupuestarias y con respeto a los criterios organizativos establecidos en esta Ley.
- g. Establecer las directrices técnicas a que deban sujetarse los diferentes procedimientos de fiscalización.
- h. Aprobar el anteproyecto del presupuesto del Tribunal para su integración en los Presupuestos Generales del Estado, así como las relaciones de puestos de trabajo y sus modificaciones y la oferta de empleo público.
- i. Otorgar las autorizaciones pertinentes, respecto del presupuesto aprobado por las Cortes Generales, para efectuar las transferencias de créditos que resulten necesarias.
- j. Resolver los recursos de alzada contra las disposiciones y actos adoptados por el resto de los órganos del Tribunal en el ejercicio de funciones gubernativas o en materia de personal.
- k. Elegir y remover libremente al Secretario General, al Interventor y al Director y Adjuntos del gabinete técnico.
- l. Incoar los expedientes sobre incapacidad, incompatibilidad o incumplimiento grave de los deberes del cargo en que hubieran podido incurrir los consejeros y elevarlos ulteriormente para la resolución que proceda a la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas.
- m. Conocer de los incidentes de recusación cuando ésta afectara a todos o la mayoría de los Consejeros de una Sala del Tribunal.
- n. Aprobar la relación de puestos de trabajo y la oferta de empleo público del Tribunal.
- ñ. Determinar los requisitos exigidos para el desempeño de los puestos de trabajo del Tribunal y la naturaleza de las funciones que exija la adscripción exclusiva de puestos de trabajo a cada una de las distintas categorías de funcionarios al servicio del Tribunal.
- o. Establecer delegaciones del Tribunal para la instrucción de las diligencias previas a la exigencia de responsabilidades en vía jurisdiccional en aquellos servicios u organismos cuya importancia o complejidad lo aconsejen.
- p. Proponer a las Cortes Generales el planteamiento de conflictos que afecten a las competencias o atribuciones del Tribunal.
- q. Otorgar autorización para contratar obras, servicios y suministros en los supuestos en que la legislación general de contratación del Estado exige la autorización del Consejo de Ministros.

Normas básicas de funcionamiento

El Pleno se reúne, previa convocatoria del Presidente, notificada con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, al menos una vez dentro de cada mes, salvo en el período de vacaciones del Tribunal, y en cuantas ocasiones aquél lo convoca con causa justificada, o lo soliciten tres miembros del Pleno, acompañándose a la convocatoria el correspondiente orden del día (art. 4 LFTC).

El quórum para la válida constitución del Pleno es de dos tercios de sus componentes. Sus acuerdos se adoptan por mayoría de los asistentes, salvo en los casos en que, específicamente, la ley exija una mayoría cualificada. No obstante, queda válidamente constituido el Pleno, aunque no se hubiesen cumplido los requisitos de la convocatoria, cuando se hallan reunidos todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad.

No podrá ser objeto de acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del Pleno y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

Las deliberaciones del Pleno tienen carácter reservado, debiendo guardar secreto de las mismas los asistentes y cuantos pudieran conocerlas por razón de sus funciones en el Tribunal (art. 5 LFTC). Respecto de la adopción de acuerdos, los consejeros y el fiscal pueden, en su caso, hacer constar en acta su voto contrario al acuerdo adoptado y los motivos que lo justifiquen, siempre que éstos se aporten dentro de los dos días siguientes al de la adopción del acuerdo de que se trate. El contenido de tales votos particulares se incorpora a las memorias, informes, mociones o notas que deba remitir el Tribunal a las Cortes Generales, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, al Gobierno o a las distintas entidades y organismos del Sector público.

La Comisión de Gobierno

Composición

La Comisión de Gobierno se compone del Presidente y los Consejeros de Cuentas Presidentes de Sección (art. 22 LOTC).

Funciones

Corresponde a la Comisión de Gobierno:

- a) Establecer el régimen de trabajo del personal.
- b) Ejercer la potestad disciplinaria en los casos de faltas muy graves respecto del personal al servicio del Tribunal.
- c) Distribuir los asuntos entre las Secciones.
- d) Nombrar los Delegados instructores.
- e) Las demás facultades que le atribuye la Ley de Funcionamiento del Tribunal.

El artículo 6 LFTC amplía esta relación con las siguientes atribuciones:

- a. Mantener relaciones permanentes con las Cortes Generales a través de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas.
- b. Proponer al Pleno del Tribunal la elección y remoción de los cargos de Secretario General, Interventor y Director y Adjuntos del Gabinete Técnico.
- c. Aprobar las bases de los concursos y pruebas selectivas para el acceso a los cuerpos de funcionarios del Tribunal y los programas para la realización de las pruebas correspondientes, así como proponer al Presidente la designación de los miembros de los Tribunales calificadoros.
- d. Preparar las sesiones del Pleno, elaborando y proponiendo al Presidente el oportuno orden del día.
- e. Proponer al Pleno del Tribunal el proyecto de relaciones de puestos de trabajo, así como sus modificaciones.
- f. Adscribir y remover a los funcionarios de las unidades en que el Tribunal de Cuentas se organice una vez ultimados los oportunos procedimientos de selección y provisión.
- g. Proponer al Pleno la contratación de expertos de conformidad con el artículo 7.4 de la Ley Orgánica 2/1982, con la limitación establecida en el artículo 33.4 de dicha Ley.
- h. Ejercer, en materia de personal y régimen de trabajo, las facultades que le atribuye esta Ley y las no reservadas específicamente al Pleno, al Presidente del Tribunal o a órganos de la Administración del Estado.
- i. Otorgar autorización para contratar obras, bienes, servicios y suministros en los casos en que el presupuesto correspondiente exceda de cinco millones de pesetas, o en que se trate de gastos que no tengan carácter ordinario y periódico.

