



ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Francisco Javier Díaz Revorio

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS
Y SUS GARANTÍAS EN EL SISTEMA
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
Y EN EUROPA



2015

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

En esta publicación se respetó la redacción original del autor y no se realizó corrección de estilo a solicitud de éste.

Primera edición: octubre, 2015

ISBN: 978-607-729-155-8

D. R. © **Comisión Nacional
de los Derechos Humanos**
Periférico Sur 3469,
Colonia San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Diseño de interiores y formación:
H. R. Astorga

Impreso en México

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. ABORTO, ASISTENCIA MÉDICA OBLIGATORIA, Y TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2003)	13
CAPÍTULO II. CONSTITUCIÓN Y BIOÉTICA: LA INCIDENCIA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES EN EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA (2011)	57
CAPÍTULO III. CONSTITUCIÓN Y FENÓMENO RELIGIOSO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MODELO ESPAÑOL EN EL CONTEXTO EUROPEO (2012)	101
CAPÍTULO IV. LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO: UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y EUROPEA (2007)	131
CAPÍTULO V. LA INTIMIDAD CORPORAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (1998)	175

CAPÍTULO VI. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: UNA VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y SU INFLUENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2006)	193
CAPÍTULO VII. EL ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y EL ACCESO AL EJERCICIO DE CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS (1993)	215
CAPÍTULO VIII. SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER CONSTITUCIONAL Y LOS DEBERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 (2011)	247
CAPÍTULO IX. DERECHOS EDUCATIVOS, LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LIBERTADES ACADÉMICAS (2013)	283
CAPÍTULO X. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2012)	313
CAPÍTULO XI. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA. LA FAMILIA COMO SUJETO DE DERECHOS (2014)	343
CAPÍTULO XII. REFLEXIONES SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (2015) ..	365
CAPÍTULO XIII. EVOLUCIÓN DEL AMPARO ESPAÑOL Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL (2012)	397
CAPÍTULO XIV. HACIA UNA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA: LUCES Y SOMBRA EN LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2011)	439

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos constituyen un objeto de estudio para muy diversas disciplinas, entre las cuales la ciencia jurídica ocupa un lugar destacado. Incluso dentro de este ámbito jurídico, los derechos son analizados desde diversas ramas y sectores, como la Filosofía del Derecho, el Derecho Internacional, o desde luego el Derecho Constitucional. Para esta última rama constituyen uno de sus núcleos o pilares fundamentales, desde que ya el artículo XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirmó: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”. De ahí la enorme trascendencia de los derechos para el Derecho Constitucional, ya que la Constitución ha de regular no solo los poderes del Estado, sino también la relación del ciudadano con el Estado, y este no será legítimo si dicha relación no tiene como fundamento el reconocimiento y garantía de los derechos.

Esta importancia de los derechos para el Derecho Constitucional ha tenido un claro reflejo en los temas que, como estudiante de esta disciplina, he abordado en las últimas décadas, hasta el punto que los derechos fundamentales han constituido una de las principales líneas de investigación que vengo siguiendo, y a la que vuelvo una y otra vez. Ocupa así un lugar destacado en mis publicaciones, y se relaciona de forma directa con otras líneas que he seguido, como la de la interpretación, la justicia constitucional

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

(que tiene entre sus objetos principales los procesos de garantía de los derechos), o los valores y principios constitucionales (que son el fundamento de los derechos). Así, además de algunos libros sobre aspectos monográficos de los derechos, he escrito diversos artículos y estudios sobre algunos derechos. Algunos de ellos, debidamente organizados y revisados para conformar una obra conjunta y homogénea, constituyen el contenido del presente libro.

Por ello quiero advertir al lector desde este momento sobre lo que este libro pretende ser... y sobre lo que no es. Comenzando por esto último, he de decir que no es un manual de derechos fundamentales que intente recoger todos y cada uno de ellos desde una perspectiva global o exhaustiva. Existen ya en la doctrina algunos muy buenos libros que realizan esa labor de manera muy rigurosa y bastante completa.

En cambio, este libro, recogiendo un número significativo de trabajos hasta ahora dispersos, sí pretende ofrecer un elenco significativo de estudios sobre los derechos fundamentales, que si bien está centrado en el sistema español en el contexto europeo (incluyendo un trabajo específico sobre las garantías del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), ofrece a mi juicio un enfoque y utilidad más generales. Se puede decir que no están todos los que son, pero sí son todos los que están, y el autor ha intentado realizar una selección suficientemente significativa, que incluye derechos de prácticamente todas las categorías o generaciones, así como algunos aspectos generales de interés, como por ejemplo el capítulo dedicado a los deberes, o los relativos a aspectos vinculados a las garantías. De este modo, el libro pretende ofrecer algunos aspectos de interés: por un lado, es la primera vez que estos trabajos se publican conjuntamente y de manera coordinada, ordenada y más o menos sistemática (en cada trabajo se indica, entre paréntesis, su fecha de publicación individual), lo que le da un enfoque novedoso. Por otro, aunque como el título sugiere, los trabajos se centran en el sistema español y el europeo, la perspectiva es en realidad más abierta, centrada en cuestiones de teoría general y en problemas de alcance común, lo que en mi modesta opinión hace que este libro pueda tener interés, más allá de la referencia comparada, para el lector mexicano.

Con estas premisas, y antes de iniciar el capítulo primero, quisiera realizar unas aclaraciones previas de carácter básico o transversal, que pueden servir como muy breve introducción a la obra. En primer lugar, ya habrá

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

advertido el lector que en las anteriores líneas he comenzado utilizando la expresión “derechos humanos” pasando después a referirme a los “derechos fundamentales”. No es posible entrar aquí a realizar profundas disquisiciones conceptuales sobre el sentido de una y otra expresión, a las que cabría añadir otras relacionadas, utilizadas en otros contextos (derechos naturales, derechos inviolables, derechos civiles, garantías constitucionales...). Me basta aclarar, para los propósitos del presente trabajo, que la referencia a “derechos humanos”, con independencia de sus reminiscencias de iusnaturalismo racionalista, se utiliza con un sentido más amplio, general y abierto; diríamos que, sin entrar en la cuestión del carácter “prejurídico” del concepto, al menos se trata de un concepto metajurídico y claramente multidisciplinar. En cambio, “derechos fundamentales” hace referencia a un concepto netamente jurídico, a unos derechos ya reconocidos (o tal vez “otorgados”) y garantizados por el Derecho. Prescindiendo de antecedentes más o menos remotos, los textos hablan de “derechos humanos” (o “derechos del hombre”) desde los siglos XVII y XVIII, mientras que “derechos fundamentales” es un concepto muy posterior, elaborado por la dogmática alemana a finales del siglo XIX, y cuyos parámetros y elementos son propia y estrictamente jurídicos. Por ello, en general preferiré esta expresión, más rigurosa desde el punto de vista jurídico, o la más neutra (pero muy estrechamente relacionada con la anterior) de “derechos constitucionales”, que tiende a la objetivación y formalización del concepto, en la medida en que se referiría a los derechos reconocidos y garantizados en una norma fundamental.

Y esta referencia a los derechos fundamentales nos conduce al siguiente punto introductorio que quiero abordar, que es el relativo a cómo, habiendo ido la dogmática y la teoría general a remolque y con retraso sobre el reconocimiento y garantía de los derechos en los diversos textos constitucionales, dicha teoría parece adolecer de un carácter mucho más estático que el de los propios derechos, cuyo reconocimiento y contenido son por esencia históricos y evolutivos. Quiero con esto decir que los parámetros esenciales de la teoría de los derechos fundamentales elaborada hace más de un siglo resultan hoy notoriamente insuficientes para explicar los actuales elementos constitutivos y la realidad jurídica de los derechos; sin embargo, siguen utilizándose para explicar la estructura básica de los derechos, sobre todo porque no hemos sido capaces de construir un paradig-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ma alternativo o un modelo más moderno para explicar los derechos fundamentales en los actuales sistemas constitucionales. Por poner un solo ejemplo, según la teoría clásica de los derechos, estos son “derechos públicos subjetivos”, protegen un haz de facultades que el ciudadano tiene, y que es ejercitable frente al Estado, a quien corresponde su desarrollo y garantía. Pero hoy la titularidad de los derechos va en muchos casos más allá del concepto ciudadano-persona física (se reconocen cada vez más derechos a extranjeros, personas jurídicas, e incluso colectivos o grupos, e incluso en algunos sistemas se han proclamado otros titulares, como la naturaleza...), y por lo demás gran parte de los derechos son ejercitables en las relaciones entre particulares. Incluso cabe imaginar supuestos en los que el Estado (o una persona jurídico-pública) puede reclamar sus derechos frente a particulares (piénsese por ejemplo en el honor de una entidad o empresa pública, eventualmente vulnerado por un medio de comunicación privado...).

Es solo un ejemplo para poner de relieve que la dogmática de los derechos necesita evolucionar para dar cobertura teórica a situaciones, conflictos y problemas inimaginables cuando aquella teoría se elaboró. Y aunque ha habido nuevos conceptos y avances significativos en muchos terrenos (por ejemplo, el de la propia textura o la interpretación de los derechos), a mi juicio sigue sin alcanzarse una teoría global comprensiva de la estructura y de los elementos de los derechos.

Esta circunstancia marca en alguna medida todos los trabajos de este libro. Quien esto escribe, consciente de la imperiosa necesidad de una visión evolutiva de los derechos, pero también de un análisis teórico riguroso de los mismos, como medio imprescindible para fijar su contenido, sus límites y sus propias garantías e impedir a toda costa que la proclamación constitucional de los mismos se convierta en mera retórica carente de consecuencias jurídicas, ha buscado siempre, ante la incapacidad para construir una nueva dogmática, partir de elementos rigurosos construidos en la teoría de los derechos fundamentales, y buscar, en lo que sea preciso, la adaptación de los mismos a las constituciones más avanzadas y a las cambiantes realidades sociales y políticas en las que los derechos han de aplicarse. Por ello, y siguiendo con el ejemplo antes mencionado, si bien es obvio que la titularidad de los derechos ha cambiado y se ha ampliado, considero que parece difícil prescindir del mismo concepto de titularidad para entender lo que es un derecho fundamental, y distinguirlo por ejemplo

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

de un principio o un valor. Por eso, y muy modestamente, en el análisis de los derechos que sigue, se ha partido de los elementos estructurales “clásicos”, como fundamento, titularidad, contenido esencial, límites, o garantías de cada derecho; pero, por otro lado, se ha hecho especial hincapié en una visión evolutiva, que afronte los nuevos problemas y los nuevos retos que nos plantean hoy los derechos, partiendo de la idea antes apuntada de que la dogmática debe explicar y justificar la realidad, reconduciéndola a parámetros jurídicos, pero no impedir la evolución y desarrollo de la misma.

No tiene por qué compartirse esta idea, que es de algún modo el hilo conductor de este libro; pero confío al menos en que al lector le resulte de interés como punto para propiciar un debate sobre los derechos en general y sus garantías, y en especial sobre los que son analizados en las páginas que siguen.

* * *

Quiero agradecer al Centro Nacional de Derechos Humanos, y a su directora general, Dra. Julieta Morales Sánchez, la invitación para reunir en este libro este conjunto de trabajos, bajo el prestigioso sello editorial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México; mi gratitud a su Presidente, el Lic. Luis Raúl González Pérez. La relación académica del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha con esta institución es ya relativamente antigua, y sobre todo muy intensa, y me llena de ilusión que este proyecto editorial sea un paso más, muy especialmente significativo para mí, en esta colaboración académica.

Asturias, agosto de 2015.

CAPÍTULO I

ABORTO, ASISTENCIA MÉDICA OBLIGATORIA, Y TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2003)

1. INTRODUCCION. EL DERECHO A LA VIDA

El artículo 15 de la Constitución reconoce el derecho a la vida, “proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— (...) derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”.¹

El presente estudio de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 15 de nuestro texto normativo fundamental se centrará, en primer lugar, en los distintos “momentos clave” que pueden distinguirse en el proceso o devenir de la vida humana. De esta forma partiremos del comienzo de la vida humana, esto es, la vida intrauterina, analizando en este punto la jurisprudencia constitucional sobre el aborto, para pasar a continuación al otro extremo de la vida, que es su final, momento en el que comentaremos las sentencias sobre la asistencia médica obligatoria (serie GRAPO), haciendo alguna referencia al problema de la eutanasia, aunque éste no ha sido tratado directamente por el Tribunal Constitucional (TC). También relacionado con el final de la vida humana citaremos dos autos sobre la pena de muerte. Proseguiremos con el examen de la jurisprudencia sobre

¹ STC 53/85, de 11 de abril, FJ 3.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

el resto del art. 15, que configura los requisitos más esenciales de lo que podríamos denominar “vida digna”: el derecho a la integridad física y moral, y por último, la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

Mas no puede olvidarse que, además de los citados, existe un tercer momento fundamental en el desarrollo de la vida humana, que es el nacimiento, el cual plantea también algunos problemas jurídicos, principalmente el de su determinación exacta (comienzo del alumbramiento, finalización de éste, corte del cordón umbilical, etc.), que sirve de frontera que marca la diferente protección que el Ordenamiento dispensa al no nacido y al que ya ha venido al mundo, considerando a este último, pero no a aquél, como persona. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado a este respecto, si bien de la propia Constitución parece desprenderse que la fisura que separa ambos momentos y que convierte al sujeto en titular del derecho fundamental del art. 15 de la Constitución prácticamente coincide con el momento a partir del cual el Derecho penal pasa de considerar el delito de aborto al de homicidio (o asesinato, parricidio o infanticidio), y a partir del cual es posible el delito de lesiones, antes inexistentes.² En cualquier caso, parece evidente el comienzo del concepto de persona a efectos del art. 15 de la Constitución española (CE) es distinto al que se desprende de los artículos 29 y 30 del Código Civil, pues no cabe aquí aplicar el requisito de 24 horas de vida enteramente desprendido del seno materno.

² No obstante, el art. 157 del Código Penal de 1995 protege también la integridad física del feto, al castigar las lesiones, enfermedades o taras físicas o psíquicas que se le causen. El precepto habla de “feto” y no de “embrión”, lo que podría obligar a determinar exactamente un nuevo momento en el proceso de la vida humana: el del paso del embrión a feto, que suele señalarse hacia la decimotercera semana de gestación, con la placenta perfectamente constituida y terminada la organogénesis. Otra posibilidad es interpretar el término “feto” como sinónimo de *nasciturus*, incluyendo por tanto todas las fases del proceso evolutivo desde la concepción. Sin embargo, esta interpretación no parece la más adecuada para una norma punitiva, por lo que tiene de interpretación extensiva.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

2. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA Y EL ABORTO

Determinación del comienzo de la vida humana

El primer problema que cabe plantearse al examinar la vida humana, además de su propio concepto, es el de su comienzo; esta cuestión es fundamental para poder determinar a partir de cuándo puede hablarse de aborto, distinguiendo éste de determinados métodos anticonceptivos que actúan eliminando el óvulo eventualmente fecundado antes de su anidación. Sobre este tema las posturas jurídicas y médicas son variadas,³ sin que la jurisprudencia constitucional haya aclarado demasiado: en efecto, el Tribunal Constitucional únicamente ha definido la vida humana como devenir, “proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana”, añadiendo que la gestación genera un tertium esencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.⁴ El problema estaría obviamente, en determinar el comienzo de la gestación, aunque atendiendo a la definición de la misma como “proceso del desarrollo del embrión de las hembras vivíparas desde su concepción hasta el parto”, podría entenderse que hay vida humana desde la fecundación. El propio Tribunal Constitucional (TC), si bien no ha realizado una afirmación expresa en este sentido, ha presupuesto que los preembriones aún no implantados también son objeto de cierta protección constitucional derivada del bien constitucionalmente protegido “vida humana”, de forma que no parece que la falta de anidación sea criterio para denegar esa protección (aunque su intensidad puede ser menor), sino que más bien es el criterio de la no viabilidad

³ Fundamentalmente existen dos momentos en los que cabría hablar de inicio de la vida humana: la fecundación del óvulo (concepción), o la posterior anidación del óvulo fecundado o zigoto, aunque parece que científicamente desde la existencia del zigoto puede hablarse de germen de vida humana independiente, provisto además de código genético propio.

Sin embargo, también se ha mantenido doctrinalmente que hasta que no hay actividad bioeléctrica cerebral, esto es, mientras el encefalograma es plano, no puede hablarse de vida humana. Ello supone que en un período aproximado de tres meses no podría hablarse propiamente de aborto, lo cual legitimaría el “sistema de plazos”.

⁴ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

el que determina la ausencia de protección por el artículo 15 de la Constitución.⁵

El aborto y su despenalización

Entrando ya en el problema de la constitucionalidad de los diversos supuestos de aborto, la jurisprudencia del TC en la materia, si bien escasa

⁵ Ya hemos destacado que la STC 53/1985 se limita a indicar que la vida comienza con la gestación. Tampoco son determinantes al respecto las posteriores sentencias que han incidido en la materia. Así, la STC 212/1996, de 19 de diciembre, sobre la Ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos (ley 34/1992, de 22 de diciembre), se limita a rechazar que los fetos considerados “no viables” merezcan la protección que la Constitución dispensa a la vida humana. En concreto, su FJ 5 afirma que, aplicado a un embrión o feto humano “su caracterización como «no viable» hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del artículo 10.1 CE. Son así, por definición, embriones o fetos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión, que hace de los mismos «un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto» (art. 15 CE) «fundamento constitucional»”, aunque a continuación el Tribunal apunta la interesante idea de que la dignidad de la persona, reconocida en el art. 10.1 CE, puede tener “una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos”, impidiendo, por ejemplo, la patrimonialización de estos embriones o fetos no viables (véase FJ 8).

Por su parte, la STC 116/1999, de 17 de junio, tampoco se pronuncia expresamente sobre el momento preciso del comienzo de la vida humana, a pesar de tener que pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, la cual contiene diversas prescripciones que afectan directamente a la fase que suele denominarse “preembrión”. En todo caso, de esta sentencia se derivan algunas ideas esenciales: que las técnicas de reproducción asistida previstas en la ley (y en concreto, la fecundación *in vitro*), que implica la creación de algunos preembriones que no van a ser implantados) no son contrarias al artículo 15 de la Constitución; que al preembrión viable parece alcanzarle una cierta protección constitucional derivada del art. 15; que al preembrión no viable no le alcanza la protección constitucional del bien jurídico “vida humana”. En efecto, en el FJ 9, B) se lee textualmente: “Es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 C.E...”, y en el apartado C) del mismo fundamento se afirma que “No siendo los preembriones no viables («abortados en el sentido más profundo de la expresión») susceptibles de ser considerados, siquiera, nascituri, ni las reglas que examinamos ni las ulteriores del art. 17 (relativo a los preembriones ya abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables) pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

por el número de decisiones, ha sido trascendental por su significación e importancia, muy especialmente la fundamental y archiconocida sentencia 53/85, de 11 de abril, a la que hay que añadir dos sentencias más recaídas en recursos de amparo (SSTC 75/84 y 70/85). Igualmente reseñaremos el contenido del Auto TC 13/89.

De toda esta jurisprudencia pueden deducirse las siguientes líneas directrices, que han de considerarse consolidadas por la doctrina constitucional:

- a) El *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida, ya que no es persona.
- b) La vida del *nasciturus* es un valor constitucional, derivado del art. 15 CE, digno de protección.
- c) La protección a la vida del *nasciturus* ha de ser de carácter penal.
- d) La protección penal puede ceder en determinados supuestos:
 - Causas de exención del art. 8 del Código Penal.
 - Conflicto de la vida del *nasciturus* con otros derechos constitucionalmente protegidos (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral).
 - Ante una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, o en situaciones excepcionales en que el castigo podría resultar inadecuado.
- e) Ni los derechos de la mujer prevalecen incondicionalmente sobre la vida del *nasciturus*, ni a la inversa.
- f) Las tres “indicaciones” recogidas por el proyecto de Ley Orgánica (LO) de reforma del art. 417 bis del Código penal son constitucionales, pues, o bien cabe ampararlas en el estado de necesidad o en el concepto de no exigibilidad de otra conducta, o han de prevalecer determinados derechos de la madre.
- g) Del art. 15 de la Constitución se deduce la exigibilidad de determinadas garantías para la práctica del aborto en los supuestos excluidos de su punición. Esta idea ha sido muy criticada por la doctrina y por los propios votos particulares. El Auto 13/89 parece matizarla.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Señalados ya los aspectos clave de esta jurisprudencia, procede entrar en un breve repaso de la misma, para el que seguiremos un orden cronológico.

La primera vez que el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de esbozar una cierta doctrina en relación con el aborto fue en la Sentencia 75/84.⁶ Se trataba de resolver una demanda de amparo solicitado contra la Sentencia del Tribunal Supremo, que confirmaba la de la Audiencia Nacional que castigaba un delito de aborto cometido en el extranjero. El Tribunal Constitucional concedió el amparo, anulando las sentencias referidas, basándose en que no cabe aplicar extraterritorialmente la ley penal, pues no hay fraude de ley al no haber propiamente norma de cobertura, ya que la realización del aborto fuera del territorio español no se hace al amparo de norma alguna, ni se persigue crear apariencia de juridicidad; no cabe extender la figura al ámbito de la ley penal. Por consiguiente el castigo sería una vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 de la Constitución).

Pero además, y por lo que ahora nos interesa, se afirma que la consideración del feto como español a efectos de punibilidad del delito supone un razonamiento analógico (imposible en contra del reo); y el razonamiento de las sentencias impugnadas se basa sobre todo en una interpretación teólogica del art. 15 de la Constitución. Pero del hecho de que este precepto proteja la vida humana en formación no se deduce que los particulares tengan al respecto otros deberes que el de abstenerse de aquellas conductas que la ley penal castiga. “La naturaleza fundamental de un derecho (...) no permite prescindir de las ficciones o presunciones de Derecho privado ni de ninguna de las categorías jurídicas que a través de una obra de siglos nuestra civilización ha ido construyendo...”; y tampoco permite prescindir del principio de legalidad penal.

Muy interesante en esta sentencia es el voto particular concurrente que formula Francisco Tomás y Valiente, por lo que tiene de anticipación de la posterior doctrina sentada en la conocida sentencia 53/85 (aunque esta sentencia también tendrá voto particular de este magistrado). Se recalca en este voto que la afirmación del Tribunal Supremo (TS) de que “el feto es una vida española” es incorrecta, pues de la interpretación sistemática del art. 15 de la Constitución se infiere que “todos” equivale a “todas las per-

⁶ STC de 27 de junio de 1984, sobre todo FJ 6 y Voto particular de Tomás y Valiente.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

sonas”, conclusión que se deduce también del hecho de que “todos” sea sujeto además de los restantes derechos contenidos en el art. 15; el feto, y antes del tercer mes (aproximadamente) el embrión, no son persona humana, sino mera *spes homini*. Por consiguiente, jamás el aborto podrá ser cometido contra otro español. Hace aquí Tomás y Valiente una observación que volverá a reiterar posteriormente: la dudosa constitucionalidad del art. 411 del Código penal, que castiga el aborto —aunque ha de tenerse en cuenta que en este momento no había ningún supuesto de aborto exento de punibilidad—.

Del año 1985 son dos sentencias fundamentales en materia del aborto. La primera de ellas, y más divulgada contiene el núcleo esencial de la jurisprudencia constitucional sobre el aborto. Se trata de la sentencia, ya en varias ocasiones aludida, 53/85, que resolvía un recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de LO de reforma del art. 417 bis del Código Penal. Sin repetir las ya referidas pautas fundamentales de esta jurisprudencia, procede hacer un comentario a la misma.

El Tribunal Constitucional, percatándose de que en esta materia se produce una notable influencia de ideas y convicciones morales, sociales y culturales, procura centrar el tema en el terreno estrictamente jurídico. Partiendo de esta premisa, el análisis ha de partir lógicamente de la determinación del alcance de la protección constitucional del *nasciturus*; para ello la primera pregunta es: ¿tiene el *nasciturus* derecho a la vida?⁷

Nuestro más alto Tribunal parte de la vida como derecho fundamental y proyección del valor superior “vida humana”, y deduce para el Estado dos obligaciones: la negativa de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, y la positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, cuyo alcance concreto respecto de la vida del *nasciturus* intenta perfilar.

⁷ Los recurrentes respondían a esta pregunta afirmativamente, basándose en la interpretación literal, sistemática, histórica y fundamentada en la realidad social, del art. 15 de la Constitución, que lleva a afirmar —según ellos— que “el derecho a la vida está garantizado para todo el que vive”, y “que el concebido no tenga los derechos que se proclaman en otros preceptos, pensados para el nacido, no implica que no tenga derecho a vivir” (Antecedente 1, A). Igualmente apoyan en favor de su argumentación el hecho de que, en los trámites parlamentarios de elaboración de la Constitución se sustituyera el inicial término “personas” por “todos”. Consideran igualmente que es exigencia del Estado social la protección de la vida del no nacido, y apoyan su tesis en la interpretación que entienden que se ha hecho de este derecho fundamental en los tratados internacionales.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para ello, parte del concepto constitucional de vida humana como proceso que comienza con la gestación y que termina con la muerte, sometido a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica. De todo ello se deduce que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el art. 15 de la Constitución, pues este texto no puede desproteger la vida humana “en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma”.

Pero de todas estas consideraciones no deduce el Tribunal que la vida sea un derecho fundamental del *nasciturus*, pues los titulares de este derecho según el art. 15 son “todos”, expresión cuya ambigüedad, pese a lo afirmado por los recurrentes, no fue despejada en los debates constituyentes, quienes entendieron que era suficiente para dispensar protección a la vida del *nasciturus*, pero no para reconocerle un derecho fundamental. El argumento sistemático no ofrece una conclusión relevante, debido a la generalidad y vaguedad de la referida expresión, pues así como se habla de “la persona”, “los españoles”, “la familia”, etc. como titulares de derechos fundamentales, tal titularidad se reconoce a “todos” en otros preceptos que reconocen derechos sólo predicables de los nacidos. En cuanto a los textos internacionales, la conclusión no puede ser otra, ya que las versiones auténticas suelen utilizar el término “persona” o sinónimo,⁸ y la propia Comisión europea excluye la interpretación que conceda al feto un derecho a la vida de carácter absoluto.

De esta forma, el argumento sistemático, utilizado por los recurrentes para intentar demostrar que el feto es titular del derecho a la vida, se interpreta por el Tribunal en sentido contrario.

En suma, hasta este momento el Tribunal ha obtenido dos conclusiones: la vida del *nasciturus* es, como manifestación de un valor superior, un bien jurídico protegido; el *nasciturus* no tiene un derecho fundamental a la vida. El Tribunal prosigue su razonamiento considerando que está ya en

⁸ Así, el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, señala: “Todo individuo tiene derecho a la vida...”; el art. 2.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), establece: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”; el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

condiciones de concretar las aludidas obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales al supuesto del *nasciturus*: existe la obligación negativa de abstenerse de interrumpir el proceso natural de gestación, y la positiva de establecer un sistema de protección a la vida que incluya las normas penales como última garantía.

Establecida la protección que la Constitución dispensa al *nasciturus*, pasa el Tribunal al otro polo o foco de atención en el problema del aborto: la madre. Afirma que ha de tenerse en cuenta el valor “espiritual y moral” de la dignidad de la persona, íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, derechos cuya concreción no puede olvidar el legislador en el ámbito de la maternidad, ni obviar la especificidad de la condición femenina (Fundamento Jurídico 8). Con base en todo ello, ha de afirmarse que el Legislador puede utilizar una técnica que excluya la punibilidad en forma específica para determinados delitos. Y esto puede hacerlo en dos supuestos (aparte de la plena vigencia de las causas de exención del art. 8 del Código Penal para el delito de aborto): en caso de colisión entre la vida del *nasciturus* y la vida o dignidad de la mujer, ninguno de los cuales puede prevalecer incondicionalmente sobre el otro; y ante situaciones excepcionales en las que castigar penalmente resultaría inadecuado, al tratarse de castigar una conducta que objetivamente representase una carga insoportable, lo que podemos relacionar con lo que se denomina en doctrina penal como “supuestos de no exigibilidad”.

En este momento del razonamiento ya se está en condiciones de examinar las tres “indicaciones” o supuestos de aborto no punibles. Aquí puede apreciarse la importancia del primer punto de argumentación en la sentencia, relativo a la titularidad del derecho a la vida. En efecto, los recurrentes, partiendo de que el *nasciturus* es titular de un derecho fundamental a la vida, entienden que éste prevalece sobre los derechos de la madre, tales como salud, libertad, intimidad y honor. Únicamente sería admisible la despenalización en aquellos supuestos amparados por la eximente de estado de necesidad (grave peligro para la vida de la madre), y para ello no es precisa ninguna reforma del Código Penal. Desde otro punto de partida, el Tribunal Constitucional exige la ponderación entre los diversos de-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

rechos o bienes jurídicos en juego, y de esta forma, entiende que la despenalización es constitucional en los tres supuestos:

- a) En cuanto a la “indicación terapéutica”, está justificado el supuesto de “grave peligro para la vida de la embarazada”, so pena de proteger más la vida del no nacido que la del nacido; el “grave peligro para la salud” se justifica en los derechos a la vida e integridad física de la madre, aparte de poder considerarse inadecuada la sanción penal.
- b) La llamada “indicación ética” (cuando el embarazo es consecuencia de un delito de violación), la despenalización se basa fundamentalmente en la no exigibilidad de otra conducta, habida cuenta de que el origen de la gestación es un acto que lesiona en grado máximo “su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal”.⁹
- c) Por último, la despenalización del “aborto eugenésico” se fundamenta igualmente en la idea de la no exigibilidad de otra conducta. El Tribunal aprovecha para poner de manifiesto la relación entre el art. 15 y el desarrollo del art. 49 de la Constitución en cuanto éste ordena a los poderes públicos una política de previsión y fomento de las prestaciones asistenciales a los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos.

Sentado todo lo anterior, quien en su primera lectura de la sentencia no haya acudido al fallo antes que a los fundamentos, estaría a estas alturas convencido de que éste había de declarar la constitucionalidad del proyecto de ley orgánica. Sin embargo, “lo que el Tribunal hace aquí es examinar si los supuestos de no punición aparecen descritos en términos tales que sólo puedan escapar al castigo aquéllos que efectivamente se encuentren en ellos”.¹⁰ Porque, en efecto, comienza a analizar las garantías que establece el proyecto para que la desprotección del *nasciturus* no se produzca fuera de las situaciones previstas, encontrando que éstas son insuficientes

⁹ FJ 11.

¹⁰ Voto particular de Francisco Rubio Llorente.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

en el caso del aborto terapéutico (el proyecto exigía la intervención de un médico para practicar la interrupción del embarazo), siendo necesaria la comprobación de la existencia del supuesto de hecho por un médico de la especialidad correspondiente. Del mismo modo, y para los supuestos de aborto terapéutico y eugenésico debería preverse que la comprobación del supuesto de hecho y la propia realización del aborto se llevara a cabo en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto, aunque de no cumplirse tales requisitos, la embarazada podía quedar excluida de punición.¹¹

No podemos dejar de señalar otros aspectos de relevancia en la sentencia que analizamos:

Por un lado, afirma el Tribunal que no es inconstitucional otorgar el consentimiento exclusivamente a la madre en los supuestos de aborto terapéutico y eugenésico, sin tener en cuenta la opinión del padre, pues la especial relación entre embarazada y *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla (FJ 13). Ello supone, sin embargo, negar al padre toda participación en la decisión sobre el futuro de su hijo.

El Tribunal finaliza su sentencia (FJ 14) afirmando que el derecho a la objeción de conciencia del médico existe y puede ejercerse con independencia de que se dicte o no su regulación, inexistente en el proyecto cuestionado, pues, “la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución”.^{12,13}

¹¹ Tal vez consciente del “peligro” de sus afirmaciones, el Tribunal matiza que “el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es (...) indicar las modificaciones que, a su juicio (...) permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente” (FJ 12).

¹² Como es sabido, esta doctrina no será mantenida posteriormente por el Tribunal al valorar la constitucionalidad de la regulación legal de la objeción de conciencia al servicio militar (STC 160/1987, de 27 de octubre).

¹³ En el Fundamento Jurídico 10 el Tribunal Constitucional rechaza que el proyecto de LO pueda vulnerar el principio de seguridad jurídica, realizando no obstante una interpretación de aquellos términos de la reforma que puedan contener un “margen de apreciación”. Pero no se trata de que el tribunal determine aquí el sentido ajustado a la Constitución de los términos “necesario”, “grave”, “salud” y probable”, sino que entiende que el sentido que indica es el único posible de tales palabras, y así lo indica claramente: “sólo puede interpretarse en el sentido...”, “expresa con claridad la idea...”, “se deduce con toda evidencia...” No hay, por tanto, inconstitucionalidad de inter-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Principales discrepancias

Los cinco votos particulares que acompañaron a la sentencia 53/1985 tenían entre ellos muchos aspectos en común; por un lado, varios votos particulares ponen de manifiesto que la consideración de la vida humana como valor superior no se infiere directamente de la Constitución: Tomás y Valiente manifiesta que no encuentra fundamento jurídico-constitucional para afirmar que “la vida humana es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional (FJ 3) o un valor fundamental (FJ 5)” no siendo partidario de “peligrosas jerarquizaciones axiológicas”, para reconocer valores superiores no expresamente recogidos en el art. 1.1. Rubio Llorente critica duramente el modo de razonar del Tribunal, pues éste “no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o valores que, a su juicio, tales preceptos encarnan, para deducir después de ellos (...) obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto ni siquiera es hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador, o quizás más aún, al propio poder constituyente”. Igualmente Díez-Picazo advierte el peligro de la extensión ilimitada o remota de las reglas constitucionales, y mucho más cuando está incluyendo juicios de valor.

En efecto, la vida humana no es un valor constitucional explícito, lo cual supone que sea realmente difícil su calificación como “valor superior del Ordenamiento jurídico”, ya que éstos se recogen en el art. 1.1. de la Constitución. Si se quiere indicar que la vida está protegida constitucionalmente, quizás sea más correcto utilizar, como por otro lado hace también la propia sentencia, el concepto de “bien jurídico”, pues lo contrario implicaría que, en la práctica, el Tribunal Constitucional estaría capacitado para incluir nuevos valores “superiores”, con el mismo significado que tienen los comprendidos en la norma de apertura del articulado de la Constitución. En cualquier caso, la idea de proteger la vida del *nasciturus subyace*, como reconoce el Tribunal, en la enmienda que modificó la expresión “toda persona” por “todos”, en el proceso de elaboración del texto constitucional.

pretarse tales términos dotándolos de otro significado, sino sencillamente, no hay posibilidad de interpretarlos de otra forma, o al menos así lo entiende el Tribunal Constitucional.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Otro punto que fue objeto de discrepancia es el de la necesidad de normas penales para proteger al *nasciturus*: Arozamena Sierra mantiene que el aborto es un tema que la Constitución dejó abierto a la disponibilidad del legislador, y por consiguiente el art. 15 “no es impeditorio de un sistema de tratamiento del aborto que excluya su punición”; Rubio Llorente, puesto que niega que la vida sea un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, excluye que de ahí pueda deducirse la obligación estatal de establecer un sistema de protección que incluya como última garantía las normas penales. Latorre Segura y Díez de Velasco, más en consonancia con la doctrina del Tribunal, sostienen que la protección no ha de revestir carácter penal en todos los casos. Nótese que la postura de los dos primeros votos particulares ahora comentados sería seguramente la admisión de una despenalización total del aborto, pues, según ellos, la protección penal a la vida del *nasciturus* no es exigencia constitucional. En cualquier caso, estimamos que sólo para quien entienda que la vida del *nasciturus* está desprotegida totalmente por la Constitución, sería admisible la despenalización total del aborto, pues si, como parece, la Constitución protege la vida del *nasciturus*, para que tal protección sea efectiva (aunque pueda ceder en determinados supuestos) se requiere la norma penal, pues no parece acorde con el bien jurídico “vida humana” una protección meramente civil o administrativa. Y ello aunque, indudablemente, los bienes y derechos constitucionales no requieren siempre necesariamente protección penal.