Normas básicas de funcionamiento

Los preceptos relativos al Pleno son aplicables también al funcionamiento de la Comisión de Gobierno en cuanto se refieren a la convocatoria, constitución, deliberaciones y levantamiento de actas.

La Sección de Fiscalización

Composición

La Sección de Fiscalización está integrada por su Presidente y por los Consejeros que tengan a su cargo los departamentos sectoriales y territoriales en que la sección se divide, al frente de cada uno de los cuales está un Consejero de Cuentas. El Fiscal del Tribunal designa los Abogados Fiscales adscritos al Departamento.

Los departamentos territoriales llevan a cabo la fiscalización de la actividad económico-financiera de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

La organización de la Sección de Fiscalización en departamentos sectoriales se acomoda, en la medida de lo posible, a las grandes áreas de la actividad económico-financiera del Sector público, con el fin de conseguir la máxima eficiencia y economía de la función fiscalizadora del Tribunal.

La estructura interna de cada departamento de la Sección de Fiscalización se acomoda a las necesidades que en cada momento determine el Pleno del Tribunal, en la siguiente forma:

1. Las unidades técnicas que sean precisas para una mejor racionalización y especialización en el desarrollo de los cometidos asignados a cada departamento, dotadas del personal técnico, administrativo y auxiliar necesario.
2. Las unidades técnicas pueden articularse en otras subdivisiones, según determinen las relaciones de puestos de trabajo.

Funciones

La Sección de Fiscalización se ocupa de la verificación de la contabilidad de las Entidades del Sector público y el examen y comprobación de las cuentas que han de someterse a la fiscalización del Tribunal (art. 23 LOTC). Además de estas funciones determinadas en la ley orgánica, los arts. 8 y 9 LFTC atribuyen a la Sección de Fiscalización el examen de los procedimientos fiscalizadores tramitados en los distintos departamentos sectoriales y territoriales en que la misma se estructura y la propuesta al Pleno de las memorias o informes, mociones, notas o medidas que corresponda elevar a las Cortes Generales. También corresponden a los diferentes departamentos sectoriales y territoriales de la Sección de Fiscalización la verificación de la contabilidad y el examen y comprobación de las cuentas que han de someterse a la fiscalización del Tribunal y la tramitación de los correspondientes procedimientos fiscalizadores de acuerdo con el Plan de fiscalización debidamente aprobado, al que se unen las demás iniciativas de fiscalización, y, asimismo, de conformidad con las directrices técnicas que el Pleno haya podido establecer (arts. 8 y 9 LFTC).

La Sección de Enjuiciamiento

Composición

La Sección de Enjuiciamiento se divide en Salas, integradas por un Presidente y dos Consejeros de Cuentas, y asistidas por uno o más Secretarios.

Funciones

Las Salas conocen:

- de las apelaciones contra las resoluciones en primera instancia dictadas por los Consejeros de Cuentas en los juicios de cuentas,

- los procedimientos de reintegro por alcance y los expedientes de cancelación de fianzas; y,
- en instancia o por vía de recurso, de los asuntos que determine la Ley de Funcionamiento del Tribunal.

En este último sentido, además de las funciones jurisdiccionales, corresponde a la Sección de Enjuiciamiento (art. 12 LFTC):

- a. Preparar la memoria de las actuaciones jurisdiccionales del Tribunal durante el ejercicio económico correspondiente y formular la oportuna propuesta al Pleno.
- b. Someter al Pleno las modificaciones que deban introducirse en la estructura de la sección, así como la creación de nuevas Salas cuando el número de los asuntos lo aconseje.
- c. Sentar los criterios con arreglo a los cuales deba efectuarse el reparto de asuntos entre las Salas y entre los Consejeros de la Sección de enjuiciamiento.

El artículo 11 LFTC prevé que en la Sección de Enjuiciamiento exista una unidad administrativa, dotada del personal técnico, administrativo y auxiliar necesario, encargada de la tramitación y, en su caso, vigilancia de las actuaciones instructoras previas a la exigencia de responsabilidades contables en los procedimientos de reintegro por alcance.

Los Consejeros de Cuentas

Compete a los Consejeros de Cuentas la resolución en primera o única instancia de los siguientes asuntos (art. 25 LOTC):

- a) Los juicios de las cuentas.
- b) Los procedimientos de reintegro por alcance.
- c) Los expedientes de cancelación de fianzas.

Corresponde a los Consejeros de cuentas titulares de los departamentos sectoriales y territoriales de la sección de fiscalización (art. 13 LFTC):

- a. Representar al departamento ante los restantes órganos del Tribunal.
- b. Impulsar, dirigir, distribuir, coordinar e inspeccionar el trabajo en el departamento.
- c. Aprobar, rectificar o rechazar las propuestas que les formulen las distintas unidades.
- d. Ejercer la potestad disciplinaria en los supuestos de faltas leves.

Además de la competencia jurisdiccional, corresponde a los Consejeros de cuentas adscritos a la Sección de Enjuiciamiento ejercer la vigilancia e inspección sobre los procedimientos de su competencia y la potestad disciplinaria sobre el personal de la sección en caso de faltas leves (art. 14 LFTC).

La Fiscalía

Composición

La Fiscalía del Tribunal de Cuentas, dependiente funcionalmente del Fiscal General del Estado, está integrada por el Fiscal y los Abogados Fiscales (art. 27 LOTC).