El análisis por el Constitucional de las garantías de la práctica del aborto en los supuestos despenalizados ha recibido las críticas más ásperas por parte de la doctrina y de los magistrados discrepantes; todos los votos particulares (cinco, uno de ellos firmado por dos magistrados) muestran su desacuerdo con este aspecto de la sentencia. Así, es casi unánime la afirmación de que el Tribunal, con esta postura, se excede de sus funciones, invadiendo las que corresponden al legislador; esto ha sido expresado con rotundidad por la mitad de los magistrados:¹⁴ “el Tribunal impone a las

¹⁴ “La sentencia (...) traspasa los límites jurídico funcionales de la potestad jurisdiccional que incumbe al Tribunal Constitucional”; “está vedado al tribunal establecer modificaciones o adiciones del texto impugnado” (Voto particular de Arozamena Sierra); no es función del tribunal “colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla” (Díez-Picazo); “no podemos compartir la opinión expresada en la sentencia de que el art. 79.4 b) de la LOTC autoriza a este TC a indicar

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cortes sus propias preferencias de política legislativa, y esta imposición (...) es arbitraria”;¹⁵ por todos, el voto particular de Tomás y Valiente indica en qué y por qué se ha excedido el Alto Tribunal de sus funciones:

- El Tribunal Constitucional no puede formular juicios de calidad.
- El Tribunal posee una jurisdicción negativa, pero con esta decisión se ha convertido en legislador positivo.
- Ha actuado en esta ocasión como una “tercera cámara”.
- El Tribunal no puede indicar al legislador qué modificaciones ha de hacer.

La conclusión de este magistrado no necesita ulteriores comentarios: “Cuando sobre tan exigua, confusa y discutible base, interpretada de forma innovadora *ad causam*, el Tribunal se atreve a tanto, transgrede los límites de sus competencias y roza una frontera sumamente peligrosa: la del arbitrio o decisionismo judicial”.

En fin, se critica también la extensión ilimitada de las reglas constitucionales para derivar de ella la inconstitucionalidad de la ley, mediante un “salto lógico”, pues la sanción penal para los casos en los que el TC no considera suficientes las garantías no puede inferirse del art. 15 (Díez-Piñazo, Tomás y Valiente, Latorre y Díez de Velasco). Igualmente, Tomás y Valiente y Rubio Llorente ponen de manifiesto el desempeño de las funciones judiciales (comprobación de los hechos) por el médico, así como la diferencia entre esta sentencia y las llamadas “sentencias interpretativas”, las cuales, ni pueden darse en un recurso previo, ni pueden utilizarse para invalidar la norma.

El voto particular de Rubio Llorente pone de manifiesto que los once primeros fundamentos jurídicos, al no conducir directamente al fallo, son una sucesión de *obiter dicta* “que para nada obligan hacia el futuro”; la *ratio decidendi* se encuentra en el Fundamento 12, que opera una “irónica inversión del principio de legalidad penal, que de ser garantía de la liber-

las modificaciones que, a su juicio, permitan la prosecución de la tramitación del proyecto de Ley” (voto particular de Latorre Segura y de Díez de Velasco).

¹⁵ Voto particular de Francisco Rubio Llorente.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

tad del ciudadano se transforma en mecanismo dirigido a asegurar la efectividad del castigo”.

Sin embargo, y en relación con las propias garantías para la práctica del aborto, un auto de 1989¹⁶ parece matizar algo la anterior postura del Tribunal. Si bien dictado en un recurso de amparo, se pone en tela de juicio por la recurrente (Asociación “Acción Familiar”) la constitucionalidad del Real Decreto (RD) 2409/86, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, por cuanto permite la práctica de abortos eugenésicos en las doce primeras semanas de gestación y abortos terapéuticos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada, hipótesis que, a su juicio, son imposibles médicaamente.¹⁷ Sin embargo, el TC afirma que la eventual vulneración del derecho a la vida no derivaría del propio Decreto, sino de una eventual aplicación incorrecta e infractora del mismo, siempre denunciable ante los tribunales. Del mismo modo, el Tribunal no aprecia vulneración del art. 15 por la forma en que se desarrolla la obligación de información a la embarazada por los poderes públicos, ya que (y aquí está el matiz diferente al que hacíamos referencia) “el art. 15 de la Constitución no impone precisamente una forma de organización de las garantías del derecho a la vida ligados a los supuestos de aborto”.

La última sentencia del TC sobre el aborto es posterior en poco más de un mes a la que resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad de la reforma.¹⁸ Se trata de un recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo que condena por un delito imposible de aborto (al no existir embarazo) y sin aplicar la eximente de estado de necesidad. La parte recurrente alega el conflicto que existe entre la vida del *nasciturus* y los dere-

¹⁶ Auto 13/89, de 16 de enero.

¹⁷ El art. 1 del citado Real Decreto dice: “A los efectos de lo dispuesto en el art. 417 bis del Código Penal podrán ser acreditados: 1. Para la realización de abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen doce semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales: (...”).

¹⁸ STC 70/85, de 31 de mayo.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

chos de la madre (integridad física y moral, salud, libertad y seguridad, dignidad, intimidad y libertad ideológica y religiosa), señalando por tanto la incorrecta aplicación de la eximente de estado de necesidad por el TS. Pero el TC no concede el amparo, puesto que, al no pedirse la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos sancionadores del aborto, el análisis de la aplicación de la eximente del art. 8. 4 del Código Penal supondría inmiscuirse en la función que el art. 117.3 de la Constitución reserva a los Tribunales ordinarios.

La sentencia a que nos referimos se aplazó en su pronunciamiento a la espera de lo que se decidiera en la Sentencia 53/85, pero el Tribunal consideró que la influencia de esta decisión es nula. Sin embargo, Tomás y Valiente formuló su discrepancia del fallo partiendo de que la sentencia de abril sí debería haber influido en la de mayo, al señalar la constitucionalidad de las indicaciones y la “necesidad en que el intérprete constitucional se ve de ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado”, ponderación que no se realizó, a su juicio, en este caso. Desde luego, el Tribunal no puede entrar en la función jurisdiccional, salvo cuando en el desarrollo de ésta se vulneren derechos fundamentales.

Respecto a la no impugnación de la constitucionalidad del art. 411 del Código Penal, resalta este magistrado que los recurrentes no han tenido vía procesal para hacerlo, si bien el TS podía interponer una cuestión de constitucionalidad. Vuelve a afirmar que tal artículo es a su juicio inconstitucional, como ya hiciera en su voto particular a la sentencia 75/84, aunque da a entender que tal inconstitucionalidad se subsanaría con el entonces previsiblemente inmediato “contrapeso” del art. 417 bis, redactado ya de acuerdo a la sentencia que se había pronunciado hacía poco más de un mes.¹⁹

Conclusiones

De toda la jurisprudencia constitucional sobre el aborto se deducen algunas conclusiones y algunas incertidumbres:

¹⁹ La redacción actual del precepto fue introducida por LO 9/1985, de 5 de julio, teniendo en cuenta las “exigencias” de la sentencia 53/85.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

- a) No es constitucional una ley que penalice en todos los casos el aborto, pues hay otros bienes constitucionales dignos de protección.
- b) No es constitucional una ley que despenalice en todos los casos el aborto, pues obviaría la correcta ponderación de bienes constitucionalmente protegidos.
- c) Las “indicaciones” recogidas en la ley no tienen por qué ser las únicas constitucionales, pero no es posible aventurar qué otras indicaciones pudieran caber en lo permitido por la constitución.
- d) Es dudoso si la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite entender que una supuesta ley de plazos no vulneraría la constitución.

Con respecto a estas dos últimas incertidumbres, cabe plantearse la futura regulación del aborto. Alguno de los proyectos anteriores a la aprobación del nuevo Código Penal de 1995 recogía alguna modificación significativa; así el Proyecto de Código penal de 1992, aparte de otros aspectos de menor importancia, añadía un cuarto supuesto de aborto despenalizado (art. 153.1.2): el practicado para evitar riesgos para la salud o integridad física y moral de la embarazada, siempre que se practicase dentro de las doce primeras semanas de gestación.²⁰ Sin embargo, en el momento de redactarse el nuevo Código Penal se prefirió no alterar en absoluto la regulación de los supuestos de aborto despenalizado, tal vez pensando en dejarlo para otro momento posterior; y en efecto, el nuevo Código Penal mantiene en vigor el art. 427 bis del Código anterior (véase Disposición Derogatoria 1a.), siendo ésta la regulación aplicable. No obstante, y después de 1996, la oposición parlamentaria —que como se acaba de indicar no llegó a

²⁰ En efecto, el referido Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, con independencia de la reducción de las penas que era su tónica general, recogía en su art. 153 los supuestos en que el aborto no será punible, introduciendo el aludido “cuarto supuesto”, que no se contemplaba en el Anteproyecto (éste era copia casi literal del actual art. 417 bis del Código penal, con la única salvaguarda de que la “indicación ética”, se extendía a todos los hechos constitutivos de delitos contra la libertad sexual). Sin embargo, el Anteproyecto no comprendía entre los abortos no punibles el practicado en caso de embarazo provocado por delito de inseminación artificial no consentida (que no es delito contra la libertad sexual), supuesto éste que sí estaba incluido en la “indicación ética” según la redacción adoptada por el Proyecto de Código Penal.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

modificar la regulación cuando tuvo la mayoría parlamentaria— ha presentado en varias ocasiones proposiciones para ampliar los supuestos de aborto despenalizados, siendo todas ellas rechazadas por las Cámaras parlamentarias.

En cualquier caso, la posibilidad de una reforma legislativa en la materia se vuelve a plantear periódicamente, bien sea mediante la propuesta de nuevas indicaciones (ya sea situación de “angustia” de la madre, o la llamada “indicación socioeconómica”, o ambos aspectos), o bien mediante una eventual “ley de plazos”. Por ello no está de más plantearse la posible constitucionalidad de estos nuevos supuestos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que hemos venido comentando. Desde luego no es posible realizar aquí un examen exhaustivo o riguroso de todos los problemas que podrían plantear estas hipotéticas nuevas regulaciones, y también parece impredecible lo que podría decir, en su caso, el Tribunal Constitucional, tantos años después de aquella sentencia tan polémica y con un apoyo tan dividido. Pero queremos al menos apuntar algunas ideas.

Por lo que se refiere a una eventual indicación basada en la situación de angustia o ansiedad de la madre, y teniendo en cuenta que ya está despenalizado el aborto en los supuestos más graves de riesgo para la integridad física o psíquica de la embarazada, cabe plantearse la constitucionalidad de este nuevo supuesto. El mismo no parece justificarse en una adecuada ponderación de bienes y derechos en conflicto, pues no es fácil hacer prevalecer siempre (fuera de los casos de peligro grave, ya despenalizados) la conservación íntegra u óptima de la salud sobre la vida humana. Únicamente cabría defender la constitucionalidad del nuevo supuesto basándose en la no exigibilidad de otra conducta o en razones de política criminal, si bien vuelve a existir el problema de que tal razonamiento sólo ampararía los supuestos verdaderamente serios y graves de “angustia” o “ansiedad”.

Similares reflexiones cabe hacer sobre una hipotética despenalización del llamado “supuesto socioeconómico”,²¹ basado en las especiales cir-

²¹ Puede apuntarse que el mencionado Proyecto de 1992, en el caso antes analizado, daba entrada también a condicionantes socioeconómicos al referirse a que el certificado médico ha de incluir un pronóstico de riesgo para la salud de continuar el embarazo “atendidas, en su caso, sus condiciones personales, sociales o familiares”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

cunstancias personales o familiares que harían difícil el embarazo y el posterior mantenimiento del niño. Quedando claro que los supuestos especialmente graves ya quedarían incluidos en la legislación vigente (teniendo en cuenta también la eximente de estado de necesidad), es difícil incluir los casos “menos graves” entre los amparados por una adecuada ponderación; acaso la no exigibilidad de otra conducta podría amparar los supuestos graves que hoy serían eximente incompleta al no cumplirse el requisito exigido por el apartado primero del art. 20.5 del Código Penal (“que el mal causado no sea mayor del que se trate de evitar”).

La última de las opciones que se han señalado como posibles en la futura tramitación parlamentaria del Proyecto sería la de la llamada “Ley de Plazos”. Estimamos difícil que pudiera ser constitucional, habida cuenta de que tal supuesto sólo podría explicarse con base en razones de política criminal que dejarían, en el plazo de que se tratase, en absoluta desprotección al embrión, y tales razones deben encontrar su límite en la no eliminación total de ninguno de los dos bienes jurídicos o derechos protegidos (si bien tales motivos deben añadir algo más a los supuestos de mera ponderación).²²

Por último, cabe indicar que el Código Penal de 1995 tipifica una serie de delitos en relación con el embrión, el feto y el comienzo de la vida humana, dentro del título V del libro II, cuyo epígrafe es “Delitos relativos a la manipulación genética”.²³

²² Hay que insistir en que las anteriores reflexiones tienen en cuenta la actual línea jurisprudencial del TC. No obstante, no es descartable una cierta evolución, ya que esta jurisprudencia tiene su base en una sentencia con cinco votos particulares (seis magistrados discrepantes). Con independencia de que tal cambio sea o no conveniente (lo cual depende sobre todo de opiniones personales), lo que sí sería deseable en tal hipótesis es que, al menos, esa variación de la jurisprudencia fuera objeto de especial motivación o justificación.

²³ En realidad, algunos de estos delitos parecen que tienen como bien jurídico protegido la “integridad genética” del nuevo ser, el derecho a la transmisión de una herencia genética, o incluso el “patrimonio genético” de la Humanidad, derivado del valor dignidad, más que la propia vida humana. En esta línea puede citarse el delito de manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo (art. 159), que se castiga sólo cuando se realice con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves. También están expresamente condenadas la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana (art. 161.1), y la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (art. 161.2). En fin, en este mismo título se penaliza la práctica de la reproducción.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

3. MUERTE Y ASISTENCIA MÉDICA OBLIGATORIA

El tema de la muerte plantea también en relación con el art. 15 de la Carta Fundamental una serie de cuestiones sobre las que el Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciado,²⁴ pues sus escasas pero trascendentales sentencias referidas a esta materia tienen en principio un alcance limitado. En efecto, no hay doctrina constitucional que resuelva el tema de si el art. 15 de la Constitución permite alguna de las formas de eutanasia, aunque las sentencias que pasaremos a comentar a continuación sí realizan algunas afirmaciones que parecen ser de aplicación general y que permiten, al menos, desechar algunas interpretaciones extremadamente permisivas en relación con este tema. En efecto, afirma nuestro más alto Tribunal que:

- 1) El derecho fundamental a la vida posee, además de su dimensión subjetiva, una faceta objetiva que impone a los poderes públicos “el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, (...) sin contar para ello con la voluntad de sus titulares”.²⁵
- 2) El TC ya ha reiterado (STC 120/90, FJ 7; 137/90, FJ 5; 11/91, FJ 2) que no existe un derecho subjetivo a la propia muerte que pudiera garantizar el art. 15 CE: “la privación de la propia vida y la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo».

Teniendo en cuenta estos planteamientos y considerando, por otro lado, que de la interpretación conjunta de los arts. 10.1 y 15 se desprende que la Constitución protege la “vida digna”, y que no parece que pueda in-

ción asistida a una mujer sin su consentimiento (art. 162), y la utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana (art. 160).

²⁴ Sobre el momento en que se produce la muerte, tradicionalmente la Ciencia médica se había fijado en el cese de la actividad respiratoria y el paro cardíaco. Sin embargo, más recientemente la ciencia se inclina por situar el fin de la vida en el momento de la pérdida total de actividad cerebral (electroencefalograma plano). Este es el criterio que acoge la ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos, cuyo art. 5.1 considera la “irreversibilidad de las lesiones cerebrales” incompatible con la vida.

²⁵ STC 120/90, de 27 de junio, FJ 7; cita el TC su sentencia 53/85.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

cluirse en ésta la de aquella persona que, careciendo de toda expectativa de mantenerse con vida, ve únicamente prolongados sus sufrimientos, podríamos tal vez avanzar algunas conclusiones:

- a) La Constitución no permite acabar ni permitir que acabe la vida de una persona contando simplemente con su voluntad favorable.²⁶
- b) Tampoco permite finalizar o dejar que finalice por sí misma la vida de un enfermo cuando éste tiene posibilidades reales de curación —aunque sean muy escasas—, o de mantenimiento con vida y con independencia de su voluntad.
- c) Es contrario a nuestro Texto Fundamental el auxilio para dar fin a su vida a personas con grandes minusvalías o limitaciones físicas o psíquicas que no conlleven necesariamente peligro de pérdida de la vida, y con independencia de su voluntad.
- d) La protección a la “vida digna” implica que no sea necesario prolongar un tratamiento médico a una persona cuando exclusivamente le vaya a provocar sufrimientos y tal vez un alargamiento de su agonía, pero se sepa positivamente que no le va a salvar la vida. Obviamente, para la interrupción de tales tratamientos ha de contarse con el consentimiento del enfermo o de quien lo pueda expresar en su lugar.
- e) Parece más dudosa la admisibilidad de aquellos tratamientos directamente encaminados a acortar la vida y el sufrimiento de personas que no tienen esperanza alguna de mantenerse con vida a largo plazo, contando lógicamente con su voluntad o la de la persona que pueda manifestarla en su lugar.

En relación con la eutanasia, ha de recordarse que el Código Penal de 1995 contempla una reducción de las penas —en relación con la regulación anterior— para ciertos supuestos de eutanasia activa, es decir, aplicación de medios que provocan la muerte.²⁷

²⁶ En consonancia, la Ley General de Sanidad, en su art. 10. 6, c) exceptúa la necesidad de consentimiento escrito del usuario para cualquier intervención, el supuesto de que “la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

²⁷ En efecto, el anterior Código Penal contemplaba en su art. 409 la inducción y el auxilio no ejecutivo al suicidio, que castiga con la pena de prisión mayor (es decir, de seis años y un día a doce años).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A diferencia del tema anterior, sí es posible establecer ya hoy una jurisprudencia constitucional más o menos acabada y completa con relación al tema de si la Constitución obliga a alimentar forzosamente a personas que con su actitud de huelga de hambre ponen en peligro su propia vida y que se encuentran en una relación especial de sujeción respecto de la Administración. El Tribunal Constitucional ha dado una respuesta positiva a esta cuestión en tres sentencias que configuran la llamada “serie GRAPO”, matizando en la última de ellas el momento a partir del cual es obligatoria tal asistencia médica.

Las dos primeras sentencias de la serie, de 27 de junio y 19 de julio de 1990 respectivamente (números 120 y 137 de dicho año) contienen una doctrina prácticamente idéntica y por ello pueden comentarse conjuntamente. En efecto, ambas son fruto de recursos de amparo contra Autos de las Audiencias Provinciales de Madrid y Guadalajara respectivamente, que obligan a suministrar asistencia médica, incluso contra su voluntad, a los reclusos en huelga de hambre, “una vez que su vida corra peligro”, si bien no podrán ser alimentados vía bucal “en tanto persista su estado de determinarse libre y conscientemente” (AP de Madrid); no obstante, no es preciso esperar a que “lleguen hasta la pérdida de conocimiento por ser

y con la de reclusión menor (la misma que el homicidio, de doce años y un día a veinte años) el auxilio ejecutivo. El supuesto de eutanasia activa o pasiva no se consideraba separadamente, por lo que se encuadraba en alguno de los anteriores delitos.

En cambio, el nuevo Código penal de 1995 —y con independencia de la reducción generalizada de las penas— castiga con prisión de cuatro a ocho años la inducción al suicidio (art. 143.1); con prisión de dos a cinco años el auxilio necesario no ejecutivo (art. 143.2), y prisión de seis a diez años el auxilio ejecutivo (art. 143.3), frente a la prisión de diez a quince años que establece para el homicidio (art. 138). Pero el dato más significativo es la reducción en uno o dos grados de las penas de la cooperación activa y necesaria en la muerte de otro, cuando exista “petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar...”, es decir, lo que se conoce como “eutanasia activa voluntaria”. Con independencia de las dudas que pueda plantear el precepto, hay que recalcar que no supone despenalización, sino solamente reducción —aunque muy significativa— de la pena, con lo que no plantea problema alguno de constitucionalidad.

En cuanto a la eutanasia pasiva, creemos que se trata de un supuesto en el que, según los casos, cabría castigar como alguno de los delitos tipificados, cometido por omisión, o como omisión del deber de socorro, o bien no ser castigada en determinados supuestos, para lo cual sería necesario al menos el consentimiento de la “víctima”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

hecho cultural notorio la posible irreversibilidad del coma acidósico o metabólico (A.P. de Guadalajara).

El Tribunal Constitucional parte en ambas sentencias de delimitar la cuestión, excluyendo entrar a analizar de forma autónoma la posible vulneración de preceptos constitucionales no susceptibles de amparo, tales como los arts. 1.1, 9.2 ó 10.1, o de Tratados Internacionales. La eventual vulneración de los arts. 24.1 y 25.2 está condicionada a que se aprecie la de alguno de los restantes derechos fundamentales. Igualmente se cuida el Tribunal de circunscribir su doctrina al concreto caso cuando señala que se debe “evitar todo confusionismo con otros supuestos de asistencia médica distintos del presente que quizás requieran diferente solución”.²⁸

Los casos concretos deben situarse, a juicio del Tribunal, en el marco de la relación especial de sujeción que liga al recluso con la Administración penitenciaria, la cual, teniendo en cuenta el deber de ésta de velar por la vida, integridad y salud del recluso, permite imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los internos “que podrían resultar contrarias a esos derechos si se trata de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas”. Este encuadramiento de la cuestión plantea no pocos problemas, y de hecho es criticado en los dos votos particulares de la sentencia 120/90; Rodríguez-Piñero sostiene que la relación especial de sujeción no justifica establecer límite adicional a los derechos fundamentales del penado, pues aunque el art. 25.2 CE habilita a la Ley Penitenciaria para establecer limitaciones de los derechos fundamentales de los reclusos, ni tal habilitación justifica limitaciones irrazonables o desproporcionadas, ni ha dado lugar a una regulación específica del tema por parte de esta Ley. Igualmente Leguina Villa afirma que ninguna relación de supremacía especial puede justificar una coacción que afecte al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, aunque tal coacción se dirija a salvaguardar la vida y salud.

A continuación realiza el Tribunal las consideraciones ya referidas sobre la dimensión objetiva del derecho a la vida y la inexistencia de un “derecho a la muerte” con el que pudiera colisionar el deber de la Administración. Sin embargo, la dimensión objetiva de este derecho no lleva a un planteamiento de la cuestión de la irrenunciabilidad de los derechos fun-

²⁸ Sentencia 120/90, FJ 5 y 137/90, FJ 3.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

damentales, y en concreto de los contenidos en el art. 15, tema de gran interés y muy difícil enfoque constitucional. Por un lado, el art. 10.1 habla de “derechos inherentes”, lo cual no quiere decir irrenunciables, aunque es posible ver en este artículo un cierto sello iusnaturalista; por otro lado, la distinción entre titularidad y ejercicio a efectos de renunciabilidad no es practicable respecto del derecho a la vida, por motivos obvios.

Por consiguiente, la cuestión se circunscribe al conflicto entre el derecho-deber de la Administración de defender la vida y salud de los reclusos, derivado de la propia dimensión objetiva de los derechos del art. 15 CE, y ciertos derechos fundamentales de éstos, ya que no poseen un “derecho fundamental a la muerte”.

Trataremos separadamente estos aspectos:

- a) Conflicto entre la integridad física y moral del recluso y el deber de la Administración de defender su vida y salud.

Afirma el Tribunal que el derecho a la integridad física y moral protege contra cualquier clase de intervención en el cuerpo o espíritu de una persona sin su consentimiento. Por consiguiente, dado que la asistencia médica obligatoria constituye “intervención”, supondrá ésta limitación vulneradora del derecho fundamental a no ser que tenga justificación constitucional. En este sentido, el deber de la Administración tiene fundamento en el art. 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), que es la Ley a que se remite el art. 25.2 CE como la habilitadora para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, con la finalidad de proteger la vida y salud de las personas, bienes consagrados por la Constitución.

No obstante, a nuestro juicio tal fundamento constitucional no es siempre de por sí suficiente para justificar la limitación o intervención en el derecho a la integridad física y salud, pues no debe olvidarse que tal derecho está igualmente recogido en la Constitución al mismo nivel, cuando menos, que el deber de la Administración. Es por ello que la “balanza” ha de desnivellarse con apoyo en otros criterios. Precisamente el TC afianza su argumentación sobre la prevalencia en el caso concreto del deber de la Administración basándose en que la restricción en la integridad que supone la asistencia médica se conecta causalmente con la preservación de la vida, “que en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurí-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

dico y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”, citando aquí el TC la sentencia 53/85. Se aprecia aquí como el Tribunal Constitucional repite las conflictivas argumentaciones basadas en valores, máxime teniendo en cuenta la ausencia de referencia constitucional expresa al valor constitucional “vida humana”.

Es interesante hacer hincapié en que las ocasiones en que el Tribunal ha argumentado basándose en el valor “vida humana”, lo ha hecho para proteger derechos o bienes jurídicos con independencia de la voluntad de su titular, o cuando ni siquiera puede hablarse de titular en sentido pleno. Ello podría significar una vía indirecta para reconocer la irrenunciabilidad de ciertos derechos fundamentales con apoyo en la dimensión objetiva de los mismos o en que encarnan valores superiores del ordenamiento, si bien es innegable la dimensión objetiva de todos o casi todos los derechos fundamentales, y la renunciabilidad del ejercicio de muchos de ellos.

b) Conflicto entre la libertad del recluso y el deber de la Administración de defender su vida y salud.

Bajo este epígrafe puede situarse el conflicto que existe entre el aludido deber estatal, con fundamento constitucional, y los arts. 16.1 y 17.1 de la Constitución, lo que nos sugeriría además la posibilidad del conflicto con la genérica libertad de actuación o determinación sobre la propia vida que puede subyacer en todo el planteamiento constitucional de los derechos fundamentales, y en el valor superior “libertad”.

Respecto al art. 16.1, el Tribunal indica que para que sea vulnerado es preciso al menos que los actos de los poderes públicos perturben la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología, lo que no se ha producido en este caso, máxime teniendo en cuenta que la Administración ha respetado siempre la huelga de hambre.

En relación al art. 17.1, el Tribunal Constitucional niega que pueda proteger una “libertad general de actuación o autodeterminación individual, la cual se recoge en el art. 1.1 y sólo es susceptible de amparo en las concretas manifestaciones de los derechos fundamentales”. De esta forma, entiende el intérprete supremo de la Carta Fundamental que nuestra Constitución reconoce la libertad general de autodeterminación como cristalizada.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

zación del valor superior recogido en la norma constitucional de apertura, si bien niega que como tal libertad sea susceptible de amparo.

No obstante, creemos que ello no obsta al valor interpretativo de tal valor superior, cuya eficacia en amparo podría venir en la mayor parte de los casos vía artículo 16 (libertad ideológica o de pensamiento); que podría configurarse, como algún sector doctrinal ha señalado, como “cláusula de cierre del sistema de libertades”. Por otro lado, desde la perspectiva del art. 17.1, sin perjuicio de que tal precepto, encuadrado en el contexto general de todo el art. 17 parece hacer referencia a la libertad en sentido físico, cabe afirmar, como hace un voto particular, que la libertad física también protege frente a cualquier medida de coerción que “oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos”.²⁹

En cualquier caso, no deja de resultar paradójico que determinadas manifestaciones de la libertad humana, entendida como autonomía o libre determinación, y consagrada como valor superior del ordenamiento, no se concibían constitucionalmente como un auténtico derecho fundamental.

Es posible plantearse si en la hipótesis, no admitida por el Tribunal, de que la actitud de los reclusos estuviese amparada por alguno de los derechos de libertad susceptibles de amparo, tal libertad prevalecería o no sobre el deber de la Administración de proteger su vida, pues tanto la vida como la libertad son valores del Ordenamiento constitucional (aunque sólo la libertad es “valor superior del Ordenamiento”), teniendo además la vida carácter previo sobre los demás derechos fundamentales.

Para terminar con el tema del conflicto entre el deber de la Administración y el derecho a la libertad, debe señalarse que el Tribunal afirma al respecto que “no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley”. En sentido contrario, señalan en sus votos particulares Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, que “ello significaría condicionar la decisión de imponer la alimentación forzosa a la propia legitimidad del fin perseguido por la huelga de hambre”, que por su propia lógica persigue objetivos que no pueden obtenerse normalmente a través de las vías judiciales. Según Rodríguez-Piñero, entrar a valorar la legitimidad del fin perseguido supone traspasar la ponderación

²⁹ STC 120/90, voto particular de Jesús Leguina Villa.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

entre vida y salud, por un lado, y otros derechos por el otro. En sentido similar se manifiesta Leguina Villa en el otro voto particular a la sentencia.

c) Conflicto con la “intimidad corporal”.

Para el Tribunal tal conflicto no puede plantearse puesto que la intimidad corporal es “inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona” (STC 37/89), y no cabe hablar en este caso de “indagación” o “pesquisa”.

En cuanto a la eventual existencia de torturas o tratos inhumanos o degradantes, es negada por el Tribunal, ya que no hay “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”.

Afirma el Tribunal que la alimentación forzosa podría constituir trato inhumano o degradante bien por los medios utilizados (como lo sería a juicio de los magistrados, si fuese vía bucal), bien porque constituyera prolongación del sufrimiento sin evitar la muerte; no dándose en el caso concreto ninguno de los dos supuestos.

Matiza la doctrina expuesta en las dos sentencias que acabamos de comentar conjuntamente, llegando a solución diversa, si bien no se daba idéntico supuesto de hecho, la STC 11/91, de 17 de enero, dictada como consecuencia de un recurso de amparo contra el auto de la Audiencia Provincial de Cáceres por el que se acordó no recibiera asistencia médica ni sea alimentado forzosamente hasta que pierda la conciencia o tome una decisión contraria a la actual. El Tribunal deniega el amparo, solicitado por el Ministerio Fiscal, y entiende que no es obligatoria la alimentación forzosa hasta ese momento.

Según el Ministerio Fiscal, el diverso planteamiento de las sentencias es sólo aparente, pues si las resoluciones que autorizan la asistencia médica obligatoria no vulneran derecho alguno, a sensu contrario, las resoluciones que no permitan proporcionar tal asistencia por no haber llegado a la pérdida de conciencia, sí vulneran tales derechos. Pero el TC afirma que la protección que viene obligada a prestar la Administración penitenciaria ha de realizarse mediante un ponderado juicio de proporcionalidad que restrinja lo menos posible los derechos fundamentales de quienes necesitan tal protección. De esta forma, establecido el deber de la Administración, la

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cuestión suscitada es la del momento a partir del cual debe cumplirse tal deber, y teniendo en cuenta que el Auto impugnado en este tema cumple el requisito de declarar la alimentación forzosa, aunque entiende que no es exigible por el momento y que lo será cuando se agrave el estado del recluso, afirma el Tribunal que el momento no tiene por qué ser el mismo en todos los casos, sino que será “cuando la vida de los reclusos corra grave peligro”, momento que puede variar en cada caso y cuya determinación no corresponde al Tribunal Constitucional.

Ciertamente, ha de reconocerse que es compatible afirmar que no vulnera los derechos fundamentales de los reclusos la decisión judicial que obliga a suministrar alimentación forzosa a los mismos, sin esperar a que lleve la pérdida de conciencia, y afirmar que no vulnera derecho alguno la decisión judicial que niega la obligatoriedad de tal alimentación forzosa antes de la pérdida de conciencia, entre otras cosas porque el derecho-deber de la Administración, basado en el art. 3.4 LOGP, a la que se remite el art. 25 CE, no es susceptible de amparo.

Ahora bien, ello no es óbice para indicar que el Tribunal en esta sentencia está cuando menos matizando o estableciendo variaciones en su jurisprudencia anterior, que no queda incólume tras esta decisión, a pesar de que se intente demostrar en ella que es totalmente respetuosa con las anteriores decisiones, en cuyo espíritu estaba latente la idea de que la alimentación forzosa podía dispensarse antes de la pérdida de conciencia, pues la Administración posee un derecho-deber de velar por la vida y salud, y ha de tenerse en cuenta que una alimentación forzosa tardía puede cumplir, al menos en principio, con el deber de velar por la vida, pero difícilmente con el de preservar la salud. No obstante es correcta la afirmación de que tal derecho-deber no es susceptible de amparo, lo cual legitima constitucionalmente la decisión.

4. PENA DE MUERTE

Tras la taxativa y meridiana abolición de la pena de muerte por el art. 15 de la Constitución, “salvo lo que puedan disponer las leyes penales milita-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

res para tiempos de guerra”,³⁰ cuyo enunciado supone por cierto una abolición más estricta que la que se produce en algunos textos internacionales,³¹ no ha habido necesidad de jurisprudencia sobre el tema. Únicamente queremos referirnos a dos autos del TC que establecen que la abolición de la pena de muerte por la Constitución no tiene otros efectos que los de impedir la ejecución de las que pudieran encontrarse pendientes (aparte de impedir, lógicamente, que se pueda condenar a esta pena en el futuro), pero no amplía el alcance de las medidas de gracia anteriormente concedidas (se refiere el Tribunal en ambos casos a los indultos de 1975 y 1977), de forma tal que la Constitución no impide la aplicación de la pena privativa de libertad impuesta por tales indultos al conmutar la pena de muerte, ni la reduce.

Tal doctrina se contiene en los Autos 31/80, de 1 de octubre, y 32/81, de 25 de marzo.

³⁰ Si bien desde la reforma del Código penal militar por LO 11/1995, de 27 de noviembre, la pena de muerte ha sido también abolida en estos supuestos, con lo cual a día de hoy está totalmente desterrada de nuestro ordenamiento. No obstante, hasta la citada reforma de 1995 el Código penal militar, aprobado por LO 13/1985, de 9 de diciembre, permitía la condena a pena de muerte para delitos como traición militar (art. 49), espionaje militar (art. 52), atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional (art. 57), delitos contra las leyes y usos de guerra (arts. 69 y ss.), rebelión (art. 79), delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar (arts. 85 y 86), sedición (art. 91 y ss.), maltrato de obra a superior (art. 98), desobediencia (art. 102), cobardía (art. 107), entre otros, todos ellos referidos a tiempo de guerra.