Funciones

La Fiscalía del Tribunal de Cuentas ejerce sus funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad, y en la forma determinada por su legislación orgánica con las particularidades establecidas en la Ley (art. 16 LFTC). En especial, son funciones de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas:

- a. Consignar su dictamen escrito en las cuentas generales y en las memorias, mociones y notas del Tribunal, en orden a las responsabilidades contables que de ellas puedan resultar.
- b. Ser oído en los procedimientos de fiscalización del Tribunal antes de su aprobación definitiva y solicitar la práctica de las diligencias que estime convenientes en orden a la depuración de las responsabilidades contables que de aquéllos puedan resultar.
- c. Tomar conocimiento de todos los procedimientos fiscalizadores y jurisdiccionales que se sigan en el Tribunal a efectos de esclarecer las posibles responsabilidades contables que de ellos puedan derivarse.
- d. Ejercitar la acción de responsabilidad contable y deducir las pretensiones de esta naturaleza en los juicios de cuentas y procedimientos de reintegro por alcance.

La Secretaría General

Composición

El Secretario General del Tribunal es elegido entre funcionarios integrantes del Cuerpo Superior de Letrados del Tribunal de Cuentas, del Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas, o de los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social, integrados en el grupo A, con destino en el Tribunal de Cuentas.

La Secretaría General se organiza en las unidades administrativas necesarias para atender la tramitación de expedientes de toda índole y la gestión de asuntos generales, gubernativos y de personal al servicio del Tribunal, asuntos económicos y presupuestarios, inspección y funcionamiento de los servicios propios del mismo, compras y adquisiciones, informatización y procesamiento de datos, registro general, archivo y biblioteca.

Funciones

La Secretaría General desempeña las funciones conducentes al adecuado ejercicio de las competencias gubernativas del Presidente, del Pleno y de la Comisión de Gobierno en todo lo relativo al régimen interior del Tribunal de Cuentas (art. 28 LOTC), así como las de gestión, tramitación, documentación y registro de los asuntos de la competencia del Presidente, Pleno y la Comisión de Gobierno (art. 17 LFTC).

El Presidente puede delegar en el Secretario General el ejercicio de las competencias que le corresponden en materia de personal y como órgano de contratación, que no requiera previa autorización o conocimiento del Pleno o de la Comisión de Gobierno.

Igualmente, el Secretario General ejerce las funciones de Secretario del Pleno, con voz pero sin voto, y redacta las actas, que recogen el resultado de las deliberaciones y los acuerdos que se adopten.

Miembros

Presidente del Tribunal de Cuentas

El Presidente del Tribunal de Cuentas es nombrado de entre sus miembros por el Rey, a propuesta del Pleno y por un período de tres años (art. 29 LOTC).

De acuerdo con el art. 20 LOTC, son atribuciones del Presidente:

- a. Representar al Tribunal.
- b. Convocar y presidir el Pleno y la Comisión de Gobierno así como decidir con voto de calidad en caso de empate.
- c. Ejercer la jefatura superior del personal al servicio del mismo y las funciones relativas a su nombramiento, contratación, gobierno y administración en general.
- d. Disponer los gastos propios del Tribunal y la contratación de obras, bienes, servicios, suministros y demás prestaciones necesarias para su funcionamiento.
- e. Las demás que le reconozca la Ley.
- f. Resolver las demás cuestiones de carácter gubernativo no asignadas a otros órganos del Tribunal.

El artículo 2.1 LFCA amplía estas atribuciones con las siguientes:

- a. Fijar los correspondientes órdenes del día del Pleno y la Comisión de Gobierno, dirigir las deliberaciones y disponer la ejecución de los acuerdos de uno y otra.
- b. Convocar pruebas selectivas para cubrir las vacantes existentes en los Cuerpos del Tribunal o en el personal laboral, de acuerdo con la oferta de empleo aprobada por el Pleno; designar los miembros de los Tribunales calificadores previa propuesta de la Comisión de Gobierno, e instar la convocatoria de los procedimientos para la

provisión de los puestos de trabajo correspondientes a funcionarios al servicio del propio Tribunal.

- c. Efectuar los nombramientos del personal al servicio del Tribunal y disponer, en su caso, su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.
- d. Promover y ejercer la potestad disciplinaria en caso de faltas graves.
- e. Declarar las situaciones administrativas en que deban quedar los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos del Tribunal y la jubilación de los mismos cuando proceda.
- f. Comunicar a las Cortes Generales las vacantes de Consejeros de cuentas que ocurran para que se provea acerca de su sustitución.
- g. Ejercer la superior inspección de los servicios propios del Tribunal y asegurar la coordinación, eficacia y buen funcionamiento de los mismos, adoptando las medidas que en cada caso considere necesarias y designando los funcionarios precisos dentro de las previsiones presupuestarias y de la correspondiente relación de puestos de trabajo.
- h. Designar los Consejeros que hayan de integrar las Salas de la sección de enjuiciamiento cuando no basten los inicialmente adscritos a la misma, según un turno de rigurosa rotación entre los mismos.
- i. Nombrar y separar libremente al personal eventual, a propuesta, en su caso, de los consejeros, dentro de las previsiones presupuestarias y de la correspondiente relación de puestos de trabajo.
- j. Disponer, con sujeción a la Ley General Presupuestaria y a la legislación de contratos y patrimonio del Estado, los gastos propios del Tribunal y contratar las obras, bienes, servicios, suministros y demás prestaciones necesarias para su adecuado funcionamiento cuando hayan sido autorizados por el Pleno o la Comisión de Gobierno, o tengan carácter ordinario y periódico.

La elección del Presidente se efectúa, en votación secreta, por los Consejeros de Cuentas, reunidos en sesión el mismo día de su toma de posesión, y, si no fuera posible, el siguiente día hábil (art. 21 LFTE). Para la elección de Presidente, en primera votación, se requiere la mayoría absoluta de los Consejeros. Si ésta no se alcanza, se procede a una segunda votación, en la que resultará elegido quien obtuviere mayor número de votos. En caso de empate se efectuaría una última votación y, si éste se repitiese, el nombramiento recaerá en el Consejero de más edad. Hecha la elección, se convoca, para el siguiente día hábil, al Tribunal en Pleno, que examina la legalidad de aquélla y remite la propuesta al presidente del Congreso de los Diputados que la eleva al Rey.