³¹ El art. 2.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece simplemente: “Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley imponga esa pena”; pero ciertamente hay que tener en cuenta el protocolo número 6, de 28 de abril de 1983, relativo a la abolición de la pena de muerte, según el cual ésta queda abolida, aunque los Estados podrán preverla “por actos cometidos en tiempo de guerra *o de peligro inminente de guerra*” (cursiva mía).

Por su parte, el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos limita la pena capital a los delitos más graves de acuerdo con las leyes en vigor en el momento de su comisión, reconociendo el derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena y prohibiendo su aplicación a menores de 18 años y a mujeres en estado de gravidez. El art. 6.6 señala que “Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

5. INTEGRIDAD FISICA Y MORAL

No es demasiado amplia la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la integridad física y moral, de forma tal que no cabe con base en ella construir una doctrina constitucional completa en la materia. Sin embargo, aparte de los aspectos ya comentados en la “serie GRAPO”, puede decirse que el Tribunal ha comenzado una delimitación, fundamentalmente negativa, de estos derechos, señalando supuestos, a primera vista dudosos, que no los vulneran.

Así, ha indicado el Tribunal que no constituye injerencia prohibida en la integridad física el examen de sangre, y mucho menos la investigación mediante aparatos de detección alcohólica de aire aspirado;³² ni, tampoco la obligación de someterse a las pruebas biológicas de paternidad judicialmente acordadas, con el cumplimiento de ciertos requisitos.³³ Tampoco supone vulneración de la integridad física la esterilización de deficientes psíquicos, ordenada judicialmente a petición de persona legitimada en los supuestos excepcionales previstos en la ley.³⁴ Igualmente, y siempre según el Tribunal Constitucional, tampoco puede considerarse que se vulnere el derecho a la integridad moral de una niña por la revocación de su adopción,³⁵ ni el de un niño por la sanción, adoptada por un colegio privado, consistente en apartarle durante varios meses de su aula para incorporarle a unas dependencias utilizadas como jardín de infancia.³⁶ Tampoco vulnera el derecho a la integridad física y moral de los ex-drogadictos la decisión judicial del orden contencioso administrativo que denegaba el establecimiento de un centro para ex-drogadictos en determinado lugar, y ello aunque aquella denegación se había basado en preservar los mismos derechos (integridad física y moral) de la infancia y juventud.³⁷ El Auto 271/1989, de 22 de mayo, no aprecia motivo objetivo alguno para entender que la decisión judicial impugnada, “en base a la extranjería de la víctima, o su pobreza”, sea causa de “tortura moral”.

³² STC 103/1985, de 4 de octubre, FJ 3

³³ STC 7/1994, de 17 de febrero.

³⁴ STC 215/1994, de 14 de julio.

³⁵ Auto TC 403/1985, de 19 de junio.

³⁶ Auto 333/1997, de 13 de octubre.

³⁷ Auto 1178/88, de 24 de octubre. STC

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Sin embargo, en otras decisiones el TC sí ha manifestado que en determinados supuestos pueden vulnerarse los derechos a la integridad física y moral; el auto 868/1986, de 29 de octubre afirma la hipotética posibilidad de impugnar un sistema de descanso que ponga en peligro la salud de los trabajadores, por vulneración de su integridad física, aunque en el caso concreto no aprecia tal vulneración. La Sentencia 2/1982, de 29 de enero, aprecia vulneración de la integridad moral cuando se ejerce sobre terceros “violencia moral de alcance intimidatorio”, siendo ello además contrario a la dignidad de la persona; sin que tal violencia moral pueda ampararse en la libertad de pensamiento o el derecho de reunión y manifestación.

En fin, el Tribunal Constitucional ha realizado una delimitación bastante precisa entre el derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad corporal, basándose en la idea de protección del pudor presente en este último, frente a la protección de la realidad física corporal que subyace en la idea de integridad física (véase, por todas, la sentencia 207/1996, de 16 de diciembre). En cambio, aunque ha destacado la relación entre integridad física y salud, afirmando que ciertos daños en la salud pueden encontrar cobertura en el artículo 15, en este terreno la delimitación entre ambos derechos está todavía, a nivel jurisprudencial, mucho menos clara (véase STC 35/1996, de 11 de marzo).

6. PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES. TORTURAS

La prohibición constitucional de las torturas y las penas o tratos inhumanos o degradantes es reproducción literal del art. 3 del Convenio de Roma, que ha dado lugar a cierta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en nuestra opinión algo más elaborada y detallada que la de nuestro Tribunal Constitucional.

La primera delimitación que establece el TEDH, y que recogerá expresamente el TC español, es la del trato que puede considerarse vulnerador de alguna de las prohibiciones del art. 3 del Convenio, y el que no lo es. En efecto, el Tribunal señala en el caso “Irlanda contra el Reino Unido” (S. de 18 de enero de 1978), que para que los malos tratos incidan en el art. 3 se requiera un mínimo de gravedad, cuya apreciación es relativa y

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

depende de las circunstancias del caso y de la propia víctima. Con mayor precisión, y delimitando previamente las penas o tratos inhumanos de los degradantes, la sentencia del caso Tyrer (S. de 25 de abril de 1978) afirma que “para que la pena sea degradante e infrinja el art. 3, la humillación o envilecimiento que implica tienen que alcanzar un nivel determinado y diferenciado del elemento habitual de humillación que supone la condena...”

El TEDH también ha separado los tratos inhumanos o degradantes de las torturas, basándose en la mayor intensidad del resultado producido por éstas (caso “Albert y Le Compte”, S. de 10 de febrero de 1983), ya que el Convenio ha querido separar estos conceptos y “estigmatizar especialmente a los tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles” (caso “Irlanda contra el Reino Unido”).³⁸

Nuestro Tribunal Constitucional ha recogido expresamente la jurisprudencia del caso Tyrer en su Sentencia 65/1986, de 22 de mayo, para declarar conforme a la Constitución la imposición de una pena privativa de libertad y de inhabilitación absoluta, aunque su duración pudiera parecer excesiva para el delito cometido (dieciséis años, cuatro meses y un día por malversación de caudales públicos), pues, “la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”; las aludidas penas, “independiente-

³⁸ En cuanto a la aplicación concreta de esta doctrina por el TEDH, cabe citar varios casos: las llamadas “cinco técnicas” de interrogatorio utilizadas en centros no identificados (colocación de pie contra la pared con los dedos de las manos apoyados en ésta y sujetando el peso del cuerpo; encapuchado; “ruido”; “falta de sueño”; “falta de alimento sólido y líquido”) constituyen tratos inhumanos y degradantes, aunque no torturas (caso Irlanda contra el Reino Unido). La pena de tres azotes infligidos a un muchacho de quince años constituye trato degradante (caso Tyrer). El sometimiento a un régimen especial de vigilancia no supone trato prohibido por el art. 3 del Convenio (S. de 6 de septiembre de 1980, caso Guzzardi); tampoco lo es la mera existencia de castigos corporales en un colegio escocés (S. 25 de febrero de 1982, caso Campbell y Cosans); ni la inhabilitación para ejercer la profesión (S. de 10 de febrero de 1983, caso Albert y Le Compte). La Comisión entiende que no hay vulneración del art. 3 por una laguna de la ley holandesa que impedía la denuncia y consiguiente persecución de un delito de violación contra una víctima subnormal, ya que no hay vínculo directo entre esa laguna legal y el art. 3 del Convenio (S. 26 de marzo de 1985, caso X e Y).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

mente de su mayor o menor extensión, no pueden ser calificadas de inhumanas o degradantes”.

También se ha utilizado la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes como uno entre los varios argumentos para que la detención incomunicada sea objeto de solicitud simultánea de confirmación al órgano judicial competente; en la conocida Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, ha afirmado el TC que “un uso limitado y extensivo de la situación de incomunicación en las detenciones gubernativas puede poner en peligro derechos tales como los previstos en los arts. 15, 17 y 24.2 CE”.

Y en fin, como sucedía con la integridad física y moral, ya son varias las sentencias del TC que delimitan negativamente esta prohibición, esto es, señalan una variedad de actos o decisiones que no vulneran el texto constitucional, al no constituir trato prohibido: el auto denegatorio de la solicitud de *Habeas Corpus* (pues en su caso la vulneración sería imputable a los que tuvieron a los recurrentes bajo su custodia);³⁹ la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la Medicina, cuando la decisión pondera la proporcionalidad de sacrificios,⁴⁰ la sanción disciplinaria de pérdida de haberes;⁴¹ la aplicación de la agravante de reincidencia, por no haberse cancelado su inscripción —a pesar de considerarse prescrita—.⁴²

Varias sentencias han apreciado la constitucionalidad de determinados aspectos del régimen penitenciario español a la luz del art. 15 de la Constitución. Así, la STC 89/1987, de 3 de junio, afirma que el mantenimiento de “relaciones íntimas” no forma parte de ningún derecho fundamental de los reclusos: “Que la sexualidad sea parte importante de la vida del hombre [no implica]...que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia o resultado de la privación legal de libertad ponga en peligro la integridad física o moral del abstinente (...) tanto más cuando se trata de abstinencia temporal” (la prohibición de recibir visitas íntimas aflige sólo a los reclusos sometidos al régimen del art. 10 de la LOGP, es decir, el llamado “régimen cerrado”). Tampoco implica esta privación la sumisión a trato inhu-

³⁹ STC 98/1986, de 10 de julio.

⁴⁰ STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7, 8.

⁴¹ Auto TC 238/1985, de 10 de abril.

⁴² STC 64/1983, de 21 de julio.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

mano o degradante, según el concepto constitucional del mismo, recogido en la Sentencia 65/86 y en la jurisprudencia del TEDH.

De relevancia en la misma materia es la STC 2/1987, de 31 de enero, cuya doctrina reiterará la STC 190/1987, de 1 de diciembre. Admite el Tribunal que cierto tipo de aislamiento en “celdas negras”, o el confinamiento absolutamente cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes, si bien la sanción de aislamiento en celdas, aplicada con las garantías que establece la legislación penitenciaria vigente,⁴³ no puede ser considerada pena o trato inhumano o degradante. Esta doctrina es conforme con la establecida por la Comisión de Estrasburgo, en el sentido de que sólo habrá trato inhumano o degradante cuando por las condiciones, circunstancias y duración se lleve a un nivel inaceptable de severidad.

7. LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y OTROS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES Y EL ARTÍCULO 15

Es reiterada la jurisprudencia sobre el derecho a la vida, a la integridad física y moral, y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, que constata que no hay violación de estos derechos por las decisiones de los tribunales ordinarios que no establecen, en la tesis de los demandantes, pena adecuada para los delitos contra estos bienes jurídicos,⁴⁴ o que no reconocen determinados derechos o prestaciones supuestamente relacionados con dichos derechos. La vulneración, de existir, vendría derivada de otros actos previos, pero no de los tribunales (quienes, en su caso, cabría entender que hipotéticamente podrían vulnerar el derecho a la tutela judi-

⁴³ La LOGP y el Reglamento Penitenciario establecen ciertas restricciones: no podrá exceder tal sanción de 14 días, o si hay varias infracciones, de 42 días consecutivos como máximo absoluto (arts. 111 y 115 LOGP); la celda ha de ser de análogas características a las restantes del centro (art. 111, a); se exige informe y vigilancia médica; se suspende la sanción en caso de enfermedad; se prohíbe para madres gestantes, lactantes o que tuvieran hijos consigo; se podrá disfrutar de una hora de paseo en solitario y recibir una visita semanal de entre cinco y diez minutos de duración; sólo se limita la posibilidad de recibir paquetes del exterior y adquirir ciertos artículos del Economato (art. 112 LOGP).

⁴⁴ STC 61/82, de 13 de octubre, FJ 2.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

cial efectiva, si se dan los restantes requisitos para tal vulneración), ni de otros órganos del Estado en casos parecidos.

En este sentido, y en relación con el derecho a la vida, ha manifestado el Tribunal Constitucional que el art. 15 tendría relación con el contenido posible de un proceso penal en que se juzgue de hechos que acaso puedan constituir formas omisivas imperfectas de delitos contra la vida, pero resulta equivocado traer a colación tal precepto constitucional para anidar a las resoluciones judiciales impeditivas, en la tesis del demandante, de la acción penal, un atentado a tal derecho fundamental.⁴⁵ De forma parecida, indica el alto Tribunal que la sentencia del Tribunal Central del Trabajo (TCT) que niega el reembolso de gastos hechos en medicina privada no incide en los derechos a la vida o integridad física.⁴⁶ Similar doctrina recoge el Auto TC 412/85, de 26 de junio, sobre la sentencia del TCT que deniega la asistencia económica del INS para gastos de enfermedad en el extranjero. Y, dentro de la materia de Seguridad Social, cabe reseñar la afirmación de que el otorgamiento o denegación de una pensión de viudedad no guarda relación con el derecho a la vida, “pues en el art. 15 el concepto de vida debe entenderse en su significado estricto”, y la garantía de la asistencia y prestaciones sociales suficientes se recogen en el art. 41, no susceptible de amparo.⁴⁷ En similar sentido, el Auto 200/89, de 30 de noviembre, FJ 3 afirma que no vulnera tales derechos la STCT que permite interpretar el Convenio Colectivo de Aviaco, S.A., subsumiendo los períodos de descanso y los días hábiles, pues se limita a establecer una determinada interpretación del Convenio, y el mantenimiento de la salud de los tripulantes no corresponde al TCT.⁴⁸

Tampoco hay vulneración por la decisión judicial que no tiene en cuenta si las lesiones causadas por la mordedura de un perro habían cura-

⁴⁵ STC 108/83, de 29 de noviembre, FJ 1

⁴⁶ STC 101/1987, de 15 de junio, FJ 1 y 3.

⁴⁷ ATC 241/85, de 17 de abril.

⁴⁸ Con respecto al derecho a la salud, reconocido en el art. 43 de la Constitución, se ha señalado la indudable relación que tiene con el derecho a la vida y a la integridad física y moral, si bien ambos derechos deben poder delimitarse, por cuanto el art. 43 no es susceptible de amparo, y “sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cumple esta función, según indica en su art. 1.1.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

do.⁴⁹ No son imputables al órgano judicial las lesiones causadas por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,⁵⁰ ni la conducta injuriosa o vejatoria entre esposos.⁵¹

Reitera esta doctrina la STC 181/1989, de 16 de noviembre, FJ 1.

También se ha pronunciado el Tribunal indicando que no son vulneradoras de los derechos que tratamos (en este caso, integridad moral) las decisiones del Pleno del Senado, en concreto el acuerdo de éste que deniega la autorización para procesar a un Senador por un delito de injurias graves, pues tal acuerdo no resuelve sobre los bienes jurídicos protegidos mediante la tipificación penal del delito de injurias, y por ello sería la publicación injuriosa la que, en todo caso, lo vulnerase, mientras que el Acuerdo del Senado sólo podría causar, en su caso, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia 90/1985, de 22 de julio, FJ 1 y 3). La STC 92/85, de 24 de julio indica que tampoco vulnera tales derechos la resolución del TS que acuerda el sobreseimiento libre en el mismo caso, precisamente por haberse denegado la autorización para procesar.

8. ANEXO

En el siguiente anexo se recogen cronológicamente las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el artículo 15 de la Constitución, indicando brevemente el tema al que se refieren (según los epígrafes que hemos seguido) y su contenido.

1. Auto 31/80, de 1 de octubre. Pena de muerte.

La abolición de la pena de muerte impide la ejecución de las que se encontrasen pendientes, pero no amplía el alcance de los indultos anteriormente concedidos, pudiendo imponerse privación de libertad.

2. Auto 32/81, de 25 de marzo. Pena de muerte.

Reitera doctrina del Auto TC 31/80, de 1 de octubre.

⁴⁹ Auto TC 298/83, de 15 de junio

⁵⁰ Auto TC 321/1983, de 29 de junio.

⁵¹ Auto TC 412/1983, de 22 de septiembre.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

3. Sentencia 2/1982, de 29 de enero (FJ 5). Integridad moral.

Ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros violencia moral de alcance intimidatorio.

4. Sentencia 61/82, de 13 de octubre (FJ 2). Derecho a la vida. Integridad física y moral.

La resolución judicial que supuestamente no establece pena adecuada contra los bienes jurídicos vida e integridad no vulnera tales derechos.

5. Auto 208/83, de 15 de junio. Integridad física y moral.

Doctrina similar a la de las sentencias TC 61/82, de 13 de octubre, y 90/85, de 22 de julio, entre otras.

6. Auto 321/83, de 29 de junio. Integridad física y moral.

Doctrina similar a la de las SSTC 61/82, de 13 de octubre, y 90/85, de 22 de julio, y al Auto TC 298/83, de 15 de junio. Las lesiones causadas por las Fuerzas de Seguridad no son imputables al Juez.

7. Sentencia 64/83, de 21 de julio (FJ 1). Penas o tratos inhumanos o degradantes.

La aplicación de la agravante de reincidencia a pesar de considerarse prescrita, no supone que la pena constituya trato inhumano o degradante.

8. Auto 412/1983, de 22 de septiembre. Integridad física y moral.

Doctrina similar a la de las SSTC 61/82, de 13 de octubre, y 90/85, de 22 de julio, y Autos TC 298/83, de 15 de junio, y 321/83, de 29 de junio. Las sevicias de un esposo no son imputables al órgano judicial.

9. Sentencia 108/83, de 29 de noviembre (FJ 1). Derecho a la vida.

Las resoluciones judiciales impeditivas de la acción penal cuando se juzgan supuestos delitos contra la vida no suponen atentado a este derecho fundamental.

10. Sentencia 75/84, de 27 de junio. Aborto.

Derecho a la vida. Aborto cometido en el extranjero.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

11. Auto 238/85, de 10 de abril. Penas o tratos inhumanos o degradantes.

La sanción disciplinaria de pérdida de haberes no es un mal trato o pena que por su残酷 o contenido vejatorio o humillante atente contra la dignidad de la persona.

12. Sentencia 53/85, de 11 de abril. Aborto.

Derecho a la vida. Integridad física y moral. Dignidad de la persona. Derechos de la mujer. Despenalización de determinados supuestos de aborto.

13. Auto 241/85, de 17 de abril. Derecho a la vida.

El otorgamiento o denegación de una pensión de viudedad no guarda relación con el derecho a la vida.

14. Sentencia 70/85, de 31 de mayo (FJ 5). Aborto.

Derecho a la vida. Conflicto de derechos. Derechos de la mujer. Tentativa inidónea de aborto.

15. Auto 403/85, de 19 de junio. Integridad física y moral.

La revocación de la adopción de una niña no vulnera el derecho a la integridad moral de la niña.

16. Auto 412/85, de 26 de junio. Integridad física y moral.

Derecho a la vida. Tratos degradantes. La sentencia del Tribunal Central del Trabajo que deniega la asistencia económica del INS para gastos de enfermedad en el extranjero no vulnera tales derechos, pues no fueron objeto de la misma.

17. Sentencia 90/85, de 22 de julio (FJ 3). Integridad física y moral.

El acuerdo del Pleno del Senado que deniega la autorización para procesar por delito de injurias graves no vulnera el derecho a la integridad moral.

18. Sentencia 92/85, de 24 de julio (FJ 3). Integridad física y moral.

Doctrina similar a la contenida en la sentencia 90/85, de 22 de julio.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

19. Sentencia 103/85, de 4 de octubre (FJ 3). Integridad física y moral.

La investigación mediante aparatos de detección alcohólica de aire aspirado no constituye injerencia prohibida por el art. 15.

20. Sentencia 65/86, de 22 de mayo (FJ 4). Penas o tratos inhumanos o degradantes.

Una pena será degradante dependiendo de si su ejecución acarrea especiales sufrimientos, humillación o envilecimiento, pero no lo será simplemente por su duración.

21. Sentencia 98/86, de 10 de julio (FJ 2). Penas o tratos inhumanos o degradantes.

El acto denegatorio de la solicitud de *Habeas Corpus* no causa vulneración de la interdicción de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes.

22. Auto 868/86, de 29 de octubre. Integridad física y moral. Derecho a la vida.

Hipotética posibilidad de impugnar un sistema de descanso que ponga en peligro la salud de los trabajadores; pero en el concreto caso no queda demostrado.

23. Sentencia 2/87, de 21 de enero (FJ 2). Penas o tratos inhumanos o degradantes.

La sanción de aislamiento en celdas, con las garantías que establece la legislación vigente, no puede ser considerada como pena o trato inhumano o degradante.

24. Sentencia 89/87, de 3 de junio (FJ 2). Penas o tratos inhumanos o degradantes. Integridad física y moral.

El mantenimiento de relaciones íntimas por los reclusos no forma parte de ningún derecho fundamental.

25. Sentencia 101/87, de 15 de junio (FJ 3). Integridad física y moral. Derecho a la vida. La sentencia del Tribunal Central del Trabajo que niega el

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

reembolso de gastos hechos en medicina privada no incide en los derechos a la vida e integridad física.

26. Sentencia 190/87, de 1 de diciembre (FJ 4). Penas o tratos inhumanos o degradantes. Integridad física y moral.

El aislamiento en celda por tres fines de semana no viola la integridad moral. Reitera doctrina de STC 2/87.

27. Sentencia 199/87, de 16 de diciembre (FJ 11). Penas o tratos inhumanos o degradantes. Integridad física y moral.

Un uso ilimitado y extensivo de la situación de incomunicación en las detenciones gubernativas puede poner en peligro los derechos contenidos en los arts. 15, 17 y 24.

28. Auto 1178/88, de 24 de octubre. Integridad física y moral.

La denegación por la jurisdicción contencioso-administrativa del establecimiento de un centro para ex-drogadictos en determinado lugar no vulnera el derecho a la integridad física y moral de éstos.

29. Auto 13/89, de 16 de enero. Aborto.

Derecho a la vida. Real Decreto 2409/86. El art. 15 no impone precisamente una forma de organización de las garantías del derecho a la vida ligados a los supuestos de aborto.

30. Sentencia 37/89, de 15 de febrero (FJ 7). Penas o tratos inhumanos o degradantes.

Intimidad corporal. No es en sí misma degradante la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina, guardando la debida proporcionalidad de sacrificios.

31. Auto 271/89, de 22 de mayo. Integridad física y moral.

No hay índice objetivo alguno de que la decisión judicial, en base a la extranjería de la víctima, o de su pobreza, sea causa de “tortura moral”.

32. Sentencia 191/89, de 16 de noviembre (FJ 1). Integridad física y moral.

Reitera doctrina de las SSTC 61/82 y 90/85, entre otras.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

33. Sentencia 200/89, de 30 de noviembre (FJ 3). Integridad física y moral.

Derecho a la vida. Tratos inhumanos o degradantes. Reitera doctrina de las STC 61/82 y 90/85, entre otras.

34. Sentencia 120/90, de 27 de junio. Derecho a la vida. Asistencia médica obligatoria.

No existe derecho a la muerte. Integridad física y moral. Tratos inhumanos o degradantes. Libertad. Deber de la Administración de alimentar forzosamente a los reclusos en huelga de hambre.

35. Sentencia 137/90, de 19 de julio. Derecho a la vida. Asistencia médica obligatoria.

Reitera doctrina de la STC 120/90.

36. Sentencia 11/91, de 17 de enero. Derecho a la vida. Asistencia médica obligatoria.

Reitera doctrina de la STC 120/90. No corresponde al Tc establecer el momento y la forma en que haya de procederse de manera coactiva para evitar riesgos intolerables para la vida del recluso.

37. Sentencia 150/91, de 4 de julio (FJ 7). Penas o tratos inhumanos o degradantes.

La agravante de reincidencia (art. 10.15 CP) no supone vulneración de la prohibición constitucional de penas degradantes. Reitera doctrina de la STC 65/86.

38. Sentencia 153/92, de 19 de octubre (FJ 3). Integridad física y moral.

No puede vincularse la pretendida inejecución de una sentencia con vulneraciones autónomas de estos derechos (supuestamente producidas por el desempeño de destinos peligrosos) que no pueden entenderse producidas por el órgano judicial.

39. Sentencia 7/1994, de 17 de enero. Derecho a la integridad física. Pruebas biológicas de paternidad.

La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúne los requisitos delineados por la jurisprudencia constitucional al interpretar los arts. 18.1 y 15 C.E.

40. Auto 24/1994, de 24 de enero. Integridad física y moral.

La declaración judicial de la improcedencia de la situación de desamparo de unos menores no vulnera este derecho.

41. Sentencia 215/1994, de 14 de julio. Derecho a la integridad física. Esterilización de deficientes psíquicos.

La esterilización de deficientes psíquicos, acordada judicialmente a solicitud de parte legitimada en el supuesto excepcional previsto por la ley, no vulnera la Constitución.

42. Auto 17/1995, de 24 de enero. Derecho a la integridad física y moral.

La pasividad del Juez ante una conducta empresarial que pusiera en peligro la integridad física de los trabajadores podría vulnerar este derecho, si se prueba adecuadamente.

43. Sentencia 35/1996, de 11 de marzo. Derecho a la integridad física y moral. Sometimiento de reclusos a pruebas de rayos X.. El derecho a la integridad física podría verse afectado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, puedan determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que también el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal.

44. Sentencia 48/1996, de 25 de marzo. Derecho a la vida. Integridad física y moral.

La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

45. Sentencia 119/1996, de 8 de julio. Tratos inhumanos o degradantes. No constituyen tales tratos la privación a los reclusos de las visitas íntimas.

46. Sentencia 207/1996, de 26 de diciembre. Derecho a la integridad física. Delimitación entre integridad física e intimidad corporal. Extracción de vello corporal por orden judicial.

47. Sentencia 212/1996, de 19 de diciembre. Derecho a la vida. Dignidad de la persona.

Examen de constitucionalidad de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

48. Auto 333/1997, de 13 de octubre. Derecho a la integridad física y moral. Tratos inhumanos o degradantes.

La sanción escolar consistente en la separación de un alumno de su clase (cursaba 8º. grado de Educación General Básica [EGB]) para incorporarlo durante más de cuatro meses a una dependencia utilizada como jardín de infancia, no tiene la intensidad suficiente para considerar que vulneró el art. 15 de la Constitución.

49. Sentencia 234/1997, de 18 de diciembre. Derecho a la integridad física. No es vulnerado por la práctica de las pruebas de alcoholemia.

50. Sentencia 116/1999, de 17 de junio. Derecho a la vida. Técnicas de reproducción asistida. Examen de constitucionalidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción humana asistida.

51. Sentencia 181/2000, de 29 de junio. Derecho a la vida. Integridad física. El baremo de valoración de daños de la Ley sobre responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, según la redacción dada por la Disposición adicional octava de la ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, no vulnera estos derechos (aunque sí la tutela judicial efectiva). El art. 15 C.E. sólo

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de tracción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad —según la expresión literal del art. 15 CE— de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas.

52. Sentencia 21/2001, de 29 de enero. Integridad física. Reitera doctrina de STC 181/2000.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIÓN Y BIOÉTICA: LA INCIDENCIA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES EN EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA (2011)

1. PLANTEAMIENTO: VALORES CONSTITUCIONALES Y BIOÉTICA

No es el objetivo del presente trabajo abordar en profundidad el concepto, significado y delimitación de la bioética. Sin embargo, es necesario partir de alguna idea previa de la misma, para poder plantear el tema de su relación con los valores constitucionales, y las consecuencias de la misma respecto a la vida humana en sus fases iniciales. La bioética es una disciplina cuyo desarrollo ha sido muy reciente, dado que su implantación se ha producido en el último cuarto del siglo XX. Y a pesar de que existe ya una doctrina significativa en la materia,⁵² sus mismos perfiles resultan aún di-

⁵² No es posible ofrecer aquí un panorama bibliográfico mínimamente completo sobre esta disciplina, cuyo ámbito trasciende con mucho al propio del Derecho. Me limitaré, por tanto, a recomendar algunas obras que pueden resultar más próximas a los problemas que se van a analizar en este trabajo, como R. Martín Mateo, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987; C. M. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, CEURA, Madrid, 1994; V. M. Martínez Bullé-Goyri, “Bioética y Derecho”, en S. García Ramírez (coordinador), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997; R. Vázquez (coord.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2a. ed., 1999; R. Andorno, *Bioética y dignidad de la persona*, Técnicos, Madrid, 1998; J. González Valenzuela (coord.), *Dilemas de bioética*, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Fondo de Cultura Económica, México, 2007; J. González Va-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

fusos. El Diccionario de la Real Academia define este término como “aplicación de la ética a las ciencias de la vida”,⁵³ en línea con su sentido etimológico, y en el mismo ámbito parece situarse el uso más extendido del término, si bien destacando, entre los diversos aspectos que son su objeto de estudio, los vinculados a la medicina.⁵⁴ Hay, en todo caso, una cierta imprecisión, tanto en lo relativo a su objeto de estudio, como a la perspectiva o metodología utilizada, y en particular a su vinculación con otras ciencias.

Respecto a lo primero, si bien las definiciones más amplias la vinculan a todos los problemas de las ciencias de la vida, o al menos de la biología, otros conceptos más estrictos relacionan esta disciplina exclusivamente con la vida humana y con los problemas médicos. Desde luego, parece que éstos son el objeto de estudio principal, en el que esta disciplina centra su atención, pero el mismo no agota su contenido, ya que éste puede extenderse a muchos otros posibles problemas relacionados con los seres vivos, y en este sentido esta disciplina tendría mayor alcance que la ética médica o la deontología médica.⁵⁵ No obstante, ciertamente el objeto principal de estudio —y el que nos interesa desde la perspectiva de este trabajo— es la vida humana.

En cuanto a su perspectiva y metodología, hay que precisar, en primer lugar, que no se trata de una rama de la biología o la medicina, a pesar de sus evidentes relaciones con estas disciplinas. La bioética se centra en los problemas éticos, pero también sobre este aspecto hay diversas posturas, pues si bien hay quien postula estrictamente este enfoque, en general suele

lenzuela (coord.), *Perspectivas de bioética*, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

⁵³ *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001.

⁵⁴ Así, el *Diccionario de Uso del Español*, María Moliner, Gredos, 2a. ed., 1998, define Bioética como la “disciplina que estudia los problemas éticos que se plantean en la investigación biológica y médica”. En la misma línea, M. Seco *et alii*, *Diccionario del español actual*, Aguilar, 1999, señala como definición el “Estudio de los aspectos éticos de la investigación biológica y de sus aplicaciones, especialmente en medicina”. Un sentido similar parece tener el término “bioethics” en inglés, ya que la *Encyclopaedia Británica on line*, en www.britannica.com, señala que ésta disciplina trata las dimensiones éticas de los nuevos desarrollos en Medicina y ciencias biológicas.

⁵⁵ En esta línea, por ejemplo, V. Martínez Bullé-Goyri, *Bioética y Derecho*, *op. cit.*, p. 296, quien con apoyo en la *Encyclopedia of Bioethics*, defiende que la Bioética tiene un alcance mucho mayor que el de la ética médica.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

abordarse un enfoque más amplio, que incluya los aspectos morales y políticos. Estamos, por definición, ante un sector del conocimiento abiertamente multidisciplinar,⁵⁶ de modo que no se trata de una disciplina especial de la ética general, sino una disciplina especializada, y en la misma confluyen diversas ciencias, además de la ética, con sus respectivas perspectivas y metodologías.⁵⁷ Por tanto, aunque la separación entre derecho y ética es imprescindible, no cabe considerar ajenas a la bioética las dimensiones jurídicas de los problemas vinculados a la vida humana.⁵⁸ Las relaciones entre ambas disciplinas son, desde nuestro punto de vista, tan estrechas que, dentro de la multidisciplinariedad de la bioética, la dimensión y el enfoque jurídico debe considerarse no tanto complementario como intrínseco a esta disciplina, si bien ha de relacionarse con las aportaciones realizadas desde la ética, la moral, la deontología o la política. La bioética no es, por tanto, una disciplina jurídica, pero se nutre e incorpora las aportaciones procedentes del derecho, junto a las derivadas de otras ciencias.

Dentro de la aludida relación, en el presente trabajo interesa destacar en particular la innegable la relación entre la bioética y la Constitución. Si la bioética se centra en los problemas planteados por la vida humana, se comprende que las cuestiones relativas al inicio de la misma, y en particular los recientes avances en materia genética, sean hoy una de sus preocupaciones fundamentales. El embrión, el preembrión y, más allá, la composición genética del ser humano, y los tratamientos o prácticas que la moderna medicina puede llevar a cabo sobre ellos, son sin duda un objeto de interés prioritario para la bioética. Y debieran serlo también para el derecho constitucional, pues los desarrollos científicos alcanzados en este ámbito ponen en juego, indudablemente, valores constitucionales fundamentales, como la dignidad, la vida, y en un sentido más amplio, los derechos humanos, considerados en su dimensión axiológica. Se trata, por tanto, de valores que deben ser también considerados por la bioética, ya que

⁵⁶ La propia *Encyclopaedia Británica on line*, en www.britannica.com, señala que estamos ante una disciplina “inherentemente interdisciplinar en su ámbito, que se beneficia de las aportaciones de profesionales ajenos a la filosofía, como físicos, juristas, científicos y teólogos”.

⁵⁷ En este sentido, C. M. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética...op. cit.*, p. 10.

⁵⁸ En este sentido, por ejemplo, L. M. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2a. ed., 2005, p. 225, quien considera que la Bioética estudia los problemas normativos de todo orden (es decir, morales, jurídicos y deontológicos).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

aquella se enfrenta al análisis de los problemas y dilemas que plantea la vida utilizando como elementos esenciales la dignidad y los derechos. Hay, por tanto, coincidencia parcial en el objeto, y una gran aproximación en los valores que han de tenerse en cuenta para hacer frente al mismo, si bien el enfoque y la perspectiva metodológica de la bioética son más amplios que los propios del derecho constitucional, pues en aquella confluyen las aportaciones realizadas desde diversas disciplinas.

Por todo ello, el derecho constitucional y la bioética mantienen una relación de mutua complementariedad. Las aportaciones de cada una de estas disciplinas tienen gran utilidad para la otra. Así, el derecho constitucional aporta a la bioética los valores con los que afrontar los problemas planteados por las ciencias de la vida. O, si se prefiere, podría decirse que aporta legitimidad a esos valores, pues, entre la variedad de concepciones éticas que pueden servir para fundamentar unos u otros valores, la Constitución tiene el “aval” que le da el ser obra del Poder Constituyente, lo que —cuando es democrática— implica que el mismo pueblo soberano se ha expresado. La Constitución no es simplemente el reflejo de una mayoría democrática existente en un momento dado, sino el conjunto de valores que el pueblo, actuando como Poder Constituyente, quiere establecer como límite negativo y mandato de actuación para cada mayoría parlamentaria. De esta forma, la Constitución aporta a la bioética los valores que la sociedad ha considerado esenciales en un momento dado.

Ahora bien, es importante intentar trasladar esta idea al plano internacional, pues los problemas a los que debe hacer frente la bioética no pueden afrontarse con la estrechez de miras del ámbito estatal, no sólo porque ello sería notoriamente insuficiente para ofrecer una respuesta a los mismos en el contexto del mundo globalizado, sino porque los valores fundamentales, si verdaderamente pretenden ser tales, deben aspirar a la universalidad en su aplicación. De ahí la importancia de dar pasos hacia un Derecho Constitucional supraestatal, o al menos hacia el reconocimiento y la garantía, a nivel mundial, de los valores y derechos fundamentales con los que hay que hacer frente, desde la bioética, a los retos de la biología y la medicina. En esta empresa, las declaraciones de ámbito universal que hoy tenemos, cuya importancia es muy elevada, representan sólo una manifestación embrionaria del objetivo al que hay que tender.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Por su parte, la bioética también puede actuar como un apoyo importante para el derecho constitucional, y de hecho puede tener un papel decisivo en la construcción de ese derecho constitucional supraestatal al que acabamos de referirnos. Hay que tener en cuenta que los valores constitucionales de los que venimos hablando son conceptos cuyo significado trasciende, al menos de forma parcial, el ámbito de lo jurídico. La definición de estos valores requiere de las aportaciones de otras disciplinas como la ciencia política, la sociología, la filosofía o la ética. En particular, el papel de estas dos últimas en la determinación del sentido de valores como la dignidad o la vida, y del mismo concepto de persona, parece inquestionable. Pero como tales valores constitucionales, la dignidad o la vida tienen un contenido y significado indisponible para el legislador. Pues bien, tanto en la determinación del sentido constitucional de estos valores, como en la orientación de las pautas de actuación del legislador en el desarrollo de los mismos, las aportaciones de la bioética resultarán esenciales.⁵⁹

En suma, existe un efecto de “mutua alimentación” entre la bioética y el derecho constitucional; sintéticamente, y con todos los matices que se quiera, podría decirse que el derecho constitucional determina los valores esenciales de la colectividad, y les aporta la legitimidad racional y democrática, mientras que la bioética propone el sentido o significado que debe darse a esos valores, teniendo en cuenta las aportaciones de las diversas ciencias que conforman su esencial interdisciplinariedad.

2. LA VIDA HUMANA Y LA TESIS DE SU “PROTECCIÓN GRADUAL”

La vida humana es un derecho y un valor,⁶⁰ y así lo consideran la mayor parte de los textos constitucionales e internacionales, y los tribunales que

⁵⁹ En sentido parecido, sobre todo respecto al desarrollo de los valores constitucionales, puede verse por ejemplo C. M. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁶⁰ Sobre el derecho a la vida y la protección de la vida humana, en general, pueden mencionarse algunos trabajos entre las abundantes fuentes. Así, el muy importante trabajo de R. Dworkin, *El dominio de la vida*, versión española de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Ariel, Barcelona, 1994; A. Eser, “Entre la santidad y la calidad de vida”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 37, 1984.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

los interpretan.⁶¹ En el caso de la Constitución española, el breve inciso “todos tienen derecho a la vida” se convierte en la principal base constitucional para hacer frente a las complejas y delicadas cuestiones que plantea el origen de la vida humana. Ello implica la necesidad de interpretar el sentido último de estas pocas palabras para determinar, en primer lugar, quiénes son “todos”, esto es, quién es titular del derecho a la vida, y en segundo lugar, cómo es la protección constitucional de la vida humana, y en particular, si existe, y en caso afirmativo, cuál es el alcance, de esta protección en los momentos previos al nacimiento, y de forma aún más concreta, en la fase de “preembrión” previa a la implantación.

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha tenido que enfrentarse a estas cuestiones en varias ocasiones.⁶² Principalmente, pueden destacarse sus decisiones sobre el proyecto de ley que despenalizaba determinados supuestos de aborto (STC 53/1985, de 11 de abril),⁶³ sobre la Ley de Utilización de Embriones y Fetos Humanos (STC

⁶¹ El artículo 15 de la Constitución española proclama “Todos tienen derecho a la vida, y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Un somero repaso por los textos internacionales aplicables nos pone de relieve la similitud en la brevedad de la proclamación del derecho a la vida, y la tendencia a reconocer a la persona como sujeto del mismo. Véase, por ejemplo, el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona”. Por su parte, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida arbitrariamente”, y los restantes apartados del artículo se refieren a cuestiones relativas a la pena de muerte y al genocidio. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone en su artículo 2 que “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley”. En fin, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea establece en su artículo 2.1 que “Toda persona tiene derecho a la vida”. Por tanto, los textos internacionales generales coinciden en una escueta proclamación para reconocer el derecho a la vida, y en la consideración de la persona como titular del mismo.

⁶² En su momento realizamos un comentario más amplio sobre esta jurisprudencia en “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la vida y a la integridad física y moral”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n° 17, 1993, pp. 367 a 399; posteriormente hemos actualizado y revisado este comentario en “Aborto, asistencia médica obligatoria y tratos inhumanos y degradantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Foro Jurídico. Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, año I, n° 2, 2003, pp. 150-164. En lo que sigue nos limitaremos a resumir las conclusiones que a nuestro juicio se derivan de esa jurisprudencia.

⁶³ Entre la amplia bibliografía sobre esta decisión y sobre las cuestiones relacionadas con el aborto en el sistema español, desde la perspectiva constitucional, puede destacarse el completo trabajo

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

212/1996, de 19 de diciembre),⁶⁴ y sobre la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1998 (STC 116/1999, de 17 de junio).⁶⁵ La jurisprudencia constitucional comprendida principalmente en estas decisiones abarca muy numerosas cuestiones en relación con el artículo 15 de la Constitución y el derecho a la vida. Aquí no procede un análisis detallado de todos estos variados asuntos, pero pueden destacarse las siguientes ideas:

- El término “todos”, utilizado en el artículo 15, equivale a “todas las personas”, y por tanto sólo los nacidos son titulares del derecho fundamental a la vida.⁶⁶
- La vida humana es objeto de protección constitucional, y esta protección incluye la vida del *nasciturus*.⁶⁷
- La protección constitucional de la vida del *nasciturus* implica dos obligaciones para el Estado: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma.⁶⁸
- Esta protección efectiva debe incluir, en último término, normas penales, pero la protección penal no es absoluta, en tanto que puede no existir o ceder en determinados supuestos.

de J. A. Marín Gámez, *Aborto y Constitución*, Universidad de Jaén, 1996; también A. Ruiz de Miguel, *El aborto: problemas constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

⁶⁴ Puede citarse el comentario a esta decisión de J. Pardo Falcón, “A vueltas con el artículo 15 CE y otras cuestiones más o menos recurrentes de nuestro Derecho Constitucional (Un comentario a la STC 212/1996, de 19 de diciembre)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997.

⁶⁵ También han sido numerosos los comentarios a esta decisión. Puede destacarse M. P. Cámara Águila, “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 13, 1999.

⁶⁶ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 6.

⁶⁷ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5. En el FJ 3 el Tribunal señala expresamente que la vida humana es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”, y en otros pasajes se refiere a “valor fundamental” (FJ 5) o “valor central del ordenamiento constitucional” (FJ 9). Estas afirmaciones fueron contestadas desde los votos particulares, especialmente en el de Tomás y Valiente. Pero, con independencia de su calificación como “valor superior”, que en efecto es cuestionable, lo importante es destacar que la vida humana posee una dimensión objetiva constitucionalmente protegida.

⁶⁸ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 7.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- La vida humana constitucionalmente protegida comienza con la gestación.⁶⁹
- El Tribunal Constitucional no responde expresamente a la cuestión de cuándo comienza la gestación (bien en el momento de la fecundación, bien en el de la implantación), pero se deduce de su jurisprudencia que al preembrión no implantado también le alcanza, en general, la protección constitucional de la vida.⁷⁰
- La protección constitucional de la vida humana no alcanza a los preembriones no viables, dado que éstos no son “*nascituri*”.⁷¹

Desde luego, algunos aspectos de esta jurisprudencia constitucional son cuestionables y han sido efectivamente cuestionados. En esta línea se ha dudado de que la vida sea un valor superior, de la necesidad de la protección penal o, en otro aspecto, de la innecesidad de ley orgánica para desarrollar cuestiones relativas a donación de embriones o a técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, creemos que, prescindiendo de estas cuestiones más dudosas (algunas de las cuales son, vistas hoy, relativamente secundarias), esta jurisprudencia contiene todavía los elementos fundamentales que permiten perfilar la posición constitucional de la vida humana en sus diversas dimensiones. Conviene no olvidar que estamos ante una escueta proclamación constitucional, de la cual sería imposible deducir un cerrado concepto de la vida, o un detallado diseño de su garantía jurídica. Ahora bien, de esta breve proclamación sí es posible deducir algunas consecuencias importantes sobre la vida y su protección. Así, pueden sintetizarse estas consecuencias en que el derecho fundamental a la vida, en su dimensión subjetiva, es sólo predictable de la persona, entendida como el

⁶⁹ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5.

⁷⁰ En efecto, ninguna de las sentencias que venimos comentando afirma expresamente cuándo comienza la vida humana, más allá de la citada expresión de que ésta empieza con la gestación, afirmación que mantiene cierta ambigüedad, pues requiere la posterior respuesta a la pregunta “¿cuándo comienza la gestación?”. Sin embargo, creo que puede deducirse de la jurisprudencia constitucional que la protección constitucional de la vida humana alcanza en general el preembrión, dado que éste es considerado *nasciturus*, salvo en los casos de falta de viabilidad. Ello se deduce “a contrario” de las afirmaciones del Tribunal que declaran que los embriones no viables no son “*nascituri*”, a las que nos referimos en la nota a pie siguiente, y que son igualmente aplicables en la fase de “preembrión”.

⁷¹ En este sentido, la STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ser humano nacido; pero en su dimensión objetiva, implica la protección de toda vida humana, incluyendo la vida del *nasciturus*, desde el inicio de la gestación. Por tanto, esta protección alcanza en términos generales al preembrión, aunque no a los preembriones y embriones no viables.

Como es sabido, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, procede a una nueva regulación en la materia, que implica con carácter general, la posibilidad de llevar a cabo un aborto durante las primeras catorce semanas de gestación, así como el reconocimiento de las indicaciones terapéutica y eugenésica en las veintidós primeras semanas (en caso de enfermedad extremadamente grave e incurable o anomalías fetales incompatibles con la vida, sin plazo); igualmente se permite que las mujeres de dieciséis y diecisiete años puedan adoptar la decisión en los casos legalmente previstos, informando con carácter general al menos a uno de sus progenitores o representantes legales.⁷² Desde luego, esta nueva regulación plantea la cuestión de su conformidad o adecuación con la jurisprudencia constitucional aludida, aspecto al que el propio legislador parece dar una respuesta afirmativa.⁷³ No podemos abordar en esta cuestión en el contexto del presente trabajo, ni mucho menos intentar predecir si en el futuro la citada Ley de 2010 será declarada conforme o disconforme con la Constitución, o si la jurisprudencia constitucional sufrirá algún tipo de alteración. Pero cabe señalar que, de momento, la doctrina jurisprudencial comentada resulta plenamente aplicable. Y, en nuestra opinión, contiene algunos parámetros fundamentales que derivan de la Constitución y por tanto no creemos deban modificarse. Si partimos de la aceptación de esta jurisprudencia (y como acabamos de destacar el propio legislador reconoce la aplicabilidad de la misma), entonces hay que insistir en que la protección jurídica de la vida

⁷² Véanse los artículos 13, 14 y 15 de la ley.

⁷³ En la Exposición de Motivos de la citada Ley puede leerse: “En la concreción del modelo legal, se ha considerado de manera especialmente atenta la doctrina constitucional derivada de las sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia. Así, en la sentencia 53/1985, el Tribunal, perfectamente dividido en importantes cuestiones de fondo, enunció sin embargo, algunos principios que han sido respaldados por la jurisprudencia posterior y que aquí se toman como punto de partida”. Si bien más adelante parece sintetizarse esa jurisprudencia con la frase “La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

del *nasciturus* es un valor constitucional, con independencia de que la regulación legal actual sea o no compatible con el mismo.

Nos interesa ahora más bien entrar en un aspecto fundamental, que quizás no se resuelve expresamente en estas sentencias, pero acaso podría deducirse globalmente de esta jurisprudencia. En efecto, aunque el Tribunal Constitucional no lo haya indicado expresamente así, parece que puede deducirse de su jurisprudencia la idea de que la protección de la vida humana es gradualmente creciente, desde la concepción hasta el nacimiento. Es claro que sólo a partir de este último momento se alcanza la plenitud de la protección constitucional, pues sólo la persona nacida es titular del derecho fundamental, que se añade así a la protección de su vida como valor constitucional. Pero la vida del *nasciturus* parece también protegerse de una forma gradualmente creciente, de manera que la vida del preembrión tendría una protección constitucional menos intensa, o bien, dicho de otro modo, la protección constitucional de esa vida cedería más fácilmente frente a otros bienes o valores constitucionales. Todo ello al margen de los preembriones o embriones no viables, que según el Tribunal no estarían protegidos por el valor vida, aunque sí por la dignidad humana.

Creemos que de la jurisprudencia constitucional se desprenden indicios que apuntan a la idea expuesta. Así, por ejemplo, la exigencia de protección penal, que en la sentencia de 1985, referida al aborto, parece una consecuencia constitucional aplicable con carácter general (aunque esa protección “pueda ceder” en determinados supuestos), pasa en las sentencias de 1996 y 1999, al ser considerada como una consecuencia que debe existir en algunos supuestos, dado que se entiende que sólo la falta absoluta de esa garantía penal implicaría una infracción constitucional. Sin descartar una cierta evolución en la jurisprudencia constitucional, hay que tener en cuenta que las prácticas contempladas en estas sentencias (especialmente en la de 1999, recaída sobre la antigua Ley de Técnicas de Reproducción Asistida) tienen en buena medida como objeto al preembrión (o bien embriones no viables). Por lo demás, y como se ha destacado, las sentencias de 1996 y 1999, a diferencia de la de 1985, parecen obviar la ponderación entre la vida humana y otros valores constitucionales,⁷⁴

⁷⁴ En este sentido, L. M. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid, Civitas, 2a. ed., 2005, p. 227.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

lo que deja entrever “una cierta graduación de las distintas formas de vida humana”.⁷⁵ Por lo demás, otras decisiones judiciales importantes en materia de aborto parecen presuponer una concepción similar.⁷⁶

La tesis de la “protección gradual” es susceptible de ciertas críticas, fundamentalmente la que se referiría a que la misma parece otorgar un “diferente valor” de la vida humana en sus diversas formas o en los distintos momentos de su evolución. Incluso podría señalarse que la vida humana podría llegar a quedar prácticamente desprotegida en el momento de su origen, de manera que resulta difícil precisar a partir de qué momento es exigible su protección jurídica.

Por ello, la teoría solo parece resultar aceptable si se entiende que la protección que la norma fundamental dispensa *definitivamente* a la vida en sus diversas fases o en circunstancias específicas puede variar, no por un supuesto “menor valor” de esa vida, sino más bien en función las circunstancias de la misma, las posibilidades de desarrollo hasta alcanzar la condición jurídica de persona y, sobre todo, la importancia de los bienes o valores constitucionales que pueden entrar en conflicto con la misma. En el caso extremo, y como hemos visto que ha destacado el Tribunal Constitucional, a los embriones no viables no les alcanza la protección constitucional de la vida, por la propia circunstancia de que no tienen opción alguna para llegar a ser “personas”, no son, en sentido propio, “*nascituri*”.⁷⁷ Por otro lado, y como veremos con más detalle más adelante, el preembrión *in vitro* tiene una serie de especialidades, pues para empezar su viabilidad depende de terceros, y además la protección de su vida debe ponderarse,

⁷⁵ L. M. Díez-Picazo Giménez, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 227-228.

⁷⁶ En efecto, aunque referida a un problema diferente al que ahora nos ocupa, apuntaría a esta línea de la protección “gradualmente creciente” de la vida del *nasciturus* la primera y archiconocida sentencia del Tribunal Supremo norteamericano sobre el aborto, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Como es sabido, esta decisión distingue tres trimestres durante el embarazo, de cara a la ponderación entre la decisión de la madre y la vida del *nasciturus*, señalando que en el primer trimestre la decisión de interrumpir el embarazo puede tomarse por el médico y el paciente, sin injerencia del Estado; durante el segundo trimestre, el Estado puede regular el aborto para proteger la salud de la madre; y durante el tercer trimestre, el Estado puede prohibir o regular el aborto para proteger la vida humana potencial, excepto si el aborto es necesario para proteger la vida o la salud de la madre.

⁷⁷ Y ello aun cuando, como señala el voto particular de J. Gabaldón a la STC 212/1996, apartado 4, embrío no viable no equivalga a embrión muerto, esto es, “los embriones y fetos no viables tienen vida”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

según las circunstancias, con otros bienes y valores, como el derecho a la reproducción, la protección de la salud, o la investigación científica.⁷⁸

En suma, creemos que, a pesar de todas las cuestiones que plantea esta teoría, cabe hablar en la práctica de una protección gradualmente creciente de la vida del *nasciturus*, de forma que la protección definitiva es menor en el caso del preembrión, cuya viabilidad (e incluso su individualidad) es menos segura. Esta protección iría creciendo durante la gestación, hasta alcanzar el nivel máximo en el nacimiento, cuando se alcanza la condición de persona y la titularidad del derecho a la vida.

3. LA DIGNIDAD HUMANA, ¿ES INTANGIBLE?

No parece muy difícil justificar la inclusión de la dignidad de la persona entre los valores constitucionales que tienen incidencia sobre el comienzo de la vida humana. Parece cierto que muchas de las prácticas científicas que repercuten en la fase inicial del desarrollo de la vida humana pueden incidir en la esencia misma de lo que consideramos humano, y por ello podría afirmarse, casi intuitivamente, que la dignidad puede tener alguna relevancia en este terreno. Sin embargo, y como vamos a ver, cuando queremos precisar el perfil constitucional de la dignidad y las consecuencias jurídicas de la misma, son muchas más las dudas que las certezas.

La dignidad de la persona es explícita o implícitamente reconocida como un valor constitucional fundamental en muchos sistemas. En la actualidad, suele considerarse a la Ley Fundamental de Bonn como referencia en esta materia, pues su artículo 1.1, en lógica reacción frente al pasado histórico inmediato, proclama: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. La jurisprudencia y la doctrina alemanas han dedicado desde los primeros años de vigencia de la Ley Fundamental de Bonn mucha atención a este concepto, a su significado y a su papel constitucional,⁷⁹ y en general ha habido una tendencia

⁷⁸ Por lo demás, la idea de protección gradual es acogida por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, cuya Exposición de Motivos se refiere a la “concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional”.

⁷⁹ No cabe aquí ofrecer siquiera un panorama general del tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la dignidad en Alemania. Sin embargo, parece necesario citar al menos algunas decisiones impor-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

a considerarlo como el valor fundamental del sistema constitucional en Alemania, cuyo carácter intangible le hace prevalecer además sobre los demás, de forma que, en alguna medida, quedaría exento de ponderación en caso de conflicto. En España, el artículo 10.1 de la Constitución considera a la dignidad de la persona, junto a otros valores, como “fundamento del orden político y la paz social”. La jurisprudencia constitucional ha destacado también el carácter fundamental de la dignidad en el sistema de valores de la Constitución,⁸⁰ si bien el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del concepto no ha sido tan amplio, ni lo ha perfilado tanto como en Alemania.⁸¹ En todo caso, la influencia alemana en nuestro sistema constitucional parece clara en la inclusión de este concepto, a pesar de las diferen-

tantes del *Bundesverfassungsgericht* en la materia, y alguno de los trabajos doctrinales de más interés. En cuanto a las primeras, son frecuentes las afirmaciones que ubican a la dignidad como valor fundamental o central del sistema constitucional; así, BVerfGE 6, 32, la considera como “principio supremo de la Constitución”; BVerfGE 35, 202, “punto central del sistema de valores de la Constitución”; BVerfGE 39, 41, señala que la dignidad es el “valor más alto”; BVerfGE 45, 187 la califica como “valor jurídico supremo dentro del orden constitucional”; BVerfGE 48, 127 utiliza la expresión “supremo bien jurídico”.

En cuanto a la doctrina, hay que mencionar el clásico trabajo de G. Dürig, en concreto su famoso comentario al artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn (G. Dürig, “Artikel 1”, en Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Manchen, C. H. Beck, 1958), o la dedicación al tema, entre tantos otros, de autores como E. Benda, “Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht”, en E. Benda, W. Maihofer y H. F. Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., Berlin-New York, De Gruyter, 1995 (puede encontrarse en español, “La dignidad humana y derechos de la personalidad”, en E. Benda *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, traducción de A. López Pina, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996); E. W. Böckenförde, “Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte”, en *Juristen Zeitung*, 2003, e incluso el interesante artículo en prensa “Die Würde des Menschen war unantastbar”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre de 2003. También es interesante Ch. Starck, “Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán”, traducción de A. Oehling de los Reyes, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 9, 2005.

⁸⁰ En efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que la dignidad es un valor constitucional, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 4), y lo ha calificado como “valor jurídico fundamental”, “valor espiritual y moral inherente a la persona”, dotado de “relevancia y significación superior”, o directamente como “valor superior del ordenamiento” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8, si bien afirmaciones en este sentido han sido muy reiteradas posteriormente, por ejemplo en SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 12).

⁸¹ Pueden destacarse, como trabajos monográficos, los de J. González Pérez, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986; M. A. Alegre Martínez, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996; P. Serna, “La dignidad de la persona como principio del Derecho público”, en *Derechos y libertades*, nº 4, 1995; I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005; A. Oehling de los Reyes,

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cias,⁸² que por lo demás tienden a desdibujarse tras la incorporación como artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de un precepto cuyo tenor es casi reproducción del alemán.⁸³

Sin embargo, y aunque resulte en cierta medida paradójico teniendo en cuenta su innegable carácter central y fundamental, la dignidad es seguramente, entre los diversos valores y derechos aplicables en este ámbito, el que posee unos perfiles constitucionales más difusos. Las dificultades para definir este concepto son notorias, y han sido reiteradamente destacadas por la doctrina.⁸⁴ Ciertamente, se trata de un concepto cuyo significado conlleva cierta ambigüedad, pero a nuestro juicio, ello no supone que se trate de un concepto vacío, carente de sentido, o que carezca de consecuencias jurídicas. A diferencia de lo sucedido en Alemania, donde el esfuerzo por perfilar el significado de este concepto ha sido notable, y a pesar de ciertas dudas la doctrina y la jurisprudencia han ido avanzando en la delimitación de su sentido, en España parece existir una cierta tendencia a desdibujar ese significado y a difuminarlo en la relación de la dignidad con los derechos y en sus efectos interpretativos.⁸⁵

⁸² “Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana”, en *Pensamiento Constitucional*, año XII, núm. 12, 2007, pp. 327 ss.

⁸³ I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad...*, *op. cit.*, insiste en las diferencias entre el sistema alemán y el español (en particular pueden consultarse las páginas 21 a 24, en p. 22 se afirma expresamente que las similitudes de nuestro texto con el alemán “resultan sólo aparentes”).

⁸⁴ En efecto, dicho artículo 1 señala: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. La Carta utiliza además este mismo término para dar título a todo el Capítulo I, que contiene artículos dedicados a la vida, la integridad, la prohibición de torturas, esclavitud y trabajo forzado, así como una serie de prescripciones específicas en materia de Medicina y Biología (art. 3). En cuanto a los tratados y textos internacionales aplicables, pueden encontrarse varias menciones a la dignidad tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que lo ubican como valor principal y fundamento de los derechos. Sorprendentemente, el Convenio de Roma no menciona la dignidad ni en el Preámbulo ni en el articulado. Por lo demás, hay que mencionar la existencia de algunos textos específicamente referidos al ámbito de los avances biomédicos y genéticos, como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, aprobada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997, y sobre todo el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina) hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, con el Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998.

⁸⁵ Por todos, I. von Münch, “Introducción...”, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁵ Entre las obras ya citadas sobre la dignidad, merece la pena (aunque no necesariamente se comparten sus conclusiones) destacar el interés del análisis doctrinal y jurisprudencial llevado a cabo por I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad de la persona...*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Por su parte, el Tribunal Constitucional, más allá de reiterar el carácter central de la dignidad y su vinculación con los derechos en general y con algunos de ellos en particular, aunque ha extraído de la dignidad consecuencias jurídicas de interés, no ha ofrecido un concepto acabado de la misma.⁸⁶ Quizá la idea más reiterada por la jurisprudencia constitucional pueda resumirse en la siguiente cita:

“Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985, FJ 8), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...], constituyendo, en consecuencia, un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁸⁷

Por tanto, el Tribunal se ha centrado en ciertas consecuencias interpretativas y procesales, pero no ha diseñado un concepto de dignidad, si bien se deduce de su jurisprudencia que la dignidad de la persona implica la invulnerabilidad de un núcleo vinculado a la propia condición humana, que obliga a respetar el valor intrínseco del ser humano, e impide supeditar a éste a cualesquiera otros fines.

⁸⁶ La jurisprudencia constitucional española sobre la dignidad (o al menos, la utilización de este concepto en las sentencias y autos del Tribunal Constitucional) es relativamente amplia, a pesar de que el artículo 10.1 está excluido del amparo. A título de muestra, pueden mencionarse algunas en las que ésta ha jugado un papel relevante, o en las que el Tribunal ha establecido ideas de interés en relación con la misma, y así podríamos citar, entre otras muchas: STC 53/1985, de 11 de abril (en relación al aborto, ya citada); 89/1987, de 3 de junio, FJ 2 (en relación a la libertad sexual); 231/1988, de 2 de diciembre (sobre la propia imagen); 120/1990, de 27 de junio (en relación a la situación de los reclusos en huelga de hambre); 57/1994, de 28 de febrero (sobre el registro personal de reclusos); 215/1994, de 14 de julio (en relación con la esterilización de deficientes psíquicos); 212/1996, de 19 de diciembre (sobre la utilización y donación de embriones, ya citada); 224/1999, de 13 de diciembre (en relación al acoso sexual); 156/2001, de 2 de julio (sobre la vinculación entre dignidad y derechos al honor, intimidad y propia imagen, idea muy reiterada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional); 192/2003, de 27 de octubre (sobre el descanso y las vacaciones del trabajador).

⁸⁷ STC 120/1990, de 20 de junio, FJ 4, si bien se trata de una cita muy reiterada, con estas o parecidas palabras.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Nos parece que este camino, de evidentes resonancias kantianas, es el más adecuado para determinar el sentido constitucional de la dignidad. A nuestro juicio el concepto de dignidad de la persona hace referencia a la cualidad que distingue al ser humano y lo hace a la vez único e igual a todos sus semejantes; entendida de este modo, la dignidad puede predicarse tanto a nivel individual como en abstracto, y está presente tanto en cada ser perteneciente a esta especie, como en todo elemento propiamente humano, y en la Humanidad en su conjunto. En este sentido, la dignidad “no se pierde” nunca, pues la misma condición de persona permanece toda la vida. Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda ser objeto de lesión o injerencia, pues tanto poderes públicos como otras personas pueden vulnerar la dignidad cuando dan a las personas un trato no acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad implica una exigencia ineludible como es la prohibición (en sentido negativo) de utilizar a la persona como medio al servicio de otros fines, de instrumentalizar o “cosificar” al ser humano. Además, los poderes públicos tienen, al igual que sucede respecto a los demás valores constitucionales, la obligación positiva de proteger ese valor, impidiendo lesiones del mismo, y adoptando las medidas necesarias para su preservación. Dignidad de la persona es, por tanto, dignidad humana y protege al mismo tiempo no sólo aquello que hace a cada persona un ser único e irrepetible, sino también lo que nos une a todos haciéndonos pertenecer a la misma especie.⁸⁸

⁸⁸ Desde luego, esta afirmación es susceptible de discusión, y requeriría una justificación más extensa, pero creo que hay argumentos que apuntan en esta línea. Los textos internacionales, cuyos artículos más relevantes hemos trascrito, parecen apoyar este sentido. De forma muy clara, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano pone de relieve un concepto de dignidad como valor que afecta a cada ser humano y a la especie en su conjunto, por ejemplo al afirmar que “El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad” (véase el resto del artículo 1 y el artículo 2, citados en nota anterior). En Alemania, de donde nos viene el sentido constitucional del concepto, no sólo parece estar asentada esta idea, sino que creo que la propia expresión “Würde des Menschen” o “Menschenwürde” se traduce incluso mejor como “dignidad humana” que como “dignidad de la persona”, aunque el matiz sea sutil. De hecho, la versión española del art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea habla expresamente de “dignidad humana”. Y en España, aun cuando no hay afirmaciones expresas en un sentido u otro, como veremos la jurisprudencia constitucional también parece asumir esa dimensión colectiva de la dignidad, por ejemplo cuando pone en relación este valor con la prohibición de transmisión lucrativa de embriones, o con la prohibición de desarrollar el resultado del llamado “test del hamster”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Obviamente, somos conscientes de que las reflexiones anteriores no logran tampoco ofrecer un perfil acabado del concepto constitucional de dignidad. Pero a nuestro juicio son, al menos, suficientes para apuntar las líneas fundamentales de este concepto, y para desterrar cualquier interpretación que, so capa de su ambigüedad, pretenda vaciarlo de contenido o defender que el mismo es completamente disponible por el legislador, o en general por los poderes públicos. Desde luego, este concepto ofrecido en “trazos gruesos” está lejos de resolver los diversos interrogantes que plantea la dignidad, como el de su posición constitucional o el de si posee o no una dimensión subjetiva. No podemos entrar aquí en estos aspectos,⁸⁹ aunque cabe apuntar que, en nuestro criterio, la dignidad es un valor, cuya inclusión en la norma suprema le dota de carácter jurídico y de rango constitucional; y también es un derecho.

Una última cuestión importante, en relación con la dignidad, es la de si cabe proclamar el carácter intangible de la misma y, en caso afirmativo, que significaría éste. En Alemania la primera cuestión viene respondida por el propio texto constitucional, dado que, como ya hemos indicado, el artículo 1.1 proclama expresamente que la dignidad humana es intangible. Sin embargo, el significado y las consecuencias últimas de esta proclamación no son claras ni pacíficas, apuntándose diversas hipótesis, como que este valor ha de ser protegido frente a ataques, su eficacia horizontal, o la imposibilidad de que la dignidad se pierda sea cual sea la circunstancia;⁹⁰ también se han hecho derivar de esta intangibilidad otras consecuencias constitucionales, como la proscripción de la tortura o la imposibilidad de reforma constitucional de este precepto.⁹¹

El hipotético nacimiento de un híbrido entre hombre y ratón, dicho sea de paso, no podría considerarse contrario a la dignidad de la persona considerada como valor individual, pues no afecta a la especialidad o especificidad de ningún ser humano concreto, pero en cambio sí repugna a la dignidad “colectiva” de nuestra especie.

⁸⁹ Nos hemos referido a ellos con más detalle en mi trabajo *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*, Tirant lo Blanch-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Valencia-México, 2009, pp. 85 ss.

⁹⁰ I. von Münch, “La dignidad...”, *op. cit.*, p. 23, apunta todas estas teorías, decantándose por la última, según la cual “ni siquiera la persona doblegada, degradada, torturada pierde su dignidad. La dignidad de la persona no puede quitarse ni aniquilarse”.

⁹¹ Ch. Starck, “Introducción...”, *op. cit.*, p. 492.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Interesa particularmente apuntar la tesis según la cual la intangibilidad de la dignidad podría implicar un cierto carácter absoluto de la misma, en el sentido de que ésta supondría un límite último que nunca cedería frente a injerencias o intromisiones, de tal manera que, en caso de conflicto con otros bienes o valores constitucionales, prevalecería siempre la dignidad. Ello excluiría la ponderación en caso de conflicto, lo que en definitiva tiende a colocar a la dignidad en una posición “superior” a otros valores constitucionales. Sin embargo, esta tesis, que tiene cierto predicamento en la doctrina alemana,⁹² tropieza con serias dificultades si se quiere aplicar de manera incondicionada. En efecto, dada la incuestionable “fuerza expansiva” de la dignidad, y su relación con la mayor parte de los derechos, afirmar su carácter absoluto, o preservarla de la ponderación con otros valores, conllevaría notorias dificultades para resolver satisfactoriamente muchos conflictos constitucionales, así como una cierta jerarquización incompatible con la unidad de la Constitución. Por ello se ha destacado que parece imposible mantener el carácter intangible de la dignidad si se atribuye a ésta un contenido extenso.⁹³ Y, en esta línea, algún autor ha querido matizar la primacía de la dignidad, distinguiendo un núcleo intangible, sustancialmente vinculado a la experiencia nazi de persecuciones masivas y genocidios, más allá del cual se encontrarían otras manifestaciones susceptibles de ponderación.⁹⁴ Creemos que ésta es la tendencia más adecuada: es posible entender que la dignidad suponga un límite último e infranqueable a aquellas prácticas, procedentes de poderes públicos o ciudadanos, que supongan un quebranto evidente de lo más esencial o intrínseco a la misma; pero no por ello puede proclamarse su carácter absoluto o ilimitado.

En el sistema español, no existe una proclamación expresa del carácter intangible de la dignidad, pero creo que hay argumentos para defenderlo, siempre que se entienda en el sentido moderado o “suave” que acabamos de apuntar. Por lo demás, a esta interpretación apunta la Carta de los dere-

⁹² Véase al respecto el repaso que realiza I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad...*, *op. cit.*, pp. 34 ss.

⁹³ I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad...*, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁴ M. Herdegen, “Art. 1. Abs. I”, en Maunz-Dürig, *Grunsgesetz Kommentar*, C. H. Beck, Múnchen, 2003. Este trabajo, que era la actualización de estos clásicos comentarios a la Ley Fundamental, y entraba en abierta contradicción con la tesis que en su momento defendió Dürig, fue duramente contestado por E. W. Böckenförde en el artículo titulado “Die Würde des Menschen war unatatsbar”, publicado en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el 3 de septiembre de 2003.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

chos fundamentales de la Unión Europea, que reconoce en su artículo 1 que la dignidad humana es “inviolable”, lo que a estos efectos puede entenderse como sinónimo de intangible.⁹⁵ De todos modos, a la hora de interpretar esta propiedad de la dignidad hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha reiterado que ningún derecho tiene carácter absoluto. Por lo demás, a nuestro juicio no es posible establecer jerarquizaciones dentro de la Constitución.⁹⁶ Y no hay que olvidar que, según el mismo artículo 10.1, también los derechos son inviolables. De todo lo cual puede deducirse, en mi opinión, que el carácter intangible de la dignidad debe hacerse compatible con su naturaleza no absoluta y susceptible de ponderación en caso de conflicto. Ello implica que solo un núcleo último de la dignidad permanece siempre inmune y cerrado frente a cualquier intervención, pero más allá de esa esfera reducida, las intervenciones pueden ser admisibles si tienen fundamento constitucional, están amparadas en otros bienes, valores y derechos, y la ponderación entre éstos y la dignidad permite entender como justificada la intervención en el caso concreto.