Finalizado el período de tres años por el que es elegido, o en el supuesto de que se produjese, la vacante del cargo, los Consejeros, procederán a la elección del Presidente por otro período igual o por el que, en su caso, faltase para completar el período de tres años o para la total renovación del Tribunal.

En los casos de vacante, ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento legal del Presidente, le sustituyen en sus funciones los Presidentes de la Sección de Fiscalización y enjuiciamiento, por este orden, y, en defecto de los mismos, el Consejero de más edad.

Consejeros de Cuentas

Los Consejeros de Cuentas son designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años, entre Censores del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional.

Los Consejeros de Cuentas del Tribunal son independientes e inamovibles (art.30 LOTC). Si durante el período de nueve años por el que son designados se produjese alguna vacante de Consejero, el Presidente del Tribunal, o quien legalmente le sustituya, procederá en la forma establecida en el párrafo anterior, al objeto de que se elija Consejero por el tiempo que reste del mandato del inicialmente designado (art. 22 LFTC). Los Consejeros de cuentas continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hayan de sucederles.

Presidentes de las Secciones de Fiscalización

Los Presidentes de las Secciones de Fiscalización y de Enjuiciamiento son designados por el Tribunal entre los Consejeros de cuentas, a propuesta del Pleno (art. 31 LOTC), por un período de tres años (art. 23 LFTC), en la misma sesión en que se haya de elegir al Presidente del Tribunal, por el mismo procedimiento y a continuación de la de éste.

En los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otro motivo de imposibilidad legal, los Presidentes de las secciones son sustituidos por el Consejero de más edad de cada una de ellas (art. 23.4 LFTC).

Estatuto del Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas

Deberes

Los Consejeros del Tribunal de Cuentas ejercen sus funciones de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a las mismas, cuidan del despacho pronto y eficaz de los asuntos que les hubieren correspondido, asisten a cuantas reuniones plenarias o comisiones son convocadas y no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones (art. 24.1 LFTC).

Situación administrativa

El cargo de Consejero del Tribunal de Cuentas, cuando el que lo ostente sea funcionario público de la Administración del Estado, autonómica, local o institucional o miembro de las Carreras Judicial o Fiscal, o perteneciera a otra Carrera, Cuerpo o empleo no sometido a la legislación general de la función pública, implica la declaración en la situación de servicios especiales o equivalente en el cuerpo o carrera de procedencia.

Inelegibilidad

No pueden ser designados Consejeros de Cuentas quienes en los dos años anteriores hubieran estado comprendidos en alguno de los supuestos siguientes:

- a) Las autoridades o funcionarios que tengan a su cargo la gestión, inspección o intervención de los ingresos y gastos del Sector público.
- b) Los Presidentes, Directores y miembros de los Consejos de Administración de los Organismos autónomos y Sociedades integrados en el Sector público.
- c) Los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores públicos.
- d) Los perceptores de las subvenciones con cargo a fondos públicos.
- e) Cualquiera otra persona que tenga la condición de cuentadante ante el Tribunal de Cuentas.

Régimen de incompatibilidades

Los miembros del Tribunal de Cuentas están sujetos a las mismas causas de incapacidad, incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los Jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Si el nombramiento recae en quien ostente la condición de Senador o Diputado, el mismo habrá de renunciar a su escaño antes de tomar posesión. El nombramiento de los miembros del Tribunal de Cuentas implica en su caso la declaración del interesado en la situación de excedencia especial o equivalente en la Carrera o Cuerpo de procedencia (art. 34 LOTC).

Abstención y recusación

Los Consejeros del Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de la función jurisdiccional, deben abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados, cuando concurra justa causa. Se entienden justas causas de abstención y recusación las señaladas en las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Civil. El art. 24.2 LFTC especifica que el Presidente y los Consejeros tienen la obligación de inhibirse del conocimiento de los asuntos que afecten a entidades en cuya dirección asesoramiento o administración hubieran participado, o con la que hubieran mantenido cualquier clase de relación interesada, ellos mismos o personas de su familia dentro del segundo grado civil por consanguinidad o afinidad.

La responsabilidad civil o criminal en que puedan incurrir los miembros del Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones se debe exigir ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo (art. 35 LOTC). Por su parte, la responsabilidad disciplinaria del Fiscal se deducirá en la forma que determine el Estatuto del Ministerio Fiscal.

Cese

El Presidente y los Consejeros de Cuentas del Tribunal no pueden ser removidos de sus cargos sino por agotamiento de su mandato, renuncia aceptada por las Cortes Generales, incapacidad, incompatibilidad o incumplimiento grave de los deberes de su cargo (art. 36 LOTC). Este último supuesto de responsabilidad disciplinaria se produce no sólo por incumplimiento grave de los deberes del cargo, sino también por haber sido declarados, en virtud de sentencia firme, responsables civilmente por dolo o condenados por delito doloso.

En los casos de agotamiento del mandato y de renuncia, el cese tendrá lugar sin necesidad de ningún procedimiento especial, una vez producidos los presupuestos de que uno y otra dependan. En los restantes supuestos de cese, será necesaria la tramitación de expediente contradictorio, iniciado en virtud de acuerdo de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, o de acuerdo del propio Pleno del Tribunal, adoptado por mayoría simple de los asistentes cuando se trate de causas de incapacidad o incompatibilidad y por mayoría de tres cuartas partes de sus miembros de derecho cuando se trate de incumplimiento grave de los deberes del cargo.