Lógicamente, esto abre el problema de identificar ese límite último frente a cualquier intervención. Pero la dificultad de la tarea, que seguramente solo puede llevarse a cabo de una forma casuística, no la convierte en labor imposible o camino erróneo. Y de hecho, hay algunas pautas para esa identificación. Como se ha reiterado, la inclusión de la dignidad en la Constitución alemana estuvo muy vinculada al rechazo frontal a la experiencia histórica inmediatamente anterior, caracterizada por el desprecio a la dignidad y el envilecimiento de lo humano.⁹⁷ Y ésta ha sido la fuente del

⁹⁵ En cuanto a que el adjetivo “inviolable” es en este contexto sinónimo de “intangible”, cabe apuntar que la versión alemana de la Carta dice exactamente “Die Würde des Menschen ist unantastbar”, esto es, lo mismo que la Ley Fundamental de Bonn, si bien por la razón que sea ésta se ha traducido habitualmente al español por “intangible”, mientras que la versión española de la Carta utiliza el adjetivo “inviolable” (por cierto, que para esta palabra en alemán existe también “unverletzlich” que es exactamente el adjetivo que utiliza el art. 1.2 de la Ley Fundamental de Bonn para referirse a los derechos humanos como “inviolables”). Por ello no me resulta convincente el argumento de que el artículo 10.1 de la Constitución española no califica como inviolable a la dignidad sino a los derechos (véase al respecto I. Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad...*, *op. cit.*, p. 116): aparte del argumento en contra basado de la Carta, cabe entender que, si son inviolables los derechos “inherentes” a la persona, y la dignidad de ésta es la base y fundamento de esos derechos, la propia dignidad debe ser también inviolable.

⁹⁶ Al respecto, mi trabajo *Valores superiores...* *op. cit.*, pp. 255 ss.

⁹⁷ Por todos, E. Benda, “Dignidad...”, *op. cit.*, p. 124.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

reconocimiento posterior en otros sistemas constitucionales, y en la misma Carta Europea. De manera que cabría vincular el “núcleo interno” de la dignidad a la prohibición absoluta de aquellos tratos vejatorios para la persona, o negadores de la misma condición humana (muchos de los cuales están expresamente prohibidos en nuestro sistema por el artículo 15 de la Constitución, en tanto que “torturas” o penas o tratos inhumanos o degradantes).

De este modo, parece que la dignidad justifica un límite último e irfranqueable a ciertas prácticas que resulten manifiestamente vejatorias, degradantes o atentatorias contra la propia esencia de la condición o cualidad humana (con independencia de que dicho límite esté explicitado en algún caso en la propia Constitución, por ejemplo, la prohibición de torturas, que no admite excepciones). Pero ello no convierte a la dignidad en un derecho absoluto o que deba ser extraído íntegramente de la ponderación. Lo mismo cabe decir de su dimensión objetiva o axiológica: el carácter principal y fundamentador de la dignidad como valor no permite jerarquizarlo y ubicarlo por encima de todos los demás, dándole sistemáticamente más rango. Y ello aunque su preeminencia dentro del sistema constitucional tenga sus efectos en el plano interpretativo. En cualquier caso, la dignidad conlleva numerosas manifestaciones y consecuencias jurídicas, y sería imposible entenderla como derecho absoluto en toda su extensión. Todos los derechos tienen sus límites y la dignidad de la persona no es una excepción, a pesar de su incuestionable trascendencia y de su centralidad en el sistema constitucional.

4. ¿A QUÉ LLAMAMOS PREEMBRIÓN? LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL EN LOS ORÍGENES DE LA VIDA HUMANA

Tras las consideraciones generales realizadas, cabe extraer algunas consecuencias aplicables a los orígenes de la vida humana, al comienzo de la protección jurídico-constitucional de la misma, y en particular a la determinación de la posición jurídico-constitucional del preembrión. Esta cuestión representa uno de los problemas esenciales de la relación entre la bioética y el Derecho Constitucional, así como de éste con la genética,

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

pues la mayor parte de las prácticas en la materia tienen como objeto pre-embiones humanos, o las células de ellos extraídas o derivadas. Por ello la doctrina ha comenzado ya a ocuparse de estas cuestiones,⁹⁸ aunque de nuevo los enfoques constitucionales son escasos.

Para analizar estas consecuencias, conviene delimitar en primer lugar el concepto de preembrión, al que ya hemos aludido en varias ocasiones en este trabajo. Sin embargo, el mismo término –o más bien su utilización para aludir a una realidad propia y diferente— no está exento de polémica. Suele considerarse que el preembrión es el embrión en la primera fase de su desarrollo, que se inicia con la concepción y llega aproximadamente hasta el décimo cuarto día posterior a la misma. Parece que hay argumentos científicos para sostener que en torno a esta fecha se producen circunstancias muy relevantes en el desarrollo embrionario, dado que se culmina el proceso de anidación en la pared uterina, al tiempo que se forma la cresta neural, desapareciendo la posibilidad de una división que forme gemelos monocigóticos. Aproximadamente a partir de este momento las células pierden su carácter totipotencial.⁹⁹

Por tanto, en torno a la frontera de los catorce días se generan cambios importantes en el desarrollo embrionario, que pueden justificar el cambio de denominación (del mismo modo que suele considerarse que a partir de los noventa días, el embrión pasa a ser feto, teniendo en cuenta los cambios que se producen aproximadamente en ese momento).¹⁰⁰

⁹⁸ Además de las obras mencionadas en el apartado anterior sobre los aspectos jurídicos de la Genética, pueden citarse como ejemplos: H. G. Koch y A. Eser, “La investigación con células troncales embrionarias humanas: fundamentos y límites penales”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 20, 2004; C. M. Romeo Casabona, “La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica: consideraciones de política legislativa”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 24, 2006. Desde la perspectiva alemana, J. Ipsen, “Der «verfassungsrechtliche Status» des Embryos *in vitro*”, en *Juristen Zeitung*, núm. 20, 2001; C. Müller, “The status of the extracorporeal embryo in German Law (Part I)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 22, 2005; y “The status of the extracorporeal embryo in German Law (Part II)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 23, 2005.

⁹⁹ Para una aclaración, aunque sintética, de los términos utilizados para definir el desarrollo embrionario en sus primeros días, y la capacidad generadora de tejidos de las células, véase el glosario incluido en este trabajo. Sobre las diversas formas de obtención de células troncales, véase J. García-Minguillán Molina, “La investigación...”, *op. cit.*, pp. 42 ss.

¹⁰⁰ Concluida la etapa embrionaria, no se generan ya órganos o tejidos nuevos, sino que se produce la maduración y desarrollo de los ya existentes.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ciertamente, algunas opiniones cuestionan la diferenciación entre pre-embrión y embrión¹⁰¹ —e incluso parecieron tener cierto eco en la tramitación parlamentaria de algunos proyectos legislativos de trascendencia en la materia—¹⁰² pero parece cierto que los cambios que hemos apuntado se producen aproximadamente en esa fecha del décimo cuarto día, más allá de la discusión sobre la trascendencia de los mismos y las consecuencias

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, G. Herranz, “El mito del preembrión”, en *bioeticaweb*, www.bioeticaweb.com, que afirma textualmente: “la noción de preembrión es una idea política con pies científicos de barro. El progreso de la embriología es la piedra que rodó monte abajo y rompió el pedestal de barro. El constructo se ha derrumbado. ¿Por qué mantener un muerto en la legislación?”.

¹⁰² Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, la Ponencia encargada de la tramitación del Proyecto de ley de investigación biomédica en el Senado aceptó la enmienda número 132, de Jordi Casas i Bedós (Grupo Parlamentario CIU), que proponía sustituir en todo el proyecto de ley la palabra “preembrión” o “preembiones” por “embrión” o “embiones”. En la justificación de la enmienda se destacaba que carece de respaldo científico la utilización del término preembrión para denominar al embrión preimplantatorio, añadiéndose que, “en general, la utilización de este término no tiene otra finalidad que desproveer al embrión temprano de su característica biológica fundamental de ser humano vivo, dado que así se abre la posibilidad de manipularlo sin ninguna responsabilidad ética”. Tras constatar una menor utilización del término preembrión en los trabajos científicos de los últimos años, se concluía que “estos datos avalan que la palabra preembrión es un término prácticamente fuera del contexto científico actual y que su utilización (...) tiene una connotación ideológica más que científica, y todo ello con una finalidad de desproveer al embrión de su categoría ontológica de ser humano vivo, para así poder manipularlo sin ninguna responsabilidad ética” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, serie II, 3 de mayo de 2007). Finalmente el Congreso recuperó el término “preembrión” en el texto definitivo aprobado por el Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Núm. A-104-17, de 21 de junio de 2007).

A nuestro juicio, por las razones que expresamos en el texto, existen cambios importantes en el desarrollo de la vida humana que se producen en torno al décimo cuarto día. Y más allá de la cuestión terminológica, estos cambios, como otros que se producen posteriormente, pueden tenerse en cuenta a la hora de valorar la intensidad de la protección dispensada por los valores constitucionales, cuando éstos deben ponderarse con otros derechos o valores. Ello no significaría que antes de ese día la protección no exista, pues en todo caso tanto la vida como la dignidad de la persona tienen incidencia en todos los momentos del desarrollo biológico humano. Por lo demás, con independencia de la mayor o menor utilización del término “preembrión”, éste siempre suele entenderse como sinónimo de la expresión “embrión preimplantatorio”, que en todo caso alude a la misma fase del desarrollo humano, cuyas peculiaridades ya hemos comentado (si bien esta última expresión no sería aplicable al preembrión generado dentro del útero materno). Esto quiere decir que una supuesta privación del carácter ontológico de ser humano vivo —que aquí no se defiende— podría producirse igualmente sin utilizar el término preembrión (aplicando las mismas características o consecuencias al llamado “embrión preimplantatorio”); o, a la inversa, que la específica protección de la vida en esa fase, teniendo en cuenta sus peculiaridades, puede producirse aun cuando se utilice la denominación “preembrión”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

que puedan extraerse sobre la consideración ética o jurídica del embrión antes de esa fecha. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que vamos a señalar de inmediato, parece claro que a ciertos efectos cabe hablar de embrión en sentido amplio, concepto que englobaría lo que puede denominarse “preembrión” así como todas las fases posteriores hasta el nacimiento. Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a efectos de las prohibiciones de patentabilidad, y por efecto de la dignidad, debe entenderse el concepto de embrión en sentido amplio.¹⁰³

En cualquier caso, las diferencias entre el preembrión y el embrión han cobrado relevancia sólo a partir de ciertos desarrollos científicos y médicos, que implican prácticas que afectan al desarrollo del cigoto en los primeros catorce días. Anteriormente, en ese período la mujer acaso ni siquiera conocía el embarazo, y de cualquier modo no podía interferir en el mismo. De hecho, ha sido el gran desarrollo alcanzado en las últimas décadas por las técnicas de reproducción asistida lo que ha provocado la preocupación por la definición científica, ética y jurídica del preembrión. Y es que, a pesar de que puede plantearse también algún otro problema,¹⁰⁴ son las diversas técnicas de reproducción asistida, así como otras actuaciones de tipo genético, las que han puesto de relieve la trascendencia de precisar la definición y la posición jurídica del preembrión humano. De hecho la expresión “embrión preimplantatorio” suele utilizarse como sinónimo del

¹⁰³ Véase la muy importante sentencia en el asunto C-34/10 Oliver Brüstle / Greenpeace eV, de 18 de octubre de 2011, cuyo párrafo 35, que analizando diversos aspectos en relación con la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, señala: “todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un ‘embrión humano’ en el sentido y a los efectos de la aplicación del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano”.

¹⁰⁴ Por ejemplo, la llamada “píldora del día después” (aunque puede tomarse hasta 72 horas después del acto sexual) o “píldora postcoital”, sobre cuya naturaleza, abortiva o anticonceptiva, se discute. Hay en realidad diversos tipos de fármacos considerados “anticonceptivos de emergencia” que no siempre actúan del mismo modo, pues pueden retrasar la ovulación, impedir la fecundación, o bien impedir la anidación del cigoto, lo cual dependerá tanto del tipo de fármaco, como del momento del ciclo en que se administre. Uno de los más conocidos, la mifepristona (RU-486) puede llegar incluso a provocar un aborto después de la implantación (o bien impedir ésta, según la situación, y siempre en la hipótesis de que el embarazo se hubiera efectivamente producido, lo que habitualmente no se conoce en el momento de administrar el producto). En todo caso, no podemos, en el contexto de este trabajo, profundizar en este tema.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

término preembrión, aunque en realidad el adjetivo “preimplantatorio” sólo tiene sentido cuando se utiliza para el embrión fecundado fuera del útero materno, que puede o no ser posteriormente implantado en el mismo. No es casualidad que el legislador español, precisamente en la más reciente regulación de las técnicas de reproducción asistida, haya incorporado una definición de preembrión como “el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”.¹⁰⁵

Desde el punto de vista constitucional, la cuestión fundamental es determinar la posición del preembrión ante la norma fundamental, precisando si la misma es equiparable a la del embrión en sentido estricto, o bien existen diferencias relevantes. Ya se ha señalado que tanto la vida como la dignidad pueden tener incidencia en la protección constitucional del *nascituru*. Desde luego, pueden plantearse muchas dudas sobre las consecuencias concretas que los mencionados valores tienen a la hora de definir su posición constitucional; y por lo demás, esta cuestión tampoco ha sido abordada frontalmente por el Tribunal Constitucional español. En todo caso, y considerando que el preembrión posee vida perteneciente a la especie humana, cabría apuntar las siguientes ideas, que tienen un cierto apoyo en la jurisprudencia constitucional:

- a) Al preembrión le afecta la protección constitucional de la dignidad humana, que tiene incidencia incluso sobre los preembriones no viables.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Artículo 1.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bien es cierto que esa definición se realiza “a los efectos de esta ley”, pues de lo contrario tendríamos que llegar a la conclusión de que dentro del útero materno no hay preembrión, lo que no parece coherente con los argumentos que aquí se han dado para delimitar el preembrión y el embrión.

¹⁰⁶ Aunque el TC no lo dice expresamente, puede deducirse de la afirmación de que sería contraria a la dignidad de la persona la transmisión lucrativa de embriones y fetos (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 8), o de embriones e incluso gametos (STC 116/1999, de 17 de junio), que implicaría una patrimonialización contraria a la Constitución (lo que no se produce dado que la ley excluye cualquier causa lucrativa y remuneratoria, permitiendo sólo la donación). Es muy significativo que en el fundamento jurídico 5 de la sentencia mencionada en primer lugar, el TC, tras señalar expresamente que a los embriones o fetos no viables no les alcanza la protección del artículo 15 de la Constitución, pues no son siquiera *nascituri*, añade “...por más que la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

b) El preembrión debe considerarse *nasciturus* (salvo en caso de falta de viabilidad),¹⁰⁷ y por tanto le alcanza la protección constitucional de la vida.¹⁰⁸

regulación de los mismos, como más adelante veremos...” Y en efecto, en el citado FJ 8 se especifica que la patrimonialización de la persona sería contraria a la dignidad, y que ésta se produciría si se permitiera la transmisión lucrativa de los embriones y fetos no viables, e incluso se da a entender que también existiría tal vulneración si se permitiera esa transmisión de órganos humanos o cadáveres: “tal reproche carece totalmente de sustento desde el momento en que esta singular «donación», al igual que la de órganos humanos regulada en la Ley 30/1979, o incluso la del cadáver de una persona, no implica en modo alguno la patrimonialización, que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad...” Aunque estamos ante dos *obiter dicta*, que además realizan unas valoraciones meramente hipotéticas (pues la ley no prevé aquello que el Tribunal considera inconstitucional), es interesante la idea de que la dignidad, a diferencia de la vida, puede tener incidencia más allá de la vida, cuando no hay viabilidad en ésta (y ni siquiera alcanza la protección constitucional del artículo 15), o ni siquiera hay propiamente vida.

Más recientemente, la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-34/10 Oliver Brüstle / Greenpeace eV, de 18 de octubre de 2011, resalta muy claramente el juego del valor dignidad en la materia, afirmando que “el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana”, lo que tiene como consecuencia que el concepto de “embrión” debe entenderse, al menos a efectos de patentabilidad, en un sentido amplio, que engloba lo que venimos denominando “pre-embrión”. En suma, esta sentencia no deja dudas sobre que la protección de la dignidad humana alcanza también al preembrión.

¹⁰⁷ La distinción entre preembriones o embriones “viables” y “no viables”, que nuestra legislación asume, es susceptible de cuestionamiento y de dudas en su aplicación. El TC, en la STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5, la acepta entendiendo que la caracterización de un embrión o feto como “no viable” hace referencia concretamente “a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del artículo 10.1”. Obviamente, esta definición lleva como lógica consecuencia su falta de consideración como *nasciturus*, pero deja abierta la cuestión de cómo ha de determinarse si el embrión es susceptible de desarrollarse, y cuáles son los criterios que han de utilizarse en esta determinación. En mi opinión, la falta de viabilidad debe obedecer a circunstancias físicas o médicas intrínsecas al propio embrión, que requerirán un diagnóstico previo, pero no desde luego a factores provocados como sería la mera falta de implantación (cuando hablamos de preembriones *in vitro*), pues de lo contrario todos ellos serían no viables por definición, lo que haría innecesaria la misma distinción.

¹⁰⁸ Ello se deduce de la STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 9, *a contrario*. En efecto, tras recalcar en el apartado B) de este fundamento que los preembriones viables no pueden ser sometidos, según la ley, a más investigaciones que las de carácter diagnóstico, terapéutico o preventivo, apreciación que es “fundamental en orden a examinar la conformidad con este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE...”, añade en el apartado C) que “no siendo los preembriones no viables («abortados en el sentido más profundo de la expresión») susceptibles de ser considerados, siquiera, *nascituri...*” Lo que implica, a nues-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

c) Los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los transferidos al útero materno.¹⁰⁹

En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional, aun sin perfilar suficientemente la posición constitucional del preembrión, ha apuntado en la línea más coherente con nuestro sistema constitucional de valores. El preembrión no es titular de derechos, pero le alcanza la protección constitucional de la vida y de la dignidad, dado que es un ente dotado de vida, y de carácter humano. Sin embargo, las especiales características de los primeros días del desarrollo embrionario (falta de diferenciación celular, falta de anidación, menor viabilidad) hacen que la intensidad de la protección del valor vida sea menor que en el embrión y en el feto. A nuestro juicio, son estas circunstancias las que explican la menor intensidad de protección, mejor que el hecho de que el preembrión se haya fecundado *in vitro*, pues esa circunstancia no tiene tanta relevancia, dado que ha sido buscada e intencionada, y en todo caso el preembrión tiene el mismo sentido y el mismo valor en uno y otro caso.

De esta forma, y a diferencia de la dignidad, la vida humana es objeto de una protección gradualmente creciente, desde la fecundación que es su inicio, hasta el nacimiento, momento a partir del cual podemos hablar propiamente de persona, y por tanto de titularidad de los derechos. Esta protección gradual es el resultado de la ponderación entre la vida y otros valores, principios o derechos igualmente dignos de protección constitucional, como la libertad de investigación o el derecho a la reproducción.

Esta tesis, que ha sido acogida por el legislador,¹¹⁰ y tiene un cierto correlato en la llamada “concepción moral gradual del embrión”,¹¹¹ no es sin

tro entender, que los preembriones viables sí son *nascituri* y les alcanza la protección que el artículo 15 dispensa a la vida.

¹⁰⁹ Textualmente, es lo que dice el Tribunal en la STC 116/1999, de 19 de junio, FJ 12.

¹¹⁰ El Preámbulo de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica señala en su apartado III que “La Ley prohíbe expresamente la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, *de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional...*”

¹¹¹ Véase al respecto, por todos, el reciente trabajo de F. Abellán, *Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenésia*. Granada, Comares, 2007, pp. 78 ss., quien afirma que, desde la perspectiva de esta corriente de pensamiento “si bien es cierto que el embrión hu-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

embargo pacífica, si bien se sitúa en un término medio entre quienes entienden que el preembrión tiene la condición de persona,¹¹² y aquéllos que consideran que es un mero conjunto de células carente de toda protección constitucional.¹¹³ Ciertamente, la existencia de posturas tan diferentes sobre una misma cuestión resulta sorprendente y preocupante cuando hay acuerdo sobre los principios y valores en juego. Incluso en sistemas constitucionales diferentes, suele haber coincidencia en la protección de la vida, así como en el reconocimiento (explícito o implícito) de la dignidad de la persona. Sin embargo, cuando se tratan de extraer las consecuencias

mano es siempre merecedor de un especial respeto y dignidad, hay que tener en cuenta que en su desarrollo pueden reconocerse etapas cualitativamente diferentes para su constitución como ser humano”, y añade más un poco más adelante que “aunque no se pueda tratar al embrión pre-implantatorio como una realidad personal, tampoco se le puede tratar como una cosa, mero objeto de propiedad”.

En parecido sentido parece pronunciarse, desde la perspectiva alemana y con base en la jurisprudencia, el comentario de J. Ipsen, “Der «verfassungsrechtliche Status»...”, cit., págs. 989 ss., quien rechaza la posibilidad de un status subjetivo del preembrión, que no sería titular del derecho a la dignidad ni a la vida, aunque estos valores constitucionales le protegen. Sin embargo, este autor concluye señalando, a diferencia de lo que aquí se defiende, la escasez de elementos constitucionales para hacer frente al debate sobre esta cuestión.

¹¹² Se darán aquí por conocidas las posturas más significativas al respecto. Como es sabido, la Iglesia Católica viene defendiendo la existencia del derecho a la vida, en sentido estricto, desde el momento de la concepción, y por tanto la consideración personal del preembrión y del embrión. Es interesante apuntar que esta tesis ha sido también acogida desde la perspectiva jurídica, por ejemplo en la importante sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, Exp: 95-001734-0007-CO, que declaró inconstitucional la regulación de la fecundación *in vitro* en el país centroamericano. En esta sentencia se afirma: “Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desecharlo”.

¹¹³ Como es sabido, desde la misma perspectiva científica y ética se discute el momento del comienzo de la vida humana, existiendo posturas que defienden que ésta no existe en la fase de preembrión, dado que las particulares características de éste, que ya hemos destacado, provocan que hasta la anidación y la diferenciación celular no pueda hablarse de una vida digna de protección. Hay incluso quienes rechazan toda protección del embrión, considerándolo un mero conjunto de células susceptibles de apropiación por sus progenitores. F. Abellán, *Selección genética...*, *op. cit.*, pp. 80-81, denomina “concepción naturalista” a esta postura, que ubica en el extremo opuesto a la concepción del preembrión como realidad personal. También puede verse, sobre este tema, J. R. Lacadena, “Consideraciones genético-biológicas sobre el desarrollo embrionario”, en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Genética Humana*. Bilbao, Universidad de Deusto-Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia, 1995, quien destaca que “la unicidad del nuevo ser no está fijada durante las etapas de desarrollo embrionario anteriores a la terminación de la anidación” (p. 83).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

para el preembrión, las posturas comienzan a diferenciarse de forma muy acusada.

En nuestra opinión, ello es debido en muchos casos a las diferentes concepciones éticas subyacentes, pero creemos que también tiene influencia el hecho de que estamos ante avances científicos muy recientes, frente a los cuales no se ha encontrado aún una única respuesta ética, e incluso la ciencia no ha logrado llegar a determinaciones concluyentes sobre el origen de la vida. Pero, sentada la existencia de protección constitucional para la vida y la dignidad, la diversidad de opiniones, y la ausencia de acuerdo en la doctrina jurídico-constitucional y en las diversas jurisprudencias (que no es sino reflejo de la falta de consenso científico y ético) no debería llevarnos a defender la irrelevancia constitucional del problema, retirándonos —en tanto que constitucionalistas— del debate. Antes al contrario, el hecho de que no hayamos sido capaces de ofrecer una solución más concreta y precisa no significa que ésta no deba buscarse, sobre todo teniendo en cuenta que sabemos que los parámetros para la respuesta jurídica están en la Constitución. Una cosa es reconocer que ésta, dado su consabido margen de apertura, ofrece un apreciable elenco de opciones al legislador, y otra pensar que no hay criterios constitucionales, o que éstos son tan abiertos que prácticamente son inútiles o inaplicables. Lo que en nuestra opinión han de hacer la doctrina y la jurisprudencia constitucional es avanzar en la determinación de la posición constitucional del preembrión, en lugar de abandonar ese cometido señalando que no hay más argumentos.

Existen por tanto, en nuestra opinión, algunos parámetros constitucionales que, a pesar de dejar amplio margen al desarrollo legislativo, permiten perfilar una posición constitucional del preembrión, como ente diferente a la persona y a las cosas, que no es sujeto de derechos pero tampoco es susceptible de apropiación y patrimonialización, en el que acaba de comenzar la vida humana, y en el que se manifiesta la dignidad de la persona y del género humano, aunque estos valores habrán de ponderarse, en cada caso, con la protección de otros. No es, por tanto, una persona, pero pertenece a la especie humana. Por eso le alcanza la protección de la dignidad. Es un ser vivo perteneciente a la especie humana, por eso le afecta la protección de la vida humana, aunque las especiales características de este momento inicial de la vida pueden hacer que esta protección ceda más fácilmente que en posteriores fases. Se pone así de relieve, en nuestra modesta

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

opinión, que el empeño de determinar una posición constitucional del pre-embrión no sólo es posible, sino también necesario, y que avanzando en esa línea se obtendrán sin duda resultados de interés.

5. BREVE COMENTARIO DE ALGUNAS PRÁCTICAS ESPECÍFICAS

Tras haber establecido, aunque sea en líneas generales, los parámetros de la posición constitucional del preembrión, procede valorar con esos criterios algunas de las prácticas científicas o médicas que tienen por objeto principal el mismo.

5.1. Las manipulaciones genéticas.

En un sentido muy amplio podríamos entender por manipulaciones genéticas, “todo tipo de prácticas o intervenciones que tengan por objeto el embrión, las células troncales o los genes, incluyendo por tanto la mayor parte de las técnicas de reproducción asistida”, el diagnóstico genético preimplantatorio y la selección de embriones, a las que nos referiremos un poco más adelante. Pero ahora nos interesa un sentido más estricto, según el cual sólo serían manipulaciones las que alteran el patrimonio genético, mediante la modificación de los genes o la introducción de otros nuevos, dando lugar a un nuevo genotipo. En este sentido, la expresión “manipulación genética” es sinónima de “ingeniería genética” o de “biogenética”.

La ingeniería genética, aun en este sentido más estricto, comprende una gran variedad de prácticas (introducción de nuevos genes, alteración de los existentes, transferencia del ADN de un organismo a otro...) que no siempre son susceptibles de valoración conjunta. Por ello, y centrándonos en las prácticas e intervenciones sobre genes humanos, conviene realizar algunas distinciones:

- En primer lugar, y teniendo en cuenta la trascendencia de los resultados y el tipo de célula, conviene distinguir las alteraciones en células somáticas, que afectarían sólo al portador de esas células, y las que se realizan en células germinales, cuyas consecuencias se

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

manifiestan en futuras generaciones. Esta distinción tiene trascendencia jurídico-constitucional, pues las primeras pueden contar con el consentimiento del interesado, lo que unido a una finalidad admisible podría abogar por su licitud; mientras que las segundas afectan a generaciones futuras sin su consentimiento, lo que tiende a hacerlas menos aceptables.

- En segundo lugar, conviene distinguir las diversas técnicas por su finalidad. Desde esta perspectiva, y en líneas generales, cabría distinguir la finalidad terapéutica, la de investigación o experimentación, y la eugenésica. Desde luego, las fronteras entre las diversas finalidades (y muy en particular, entre la terapéutica y la eugenésica) son realmente difusas. Sin embargo, la distinción es importante, ya que la valoración constitucional de una práctica determinada puede variar mucho en función de su finalidad. Por ello resulta adecuado detenerse algo en su análisis separado.

Comenzando por la finalidad terapéutica, estaríamos ante lo que suele denominarse “terapia génica”, cuya admisibilidad debe predicarse en principio, siempre que cuente con el consentimiento de la persona afectada.¹¹⁴ Hay que tener en cuenta que dicha finalidad tiende directamente a hacer efectivo el derecho a la protección de la salud (art. 43 de la Constitución) de la persona implicada, no afectando en principio a otros valores constitucionales ni a derechos de terceras personas. Más compleja es la problemática de las terapias realizadas en líneas germinales, las destinadas a evitar o prevenir las enfermedades en personas aún no nacidas, o a curar o reparar defectos genéticos en las mismas. Aun cuando la finalidad terapéutica sigue abogando por su admisibilidad, la ausencia de consentimiento de las personas afectadas, la dudas sobre las consecuencias futuras de dichas intervenciones y (en su caso) la afectación a embriones humanos, provocan que la respuesta sea en este caso más dudosa.

¹¹⁴ La ausencia de este requisito nos llevaría al problema de las prácticas en personas que no pueden consentir. Se trata de un problema complejo y que aquí no podemos analizar en profundidad, pero puede apuntarse que, en principio, nos encontramos ante una situación que implicaría restricciones y garantías adicionales, así como, en todo caso, una forma de sustitución de ese consentimiento.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

En cuanto a las prácticas llevadas a cabo con una finalidad de investigación o experimentación, en principio quedarían protegidas por la libertad de creación científica (artículo 20.1 b) de la Constitución), así como por la protección de la salud en su dimensión objetiva o axiológica, siempre que la investigación tienda a buscar remedios contra la enfermedad o a mejorar la salud de las personas. Sin embargo, dado que la relación de la práctica con la salud es más mediata, y teniendo en cuenta también los resultados inciertos de la experimentación, e incluso los posibles riesgos de la misma, parece razonable establecer condiciones más estrictas a las manipulaciones genéticas llevadas a cabo con esta finalidad, debiendo distinguirse, por un lado, la procedencia de las células objeto de la misma (personas vivas, tejidos, embriones o preembriones, células troncales de otra procedencia...), y estableciendo en cada caso los requisitos oportunos.

En fin, las manipulaciones genéticas con fines eugenésicos son mucho más difíciles de admitir desde la perspectiva de los valores constitucionales, pues la mera finalidad de mejora de la especie, o de las características genéticas y biológicas de las personas no parece justificar intervenciones llenas de riesgos e incertidumbres, y que pueden afectar a la dignidad humana, no sólo por intervenir en preembriones o embriones, si tal es el caso, sino sobre todo porque la realización de este tipo de intervenciones puede alterar el equilibrio y las condiciones naturales de la especie. Con todo, cabría aún distinguir las posibles intervenciones de este tipo con células somáticas y sin trascendencia en futuras generaciones, que podrían admitirse si cuentan con el consentimiento de la persona afectada y no vulneran otros valores constitucionales, de las realizadas en líneas germinales que resultarían rechazables en su conjunto. El problema es distinguir estas intervenciones de las llevadas a cabo con fines terapéuticos, pues la frontera entre ambas finalidades, como antes apuntábamos, es muy difusa.¹¹⁵

¹¹⁵ En efecto, esa frontera no es otra que la existente entre la salud y el “bienestar general” o la mejora de las condiciones personales. Manipular genes para obtener, en el futuro, personas más altas, guapas o delgadas (o bien más hombres o mujeres), puede resultar ética y jurídicamente rechazable. Y, en cambio, hacerlo para desterrar un cáncer (o una posibilidad elevada de desarrollarlo), u otras graves enfermedades que pueden tener una importante base genética, podría resultar más admisible. Pero ¿qué decir si lo que se persigue es evitar la miopía, fortalecer las encías, prevenir la obesidad o la alopecia, evitar la tendencia a fumar? Evidentemente hay casos límite cuya solu-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En todo caso, el Convenio de Oviedo parece excluir este tipo de manipulaciones,¹¹⁶ y el Código Penal castiga, en su artículo 159, a “los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo”, de tal manera que en nuestro ordenamiento sólo están permitidas las manipulaciones con finalidad estrictamente terapéutica.

5.2. *Las técnicas de reproducción asistida*

El espectacular avance de la medicina, la biología y la propia genética ha tenido repercusiones muy notables en cuanto al gran auge y desarrollo de diversas técnicas de reproducción asistida. Y estas técnicas, a su vez, tienen implicaciones jurídicas notables, no sólo por lo que atañe al status jurídico-constitucional del preembrión, sobre el que en algunos casos recaen, sino también porque pueden resultar necesarias, en determinados casos, para hacer “real y efectivo” el derecho a la reproducción de las personas. De ser así, estas técnicas encontrarían una protección jurídico-constitucional, sin perjuicio de que, en cada caso, fuera necesario ponderar con otros derechos constitucionales.

Por ello, las cuestiones fundamentales en este momento son, en primer lugar, determinar si existe, con rango constitucional, un derecho a la reproducción o procreación; y, en segundo, establecer si la utilización de técnicas de reproducción asistida forma parte del mismo. Respecto a lo primero, cabe destacar que el derecho a la reproducción ha sido objeto ya de un cierto tratamiento doctrinal.¹¹⁷ No es posible desarrollar en este mo-

ción es muy difícil, pero creemos que en todo caso hay que intentar la distinción entre ambas finalidades, y ésta debe venir por la diferencia entre curar o prevenir patologías o taras físicas o psíquicas (finalidad terapéutica) y mejorar las características o condiciones personales (finalidad eugenésica).

¹¹⁶ Artículo 13: “Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia”.

¹¹⁷ Entre otros trabajos, y centrándonos en el enfoque de la cuestión desde la perspectiva de los derechos constitucionales, L. Zarraluqui, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid, 1988; Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons-Universidad Complutense, Madrid, 1994; muy especialmente puede considerarse el completo trabajo de C. Salas Salazar, *El derecho fundamental a la reproducción en el Ordenamiento constitucional español*.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

mento esta compleja problemática, pero podemos sintetizar nuestra postura al respecto señalando que, a nuestro juicio, cabe defender que este derecho encuentra protección constitucional, como derivación del libre desarrollo de la personalidad. Se trataría de otro de los “nuevos derechos” o derechos “no escritos”, aunque en este caso el Tribunal Constitucional, que es el intérprete supremo de la Constitución, y los tratados internacionales ratificados por España avalan esta interpretación.

Ahora bien, la cuestión fundamental a determinar es si la protección constitucional del derecho a la reproducción implica que están igualmente protegidos los medios para hacer efectivo este derecho, o bien el mismo quedaría protegido sólo en su vertiente de libertad, que implicaría únicamente la garantía y la no intromisión de los poderes públicos en el mismo (aspecto que también cabría plantearse, desde otra óptica, respecto a la adopción). En definitiva, habría que resolver la cuestión de si la utilización de técnicas de reproducción asistida o artificial forma parte del contenido del derecho. En nuestra opinión, y teniendo en cuenta el sentido de los derechos de libertad en el Estado social, y el significado del artículo 9.2 de la Constitución, cabe entender en principio incluidos los medios de reproducción asistida en este derecho, en cuanto los mismos van dirigidos a hacer efectivo el ejercicio del mismo. En esta línea apunta la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido que el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio) incluye el derecho a la decisión de ser padres genéticos, por lo que la denegación de la posibilidad de acceder a la inseminación artificial vulneraría el derecho.¹¹⁸

Ello implica, además, que debe procurarse en general la mayor accesibilidad posible a estos métodos, por parte de las personas que los puedan necesitar. Con todo, ello no supone que todas y cada una de las técnicas de reproducción asistida queden definitivamente garantizadas o puedan utilizarse sin límite, pues, como es propio de un sistema basado en la ponderación de derechos, hay que tener en cuenta qué otros valores o derechos

ñol: *fundamentación, estructura y consecuencias jurídicas*, tesis doctoral, inédita. Ténganse en cuenta también los trabajos que mencionaremos al hilo de la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida.

¹¹⁸ Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (Gran Sala), caso *Dickson contra el Reino Unido*.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

constitucionalmente protegidos pueden incidir en sentido contrario a la utilización de la técnica en cada caso concreto. En ciertos casos la protección de otros bienes o valores, o de derechos de terceros, pueden imponer la prohibición o limitación del uso de ciertas técnicas.¹¹⁹ Por lo demás, a nuestro juicio el derecho a la reproducción no engloba en su contenido aquellas técnicas que van dirigidas no simplemente a la procreación, sino a la selección de determinadas características personales de la descendencia, como puede ser el sexo o determinadas condiciones físicas, genéticas o de salud.

No procede realizar aquí un comentario exhaustivo de las diversas técnicas previstas en nuestra legislación. Cabe tan solo enunciar que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, ha llevado a cabo una nueva regulación de las técnicas de reproducción asistida, con un criterio mucho más abierto y permisivo que el de la legislación anterior. No procede realizar aquí un comentario extensivo de la misma,¹²⁰ pero sí cabe apuntar las novedades más significativas en el tema que nos ocupa, y que serían las siguientes: 1) la ampliación de las técnicas reconocidas, y la flexibilidad para ampliar en el futuro el catálogo de las mismas;¹²¹ 2) desaparece la limitación cuantitativa para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, aunque se mantiene el tope máximo de tres preembriones transferibles en un mismo ciclo; 3) se autoriza la investigación con los preembriones sobrantes, si bien sometiéndola a determinados requisitos, comenzando por el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer; 4) se prohíbe la

¹¹⁹ Así, por ejemplo, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, prohíbe en todo caso la gestación por sustitución (art. 10), y limita los efectos jurídicos de la aplicación de las técnicas que reconoce respecto a la determinación de la paternidad del varón fallecido, cuando no se cumplen ciertos plazos (art. 9).

¹²⁰ Puede verse el volumen dirigido por J. A. Cobacho Gómez, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, que contiene un comentario artículo por artículo.

¹²¹ El Anexo A) de la Ley menciona expresamente las siguientes técnicas: 1) inseminación artificial; 2) fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y transferencia de preembriones; 3) transferencia intratubárica de gametos. Pero este catálogo se podrá ampliar por el Gobierno mediante Real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (art. 2.3). Por lo demás, pueden autorizarse técnicas no previstas en ese catálogo para su práctica provisional y como técnica experimental, mediante autorización de la autoridad sanitaria, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (art. 2.2).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

gestación por sustitución, en los términos ya señalados; 5) se autoriza el diagnóstico preimplantacional en ciertos supuestos, de cara a evitar determinadas enfermedades en la futura persona.

*5.3. El diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)
y la selección de embriones*

En efecto, muy vinculadas a la técnica de fecundación *in vitro* (FIV), y como posible complemento a la misma, cada vez van cobrando más importancia estas técnicas, que consisten en esencia en la elección, entre los diversos preembriones creados por medio de FIV, de aquéllos que van a implantarse, con la finalidad de conseguir determinadas características o evitar algún tipo de defecto congénito. Aunque el diagnóstico genético preimplantacional tiene múltiples aplicaciones, principalmente tendría tres utilidades importantes: 1) evitar enfermedades vinculadas a un determinado gen, como la fibrosis quística, o anomalías cromosómicas, como el síndrome de Down; 2) elegir el sexo de la persona, bien con finalidades terapéuticas (por ejemplo, evitar la hemofilia, transmitida por las mujeres pero padecida por los hombres), o bien por otros motivos; 3) tener un hijo compatible con un hermano enfermo ya nacido, de manera que el nuevo niño pueda ser donante compatible de su hermano mayor (principalmente, de sangre de cordón umbilical o de médula); 4) optimización de las técnicas de FIV en pacientes infériles.

En realidad, el DGP es sólo uno de los diagnósticos genéticos posibles, ya que éstos pueden realizarse en las diversas fases de desarrollo humano,¹²² pero es quizás el que más problemas plantea, dado que el resultado del mismo viene acompañado de una selección (o, por el contrario, un descarte) de los preembriones que se han de implantar. La doctrina se ha

¹²² En este sentido, suele distinguirse entre diagnóstico preconceptito; diagnóstico preimplantacional; diagnóstico prenatal, y diagnóstico postnatal (seguimos en concreto a F. Abellán, *Selección genética...*, *op. cit.*, pp. 17-18).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

planteado ya el análisis ético y jurídico de los diversos casos,¹²³ y los textos internacionales lo han limitado o restringido en algunos supuestos.¹²⁴

A nuestro juicio, de nuevo la distinción entre fines terapéuticos o eugenésicos¹²⁵ resulta imprescindible, teniendo en cuenta además que en este caso la finalidad eugenésica puede venir acompañada del simple capricho o preferencia de los padres, por ejemplo en el caso de la elección de sexo no vinculada a fines terapéuticos. Admitir la selección de embriones en estos supuestos sería abrir una puerta a la generación de posibles desequilibrios en la composición natural de la especie, aparte de que se añadiría al derecho a la reproducción una suerte de “elección reproductiva”, susceptible de ser influida por caprichos, modas o motivaciones personales, que de ninguna manera pueden vincularse a un pretendido derecho de los padres.

En cambio, la selección de embriones con fines terapéuticos abre interesantes posibilidades en la lucha contra las enfermedades, y no plantea, en realidad, más problemas éticos o jurídicos que la fecundación *in vitro* a la que va en cierta medida unida. En efecto, si esta técnica de reproducción asistida implica la fecundación de varios óvulos y la implantación de los que se consideren adecuados para garantizar el éxito del embarazo, y puede suspenderse antes de la implantación a petición de la persona a quien se le aplica, el DGP sólo supone un paso intermedio en el que se analizan genéticamente los preembriones, para determinar cuáles se implantarán y cuáles no. Es, en definitiva, un análisis genético que ofrece a los padres una información importante previa a la implantación. Y si bien el DGP y la selección de embriones no son propiamente técnicas de reproducción asistida, y como venimos apuntando no forman parte del derecho a la reproducción, cuando la finalidad es terapéutica hay razones suficientes para admitir el uso de estas técnicas, siempre con los controles y garantías oportunas.

¹²³ Quizá el trabajo más actualizado y completo es el ya reiteradamente citado de F. Abellán, *Selección genética..., op. cit.* También de interés V. Martínez Bullé-Goyri, coord., *Diagnóstico genético y derechos humanos*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998.

¹²⁴ Véanse los arts. 12 y 14 del Convenio de Oviedo.

¹²⁵ En el caso del diagnóstico genético y la selección genética de embriones, por su propio sentido, parece difícil la finalidad de investigación o experimentación.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción asistida, regula el diagnóstico preimplantacional entre las técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida.¹²⁶

5.4. *La clonación*

Por último, conviene dedicar unas líneas a la clonación, que es seguramente, entre las diversas intervenciones sobre el patrimonio genético, la que ha despertado un mayor interés, difusión y repercusión social. Seguramente ello es debido a que, al menos en lo que se refiere a la clonación reproductiva, estamos ante uno de los avances científicos más sorprendentes y espectaculares de las últimas décadas, y al tiempo frente a uno de los que más cuestiones plantea desde las perspectivas ética, social, y jurídica. Por ello no es de extrañar que, cuando en 1997 se dio a conocer la clonación del primer mamífero (la famosa oveja Dolly), la sociedad quedase sorprendida y perpleja, al tiempo que se iniciaba un amplio debate ético y jurídico, y los primeros textos internacionales se pronunciaban al respecto.

En sentido propio, clonación es la creación de un organismo o célula genéticamente idéntico a otro original.¹²⁷ Actualmente, la clonación puede producirse por tres vías:¹²⁸ 1) por gemelación artificial, mediante separación de blastómeros en embriones preimplantatorios de 2 a 32 células; 2) por transferencia de núcleos de células embrionarias o fetales a un óvulo previamente enucleado (proceso denominado paraclonación), lo que da como resultado un individuo casi idéntico al resultante del embrión do-

¹²⁶ En concreto, el artículo 12 autoriza las técnicas de DGP utilizadas para la detección de enfermedades graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal, así como para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. La aplicación de estas técnicas con cualquier otra finalidad, o las que se realicen en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones con fines terapéuticos para terceros (cuyo caso más frecuente es la búsqueda de un hermano compatible para donación), requieren la autorización expresa en cada caso de la autoridad sanitaria, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

¹²⁷ Según el diccionario de la Real Academia, clonación es “acción y efecto de clonar”, clonar es “producir clones”, y clon (derivado del griego retoño) es “conjunto de células u organismos genéticamente idénticos, originado por reproducción asexual a partir de una única célula u organismo o por división artificial de estados embrionarios iniciales”.

¹²⁸ Seguimos en este punto a E. Iáñez Pareja, “Clonación: aspectos científicos”, en http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/Clonacion.html#_ftn2

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nante, pero diferente a los progenitores de éste; y 3) por transferencia de núcleos de células de individuos adultos a un óvulo previamente enucleado, que es la clonación en sentido estricto.

La aplicación de la técnica de la clonación a los humanos plantea no pocas cuestiones científicas, éticas y jurídicas.¹²⁹ Para responder a las mismas conviene tener en cuenta otra distinción fundamental, en función de que el óvulo con el núcleo de célula adulta sea implantado en una hembra y desarrollado hasta su nacimiento (se trataría de la clonación reproductiva), de aquéllos otros en los que el preembrío así creado no se desarrolla para nacer, sino que se utiliza para otros fines (clonación no reproductiva).

- 1) Por lo que se refiere a la clonación reproductiva, son muchas las incertidumbres y cuestiones que aún están por resolver: a) incertidumbres científicas sobre los riesgos que la misma puede conllevar (¿son los clones más susceptibles de desarrollar enfermedades? ¿hay mayor posibilidad de envejecimiento prematuro?); b) dificultades para establecer la relación jurídica entre el clon y la persona clonada (¿es su hijo? ¿un hermano gemelo...mucho más pequeño?) y c) en definitiva, los problemas que plantea desde la perspectiva de la dignidad humana (posible instrumentalización de la persona, ausencia de padres en sentido propio, o al menos de un progenitor, falta de identidad propia...). Seguramente por ello algunos textos internacionales se han apresurado a prohibirla,¹³⁰ y la legislación española se hace eco de esa prohibición.¹³¹ Quizá queda por saber si la prohibición responde a un consenso quasi universal e inalterable, o tal vez es una medida de cautela que abre un “compás de espera” hasta que nuevos avances o descubrimientos permitan ir resolvien-

¹²⁹ Existen al respecto algunos trabajos de interés. Por ejemplo, W. Frühwald *et al.*, “La clonación humana: fundamentos biológicos y valoración ético-jurídica”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 9, 1998; I. Garrote Fernández-Díez, “El resurgir del golem: la clonación de preembriones humanos con fines terapéuticos y el concepto de persona. Aspectos éticos, constitucionales y jurídico-privados”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 15, 2001.

¹³⁰ Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 3.2. Otros textos parecen incluso ir más allá, como el Protocolo Adicional de París al Convenio de Oviedo, o la Declaración de la ONU sobre clonación. A ellos nos referiremos un poco más adelante.

¹³¹ Artículo 1.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

do algunas de las cuestiones aún abiertas. A nuestro juicio, y aun reconociendo que el carácter evolutivo de la interpretación de los valores constitucionales permite casi siempre que el entendimiento de los mismos cambie y se adapte a las nuevas circunstancias, parece que la clonación reproductiva es una práctica que choca frontalmente con la dignidad humana, al permitir la creación artificial de seres idénticos a otros, instrumentalizando al ser humano y alterando los criterios propios de la reproducción humana.

- 2) En cuanto a la clonación no reproductiva, la respuesta puede ser más matizada. Para empezar, dado que el preembrión es creado mediante la fusión de un óvulo y una célula somática adulta, cabría plantearse si propiamente estamos ante un preembrión. Desde luego no se puede hablar propiamente de fecundación,¹³² sin embargo ello no impide que el ser formado pueda ser un preembrión; el hecho cierto de que el mismo puede desarrollarse y convertirse en persona nos hace suponer que, en efecto, en esta fase previa estamos ante un preembrión. Ahora bien, partiendo de que su creación no ha obedecido a fines reproductivos, convendría distinguir –paralelamente a lo realizado respecto a las manipulaciones genéticas— si dicha finalidad es terapéutica, eugenésica o de investigación.¹³³ Aquí pueden trasladarse, en parte, las consideraciones realizadas sobre las manipulaciones genéticas. Ahora bien, aunque teóricamente las tres finalidades podrían darse, teniendo en cuenta la propia naturaleza de esta delicada técnica, y sus posibles sentidos, parece que son la clonación terapéutica y la realizada con fines de investigación los supuestos que hay que contemplar en la práctica.

¹³² Según el *Diccionario de la Real Academia*, 22a. ed., 2001, fecundación es “acción y efecto de fecundar”. Y fecundar es “unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser”, así que esta acción parece requerir, en el ámbito humano, de dos gametos, esto es, un óvulo y un espermatozoide.

¹³³ Incluso cabría distinguir, dentro de esta investigación, aquélla realizada con fines o posibles resultados terapéuticos más o menos inmediatos, aunque genéricos (en otro caso estaríamos en la finalidad propiamente terapéutica), de la experimentación pura. Aquí se considera en principio, salvo que se indique otra cosa, el primer caso.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En particular, el supuesto que más dudas plantea (en el sentido de que más admisible puede parecer) es el de la clonación terapéutica. Por ello convendría plantearse la respuesta jurídico-constitucional a la misma. Al respecto, parece que esta técnica supera algunas de las objeciones que plantea la clonación reproductiva. En efecto, el carácter totipotente de las células preembrionarias permite que su desarrollo pueda “orientarse” no hacia el nacimiento de una persona, sino hacia la obtención de cualquiera de las cárulas que confirman los diversos tejidos y órganos del ser humano, y en definitiva a la creación del órgano o tejido que interese. De ahí que la utilización terapéutica de la clonación puede aportar nuevas posibilidades en el tratamiento y curación de las más diversas enfermedades, así como en los trasplantes de órganos, entre tantas otras aplicaciones. Por idénticas razones, la clonación no reproductiva con fines de investigación puede implicar aportaciones importantes en la búsqueda de nuevas terapias o instrumentos para luchar contra la enfermedad, y como instrumento para mejorar las posibilidades y resultados de la propia clonación terapéutica.

En los dos casos estamos, por las razones expuestas, ante una técnica cuya finalidad tiene pleno amparo constitucional; aunque en todo caso debe analizarse teniendo en cuenta también el resto de los valores constitucionales que podrían estar en juego, y que ya conocemos (fundamentalmente la vida y la dignidad). De ahí que, a pesar del asombro y las incertidumbres y dudas que plantea la técnica, su utilización terapéutica sometida a ciertos controles y requisitos, no parece que pueda rechazarse desde el punto de vista constitucional. En cuanto a su uso con fines de investigación, aun cuando acaso deba rodearse de mayores cautelas y limitaciones, tampoco parece que pueda descartarse por completo desde la perspectiva constitucional, siempre que las concretas prácticas de investigación tengan un fin constitucionalmente legítimo —como puede ser la preservación de la salud o la prevención de enfermedades—, y sean también respetuosas con la dignidad humana y los demás valores constitucionales.

En todo caso, y quizá por las dudas que sigue planteando la propia técnica de la clonación, los textos internacionales no resultan tan concluyentes a la hora de pronunciarse sobre la clonación terapéutica, si bien es cierto que algunos de ellos parecen pronunciarse de forma genérica en contra

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

de toda forma de clonación.¹³⁴ Por su parte, la legislación española, que hasta 2007 no había regulado esta técnica ni en un sentido ni en otro, ha introducido en la Ley de investigación biomédica de dicho año el reconocimiento de “la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”, planteando al respecto dos cuestiones del mayor interés: 1) si se trata de una forma de clonación terapéutica; 2) si la misma puede chocar con compromisos internacionales de España o con el propio Código Penal español.

La primera cuestión es compleja y parece difícil dar una respuesta segura. Aparentemente, el legislador quiso mantener una cierta ambigüedad, de forma intencionada, sobre si autoriza o no la clonación terapéutica. Pero nos parece que la definición del art. 33.2 de la Ley se corresponde con esta técnica, en particular cuando se refiere a “la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”.¹³⁵ En cuanto al segundo interrogante, ya hemos visto que el Protocolo adicional al Convenio de Oviedo parece prohibir toda forma de clonación, aunque, como apuntamos, su redacción puede permitir otras interpretaciones. Respecto al Código Penal, el artículo 160.3, tras su reforma en 2003, castiga “la creación de seres humanos

¹³⁴ Así, el artículo 1 del Protocolo Adicional de París al Convenio de Oviedo, que señala que “1. Se prohíbe toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto. 2. A los efectos de este artículo, por ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano se entiende un ser humano que comparta con otro la misma serie de genes nucleares”. Esta redacción parece incluir todo tipo de clonación, si bien la cuestión está en si se crea un “ser humano” mediante la clonación no reproductora, cuando el embrión no se desarrolla más allá de su fase de preembrión.

La Resolución del Parlamento europeo de 7 de septiembre de 2000 parece más concluyente al manifestar que “la «clonación terapéutica», que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea”.

Por su parte, la Declaración de la ONU sobre clonación, de 8 de marzo de 2005, también parece prohibir genéticamente ésta, aunque ofrece algunas dudas al señalar que “Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana”. Este último inciso mantiene una cierta ambigüedad que nos obliga a determinar si la clonación terapéutica resulta contraria a esos valores. A ello nos referimos en el texto.

¹³⁵ Sin embargo, aun cuando no se produzca por fecundación, resulta cuestionable la afirmación que parece hacer el mismo artículo, en el sentido de que ello no implique la creación de un preembrión o embrión. En cualquier caso, parece que la clonación terapéutica sí viene permitida en la ley.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.¹³⁶ De nuevo se plantea la duda en la expresión “creación de seres humanos”, dado que la clonación terapéutica no tiene ese propósito, y sobre todo, carece de la finalidad de “selección de la raza” que el delito parece exigir a la práctica castigada (“otros procedimientos” parece implicar que la clonación que se castiga tiene esa misma finalidad). No hay que olvidar, además, que las normas penales deben interpretarse de modo restrictivo.

6. CONCLUSIONES

1. Los más recientes avances en el ámbito de la genética, que en muchos casos tienen por objeto la vida humana en su fase inicial de desarrollo, han de analizarse desde la perspectiva de los valores constitucionales, de cara a determinar si la norma fundamental ofrece una respuesta a los mismos, o bien de la misma se deriva una “indiferencia” que permitiría cualquier tipo de práctica sobre el preembrión humano.
2. Son dos fundamentalmente los valores que tienen incidencia: la vida y la dignidad humana. Ambos aparecen, de forma explícita o implícita, en la mayor parte de las constituciones y en los textos internacionales de derechos.
3. De acuerdo con la concepción que parece hoy dominante, y en cierto modo acogida por el legislador y el Tribunal Constitucional español, el valor “vida humana” implica una protección jurídico-constitucional de ésta que se intensifica de forma gradual desde su origen hasta el nacimiento. La “tesis gradualista” sobre la protección de la vida no está exenta de dudas y problemas, dado que podría chocar con el igual valor de la vida en todo momento, pero puede aceptarse si se entiende como fruto o resultado de la ponde-

¹³⁶ Por su parte, el apartado 2 del mismo precepto sanciona con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial de seis a diez años a quien fecundare óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana, pero ya se ha señalado que la clonación no supone técnicamente fecundación.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ración con otros valores o derechos, de tal manera que en las fases iniciales de la vida, la eventual ausencia de individualidad, la menor viabilidad, y el mayor peso de otros derechos y valores, puede hacer que la protección definitivamente dispensada a la vida sea menos intensa.

4. Por su parte, la dignidad humana desempeña un papel de gran importancia a la hora de determinar la respuesta jurídico-constitucional a las prácticas sobre el preembrión. Para ello es preciso determinar cuál es el sentido último de este valor, que a nuestro juicio radica en la protección de lo específicamente humano, es decir, de aquellas cualidades que hacen del ser humano algo valioso y diferente cualitativamente a cualquier otro ser vivo. En este sentido la dignidad como valor afecta no solo a cada individuo de la especie humana, sino a la Humanidad en su conjunto. Por lo demás, el carácter intangible de la dignidad no supone que la misma esté exenta en todas sus manifestaciones de ponderación con otros bienes, derechos y valores, sino que solamente existiría un “núcleo duro” cuya vulneración es incompatible con la idea de dignidad, y por tanto en ningún caso podría ceder. Este núcleo implicaría la imposibilidad de dar a un ser humano un trato frontalmente contrario al que merece por tal condición.
5. Con las ideas anteriores, cabe intentar la construcción de un status jurídico-constitucional del preembrión humano. Al mismo le alcanzaría la protección del valor vida humana, si bien en su mínimo nivel de intensidad, y la del valor dignidad de la persona. Pero ambos estarían sujetos a ponderación con otros bienes, derechos y valores aplicables, y en particular con el derecho a la reproducción. De esta manera, en nuestra opinión procede situarse en una posición intermedia entre quienes defienden la absoluta irrelevancia constitucional de las prácticas que tienen por objeto al preembrión, y quienes sostienen que la protección dispensada por la vida o la dignidad sería absoluta, haciendo por tanto “intocable” al preembrión. En principio, solo cabría descartar de plano aquellas prácticas que repugnen al núcleo de la idea de la dignidad, debiendo en los demás casos llevarse a cabo una ponderación, que corresponde en primer lugar al legislador, si bien en último término la jurisdic-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ción constitucional debe velar porque la misma no ignore ninguno de los valores en juego.

6. Con los mencionados parámetros, cabe valorar de forma individualizada las distintas prácticas que pueden llevarse a cabo sobre preembriones, como las manipulaciones genéticas, algunas técnicas de reproducción asistida como la FIV, el diagnóstico genético preimplantatorio o la clonación. En las páginas anteriores hemos intentado extraer algunas conclusiones sobre la valoración constitucional de cada una de ellas.

CAPÍTULO III

CONSTITUCIÓN Y FENÓMENO RELIGIOSO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MODELO ESPAÑOL EN EL CONTEXTO EUROPEO (2012)

1. PLANTEAMIENTO

El propósito del presente trabajo no podría ser el desarrollo de un análisis exhaustivo de la regulación del fenómeno religioso en los distintos países europeos, o más en particular en España, pues un objeto así delimitado resultaría inabarcable por su amplitud para una obra de las características y extensión de la presente. Y, por lo demás, existe abundante bibliografía en el derecho eclesiástico —e incluso en el derecho constitucional— sobre esta materia.

La perspectiva de este estudio es en parte diferente, pues no se busca ese comentario completo y detallado, ni en lo relativo a los sistemas elegidos ni en cuanto a la regulación de cada uno de ellos; sino más una visión general y dinámica, que partiendo de algunos de los modelos más conocidos, permita realizar una modesta aportación en la respuesta a los siguientes retos y objetivos:

- 1) Revisar la clasificación tradicional de los modelos de relaciones entre Estado y confesiones religiosas, partiendo de una perspectiva dinámica, que tenga en cuenta las tendencias actuales de los sistemas más representativos.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- 2) Determinar, si es posible, los principios y características generales relativas al tratamiento de la libertad religiosa y del fenómeno religioso, que se derivan de los parámetros del actual constitucionalismo social y democrático.
- 3) Apuntar brevemente, en el marco del contexto comparado, cuáles son las características esenciales del tratamiento del fenómeno religioso en el sistema constitucional español, lo que implica, por un lado, definir los perfiles generales del modelo español –siempre desde la perspectiva constitucional-; y, por otro, precisar cuál es el marco que el legislador debe respetar en cualquier regulación jurídica del mismo.

A estos objetivos se dedicarán las siguientes páginas, reiterando la imposibilidad de llevar a cabo un examen exhaustivo de los temas apuntados.

2. LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LOS MODELOS DE RELACIONES ENTRE ESTADO Y CONFESIONES RELIGIOSAS

Una aproximación actual al tema de las relaciones entre el poder político y las confesiones religiosas desde la perspectiva constitucional puede limitarse a los sistemas que reconocen la libertad religiosa, pues esta es hoy un principio irrenunciable en el constitucionalismo, reconocida como derecho fundamental en todos los sistemas occidentales. En efecto, tras las luchas religiosas y la intolerancia que caracterizan la Edad Moderna, la libertad religiosa (y más en general la de pensamiento) se verán reconocidas como derechos humanos a raíz a la independencia de las Colonias Norteamericanas y de la Revolución francesa: Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) y Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Desde entonces, el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa (específicamente o como parte del derecho a la libertad de pensamiento o de conciencia) es común a la mayor parte de los sistemas constitucionales occidentales. Hoy, además, la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa se recogen también en la mayoría de los textos internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo, Declaración Univer-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

sal de Derechos Humanos, art. 18; Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, art. 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18).

La libertad religiosa conlleva, además de su vertiente interna, una vertiente externa,¹³⁷ que permite a las personas, además de profesar la religión que prefieran, o ninguna, y cambiar de religión, vivir de conformidad a sus creencias religiosas y practicar los ritos y ceremonias de su religión, así como agruparse con otras de sus mismas creencias. Una consecuencia necesaria de la libertad religiosa es, por tanto, el pluralismo de confesiones religiosas en una sociedad determinada. Si se respeta el contenido esencial de esa libertad, ninguna confesión puede estar excluida o prohibida, todas pueden llevar a cabo su actividad dentro de los límites justificados previstos en el ordenamiento, y el Estado ha de mantener una posición de neutralidad ante ellas. Estas han de ser, por tanto, características presentes en cualquier sistema constitucional de regulación del fenómeno religioso. Y, en efecto, cabe señalar que en el ámbito occidental¹³⁸ la mayor parte de los ordenamientos actuales parten de esas características comunes: libertad religiosa, neutralidad del Estado ante las confesiones religiosas.

Sin embargo, dentro del respeto a esos principios que pueden considerarse irrenunciables, caben todavía diversos sistemas, según el tipo o intensidad de la relación entre el poder público y las confesiones religiosas, o más en general según la actitud del poder público hacia el fenómeno religioso. Por otro lado, algunos sistemas, respetando los dos principios antes mencionados, mantienen todavía la proclamación, con carácter más simbólico que efectivo (si tuviera significado material, sería incompatible con la neutralidad del estado), de una religión oficial o especialmente vinculada al Estado. Estas circunstancias dan lugar a distintos sistemas de re-

¹³⁷ He desarrollado más ampliamente el tema en mi trabajo F. Javier Díaz Revorio, *La libertad de ideología y religión*, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 1, 1997.

¹³⁸ Dejamos a un lado en este trabajo otros sistemas como los musulmanes, que a su vez presentan diversas características, pero que incluso cuando se reconoce la libertad religiosa, suelen tener en común la falta de neutralidad del poder público ante las distintas confesiones religiosas. Véase sobre este tema, por ejemplo, el magnífico trabajo de Santiago Catalá Rubio, *El derecho de libertad religiosa en el Gran Magreb*. Granada, Comares, 2010.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

laciones entre Estado y confesiones religiosas. Aunque la terminología varía, la clasificación más habitual es la siguiente:¹³⁹

- 1) Modelos de laicidad pura o estricta, a veces denominados también de “laicismo” para distinguirlos del siguiente grupo.¹⁴⁰ Se caracterizan por la separación total entre confesiones y Estado, con total neutralidad del Estado que no se implica ni interviene en materia religiosa, mostrando incluso indiferencia ante el hecho religioso. Suele señalarse el modelo francés como ejemplo paradigmático de este grupo, aunque también podría apuntarse el modelo español de la segunda República o, ya fuera del ámbito europeo, el modelo mexicano tras la revolución de 1917. Se trata, en general, de países de tradición católica y en los que la Iglesia ha tenido un gran peso en la vida social y política que, tras una revolución o el inicio de un nuevo régimen o etapa política, tratan de eliminar radicalmente esa influencia con un sistema de separación tajante entre el poder público y el fenómeno religioso.
- 2) Modelos de laicidad activa, positiva o cooperativa, habitualmente denominados también de “no confesionalidad”, lo que evita confusiones terminológicas con el grupo anterior. Comparten, desde luego, los principios de libertad religiosa y de neutralidad del Estado, en este caso el Estado mantiene una actitud de cooperación con las confesiones religiosas, lo que supone normalmente un estatuto es-

¹³⁹ Con diversas variantes terminológicas, o en ocasiones simplificando la clasificación para distinguir solamente entre laicismo y laicidad, laicismo y no confesionalidad, o laicidad estricta (laicismo) y laicidad positiva o inclusiva, la clasificación que vamos a exponer es ampliamente admitida y utilizada en la doctrina. A título de muestra, puede verse José María Porras Nadales, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*. Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 115 ss.; Víctor Eduardo Orozco Solano, *Laicidad y libertad de religión*. San José de Costa Rica, Isolma, 2011, pp. 147 ss.; Ana María Valero Heredia, *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*. Madrid, Ministerio de Justicia, 2008, pp. 126 ss.

¹⁴⁰ Las diferencias entre laicidad y laicismo han sido destacadas por la doctrina, si bien no siempre se da a ambos términos el mismo sentido. Véase, por ejemplo, Dionisio Llamazares Fernández, “Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI”, en VV.AA., *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 16-17; Andrés Ollero, *España: ¿un Estado laico?* Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2005, pp. 49 ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

pecial para las mismas. Esa actitud es una forma de favorecer el ejercicio de la libertad religiosa, y conlleva una valoración positiva del hecho religioso. Habitualmente se señala en este grupo el modelo alemán, cuya regulación de la cuestión tiene origen en los artículos 136 y ss. de la Constitución de Weimar, aún hoy vigentes. La Constitución italiana acoge también un modelo cooperativo, si bien con una posición un tanto especial para la Iglesia católica. Y, como veremos, también sería el modelo de la Constitución española de 1978.

- 3) Modelos de confesionalidad formal del Estado, pero asociada a la libertad religiosa y de culto. En los sistemas occidentales, las exigencias de la propia libertad religiosa implican la neutralidad del Estado ante las confesiones religiosas, razón por la cual esa confesionalidad, predicable de la religión tradicionalmente más seguida en el Estado, solo puede ser formal o simbólica. Sin embargo, es difícil evitar las tensiones entre la neutralidad y esa confesionalidad formal, pues esta suele implicar algún tratamiento más favorable de la religión “oficial”. Es el modelo propio de algunos Estados protestantes.

Siendo la que acabamos de describir –y con pequeñas diferencias terminológicas— la clasificación más habitual de los sistemas de relaciones entre Estado y confesiones religiosas, conviene hacer alguna precisión. Como en toda clasificación, cada uno de sus grupos no son compartimentos estancos, de tal manera que algunos sistemas pueden tener características de uno u otro modelo, o estar en una posición más o menos intermedia. Pero, sobre todo, como suele suceder con cualquier intento de clasificación, tienden a mostrar un carácter estático, de tal manera que consideran las características de un sistema u ordenamiento determinado en un momento dado, pero no la evolución que pueda tener. Esta evolución de las características de un sistema puede producirse, aparte de por una reforma constitucional que incorpore, modifique o elimine determinados principios en la materia, por cambios en el desarrollo legislativo o normativo de los mismos, por modificación en los acuerdos (en su caso) con las distintas confesiones religiosas, o incluso por las tendencias que

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

vaya siguiendo la misma práctica de las relaciones entre el Estado y las confesiones.

En este sentido, por ejemplo, algunos sistemas que suelen encuadrarse en el primer modelo “laicista” han ido evolucionando en las últimas décadas hacia relaciones de colaboración con las confesiones que antes no existían, sin que tenga quizá demasiado sentido plantearse a partir de qué punto esa colaboración hace cambiar a un sistema de modelo.

Lo que interesa destacar es, por un lado, que es necesario un enfoque dinámico para entender un sistema determinado, y por tanto ha de considerarse siempre su evolución desde sus parámetros más o menos “originares” hasta la situación actual y las tendencias de futuro que pueden apuntarse; y, por otro lado, que si bien la Constitución, como norma fundamental, contiene habitualmente los principios que permiten enmarcar a un sistema jurídico determinado en uno u otro modelo, y que constituyen en todo caso límites infranqueables para el legislador, los poderes públicos y los ciudadanos, un sistema concreto no puede analizarse sin considerar el desarrollo legislativo y jurisprudencial y, sobre todo, la práctica concreta de las relaciones entre Estado y confesiones religiosas. La colaboración, por ejemplo, puede no venir impuesta por la Constitución, pero sí permitida, y finalmente se puede llevar a cabo en la práctica.

Pero todo ello demanda un análisis más dinámico y específico que, si bien de forma breve, vamos a intentar llevar a cabo respecto a los sistemas más destacados de la Unión Europea, buscando no solo las características o tendencias propias de cada uno de ellos, sino la posibilidad de encontrar tendencias o pautas más o menos generales en el constitucionalismo europeo actual.

3. UN BREVE ANÁLISIS DINÁMICO DE LOS SISTEMAS MÁS REPRESENTATIVOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Antes de entrar en el examen específico de algunos de los ordenamientos europeos, conviene mencionar que actualmente la normativa de la Unión Europea contiene algún criterio de relevancia sobre las relaciones entre

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

poder público y confesiones religiosas.¹⁴¹ Desde luego, se parte del incuestionable reconocimiento de la libertad religiosa, que como antes se ha apuntado está reconocido en la mayoría de los textos internacionales de derechos, y hoy está incorporado también a la Carta de los derechos de la Unión Europea, adoptada en el año 2000 e incorporada con rango de tratado originario en 2007, cuyo artículo 10 reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, señalando alguna de sus manifestaciones esenciales, e incluso, en su apartado 2, reconoce “el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las Leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Pero interesa además destacar que el artículo 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tras su redacción por el Tratado de Lisboa, contiene importantes principios sobre la relación entre los Estados y las confesiones religiosas, respetando por un lado el estatus que cada Estado dé a estas, pero imponiendo, por otro, un “diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”.¹⁴² De este modo, las relaciones entre Estado y confesiones religiosas han de existir en todo caso, con lo que queda excluida la total indiferencia o una separación tan radical que no contemple ningún tipo de relación; y además esa relación ha de basarse en el diálogo con las características que señala dicho artículo, y que también se predicen del diálogo que se impone con las asociaciones representativas y la sociedad civil (art. 11).