La tramitación del expediente de responsabilidad disciplinaria se ajustará a lo establecido para el procedimiento sancionador en la Ley de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio de ciertas particularidades detalladas en el art. 25 LFTC.

Fiscal del Tribunal de Cuentas

El Fiscal del Tribunal de Cuentas es nombrado por el Gobierno entre miembros de la Carrera Fiscal, en la forma determinada en el Estatuto del Ministerio Fiscal (art. 32 LOTC).

El personal al servicio del Tribunal de Cuentas y su estatuto

Dispone el art. 89 LFTC que el personal al servicio del Tribunal de Cuentas está integrado por el personal funcionario, el personal contratado y el personal eventual.

Son funcionarios al servicio del Tribunal de Cuentas:

- a. Los integrantes del Cuerpo Superior de Letrados del Tribunal de Cuentas.
- b. Los integrantes del Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas.
- c. Los pertenecientes a los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social, integrados en el grupo A, con destino en el Tribunal de Cuentas, en

número que no sobrepasará el total de las plantillas de los cuerpos superiores de Letrados y Auditores de éste.

- d. Los integrantes del Cuerpo de Contadores Diplomados del Tribunal de Cuentas.
- e. Los pertenecientes a los Cuerpos de las Administraciones Públicas y Seguridad Social clasificados en los grupos B, C y D, con excepción de los contemplados en el artículo 1.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, con destino en el Tribunal de Cuentas.
- f. Los pertenecientes al Cuerpo General Subalterno de la Administración del Estado, también con destino en el Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas, dentro del crédito disponible, puede contratar personal laboral para aquellos puestos de trabajo de carácter permanente que figuren incluidos en la correspondiente relación de puestos de trabajo de personal laboral. Puede asimismo contratar personal interino de acuerdo con la legislación de la función pública para vacantes de puestos incluidos en la relación de puestos de trabajo de personal funcionario, cuando existan razones de urgente necesidad.

El personal eventual solo puede ejercer funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial de los consejeros de cuentas. Su cese será automático cuando se produzca el del Consejero a cuyo servicio esté adscrito. En ningún caso el personal eventual puede ocupar puestos de trabajo asignados en la relación de puestos de trabajo a funcionarios comprendidos en el párrafo anterior.

De acuerdo con el art. 37 LOTC, el personal al servicio del Tribunal de Cuentas está sujeto al régimen general de la Función Pública y a sus incompatibilidades. Dispone el art. 88 LFTC que el personal que preste sus servicios al Tribunal de Cuentas, retribuidos con cargo a las consignaciones de personal que figuren en su presupuesto, se rige, tenga o no la condición de funcionario, por los preceptos de la LFTC y, en lo no previsto, por la legislación general de la función pública, y por las disposiciones de régimen interior que le sean aplicables.

El régimen de selección, provisión de puestos de trabajo, derechos, deberes, incompatibilidades, bases del régimen de retribuciones, Seguridad Social, extinción de la relación del servicio y régimen disciplinario de los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas, así como de los integrantes del Cuerpo de Contadores Diplomados del mismo, es el establecido en la legislación general de la función pública (art. 93 LFTC). La provisión de los puestos de trabajo de los funcionarios al servicio del Tribunal de Cuentas que no pertenezcan a los cuerpos de funcionarios mencionados en el apartado anterior se rige igualmente por las correspondientes normas de la legislación general de la función pública. La convocatoria y resolución de los correspondientes procedimientos y la provisión de puestos de trabajo se resuelven por la Comisión de Gobierno del Tribunal.

El desempeño de la Función Pública en el Tribunal de Cuentas resulta incompatible con cualquier otra función, destino o cargo, así como con el ejercicio profesional y con la intervención en actividades industriales, mercantiles o profesionales, incluso las consultivas y las de asesoramiento, siempre que perjudiquen la imparcialidad o independencia profesional del funcionario, o guarden relación con Entidades que, no integrando el Sector público, utilicen fondos públicos que deban ser fiscalizados o enjuiciados por el Tribunal de Cuentas.

Funciones del Tribunal de Cuentas

De acuerdo con el art. 2 LOTC, son funciones propias del Tribunal de Cuentas:

- a) La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del Sector público.
- b) El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

El Tribunal de Cuentas ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico (art. 5 LOTC). En particular, el Tribunal ajusta su actuación a los procedimientos establecidos en su Ley de Funcionamiento, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica (art. 44 LOTC).

Para ejercer eficazmente sus funciones, la ley habilita al Tribunal (art. 7 LOTC) para exigir la colaboración de todas las Entidades que conforma el Sector público (de acuerdo con lo que entiende por tal el art. 4 LOTC), que están obligadas a suministrarle cuantos datos, estados, documentos, antecedentes o informes solicite relacionados con el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional.

En tales casos, la petición se efectúa por conducto del Ministerio, Comunidad o Corporación correspondiente. El incumplimiento de los requerimientos del Tribunal podrá suponer la aplicación de las sanciones que se establecen en su Ley de Funcionamiento. Si los requerimientos se refieren a la reclamación de justificantes de inversiones o gastos públicos y no son cumplidos en el plazo solicitado, se iniciará de oficio el oportuno expediente de reintegro. El Tribunal de Cuentas debe poner en conocimiento de las Cortes Generales la falta de colaboración de los obligados a prestársela.

El Tribunal también puede comisionar a expertos que tengan titulación adecuada al objeto de inspeccionar, revisar y comprobar la documentación, libros, metálico, valores, bienes y existencias de las Entidades integrantes del Sector público, las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del Sector público percibidas por personas físicas o jurídicas y, en general, para comprobar la realidad de las operaciones reflejadas en sus cuentas y emitir los informes correspondientes.

Los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas han de ser resueltos por el Tribunal Constitucional (art. 8 LOTC). Los requerimientos de inhibición hechos al Tribunal de Cuentas no producen la suspensión del respectivo procedimiento.

La función fiscalizadora

Como ya hemos señalado, entre las funciones propias del Tribunal de Cuentas se encuentra, de acuerdo con el art. 2 LOTC, “la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la

actividad económico-financiera del Sector público”³⁵⁹. El Sector público se integra por (art. 4 LOTC):

- a) La Administración del Estado.
- b) Las Comunidades Autónomas.
- c) Las Corporaciones Locales.
- d) Las entidades gestoras de la Seguridad Social.
- e) Los Organismos autónomos.
- f) Las Sociedades estatales y demás Empresas públicas.

Además de estas entidades, corresponde al Tribunal de Cuentas la fiscalización de las subvenciones³⁶⁰, créditos, avales u otras ayudas del Sector público percibidas por personas físicas o jurídicas.

La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se refiere al sometimiento de la actividad económico-financiera del Sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía (art. 9 LOTC). El Tribunal de Cuentas ejerce su función en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos.

El Tribunal de Cuentas, por delegación, de las Cortes Generales, procede al examen y comprobación de la Cuenta General del Estado dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que se haya rendido. El Pleno, oído el Fiscal, dicta la declaración definitiva que le merezca para elevarla a las Cámaras con la oportuna propuesta, dando traslado al Gobierno (art. 10 LOTC).

El Tribunal de Cuentas fiscaliza en particular (art. 11 LOTC):

- a) Los contratos celebrados por la Administración del Estado y las demás Entidades del Sector público en los casos en que así esté establecido o que considere conveniente el Tribunal.

³⁵⁹ Acerca de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, cf. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, *La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, El Tribunal de Cuentas en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982; GARCÍA VÁZQUEZ, José Manuel, "La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas y los procedimientos de auditoría", en *Seminarios 1984, Tribunal de Cuentas*, 1985, pp. 453-480; GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, "La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas respecto a los ingresos públicos", en *Seminarios 1985, Tribunal de Cuentas*, 1987, pp. 223-252; MARTÍNEZ GÓMEZ, Alejandro, "La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas. El desarrollo real de sus procedimientos", en *Cuadernos de derecho judicial*, nº 19 (2003), pp. 67-94.

³⁶⁰ Cf. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán José, "Problemática del control de las subvenciones por el Tribunal de Cuentas", en *Seminarios 1984, Tribunal de Cuentas*, 1985, pp. 1-22.

b) La situación y las variaciones del patrimonio del Estado y demás Entidades del Sector público.

c) Los créditos extraordinarios y suplementarios, así como las incorporaciones, ampliaciones, transferencias y demás modificaciones de los créditos presupuestarios iniciales.

Informes y memorias

El resultado de la fiscalización se expone por medio de informes o memorias ordinarias o extraordinarias y de mociones o notas que se elevan a las Cortes Generales y se publican en el Boletín Oficial del Estado. Cuando la actividad fiscalizadora se refiere a las Comunidades Autónomas o a Entidades que de ellas dependan, el Informe se remite, asimismo, a la Asamblea Legislativa de la respectiva Comunidad y se publica también en su Boletín Oficial. El Tribunal de Cuentas hace constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiere incurrido y de las medidas para exigirla.

Memoria anual

El Informe o Memoria anual que el Tribunal debe remitir a las Cortes Generales en virtud del art. 136.2 CE comprende el análisis de la Cuenta General del Estado y de las demás del Sector público. Se extiende, además, a la fiscalización de la gestión económica del Estado y del Sector público y, entre otros, a los extremos siguientes:

a) La observancia de la Constitución, de las Leyes reguladoras de los Ingresos y Gastos del Sector público y, en general, de las normas que afecten a la actividad económico-financiera del mismo.

b) El cumplimiento de las previsiones y la ejecución de los Presupuestos del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y de las demás Entidades sujetas a régimen presupuestario público.

c) La racionalidad en la ejecución del gasto público basada en criterios de eficiencia y economía.

d) La ejecución de los programas de actuación, inversiones y financiación de las Sociedades estatales y de los demás planes o previsiones que rijan la actividad de las Empresas públicas, así como el empleo o aplicación de las subvenciones con cargo a fondos públicos.

El informe contiene una Memoria de las actuaciones jurisdiccionales del Tribunal durante el ejercicio económico correspondiente. Idéntico informe es remitido anualmente a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para el control económico y presupuestario de su actividad financiera.

Propuestas

El Tribunal de Cuentas propone las medidas a adoptar, en su caso, para la mejora de la gestión económico-financiera del Sector público. Cuando las medidas propuestas por el

Tribunal de Cuentas se refieran a la gestión económico-financiera de las Comunidades Autónomas o Entidades del Sector público de ellas dependientes, la Asamblea Legislativa correspondiente, en el ámbito de su competencia, entenderá de la propuesta y dictará, en su caso, las disposiciones necesarias para su aplicación.

Iniciativa e impulso del procedimiento

Los procedimientos para el ejercicio de la función fiscalizadora se impulsan de oficio en todos sus trámites (art. 45 LOTC). La iniciativa corresponde al propio Tribunal, a las Cortes Generales y, en su ámbito, a las Asambleas Legislativas u otros órganos representativos análogos que se constituyan en las Comunidades Autónomas.

El enjuiciamiento contable

El enjuiciamiento contable es una jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, que la ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos (art. 15 LOTC). La jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión³⁶¹.

El art. 16 LOTC excluye de la jurisdicción contable el enjuiciamiento de:

- a) Los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional.
- b) Las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa.