¹⁴¹ En general, sobre el fenómeno religioso en la Unión Europea, pueden verse los trabajos contenidos en la obra colectiva editada por Adoración Castro Jover, *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea*. Universidad del País Vasco, 1999; David García-Pardo, *La protección internacional de la libertad religiosa*. Madrid, Universidad Complutense, 2000 (las páginas dedicadas a la Unión Europea son las pp. 121 ss.); también es de interés la consulta del *Boletín de Documentación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, núms. 28-29, enero-agosto 2007, *Dossier: Relaciones Iglesia-Estado*, pp. 4 ss., aunque hay que tener en cuenta que el Tratado de Lisboa supone una actualización de los preceptos aplicables.

¹⁴² El texto completo del citado precepto (que tiene como antecedente la Declaración No. 11 Anexo al Acta Final del Tratado de Ámsterdam) es el siguiente: “1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas.

2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales.

3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Siendo imposible llevar a cabo aquí un análisis de todos los Estados de la Unión Europea, hemos elegido cuatro de ellos que nos parecen particularmente representativos porque, por un lado, se trata indudablemente de algunos de los Estados más importantes en población y peso político en la Unión; y, por otro, en lo que aquí interesa, son los principales modelos de las distintas categorías antes mencionadas como parte de la clasificación de los sistemas de relaciones entre Estado y confesiones religiosas: Francia, Alemania, Italia y el Reino Unido.¹⁴³ Aunque sea de forma breve, vamos a llevar a cabo un análisis de las pautas principales de cada uno de ellos y de la evolución de las mismas.

3.1. Francia¹⁴⁴

Como ya se ha apuntado, Francia ha sido tradicionalmente considerado como el modelo más laicista de Europa occidental, caracterizado por la radical separación entre poder público y confesiones religiosas, e incluso por el apartamiento de las manifestaciones religiosas de los lugares públicos.

En efecto, y si bien la separación entre Estado y religión tiene su origen en la Revolución francesa, las características del modelo laicista surgen más bien a partir de la ley de 9 de diciembre de 1905, la cual reconoce la libertad religiosa, rechaza la aplicación del régimen de derecho público a las confesiones, suprime las manifestaciones religiosas en lugares públicos, si bien se mantienen las huellas históricas de origen religioso como el ca-

¹⁴³ Entre los muy diversos estudios del Derecho Comparado de las relaciones entre Estado y confesiones religiosas, podemos mencionar los siguientes: en primer lugar, el amplio y ya citado *Boletín de Documentación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, núms. 28-29, enero-agosto 2007, *Dossier: Relaciones Iglesia-Estado*, pp. 20 ss. (Alemania), 297 ss. (Francia), 373 ss. (Italia), 443 ss. (Reino Unido). Con una muy mayor amplitud en cuanto a los Estados analizados, Ana María Vega Gutiérrez, *Religión y libertades fundamentales en los países de Naciones Unidas: textos constitucionales*, Granada, Comares, 2003; Ana María Valero Heredia, *Libertad de conciencia...*, *op. cit.*, pp. 133 ss., quien realiza un muy interesante estudio comparado entre los sistemas italiano, francés, norteamericano y alemán; Víctor Eduardo Orozco Solano, *Laicidad y libertad de religión*, *op. cit.*, pp. 111 ss.; Santiago Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, realiza un amplio examen comparado en el ámbito específico de la simbología religiosa.

¹⁴⁴ Además de las obras ya citadas, cabe añadir sobre el sistema francés, en comparación con el español, María Teresa Areces Piñol, *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*, Universitat de Lleida, 2003, pp. 159 ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

lendario. Este laicismo caracterizado por la separación radical mantiene una estricta neutralidad del poder público, persiguiendo la eliminación de toda manifestación religiosa en la vida pública. Posteriormente, en la Constitución de 1946, Francia se define como una “República indivisible, laica, democrática y social”, siendo una de los primeros textos constitucionales occidentales que incorporan el calificativo de laico a la definición de la República.

La Constitución de 1958 mantiene en esencia esos principios, pero la evolución de las décadas posteriores, y sobre todo a partir de 1980, ha implicado en la práctica una aproximación al principio de neutralidad positiva, así como la existencia de relaciones de colaboración no previstas en la Constitución: hay contratos con escuelas privadas (muchas de ellas religiosas), exoneración fiscal a donaciones a asociaciones culturales y religiosas, el Estado es propietario y mantiene las iglesias católicas anteriores a 1905, hay colaboración privada en el ámbito de la sanidad.

Se mantiene, en cambio, el criterio estricto en lo relativo a la ausencia de todo símbolo religioso en la vida pública. Recientemente, y teniendo en cuenta la creciente presencia de personas de religión islámica, se han generado fuertes polémicas e intensos debates sobre ciertas manifestaciones religiosas propias de esta creencia religiosa, como la exhibición del velo por algunas mujeres en lugares públicos.

En suma, al igual que sucede con otros sistemas que forman parte del modelo laicista, Francia ha evolucionado durante décadas desde la separación radical a la colaboración con las confesiones religiosas en ciertos aspectos, de manera que el poder público tiende a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa. Sin embargo, se mantiene de forma más o menos radical la política relativa a los símbolos religiosos, lo que genera algunas tensiones.

3.2. Italia¹⁴⁵

La historia de Italia está estrechamente unida al fenómeno religioso, y en especial a la presencia y al poder de la Iglesia católica. Como es sabido, el

¹⁴⁵ Sobre el sistema italiano, puede verse el ya citado *Boletín de Documentación...*, *op. cit.*, pp. 373 ss., que incorpora un breve resumen tomado de la *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993. La misma obra recoge amplia bibliografía.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Estado italiano se forma en el siglo XIX por la unión de diversos territorios, siendo los últimos en incorporarse al mismo los Estados pontificios (1870). El Papa se considera entonces secuestrado en un Estado extranjero, y el conflicto no se resuelve hasta 1929, a través de los Pactos de Letrán, suscritos entre Pío XI y Mussolini, en los que la Iglesia reconoce el Estado italiano, y este el pequeño Estado de la Ciudad del Vaticano, bajo jurisdicción papal. En ese momento se inicia una etapa de colaboración del Estado italiano con la Iglesia católica, que con el tiempo se irá extendiendo a las demás confesiones.

Ya tras la segunda guerra mundial, la Constitución de 1948 establece la separación entre Estado e Iglesia católica, disponiendo que ambos son independientes y soberanos, pero manteniendo el modelo de colaboración derivado de los Pactos de Letrán. En 1984 se aprueba un nuevo Concordato (los *Acuerdos de Villa Madama*), que suprime la consideración del catolicismo como religión del Estado, instaurando un sistema de negociación permanente entre Estado e Iglesia católica. En 1989, la Corte Constitucional establece que Italia es un Estado laico,¹⁴⁶ acentuándose la separación del Estado y las confesiones, aunque sin salir nunca del modelo de colaboración.

En lo relativo a símbolos religiosos, permanece la presencia de algunos símbolos cristianos (crucifijos) en algunos lugares públicos como escuelas. Como es sobradamente conocido, esta situación ha dado lugar a alguna polémica y ha generado una importante decisión del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la que la Gran Sala rectifica la sentencia de la Sala, estableciendo la legitimidad de esos símbolos al considerarlos parte de una tradición que va más allá de su significado religioso.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Sentencia 203/1989, de 12 de abril. Un breve comentario a la misma en Ana María Valero Heredia, *Libertad de conciencia..., op. cit.*, pp. 134-135.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011, caso *Lautsi y otros contra Italia*. La bibliografía sobre esta decisión, y la que le precedió en 2009 (sentencia de 3 de noviembre de 2009), de signo contrario, es ya muy amplia y una aproximación a la misma excede de los objetivos del presente trabajo. Con carácter general, sobre los principios generales de la jurisprudencia del TEDH aplicables, y otros aspectos de la regulación de los símbolos religiosos, Malcolm D. Evans, *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en lugares públicos*, Pamplona, Laocoonte, 2010, en particular pp. 37 ss. (aunque debe tenerse en cuenta que es un trabajo anterior a la sentencia a la que nos hemos referido); también es de interés, y dedica numerosas páginas a la primera de las sentencias en el asunto *Lautsi*, el trabajo dirigido por Miguel Revenga

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

En suma, el sistema italiano, que tras las iniciales tensiones con la Iglesia se ha caracterizado desde 1929 por la cooperación entre Estado e Iglesia católica, ha ido evolucionando hacia la colaboración con otras confesiones religiosas, así como hacia una separación cada vez más clara con la Iglesia católica, sin llegar a caer en el laicismo.

3.3. Alemania

A diferencia de Italia, históricamente Alemania no se ha caracterizado por un predominio de la Iglesia católica o del catolicismo como religión, sino más bien por la implantación de creencias católicas y protestantes, que si históricamente pudieron generar diversas tensiones entre ellas, finalmente han dado lugar a una sociedad caracterizada por el pluralismo religioso y la importante presencia de diversas confesiones, en especial las cristianas.

Alemania suele incluirse entre los modelos de colaboración entre Estado y las confesiones religiosas. La regulación de la cuestión procede de determinados artículos de la Constitución de Weimar de 1919, que han sido declarados vigentes por la Ley Fundamental de Bonn de 1949. De ellos se deriva un régimen de colaboración activa, que también ha sido calificado como de “neutralidad abierta”,¹⁴⁸ y cuya principal manifestación son los concordatos que se celebran con las distintas confesiones religiosas, y que establecen los detalles de la colaboración de las mismas con el Estado.

Es importante destacar que, en Alemania, las confesiones religiosas son consideradas corporaciones de Derecho Público, y se financian mediante un tipo de impuestos, que obviamente solo son obligatorios para sus fieles. Por otro lado, también se contempla la enseñanza de la religión como asignatura en el sistema educativo.

En suma, estamos ante un sistema caracterizado por la colaboración en todas sus vertientes, en el marco de un amplio pluralismo religioso en el que no es fácil encontrar una religión dominante.

Sánchez, Gerardo Ruiz-Rico y Juan José Ruiz Ruiz, *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, en especial pp. 167 ss.

¹⁴⁸ Véase Ana María Valero Heredia, *Libertad de conciencia...*, op. cit., pp. 156 ss.

3.4. Reino Unido¹⁴⁹

Para entender el tema que venimos tratando en el Reino Unido es particularmente importante llevar a cabo un análisis dinámico del fenómeno religioso, partiendo del peso de la Historia y de la tradición, pero destacando la enorme capacidad para, manteniendo el respeto a las mismas, evolucionar de forma muy notoria.

Hay que partir de que el Reino Unido se forma por la unión de distintos territorios, cada uno de los cuales tenían su propia confesión religiosa, pero en todos los cuales el catolicismo era minoritario, y hasta en algunos momentos era una religión perseguida o cuyos miembros debían afrontar determinadas restricciones en sus derechos. Existía así, en cada uno de esos territorios, una confesión “establecida” que era la que tenía carácter oficial. De este modo, hubo diversas confesiones “establecidas”.

Hoy, formalmente, quedan dos confesiones “establecidas”: la Iglesia anglicana, en Inglaterra, y la Iglesia presbiteriana en Escocia. Hay también Iglesias “desestablecidas”, porque dejaron de ser establecidas (las de Gales e Irlanda del Norte); y, por último, iglesias libres (Bautista, Episcopal, Iglesia Unida Reformada...).

El carácter “establecido” tiene hoy un significado simbólico y formal, si bien en el caso de la Iglesia anglicana se mantienen algunas consecuencias constitucionales del mismo, como el hecho de que la reina es la cabeza de la misma, o la presencia de sus representantes en la Cámara de los Lores.

Con todo, lo más importante es destacar que ese carácter prácticamente “oficial” de alguna confesión, no obsta para un pleno reconocimiento, de facto y de *iure*, de la libertad religiosa, como fruto de una larga evolución histórica, que ha ido dejando el carácter “establecido” en poco más que una formalidad (salvando las consecuencias antes apuntadas). Incluso la evolución ha conducido a que el carácter establecido sea también compatible con la neutralidad de los poderes públicos ante las distintas confesio-

¹⁴⁹ Además de la bibliografía ya citada sobre distintos modelos comparados, cabe añadir Javier García Oliva, *El Reino Unido: Un estado de naciones, una pluralidad de iglesias*, Granada, Comares, 2004.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

nes religiosas. Por lo demás, se establecen también relaciones de colaboración con las diversas confesiones, y no solamente con las establecidas.

En suma, un sistema que, respetando su historia y su tradición y manteniendo formalmente las consecuencias de la misma, ha evolucionado hasta el pleno reconocimiento de la libertad religiosa, el pluralismo confesional, posibilitando incluso la colaboración con todas las confesiones religiosas.

4. CONSTITUCIÓN Y FENÓMENO RELIGIOSO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

4.1. Marco histórico

Ya hemos apuntado que el sistema constitucional español formaría parte hoy de los modelos de no confesionalidad, con colaboración con las confesiones religiosas. Vamos a continuación a analizar en qué medida ese modelo deriva de la propia Constitución o viene impuesto por esta, así como el margen existente para la evolución hacia otros modelos o bien la profundización en el mismo.

Con todo, conviene comenzar por un apunte histórico. En España, incluso ya en la Edad Contemporánea, ha sido tradicional la declaración de la confesionalidad católica del Estado, unida a la obligación estatal de mantener su culto y ministros; ya el texto de 1812 proclamaba incluso que la religión católica era la única verdadera. Solamente podemos encontrar como Constituciones reconocedoras de la libertad religiosa los textos de 1869 (que sin embargo, solo se refería a la católica a la hora de establecer la obligación estatal de mantener su culto y ministros), el proyecto federal de 1873, y la Constitución de 1931.

Sin embargo, este último texto fundamental se inscribe en el modelo laicista radical, incluso con cierto recelo hacia la Iglesia católica. Ello es consecuencia de las posturas radicales que provocaron en los debates constituyentes una situación de enfrentamiento entre católicos y anticlericalistas. Se ha dicho que el sistema implantado, más que un modelo pro-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

piamente de laicidad, se deslizó hacia un modelo reactivo.¹⁵⁰ De esta forma, y aunque sin citarla expresamente, se disolvía la Compañía de Jesús (el artículo 26 declaraba disueltas las Órdenes religiosas “que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado”); igualmente, se prohibía cualquier tipo de ayuda a las iglesias e instituciones religiosas. En todo caso, fue la legislación postconstituyente la que provocó la auténtica persecución de la religión católica, con un espíritu marcadamente sectario.¹⁵¹

Es importante destacar que nuestra Constitución actual se aparta de este precedente. Nuestro artículo 16 puede encuadrarse claramente en el modelo de no confesionalidad y colaboración, partiendo de una posición de igualdad entre las confesiones religiosas. Respecto al proceso de elaboración de este precepto, pueden señalarse como características del mismo el amplio consenso sobre la aconfesionalidad del Estado y el reconocimiento de la libertad religiosa, unido a discrepancias sobre el modo de valorar el factor religioso, siendo especialmente discutida la mención expresa de la Iglesia católica.¹⁵²

4.2. *Preceptos constitucionales de referencia*

Como ya hemos apuntado, el art. 16 contiene los aspectos esenciales de la regulación constitucional del fenómeno religioso. Pero antes de entrar brevemente en su análisis, hay que mencionar otros preceptos que resultan relevantes para el tema que nos ocupa. En primer lugar, hay que señalar el art. 9.2, según el cual los poderes públicos deben “promover las condiciones” para hacer “reales y efectivas” la libertad y la igualdad “del individuo

¹⁵⁰ Gustavo Suárez Pertíerra, “Laicidad en el constitucionalismo español”, en Dionisio Llamazares Fernández (dir.), *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 121.

¹⁵¹ Daniel Basterra, *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Madrid, Civitas, 1989, p. 281.

¹⁵² J. J. Amorós Azpilicueta, *La libertad religiosa en la Constitución de 1978*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 154 ss. Un análisis de los debates parlamentarios en relación con el art. 16.3, puede verse en Rosa María Satorras Fioretti, *Aconfesionalidad del Estado y cooperación con las confesiones religiosas* (art. 16.3 CE), Barcelona, CEDECS, 2001.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

y de los grupos en que se integra”. Desde luego, ello incluye un deber positivo para hacer posible efectivamente el ejercicio de todas las libertades, e incluye la libertad religiosa del individuo y el ejercicio de la actividad de las confesiones. Aunque, como vamos a ver, la actitud que la Constitución impone al Estado respecto a las libertades del artículo 16 (en concreto, hacia la libertad religiosa) presenta unas características específicas que implican un auténtico deber de cooperación, derivado del art. 16.3.

Por otro lado, y en lo relativo al papel de la religión en la enseñanza, es esencial el artículo 27.3, que dispone: “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. No podemos detenernos en este trabajo en el análisis de las implicaciones y consecuencias de este precepto, que introduce un derecho de los padres de carácter prestacional que incluye la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza religiosa o moral conforme a sus propias convicciones, aunque obviamente el mismo está condicionado a las posibilidades del sistema educativo, y en el ámbito religioso requiere la articulación de fórmulas de cooperación entre el Estado y las confesiones, que en España se han plasmado en los distintos acuerdos a los que luego nos referiremos.¹⁵³

4.3. Los principios constitucionales aplicables a la relación entre Estado y confesiones religiosas y su interpretación

Entrando ya en los principios derivados del artículo 16 CE, podrían sistematizarse los mismos del siguiente modo: a) libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1); b) Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideo-

¹⁵³ Para un amplio examen comparado de este tema, véase Carmen Asiaín Pereira, *Religión en la educación pública. Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Américas, Europa e Israel*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2010. Por mi parte, me he referido a este tema en mi libro *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2002, en especial, en lo relativo a los derechos educativos de los padres, pp. 99 ss.; más recientemente, puede verse mi trabajo “Derechos educativos, libertad de cátedra y autonomía universitaria”, en *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Nos remitimos igualmente a la bibliografía allí citada.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ología, religión o creencias (art. 16.2); c) Principio de no confesionalidad del Estado (art. 16.3); d) Deber de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia católica y las demás confesiones (art. 16.3).

El conjunto de los preceptos mencionados, si bien dejan aún un amplio margen al legislador para desarrollar la libertad religiosa y la cooperación con las confesiones (en este último caso plasmando, a través de diversos instrumentos normativos, los acuerdos previamente alcanzados con las confesiones), ubican claramente a España en el tercero de los modelos antes apuntados, es decir, la no confesionalidad con cooperación, o “laicidad activa” o “positiva”.¹⁵⁴ Obviamente esto implica un deber de neutralidad del Estado ante el fenómeno religioso y las distintas confesiones, pero unido este principio al deber de cooperación, es claro que el diseño constitucional se aparta del laicismo con separación radical. En suma, y como algún autor ha señalado, el artículo 16 pone de manifiesto que la libertad religiosa es una libertad «en» el Estado, y no sólo «frente» al Estado.¹⁵⁵ Ciertamente, al principio de libertad religiosa, que preside la regulación constitucional del Derecho Eclesiástico, deben añadirse como principios secundarios los de laicidad, igualdad religiosa y cooperación.¹⁵⁶ Este últi-

¹⁵⁴ Aunque cabe apuntar que en ningún momento la Constitución define a España como un Estado laico, sino que más bien señala simplemente que ninguna confesión tendrá carácter estatal, como hemos señalado, y parece ratificar el Tribunal Constitucional, ambas expresiones vienen a ser sinnónimas

¹⁵⁵ J. M. Tamarit Sumalla, *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1989, p. 42.

¹⁵⁶ José María Beneyto Pérez, “Artículo 16: libertad ideológica y religiosa”, en Alzaga, O., dir., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid, EDERSA-Cortes Generales, 1997, pp. 315 ss. En sentido parecido, Luis Prieto Sanchís, “Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español”, en Iván C. Ibán, Luis Prieto Sanchís, Agustín Motilla, *Manual de Derecho Eclesiástico*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 21 ss., recoge los principios de libertad religiosa, igualdad religiosa, pluralismo ideológico y religioso, no confesionalidad del Estado, cooperación con las confesiones. Más específicamente sobre la libertad religiosa en el sistema español, y aunque no podemos profundizar más en el tema, además de otras obras ya mencionadas, cabe citar Luis Prieto Sanchís, “El derecho fundamental de libertad religiosa”, en la obra colectiva que acabamos de mencionar; Alberto De la Hera, Agustín Motilla y José Palomino, *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2003; Andrés Corsino Álvarez Cortina y Miguel Rodríguez Blanco, coords., *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio (comentarios a su articulado)*, Granada, Comares, 2006.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

mo principio, junto con el de no confesionalidad, se recoge en el artículo 16.3 de la Constitución.

Conviene detenerse un poco más en el significado de los principios de no confesionalidad (y su consecuencia, el de neutralidad), y el de cooperación. De hecho, ambos principios se encuentran entre sí en una situación de tensión, al menos aparentemente; en realidad, el principio de cooperación supone una limitación al principio de no confesionalidad,¹⁵⁷ de forma que la libertad religiosa no conlleva simplemente indiferencia estatal hacia el hecho religioso, sino una actitud positiva, de favorecimiento y protección de sus manifestaciones.

Todo ello, partiendo de la no confesionalidad, que supone principalmente la separación entre el Estado y cualquier confesión religiosa; como ha señalado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), el artículo 16.3 supone que “las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica”.¹⁵⁸ Este precepto impide además que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos, al tiempo que veda cualquier confusión entre funciones religiosas y estatales.¹⁵⁹ Ahora bien, el principio de no confesionalidad “no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección”.¹⁶⁰ El mismo TC en ocasiones posteriores se ha referido al principio de laicidad, si bien con la calificación de “positiva” que lo hace equivalente al principio de no confesionalidad acompañado de cooperación con las confesiones religiosas.¹⁶¹

¹⁵⁷ Dionisio Llamazares Fernández y Gustavo Suárez Perttierra, “El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico”, en *RFDUC*, núm. 61 (1980), p. 33.

¹⁵⁸ STC 340/1993, de 16 de noviembre.

¹⁵⁹ STC 24/1982, de 13 de mayo.

¹⁶⁰ ATC 180/1986, de 21 de febrero.

¹⁶¹ Quizá la primera sentencia en utilizar esta expresión es la STC 46/2001, de 15 de febrero. En su fundamento jurídico 4 señala: “Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (STC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

También ha de tenerse en cuenta el principio de neutralidad del Estado y de todas las instituciones públicas, consecuencia del pluralismo, la libertad ideológica y religiosa y la aconfesionalidad estatal,¹⁶² que supone en el ámbito religioso un tratamiento nunca discriminatorio o favorecedor de ninguna religión en relación con las demás. En todo caso, no confesionalidad y neutralidad son principios diferentes del laicismo puro, que como vimos supone total indiferencia hacia el fenómeno religioso, consecuencia esta que no se deriva de los principios que ahora comentamos.

El TC se ha pronunciado sobre el art. 16.3, señalando que el principio de neutralidad que contiene no impide a determinadas instituciones públicas (en el caso concreto, las Fuerzas Armadas) la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza, si bien el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza.¹⁶³ También ha señalado que el artículo 16.3 no establece un derecho fundamental,¹⁶⁴ o que entre las obligaciones del Estado en materia religiosa no está la de otorgar prestaciones médicas a los creyentes en los términos exigidos por su religión, y en concreto, no deriva la obligación de reintegrar a un testigo de Jehová los gastos realizados en una clínica privada, como consecuencia de la negativa recibida en el sistema público de realizarle determinada intervención médica-quirúrgica sin utilizar

aconfesionalidad o laicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales» (STC 177/1996)”. Esta terminología es reiterada en otras sentencias posteriores, que parecen confirmar su equiparación con la idea de aconfesionalidad (STC 154/2002, de 18 de julio, que incluso omite el calificativo “positiva”, o STC 101/2004, de 2 de junio), sin embargo la importante STC 38/2007, de 15 de febrero, ya no utiliza la denominación “laicidad” salvo en la cita de la sentencia de 2001. Ello hace preguntarse a Dionisio Llamazares Fernández, “Libertad religiosa...”, *op. cit.*, p. 18, si se trata de un “vaivén”. En realidad, parece que el Tribunal ha introducido en los últimos años la expresión “laicidad positiva” como fórmula sintética que permite aunar los principios de no confesionalidad y cooperación, y por lo tanto es una expresión que nada añade a los principios derivados del art. 16.3, aunque permite en cierta medida sintetizarlos. No obstante, el calificativo es importante porque si no se utiliza puede producirse cierta confusión con los modelos basados en lo que hemos llamado “laicismo estricto o radical” entre los que parece claro que no se incluye nuestro sistema constitucional.

¹⁶² STC 5/1981, de 13 de diciembre.

¹⁶³ STC 177/1996, de 11 de noviembre. En sentido similar, respecto a un policía, STC 101/2004, de 2 de junio.

¹⁶⁴ STC 93/1983, de 8 de noviembre.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

transfusión de sangre.¹⁶⁵ En fin, el deber de cooperación puede conllevar muchas otras manifestaciones; entre otras, el Tribunal Constitucional ha señalado que el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no lesiona la libertad religiosa, ya que existe libertad para rechazar tal prestación, ni la igualdad (incluso antes de los acuerdos con otras confesiones), pues no implicaba exclusión de la asistencia religiosa a quienes profesan otras religiones.¹⁶⁶

4.4. El desarrollo del principio de cooperación en la legislación y en los acuerdos con las confesiones

En desarrollo del citado precepto constitucional, el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980 impone el establecimiento de acuerdos entre el Estado y las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas “que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España”; tales acuerdos habrán de aprobarse por Ley de Cortes.¹⁶⁷ La exigencia de notorio arraigo, si no se entiende de forma desproporcionada, es acorde con el mandato del artículo 16.3 de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española; además, debe tenerse en cuenta la práctica imposibilidad de celebrar acuerdos con las múltiples confesiones religiosas existentes.

Si bien cuando se aprobó la Ley Orgánica de Libertad Religiosa ya se habían celebrado los Acuerdos con la Santa Sede de 1979, que regulan las relaciones con la Iglesia católica —y a los que nos vamos a referir un poco más adelante—, estos pueden enmarcarse en el contexto de lo previsto en dicho artículo, que a su vez es desarrollo del artículo 16.3 de la Constitución. Pero el desarrollo posterior del citado precepto legal se llevó a cabo

¹⁶⁵ STC 166/1996, de 28 de octubre.

¹⁶⁶ STC 24/1982, de 13 de mayo.

¹⁶⁷ Sobre los acuerdos entre Estado y confesiones religiosas, puede verse María Blanco, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación en el Derecho Eclesiástico. Perspectiva actual del Derecho pacticio español*, Granada, Comares, 2008; Paulino César Pardo Prieto, *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008; Carlos Corral Salvador, *Confesiones religiosas y Estado español. Régimen jurídico*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2007; en particular, respecto a los acuerdos con las confesiones minoritarias, David García-Pardo, *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

mediante la aprobación en 1992 de tres leyes, producto de otros tantos acuerdos, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, y la Comisión Islámica de España. Estas tres leyes tienen un contenido muy similar entre ellas: principalmente, protección de los lugares de culto, secreto “profesional” de sus ministros, reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso, asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, centros penitenciarios, hospitales y otros establecimientos; derecho a recibir asistencia religiosa en centros docentes públicos y privados concertados (siempre que, en éste último caso, no esté en contradicción con el “carácter propio” del mismo); exenciones fiscales, descanso laboral semanal y festividades religiosas propias;¹⁶⁸ conservación del patrimonio histórico-artístico y regulación de los productos alimentarios elaborados según la ley religiosa (estos dos últimos aspectos no aparecen en la Ley que recoge el acuerdo con las Entidades Evangélicas).

Con todo, por las particularidades que señalaremos, merecen mención aparte los Acuerdos celebrados con la Santa Sede de 1979. Ya hemos destacado que el artículo 16.3 hace mención expresa de la Iglesia católica como sujeto de las relaciones de cooperación. Sin embargo, dicha mención, criticada en ocasiones por lo que pudiera suponer de privilegio, no tiene mayor relevancia que la de constatar una realidad sociológica dada, sin que quepa, a nuestro entender, ningún tipo de discriminación hacia otras confesiones religiosas que implice una cierta “confesionalidad atenuada”. La neutralidad de los poderes públicos ante las confesiones debe mantenerse en términos estrictos, sin que la mención expresa de la Iglesia católica suponga la más mínima alteración de la misma. Se trata, por tanto, de una mención quizás innecesaria (porque en todo caso debería colaborarse con la Iglesia católica mientras esta religión sea una de las mayoritarias en la sociedad española), pero explicable por los aludidos motivos sociológicos, así como por el deseo de separarse del precedente de la Constitución republicana de 1931. También puede justificarse la mención

¹⁶⁸ Éstas podrán sustituir a las establecidas con carácter general por la legislación laboral si media acuerdo entre las partes, y cuyo respeto para los alumnos pertenecientes a estas confesiones será obligatorio para los centros docentes públicos y privados concertados, así como para las pruebas de acceso a las Administraciones Públicas, que tendrán lugar en fecha alternativa cuando hubieren de celebrarse en dichas fiestas religiosas, salvo causa motivada que lo impida.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

en un intento de proponer a la Iglesia católica como modelo de relaciones de cooperación, a seguir con las demás confesiones.¹⁶⁹ Incluso puede señalarse que, en la hipótesis, hoy por hoy muy poco probable, de que la religión católica dejase de tener la relevancia suficiente para considerarse “creencia religiosa de la sociedad española”, la relación de cooperación podría atenuarse o, dado el caso, desaparecer —siempre que se respetase plenamente la libertad religiosa de toda persona y comunidad—. Por tanto, lo importante a efectos de cooperación son las creencias de la sociedad, siendo la mención a la Iglesia católica —meramente circunstancial— una consecuencia de tales creencias en un momento dado.

En cumplimiento del reiterado deber de cooperación, y un año antes de la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, se firmaron cuatro acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede (sobre asuntos jurídicos, asuntos económicos, enseñanza y asuntos culturales, asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de clérigos y religiosos). Dichos acuerdos tienen un contenido parecido a los que, trece años más tarde, se celebraron con otras confesiones, y a los que ya nos hemos referido; en efecto, estos últimos estaban guiados por la idea de equiparar, en lo posible, el tratamiento dado a estas confesiones con el que se dispensaba anteriormente a la Iglesia católica. Sin embargo, es importante señalar, sin pretensiones de exhaustividad, algunas peculiaridades del tratamiento dado a esta:

- a) En primer lugar, la propia forma de manifestación de los acuerdos: mientras los Acuerdos con la Iglesia católica son tratados internacionales, los acuerdos con las demás confesiones han adoptado la forma de ley. Esta especialidad encuentra su justificación en que la Ciudad del Vaticano es un Estado a efectos del Derecho Internacional.¹⁷⁰

¹⁶⁹ J. J. Amorós Azpilicueta, *La libertad religiosa...*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁷⁰ En todo caso, la plasmación formal de un acuerdo a través de una ley no deja de plantear el problema, al menos desde el punto de vista teórico, del posible conflicto entre el cumplimiento del acuerdo y la soberanía popular. Debe tenerse en cuenta que las mencionadas leyes son consecuencia de otros tantos acuerdos entre las confesiones religiosas y el Ministro de Justicia, autorizado para ello por el Consejo de Ministros; al menos teóricamente sería este el único vinculado por dicho acuerdo, que por tanto podría ser alterado más o menos sustancialmente durante su tramitación parlamentaria, o incluso no llegar a ser aprobado como ley. Con todo, la misma reflexión

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- b) El tratamiento dado a las festividades religiosas es también distinto: mientras los domingos y otras fiestas católicas son reconocidas por el Estado como tales (artículo 3 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, y artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, que incluye el día completo del domingo como régimen general), las festividades propias de otras confesiones no tienen carácter estatal ni general, sino particular para los miembros de tales comunidades, siendo preciso además el acuerdo para su efectividad en el ámbito laboral. Esta diferencia encuentra su explicación en que la elección del domingo como día general de descanso laboral obedece a la tradición, y no tiene un origen causal único religioso.¹⁷¹
- c) En cuanto al matrimonio, si bien en todos los casos se reconocen efectos civiles a su celebración, solo se reconoce la posibilidad de dotar de eficacia civil a las sentencias canónicas sobre nulidad y matrimonio rato y no consumado. En este caso sí parece que estamos ante un trato preferente o privilegiado de la Iglesia católica, que sigue la tradición, pero difícil de justificar. El TC ha fundamentado esta eficacia civil en el propio artículo 16.3 de la Constitución, señalando que la misma no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos¹⁷²; ciertamente, el privilegio se minimiza si tenemos en cuenta que para la eficacia civil de las sentencias canónicas estas deben declararse ajustadas al Derecho del Estado. Sin embargo, el TC no ha analizado este problema desde el punto de vista de la posible discriminación de otras confesiones religiosas.
- d) Respecto a la financiación de las distintas confesiones, solo se reconoce a la Iglesia católica la posibilidad de que parte de la misma provenga de un porcentaje sobre la imposición personal recaudada por

teórica cabría hacer respecto a los tratados internacionales si los mismos requieren previa autorización parlamentaria por incurrir en alguno de los supuestos previstos en el art. 94.1 CE (en el caso que nos atañe, cabe pensar que claramente se da el caso del apartado c), en tanto en cuanto afectan a la libertad religiosa, e incluso podría darse el supuesto previsto en el apartado e).

¹⁷¹ STC 19/1985, de 13 de febrero.

¹⁷² STC 66/1982, de 12 de noviembre.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

el Estado, siempre que el contribuyente lo manifieste expresamente. Se trata también de un tratamiento privilegiado, cuya explicación radica en el *status quo* existente en el momento de la celebración de los acuerdos; en efecto, la necesidad de que el contribuyente señale expresamente su voluntad de contribuir con una parte de sus impuestos al sostenimiento de la Iglesia, supone un notable avance en relación con la situación anterior. En cualquier caso, la Iglesia católica declara en el acuerdo con el Estado español su voluntad de lograr los recursos propios suficientes para atender sus necesidades. De todas formas, y dado que la financiación de las confesiones a través de parte de los impuestos pagados por sus fieles es una fórmula aceptable en un sistema basado en la cooperación, este privilegio podría corregirse permitiendo a los fieles de otras confesiones con las que hay acuerdo destinar idéntico porcentaje de sus impuestos al sostenimiento de su culto.

e) La regulación de los aspectos educativos parte de la posibilidad común de optar por la enseñanza de la religión propia, impartida por los profesores designados por la confesión correspondiente (excepto en el caso de la enseñanza de la religión católica, cuyo profesorado es elegido por la autoridad académica entre los que propone el Ordinario),¹⁷³ en la educación infantil, primaria y secundaria. Sin embargo, muestra también algunas características específicas por lo que se refiere a la religión católica: entre ellas debe destacarse la equiparación de esta materia a las demás disciplinas fundamentales, si bien con carácter optativo. Esta distinción encuentra su causa y justificación en la mayor implantación de la religión católica, que conlleva además un muy superior número de ministros de este cul-

¹⁷³ El Tribunal Constitucional ha declarado que esta forma de elección de los profesores de religión católica no infringe la Constitución, incluso en la actual modalidad de contratación laboral por la Administración, de los profesores propuestos por la jerarquía eclesiástica, que no deriva necesariamente del Acuerdo de 1979: véase STC 38/2007, de 15 de febrero, y en el mismo sentido STC 80/2007, de 19 de abril. Sin embargo, ha otorgado el amparo en aquellos casos en los que ha considerado que el despido de un concreto profesor ha implicado vulneración de su intimidad o libertad religiosa (por ejemplo, en la reciente STC 51/2011, de 14 de abril), habiéndolo denegado en otros casos (STC 128/2007, de 4 de junio).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

to, todo lo que permite la consideración de esta disciplina como asignatura de oferta obligatoria para los centros.¹⁷⁴

5. CONCLUSIONES

1. Tradicionalmente, y dentro del ámbito occidental, los modelos de relaciones entre Estado y confesiones religiosas, se han clasificado en tres grupos: a) modelos laicistas o de laicidad radical; b) modelos no confessionales con colaboración, o de laicidad activa o cooperativa; c) modelos de oficialidad formal con libertad religiosa. Pero estas clasificaciones suelen partir de una consideración estática, que no considera la evolución de los distintos ordenamientos y de su aplicación a las relaciones entre Estado y confesiones religiosas.