³⁶¹ Sobre el enjuiciamiento contable, cf. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, Claro José, "El Tribunal de Cuentas como órgano con "propia jurisdicción" y la Hacienda pública", en *Derechos y garantías del contribuyente*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 355-371; FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, Servando, "La jurisdicción del Tribunal de Cuentas", en *Presupuesto y gasto público*, nº 10 (1981), pp. 51-66; GALÁN SÁNCHEZ, Rosa María, "El enjuiciamiento contable: (el control de la gestión de fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)", Ministerio de Hacienda, Madrid, 2001; MEDINA, Javier: "La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas", en *Análisis local*, nº 49 (2003), pp. 51-58; MEDINA GUIJARRO, Javier, "Presente y futuro del enjuiciamiento contable del tribunal de cuentas", en *Revista española de control externo*, nº 1 (1999), pp. 121-142; NOFUENTES, Manuel, "Pretensión, alcance y responsabilidades en los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas", en *Seminarios 1984*, Tribunal de Cuentas, Madrid, 1985, pp. 87-104; VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis, "La jurisdicción del Tribunal de Cuentas: desde la Constitución Española de 1978 hasta la nueva Ley General Presupuestaria de 2003 (I)", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2 (2004), pp. 1582-1593; VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis, "La jurisdicción del Tribunal de Cuentas: desde la Constitución Española de 1978 hasta la nueva Ley General Presupuestaria de 2003 (y II)", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2 (2004), pp. 1594-1600.

c) Los hechos constitutivos de delito o falta.

d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial.

La jurisdicción contable se caracteriza por ser necesaria e improrrogable, exclusiva y plena (art. 17 LOTC). Se extenderá, a los solos efectos del ejercicio de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente. La decisión que se pronuncie no produce efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable.

Además, la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil es determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia (art. 17 LOTC).

Competencia

La competencia de los órganos de la jurisdicción contable no es prorrogable y podrá ser apreciada por los mismos incluso de oficio, previa audiencia de las partes.

Los órganos del Tribunal de Cuentas que fueren competentes para conocer de un asunto lo son también para todas sus incidencias y para ejecutar las resoluciones que dicten (art. 46).

Legitimación

En lo que respecta a la legitimación, están legitimados para actuar ante la jurisdicción contable quienes tuvieran interés directo en el asunto o sean titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso (art. 47 LOTC). Las Administraciones públicas podrán ejercer toda clase de pretensiones ante el Tribunal de Cuentas, sin necesidad de declarar previamente lesivos los actos que impugnen.

La ley reconoce la acción popular en esta materia, indicando que será pública la acción para la exigencia de la responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. En ningún caso se exigirá la prestación de fianza o caución, sin perjuicio de la responsabilidad criminal y civil en que pudiera incurrir el que ejercite la acción indebidamente.

Los funcionarios y el personal al servicio de las Entidades del Sector público legitimado para comparecer ante el Tribunal de Cuentas pueden hacerlo por sí mismos y asumir su propia defensa (art. 48 LOTC). La representación y defensa del Estado y de sus Organismos autónomos en las actuaciones corresponde a los Abogados del Estado. La de las Comunidades Autónomas, provincias y municipios a sus propios Letrados, a los Abogados que designen o a los Abogados del Estado.

Finalmente, el art. 49 LOTC dispone que las resoluciones del Tribunal de Cuentas, en los casos y en la forma que determina su Ley de Funcionamiento, son susceptibles del recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo.

Los órganos autonómicos de control externo

Un buen número de Comunidades autónomas han creado órganos de control externo que desempeñan en su ámbito funciones análogas a las del Tribunal de Cuentas³⁶². Hasta la fecha, estos órganos son los siguientes:

- Andalucía: Cámara de Cuentas de Andalucía (creada por Ley 1/1988, de 17 de marzo, de la Cámara de Cuentas de Andalucía)
- Asturias. Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias (Ley del Principado de Asturias 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas)
- Baleares. Sindicatura de Cuentas de las Islas Baleares (Ley 4/2004, de 2 de abril, de la Sindicatura de Cuentas de las Islas Baleares)
- Castilla-La Mancha. Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha (Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-la Mancha)
- Castilla y León. Consejo de Cuentas de Castilla y León (Ley 2/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo de Cuentas de Castilla y León)
- Canarias. Audiencia de Cuentas de Canarias (Ley 4/1989, de 2 de mayo, de la Audiencia de Cuentas de Canarias)
- Cataluña. Sindicatura de Cuentas de Cataluña (Ley 18/2010, de 7 de junio, de la Sindicatura de Cuentas)

³⁶² Para profundizar en las relaciones entre el Tribunal de Cuentas y los órganos autonómicos de control externo (los denominados OCEX), cf. ARAGÓN SÁNCHEZ, Cristóbal, El control externo de la gestión económico-financiera de los entes locales: el Tribunal de Cuentas y los OCEX, Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, Madrid, 1999; CASAMORT COMAS, Elisenda, "Las relaciones entre el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo creados por las Comunidades autónomas", en *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, nº 10 (1989), pp. 89-112; CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos, "Relaciones del Tribunal de Cuentas español con el Tribunal de Cuentas europeo y con los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas", en *Cuadernos de derecho judicial*, nº 19 (2003), pp. 47-66; FERNÁNDEZ JUNQUERA, Manuela, "Notas sobre el Tribunal de Cuentas y las Comunidades Autónomas", en *Presupuesto y gasto público*, nº 19 (1984), pp. 77-84; LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María, "Tribunal de Cuentas del Estado y haciendas autonómicas", en *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, nº 219 (1992), pp. 517-552; VERA SANTOS, José Manuel, El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las comunidades autónomas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001; VICENTE-ARCHE DOMINGO, Fernando, "El Tribunal de Cuentas y las Comunidades Autónomas", en *Civitas. Revista española de derecho financiero*, nº 32 (1981), pp. 597-602.

- Galicia. Consello de Contas de Galicia (Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas)
- Madrid. Cámara de Cuentas de Madrid (Ley 11/1999, de 29 Abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid)
- Navarra. Cámara de Comptos de Navarra (Ley Foral 19/1984, de 20 de diciembre, reguladora de la Cámara de Comptos de Navarra)
- País Vasco. Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (Ley 1/1988, de 5 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas/Herri-Kontuen Euskal Epaitegia)
- Valencia. Sindicatura de Comptes de la Generalitat Valenciana (Ley de la Generalitat valenciana 6/1985, de 11 de mayo, de Sindicatura de Cuentas)

El artículo 136.1 CE dispone que las funciones o competencias atribuidas al Tribunal de Cuentas abarcan la totalidad de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, lo que incluye tanto las cuentas de la Administración central del Estado, como las de las Administraciones autonómicas y las locales. El artículo 153 d) de la propia Constitución refuerza esta interpretación al indicar que el control económico y presupuestario de la actividad de los órganos de las Comunidades autónomas, será ejercida por el Tribunal de Cuentas. Y en el mismo sentido, el art. 4 LOTC establece que éste es competente para fiscalizar las cuentas de las Comunidades autónomas y de las Corporaciones locales. Sin embargo, el artículo 148.1.1ª CE atribuye la competencia exclusiva a las Comunidades autónomas sobre la organización de sus instituciones de autogobierno. Y además, el art. 1.2 LOTC dispone que el Tribunal de Cuentas “será el único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades autónomas pudieran prever sus Estatutos”. La derogada Ley Orgánica 8/80 de financiación de las Comunidades autónomas disponía en su art. 22 que “además de los sistemas e instituciones de control que pudieran adoptar en sus respectivos Estatutos, y en su caso las que por ley se autorizaran en el territorio comunitario, al Tribunal de Cuentas corresponde realizar”. Conforme a este marco normativo, la creación de órganos autonómicos de control externo es constitucionalmente legítima, tanto si han sido previstos por sus Estatutos de autonomía como si han sido creados con posterioridad, mediante una ley ordinaria.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁶³ en esta materia, el hecho de que Tribunal de Cuentas sea el organismo fiscalizador de la actividad financiera pública no tiene que ser necesariamente el único. La CE lo califica como “supremo”, lo que implica la existencia de otros de nivel inferior. Por tanto, la competencia de los órganos de control externo autonómicos es admisible con tal que no excluya, ni sea incompatible con la que corresponde al Tribunal de Cuentas; es decir, en tanto que éste conserve una posición de supremacía respecto de los que puedan crear las Comunidades autónomas.

La Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, establece las bases para la articulación de las relaciones entre éste y los órganos de control externo autonómicos.

³⁶³ Al respecto, véase SSTC 187/1988, de 17 de octubre; 214/1989, de 21 de diciembre; y 18/1991, de 31 de enero.

Su artículo 29 dispone que los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas habrán de coordinar su actividad con la del Tribunal de Cuentas mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia en los resultados y eviten la duplicidad en las actuaciones fiscalizadoras. Este deber se concreta en la previsión del art. 29.2, conforme al cual los órganos de control externo remiten al Tribunal de Cuentas, tan pronto los tengan aprobados o dentro de los plazos legalmente establecidos, los resultados individualizados del examen, comprobación y censura de las cuentas de todas las entidades del sector público autonómico, así como los Informes o Memorias anuales acerca de sus respectivas cuentas generales y los Informes o Memorias, Mociones o Notas en que se concrete el análisis de la gestión económico-financiera de las entidades que integren el sector público autonómico o de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas de dicho sector percibidas por personas físicas o jurídicas. Esta remisión, analizada, se convierte en el elemento esencial de la forma de actuación del Tribunal de Cuentas sobre el sector público autonómico, ya que cuando una Comunidad autónoma disponga de un órgano de control externo, el Tribunal de Cuentas realizará sus propios informes de fiscalización a partir de las actuaciones de aquellos. Además de los informes de fiscalización que de forma automática le vayan remitiendo los órganos de control externo autonómico, el Tribunal de Cuentas, mediante acuerdo plenario, podrá solicitar de los órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas la práctica de concretas funciones fiscalizadoras, tanto si se refieren al sector público autonómico como al estatal (art. 29.3 LFTC).

Este sistema de concurrencia competencial no es disfuncional en tanto que el Tribunal de Cuentas tiene que partir, para efectuar su función fiscalizadora del sector público autonómico, de las actuaciones que previamente han realizado los órganos territorialmente descentralizados. Esto implica que, en aquellas Comunidades autónomas donde exista un órgano de control externo, la labor realizada por el Tribunal de Cuentas no supondrá una reiteración de lo actuado por aquellos. El carácter supremo del Tribunal se preserva en la medida en que si el Tribunal considera insuficiente la información que se la ha facilitado, podrá solicitar que complete e incluso, en caso de disconformidad, o cuando la importancia del asunto así lo requiera, podrá practicar él mismo las actividades de fiscalización que estime oportunas.

A este respecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 18/1991, de 31 de enero, señaló la eficacia y la economía como principios rectores de esta relación, afirmándolos en los siguientes términos:

“no cabe entender que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas contengan precepto alguno que reserve en exclusiva para dicho Tribunal la fiscalización de dicha actividad. Todo ello -como ya dijimos en nuestra STC 187/1988, fundamento jurídico 12- sin perjuicio de la relación de supremacía establecida constitucionalmente entre el Tribunal de Cuentas y los demás órganos fiscalizadores, y del empleo, en su caso, de las técnicas tendentes a reducir a unidad la actuación de uno y otros y a evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades que serían contrarias a los criterios de eficiencia y economía enunciados en el art. 31.2 de la Constitución” (FJ 3).