¹⁷⁴ El desarrollo de este Acuerdo con la Santa Sede se produce actualmente en la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, cuya Disposición Adicional Segunda dispone: “1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español. A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos. 2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas”.

Sustituyendo al anterior R. Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, que regulaba la enseñanza de la Religión, y en desarrollo de la citada Ley Orgánica de Educación, la regulación de esta materia se ha incorporado a los distintos decretos que establecen las enseñanzas mínimas de los distintos niveles educativos (Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación primaria; Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil; Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria; Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas).

Cabe señalar otras particularidades del tratamiento dado a la religión católica, derivadas del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: la educación que se imparte en los centros públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana (art. 1) [lo cual afecta también a otras Iglesias no católicas]; el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos de los católicos, si bien salvaguardando la libertad religiosa y de expresión (art. 14).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

2. En efecto, si bien es habitual que los principios básicos que regulan el fenómeno religioso y las relaciones entre confesiones y Estado se contengan en la Constitución, lo cierto es que la situación real de un sistema determinado puede evolucionar, por diversas vías. Aparte de la posible modificación de la Constitución, esta evolución puede llevarse a cabo a través del desarrollo legislativo y jurisprudencial de la misma, pero también por la celebración de acuerdos, o por simples cambios fácticos.
3. Por ello es imprescindible una consideración dinámica de los principales sistemas de relaciones entre Estado y confesiones religiosas. Un análisis de este tipo nos permite encontrar las tendencias de los diversos sistemas, así como buscar elementos comunes a todos ellos, y nos obliga a revisar las fronteras entre las clásicas categorías de las habituales clasificaciones.
4. En esta línea, y centrándonos en la Unión Europea, cabe apuntar, por ejemplo que: a) Francia se ha apartado algo de los clásicos parámetros del laicismo, estableciendo vías de colaboración con las confesiones religiosas, aunque mantiene de forma estricta sus principios sobre símbolos religiosos en la vida pública; b) Alemania se mantiene en los parámetros de un modelo de cooperación, con neutralidad del estado pero apoyo a las distintas confesiones religiosas por diversas vías; c) en Italia se ha ido acentuando la separación entre el Estado y la Iglesia católica, al tiempo que se mantiene la colaboración y la misma se extiende a otras confesiones; d) el Reino Unido se mantiene fiel en la forma a un régimen de religión “establecida”, respetando algunas de sus consecuencias como que la reina se sitúa en la cúspide de la Iglesia anglicana, o la presencia de representantes de esta en la Cámara de los Lores; pero ha sabido compatibilizar estos elementos con la libertad religiosa, la neutralidad de los poderes públicos e incluso la colaboración con otras confesiones.
5. En el caso español, la Constitución de 1978 incorpora de forma indudable los principios propios de un régimen no confesional con cooperación, apartándose claramente del modelo laicista con separación radical. Así, derivan necesariamente la Constitución los principios de: a) libertad religiosa; b) no confesionalidad; c) neutralidad.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

lidad del Estado; d) cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones (además de deber de los poderes públicos de hacer efectiva la libertad religiosa); e) enseñanza religiosa y moral de los hijos acorde con las convicciones de los padres.

6. Obviamente, si bien la Constitución impide (salvo reforma de la misma) la implantación de un modelo laicista con separación radical, permite diversas opciones legislativas en su desarrollo, así como mayor o menor intensidad en la cooperación, en función de los acuerdos alcanzados con las distintas confesiones religiosas.
7. En la actualidad, en España solamente existen acuerdos con cuatro confesiones, que regulan de forma más o menos paralela una serie de cuestiones. Con todo, en diversos aspectos que hemos analizado, existe un tratamiento más favorable de la Iglesia católica, que puede encontrar explicación (hace falta ver si en todos los casos, también justificación...) en factores históricos o sociales. En todo caso, probablemente es conveniente intensificar y equiparar el nivel de la cooperación con las demás confesiones que tienen acuerdo con el de la Iglesia católica, o incluso, en función de la evolución de las creencias de la sociedad, establecer nuevos acuerdos.
8. El modelo de cooperación es, en general, más acorde con los principios de un estado social y democrático, que implican una actitud positiva y activa de los poderes públicos en lo relativo al ejercicio de los derechos fundamentales (como lo es la libertad religiosa), así como relaciones de colaboración con distintas entidades y agrupaciones que representan el pluralismo social. En este sentido es significativo que el Tratado de Lisboa imponga el diálogo con las confesiones religiosas, en los mismos términos que con otras asociaciones representativas. En este contexto, y teniendo en cuenta que corresponde a los poderes públicos hacer efectivas las libertades, la neutralidad y el respeto a la libertad religiosa en su vertiente positiva y negativa deben ser estrictas, pero la separación entre Estado y confesiones tiene que hacerse compatible con la colaboración activa y leal entre ambos.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AMORÓS AZPILICUETA, J. J., *La libertad religiosa en la Constitución de 1978*, Madrid, Tecnos, 1984.

ARECES PIÑOL, M. T., *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*, Universitat de Lleida, 2003.

ASIAÍN PEREIRA, C., *Religión en la educación pública. Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Américas, Europa e Israel*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2010.

BENEYTO PÉREZ, J. M, *Artículo 16: libertad ideológica y religiosa*, en Alzaga, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid, EDERSA-Cortes Generales, 1997.

BLANCO, M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación en el Derecho Eclesiástico. Perspectiva actual del Derecho pacticio español*, Granada, Comares, 2008.

CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005.

CASTRO JOVER, A., *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea*, Universidad del País Vasco, 1999.

CATALÁ RUBIO, S., *El derecho de libertad religiosa en el Gran Magreb*, Comares, Granada, 2010.

CORSINO ÁLVAREZ CORTINA, A., y RODRÍGUEZ BLANCO, M. (coords.), *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio (comentarios a su articulado)*, Granada, Comares, 2006.

CORRAL SALVADOR, C., *Confesiones religiosas y Estado español. Régimen jurídico*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2007.

DE LA HERA, A., MOTILLA, A., y PALOMINO, J., *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

DÍAZ REVORIO, F. J., “La libertad de ideología y religión”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 1, 1997.

DÍAZ REVORIO, F. J., *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2002.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

DÍAZ REVORIO, F. J., “Derechos educativos, libertad de cátedra y autonomía universitaria”, en *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

EVANS, M. D., *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en lugares públicos*, Pamplona, Laocoonte, 2010,

GARCÍA OLIVA, J., *El Reino Unido: Un Estado de naciones, una pluralidad de iglesias*, Granada, Comares, 2004.

GARCÍA-PARDO, D., *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

GARCÍA-PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, Madrid, Universidad Complutense, 2000

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. /SUÁREZ PERTIERRA, G., *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico*, en *RFDUC*, núm. 61, 1980.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI”, en VV.AA., *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

OLLERO, A., *España: ¿un Estado laico?*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2005.

OROZCO SOLANO, V. E., *Laicidad y libertad de religión*, San José de Costa Rica, Isolma, 2011.

PARDO PRIETO, P. C., *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008

PORRAS NADALES, J. M., *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

PRIETO SANCHÍS, L., “Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español”, y “El derecho fundamental de libertad religiosa”, en I. C. Ibán, L. Prieto Sanchís, A. Motilla, *Manual de Derecho Eclesiástico*, Madrid, Trotta, 2004.

REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO, G., y RUIZ RUIZ, J. J., *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

SATORRAS FIORETTI, R. M., *Aconfesionalidad del Estado y cooperación con las confesiones religiosas* (art. 16.3 CE), Barcelona, CEDCS, 2001.

SUÁREZ PERTIERRA, G., “Laicidad en el constitucionalismo español”, en D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ (dir.), *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Madrid, Dykinson, 2005

TAMARIT SUMALLA, J.M., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1989.

VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2008.

VV.AA, *Boletín de Documentación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, núms. 28-29, enero-agosto 2007, Dossier: *Relaciones Iglesia-Estado*.

CAPÍTULO IV

LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO: UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y EUROPEA (2007)

A. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 16.1 de la Constitución española garantiza la “libertad ideológica, religiosa y de culto” de los individuos y las comunidades.¹⁷⁵ Se trata de una denominación diferente a la que es frecuente en los textos internacionales: “libertad de pensamiento, de conciencia y religión”. También es usada la expresión “libertad de creencia” en algunos textos constitucionales (así, en el artículo 4 de la Ley Fundamental de Bonn).

Esta abundancia de denominaciones para referirse a realidades íntimamente relacionadas conlleva la necesidad de realizar con carácter preliminar alguna precisión terminológica. En efecto, y aun admitiendo una cierta indistinción entre estos términos, o incluso un uso en ocasiones diferente al que aquí vamos a dar, creemos que es muy frecuente, y adecuado, reservar el término “libertad de pensamiento”, para denominar genéricamente

¹⁷⁵ El tenor literal del precepto dice:

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

al derecho fundamental que ahora tratamos, y que podría definirse como el derecho de toda persona a mantener en libertad sus ideas y convicciones y a manifestarlas externamente mediante la palabra o sus propios actos (Espín, 1994, p. 202). Este derecho fundamental tendría dos manifestaciones diferentes: la religiosa, relativa a las creencias trascendentales en torno a un ser supremo y a otra vida más allá de ésta, y la ideológica, que englobaría todas las restantes creencias y opiniones sobre el hombre o la sociedad (esta última es denominada en ocasiones libertad de opinión o de creencia).

Por otro lado, ambas manifestaciones de la libertad de pensamiento poseen una doble dimensión: la interna, o derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones; y una dimensión externa de *ager licere* (STC 120/1990, caso *GRAPO I*). La dimensión interna no trasciende el pensamiento o fuero interno de la persona, mientras que la externa comprendería todas las actuaciones que son consecuencia de las creencias ideológicas o religiosas. Pues bien, reconociendo la polisemia que suele acompañar a la mayoría de las expresiones que vamos a utilizar, intentaremos dotarlas de un sentido preciso, que seguiremos en este trabajo. Así, dentro la vertiente externa de la libertad religiosa, la libertad de culto comprendería aquellas manifestaciones externas que se refieren a la práctica de las ceremonias y ritos de la propia confesión. Por lo demás, utilizaremos la expresión “libertad de opinión”, para designar la vertiente o dimensión externa de la libertad ideológica (si bien es cierto que en ocasiones el término prácticamente se confunde con la propia libertad ideológica en todas sus dimensiones), y reservaremos la denominación “libertad de creencias” para referirnos al aspecto interno de la libertad de pensamiento, abarcando tanto sus manifestaciones ideológicas como las religiosas.

Por último, y en cuanto a la libertad de conciencia, se trata de una expresión que al menos se ha utilizado en dos sentidos: por un lado, como dimensión interna de la libertad religiosa; por otro, como definición del derecho a actuar conforme a las propias creencias, o al dictado de la propia conciencia. Estimamos más adecuado este segundo sentido, aun reconociendo la frecuencia con que se utilizan ambos; en consecuencia, están incluidas en la libertad de conciencia las manifestaciones externas de la li-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

bertad de pensamiento en sentido amplio, como proyección de la fidelidad del hombre a su conciencia ética (Tamarit, 1989).

Las ideas anteriores se pueden esquematizar en el siguiente cuadro:

LIBERTAD DE PENSAMIENTO			
	Libertad de religión	Libertad ideológica	
Dimensión externa		Libertad de culto	Libertad de opinión
		Libertad de conciencia	
Dimensión interna	Libertad de creencias		

Cabe señalar que el derecho fundamental del artículo 16 debe entenderse en un sentido amplio, como comprensivo de aquellas manifestaciones que de alguna manera sean consecuencia de las opiniones o creencias; el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad ideológica (entendida aquí en sentido amplio, como equivalente a todas las manifestaciones protegidas por el artículo 16), en el contexto democrático y pluralista “es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto del fenómeno religioso y al destino último del ser humano” (SIC 292/1993, caso *Nombres de los afiliados al sindicato*).

Las libertades ideológica y religiosa se encuadran dentro de los denominados derechos de libertad. Sin embargo, debe reconocerse también su relación con los “derechos de la esfera privada”, dentro de los cuales se incluye en algunos manuales. En realidad, la vertiente o manifestación interna (libertad de creencias) se aproxima mucho más a la esfera privada del individuo, mientras que sus manifestaciones externas se encuadran claramente en los derechos de libertad. Nosotros las hemos situado, entre los derechos de libertad, teniendo en cuenta la mayor importancia jurídica de estas manifestaciones (ya que la faceta interna en principio no puede ser

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

conocida, ni por el Estado ni por terceras personas, salvo que se fuerce u obligue a exteriorizarla).

Debe señalarse que, como sucede con la mayoría de los derechos humanos, la libertad de pensamiento es, además de un derecho subjetivo, un principio jurídico-constitucional, por lo demás fundamental también en otras disciplinas jurídicas, particularmente en el derecho eclesiástico (Prieto, 1987). Esta dimensión axiológica implica que los poderes públicos han de llevar a cabo una acción positiva destinada a asegurar su efectivo disfrute, al tiempo que lo configura como un criterio hermenéutico orientador de la jurisprudencia (Moreno García, 1995, pp. 131-132). Además, puede señalarse que este derecho posee una dimensión colectiva, junto a su dimensión individual, como veremos más adelante.

a) Derecho histórico y comparado

Tras las luchas religiosas y la intolerancia que caracterizan la Edad Moderna, la libertad religiosa, y más en general la de pensamiento, se verán reconocidas como derechos humanos a raíz a la independencia de las colonias norteamericanas y de la Revolución francesa: Declaración de Virginia y Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En la historia constitucional española, ha sido tradicional la declaración de la confesionalidad católica del Estado, unida a la obligación estatal de mantener su culto y ministros; ya el texto de 1812 proclamaba incluso que la religión católica era la única verdadera. Solamente podemos encontrar como Constituciones reconocedoras de la libertad religiosa los textos de 1869 (que sin embargo, sólo se refería a la católica a la hora de establecer la obligación estatal de mantener su culto y ministros), el proyecto federal de 1873, y la Constitución de 1931. Sin embargo, este último texto fundamental se inscribe en el modelo laicista radical, con cierto rencor hacia la Iglesia católica. Ello es consecuencia de las posturas radicales que provocaron en los debates constituyentes una situación de enfrentamiento entre católicos y anticlericalistas. De esta forma, y aunque sin citarla expresamente, se disolvía la Compañía de Jesús (el artículo 26 declaraba disueltas las Órdenes religiosas “que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado”); igualmente, se prohibía cualquier

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

tipo de ayuda a las iglesias e instituciones religiosas. En todo caso, fue la legislación postconstituyente la que provocó la auténtica persecución de la religión católica, con un espíritu marcadamente sectario (Basterra, 1989, p. 281). Es importante destacar que nuestra Constitución actual se aparta de este precedente.

Desde el punto de vista del derecho comparado, y en relación con la libertad religiosa, podemos señalar tres modelos en las constituciones europeas: 1) régimen de separación total entre confesiones y Estado, o laicismo absoluto, con total neutralidad del Estado e indiferencia ante el hecho religioso (modelo francés); 2) sistemas no confesionales, pero que conllevan una actitud de cooperación del Estado hacia las confesiones religiosas, lo que supone normalmente un estatuto especial para las mismas; todo ello refleja una valoración positiva del hecho religioso. Sería el modelo alemán, con origen en los artículos 136 y ss. de la Constitución de Weimar, aún hoy vigentes. La Constitución italiana acoge también un modelo cooperativo, si bien con una posición un tanto especial para la Iglesia católica; 3) confesionalidad del Estado, pero asociada a la libertad religiosa y de culto (propia de algunos Estados protestantes).

Nuestro artículo 16 puede encuadrarse en el segundo modelo de los que acabamos de recoger, aunque, como intentaremos explicar, parte de una posición de igualdad entre las confesiones religiosas.

Con respecto al proceso de elaboración de este precepto, pueden señalarse como características del mismo (Amorós Azpilicueta, 1984, p. 154 ss.), el amplio consenso sobre la aconfesionalidad del Estado y el reconocimiento de la libertad religiosa, unido a discrepancias sobre el modo de valorar el factor religioso, siendo especialmente discutida la mención expresa de la Iglesia católica.

En fin, cabe señalar que la libertad de pensamiento se recoge también en la mayoría de los textos internacionales sobre derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 18; Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, art. 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

b) Relación con otros derechos constitucionales

Las libertades de ideología y religión muestran una clara relación con algunos derechos fundamentales. Es el caso de la libertad de expresión, en cuyo ámbito entramos la mayor parte de las veces que se ejerce la dimensión o faceta externa de estos derechos, y en concreto siempre que se hace mediante “la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, según la dicción del artículo 20.1 a) de la Constitución, que se refiere expresamente a “pensamientos, ideas y opiniones” como objeto de la libertad de expresión. Esta relación se ha señalado por el Tribunal Constitucional (STC 20/1990, caso *Mundiales del 82*).

Es también clara la relación con los derechos educativos y las libertades de la enseñanza; en concreto, el artículo 27.3 de la Constitución, que reconoce el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral más acorde con sus convicciones, puede situarse a mitad de camino entre el derecho a la educación y la libertad ideológica y religiosa. Por lo demás, los derechos de reunión, manifestación y asociación actúan en varios casos como medios o instrumentos necesarios para el ejercicio de las libertades reconocidas en el artículo 16. Las relaciones entre libertad de pensamiento, de expresión y de asociación han sido señaladas también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Young, James y Webster*, sentencia de 13 de agosto de 1981)

Debe señalarse que dos de los motivos de discriminación expresamente vedados en el artículo 14 del texto constitucional son la religión y la opinión, de forma que el ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 16 no puede suponer en ningún caso un trato discriminatorio; ello muestra un núcleo de conexiones de los artículos 16 y 14 (STC 19/1985, caso *Trabajadora Adventista del Séptimo Día*).

Por lo demás, el artículo 16 también está estrechamente relacionado con el artículo 30.2, como veremos algo más adelante.

La libertad de pensamiento es manifestación o desarrollo de algunos valores constitucionales; muy especialmente de los valores superiores libertad y pluralismo reconocidos en el artículo 1.1. En expresión del Tribunal Constitucional, sin la libertad ideológica no serían posibles los valores superiores del artículo 1.1 (STC 20/1990, caso *Mundiales del 82*). También es concreción de la dignidad humana reconocida en el artículo 10.1,

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ya que ésta se realiza en la naturaleza racional en la capacidad de pensar y formar una visión propia del mundo (Tamarit, 1989, p. 38). El igual respeto y la cooperación y protección de todas las ideologías y confesiones religiosas son consecuencia del pluralismo político.

B. TITULARIDAD

La libertad ideológica y religiosa es un derecho cuya titularidad pertenece a todas las personas, con independencia de su nacionalidad. Sin embargo, el artículo 16.1 se refiere también a las “comunidades” como titulares de este derecho. En realidad, la libertad religiosa, además de su vertiente individual, posee una faceta o dimensión colectiva, que puede predicarse de las comunidades religiosas; esta idea es también aplicable a la libertad ideológica, si bien el artículo 16 parece estar pensando específicamente en la libertad religiosa cuando se refiere a las comunidades. En todo caso, éstas son titulares de un derecho de libertad religiosa o ideológica independiente del que poseen a título individual cada uno de sus integrantes (Prieto, 1987, p. 144).

En desarrollo de la Constitución, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR) reconoce el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, designar y formar a sus ministros, divulgar y propagar su propio credo, y mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas. El artículo 5 del mismo texto legal establece que tales Comunidades gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público del Ministerio de Justicia, creado por la propia ley. Este precepto plantea el problema de la situación de las comunidades o iglesias no inscritas, en relación con los derechos del artículo 16. La LOLR sólo parece considerar imprescindible la inscripción para la autonomía organizativa (art. 6) y para la posibilidad de celebrar acuerdos con el Estado (art. 7). Sin embargo, no parece que sea necesaria la inscripción para el ejercicio de la libertad religiosa y de culto reconocida en el artículo 16 de la Constitución y concretada en el art. 2.2 LOLR. Cabe distinguir, en efecto, entre el reconocimiento de la personalidad jurí-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

dica de una confesión y el simple reconocimiento de su existencia y actividad (Basterra, 1989, p. 324).

Debe tenerse en cuenta que la inscripción no tiene una finalidad de control, sino de publicidad. Por lo demás, el ejercicio de la libertad religiosa o ideológica más allá de sus límites no está amparado constitucionalmente. Y en todo caso, cuando el ejercicio respete los límites de este derecho, no se ve razón para privar del mismo a las comunidades no inscritas. Cuestión distinta es la de los problemas que éstas puedan tener desde el punto de vista de la legitimación procesal para que los Tribunales reconozcan y reparen las vulneraciones de tales derechos; igualmente, la inscripción puede condicionar el acceso a otro tipo de ventajas.

C. CONTENIDO Y ÁMBITO PROTEGIDO

a) Contenido esencial

Puede entenderse que el contenido esencial de la libertad de pensamiento consiste en profesar o mantener cualquier creencia, de cualquier naturaleza; no profesar ninguna, modificar o abandonar tales creencias; manifestarlas, o negarse a hacerlo, y actuar de acuerdo con las mismas, o con la ausencia de ellas.

En efecto, estas manifestaciones han de entenderse incluidas en el derecho que analizamos para que éste pueda reconocerse como perteneciente a su categoría jurídica, de acuerdo con la idea generalmente admitida; del mismo modo, su respeto es necesario para que resulten efectivamente protegidos los intereses que pretende defender el artículo 16. Por ello, y teniendo en cuenta el artículo 53.1 de la Constitución, cualquier ley, y especialmente la que regule tales derechos, debe respetar los contenidos aludidos; ello implica la imposibilidad de su supresión o desaparición y la garantía de las mismas.

Como se dijo en su momento, cabe distinguir en este derecho una dimensión interna y otra externa. En cuanto a la primera, podría decirse que es ilimitada por su propia naturaleza, ya que no cabe intervención de los poderes públicos en el pensamiento o fuero interno de las personas, ni tampoco parece pueda imaginarse interferencia alguna de esta dimensión

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

con otros derechos o bienes jurídicos, en tanto en cuanto no se exterioricen de algún modo las creencias. Otros autores (Moreno/García, 1995, pp. 118-119), rechazan ese carácter ilimitado, entendiendo que esta dimensión carece de auténtico contenido normativo, es decir, no alcanza a configurar realidad jurídica alguna. Ciertamente, debe reconocerse que la aludida dimensión interna resulta irrelevante para el Derecho, que no puede entrar o intervenir en la misma; por la misma razón, esta dimensión resultaría igualmente protegida aunque no existiera reconocimiento constitucional de la misma, ya que, aunque quisiera, el Derecho no podría injerirse en la misma. Pero entendemos que esta idea es compatible con la afirmación de que, por su propia naturaleza, esta dimensión es ilimitada, en el sentido de que el ordenamiento jurídico no puede intervenir en la misma y, por lo tanto, no puede limitarla.¹⁷⁶

La dimensión externa posee sin duda mayor relevancia, planteando cuestiones específicas. En primer lugar, y por lo que se refiere a las manifestaciones “externas” del contenido esencial, puede destacarse el siguiente problema: ciertamente, parece adecuado englobar en el contenido esencial de este derecho la posibilidad de actuar, con carácter general, de acuerdo con las propias convicciones o creencias, pues de lo contrario esta libertad quedaría solamente en la vertiente interna junto a la libertad de expresión; sin embargo, tampoco parece dudoso el hecho de que la actuación acorde con las ideas personales no carece de límites. Ciertamente, podría resolverse la cuestión simplemente acudiendo a los límites generales de los derechos fundamentales y a los específicos de este derecho; pero ahora nos estamos planteando cuál es el contenido esencial de esta libertad, y ha de tenerse en cuenta que el mismo se configura precisamente como “contralímite” o “límite de los límites”. En realidad, creemos que su contenido esencial permite la posibilidad de actuar de acuerdo con las propias creencias, pero respetando las exigencias de otros derechos funda-

¹⁷⁶ Por lo demás, y aunque no podamos extendernos sobre el tema, cabría preguntarse si efectivamente es absolutamente imposible al Derecho y al Estado intervenir en esa dimensión interna, o podrían considerarse interferencias de este tipo algunas formas de “adiestramiento” y manipulación ideológica caracterizadas por la imposición de la ideología “oficial” de forma absoluta, buscando quizás llegar precisamente al fuero interno de la persona o, si se quiere, manipular el propio pensamiento. Desgraciadamente estas técnicas han sido intentadas por algunos regímenes totalitarios en la Historia.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

mentales, valores o bienes constitucionales. Más adelante trataremos brevemente el tema de la objeción de conciencia.

Otra cuestión de interés en relación con la vertiente externa de este derecho es la de delimitar ciertas manifestaciones de la misma de otras manifestaciones del contenido esencial de otros derechos (libertad de expresión, reunión y manifestación, por ejemplo). Algun autor ha entendido que los supuestos de expresión, manifestación, asociación, etc., de contenido ideológico o religioso deben resolverse a estos efectos como un supuesto de concurrencia de derechos, entendiendo tales casos incluidos en la norma más especial, que en relación con la libertad ideológica siempre serán los restantes derechos; de esta manera el artículo 16.1 contendría un derecho fundamental residual que protegería aquellas manifestaciones ideológicas que no pertenezcan al supuesto de hecho de otro derecho fundamental (en este sentido, Moreno/García, 1995, pp. 119 ss.). El Tribunal Constitucional parece haber seguido otra vía, sobre todo por lo que se refiere a los supuestos de “expresión ideológica”, a los que ha situado en el ámbito de ambas libertades (ideología y expresión), pero con un cierto “reforzamiento” en relación con los casos que simplemente afectan a la libertad de expresión. Así, en algún supuesto de este tipo ha dicho que el mismo debe incardinarse “dentro del ejercicio de la libertad de expresión (art. 20.1 CE) en relación con la libertad ideológica (art. 16.1 CE)...” (STC 214/1991, caso *Violeta Friedman*) y en la STC 20/1990, caso *Mundiales del 82*, FJ 3, se afirma que cuando el hecho imputado afecte principalmente a la libertad ideológica, su enjuiciamiento ha de ponderar y analizar también principalmente los límites propios de ésta (aunque no quepa eludir los límites del art. 20.4), sin que pueda tratarse sin más como un caso de libertad de expresión, ya que en tal caso se equipararían ambos derechos a efectos de limitaciones, “y por esta vía se restringe la mayor amplitud con que la Constitución configura el ámbito” de la libertad ideológica. También ha afirmado con carácter general que las manifestaciones exteriores de la libertad ideológica “no dejan de ser tales por el hecho de que se solapan con facilidad con otros derechos constitucionales (ATC 1227/1988, de 7 de noviembre).

Desde el punto de vista del contenido esencial de los derechos, la cuestión es compleja. Por un lado, parece difícil defender que la expresión (o manifestación, asociación...) de contenido ideológico o religioso no forma

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

parte del contenido esencial del derecho del artículo 16.1, o que ello carezca de relevancia; entender que la libertad de pensamiento es un derecho puramente residual no parece muy acorde con la configuración constitucional de la misma, aparte de que supondría eliminar de su contenido algunas manifestaciones que sin duda han de entenderse incluidas en el mismo para que el derecho “pueda reconocerse como perteneciente a su propia categoría jurídica, de acuerdo con las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas”. Por otro lado, tratar todos estos supuestos como manifestaciones del contenido esencial la libertad de pensamiento, obviando otros derechos fundamentales más “especiales” con respecto a aquélla, implicaría dejar de lado las singularidades en cuanto a regulación y límites que la Constitución recoge para tales derechos. Por ello la vía emprendida por el Tribunal Constitucional, si bien susceptible de alguna objeción teórica, resulta una buena solución práctica. Así, cabría entender que la libertad de pensamiento es un derecho de amplio contenido, algunas de cuyas manifestaciones lo son al tiempo de otros derechos fundamentales; en tales casos habrá que tener en cuenta ambos derechos o libertades, aunque, a efectos prácticos, habrá que considerar también a qué derecho afecta *principalmente* el supuesto. Todo ello no significa que las libertades de expresión, manifestación o asociación, por ejemplo, sean simples manifestaciones de la libertad de pensamiento, ya que obviamente hay supuestos de expresión, manifestación o asociación de contenido no ideológico ni religioso. Lo único que sucede es que en ciertos casos se da la concurrencia de derechos, pudiendo englobarse el supuesto en varios derechos, aunque afecte principalmente a uno de ellos.

En fin, sobre una de las manifestaciones concretas de esta dimensión externa, como es la referida a la expresión y enseñanza de contenido religioso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la misma incluye el testimonio o intento de convencer al prójimo, pero que éste ha de distinguirse del proselitismo abusivo, que representa su corrupción o deformación, y que no se concilia con el respeto a la libertad de pensamiento de los demás (STEDH de 25 de mayo de 1993, caso *Kokkinakis*).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ámbito negativo: el artículo 16.2 CE

Como se deduce del contenido que antes hemos definido como esencial en esta libertad, la misma posee una dimensión negativa, que se manifiesta en distintas facetas: posibilidad de no profesar creencia alguna, de no manifestar las propias creencias, e imposibilidad de verse obligado a participar en manifestaciones propias de cualquier tipo de creencias. Con respecto a este último aspecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la vertiente negativa de la libertad religiosa garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en la celebración de actos o ceremonias de naturaleza religiosa —y ello aunque pueda existir una celebración institucional de este tipo, en el caso concreto, una parada militar en homenaje a la Virgen— (STC 177/1996, caso *Parada Militar*, FJ 10).

Pero probablemente la faceta de la dimensión negativa de este derecho que cobra mayor relieve es la que consiste en la imposibilidad de ser obligado a declarar sobre las creencias ideológicas o religiosas. En efecto, tal importancia se manifiesta en su constitucionalización expresa en el artículo 16.2 de la Norma fundamental. Se trata de un derecho a mantener las opiniones o creencias de cualquier tipo en el fuero interno, esto es, a no ejercer la dimensión externa del derecho reconocido en el artículo 16.1, a través de la expresión. La constitucionalización de esta dimensión en el artículo 16.2 (que tiene como precedente el artículo 136 de la Constitución de Weimar, aunque éste referido sólo a la libertad religiosa) no puede entenderse como innecesaria o superflua; en efecto, si se relaciona éste con la imposibilidad de discriminar por motivos ideológicos o religiosos, se deduce que, si bien en algún caso es admisible la pregunta sobre la ideología y religión, lo que imposibilita el artículo 16.2 es que de la contestación dada o del silencio se pueda derivar un trato diferencial y discriminatorio (Llamazares Fernández/Suárez Perttierra, 1980, p. 26).

Con todo, tanto particulares como poderes públicos pueden condicionar determinados actos al conocimiento de la ideología o creencias cuando a ello les habilite el ejercicio legítimo de los derechos constitucionales propios, o la protección de valores o intereses de relevancia general (Espín, 1994, p. 203). Cabría señalar algunos supuestos en que la cuestión so-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

bre la ideología o la religión puede condicionar legítimamente el disfrute de algunos derechos o beneficios:

- a) Es constitucionalmente legítima la declaración sobre a qué confesión religiosa desea sostener el contribuyente con una parte de sus impuestos. Como es sabido, y en cumplimiento del artículo 2.2 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos económicos, una parte de la recaudación del Impuesto sobre la Renta de los contribuyentes que lo hayan declarado expresamente se dedica al sostenimiento de la Iglesia católica. Sin embargo, tal declaración expresa no implica contradicción alguna con el artículo 16.2: en primer lugar, no se trata en realidad de una pregunta sobre las creencias religiosas, ni siquiera sobre la pertenencia a una comunidad religiosa en concreto, pues es perfectamente posible desear contribuir al sostenimiento de la Iglesia católica sin profesar esta religión, o preferir la contribución a fines sociales del Estado, aunque se sea católico (Alonso de Antonio, 1979). En segundo lugar, la declaración viene rodeada de determinadas garantías (así, no queda constancia de la misma en las copias del impreso, sino exclusivamente en el original que se entrega al Estado). Por lo demás, se trata de una declaración voluntaria, aunque imprescindible si se desea realizar la expresada contribución.
- b) Es también acorde con la Constitución la exigencia de declarar los motivos de conciencia que tiene el objector para rechazar el servicio militar. Sobre esta cuestión ha afirmado el Tribunal Constitucional que tal declaración obligatoria no es inconstitucional, pues el propio ejercicio del derecho a la objeción, que consiste esencialmente en la exención de un deber general, no es incondicionado, y lleva en sí mismo “la renuncia del objector a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar” (STC 160/1987, *caso Ley 48/84 de Objeción de conciencia I*).
- c) En relación con la no obligación de declarar la ideología, religión o creencias frente a los particulares, puede señalarse que una asociación cuya finalidad es la defensa de determinada ideología, una comunidad religiosa, o en general cualquier asociación “ideológica”

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

puede condicionar la pertenencia a la misma a la declaración de profesor determinadas creencias, pues tal exigencia puede considerarse proporcionada y adecuada, teniendo en cuenta además que la asociación no está constitucionalmente obligada a una apertura total.

d) Igualmente, la STS (30) de 10 de mayo de 1992 ha señalado que no es constitucional interrogar, en el curso del oportuno expediente, sobre los motivos por los que se secundó una huelga, pues no se trataba de producir una persecución ideológica del trabajador, sino de constatar si se daba o no el supuesto de hecho necesario para la aplicación de una ley.

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones laborales la no obligatoriedad de declarar sobre la ideología, religión o creencias cobra especial vigor. Así, no cabe que el empresario supedite la contratación (y mucho menos, el despido) al conocimiento de la ideología o religión del trabajador. Incluso en determinadas empresas “ideológicas”, como podrían ser algunos colegios privados, el necesario respeto al ideario del centro no debe traducirse en obligación previa de declarar sobre ningún aspecto protegido por la libertad de pensamiento,¹⁷⁷ ya que simplemente implica la necesidad de respetar o no dirigir ataques contra dicho ideario. También en relación con el mundo del trabajo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la afiliación a un sindicato es una opción protegida por el artículo 16 de la Constitución, por lo que la revelación de la afiliación sindical es un derecho personal y exclusivo del trabajador, que debe ser respetado tanto por el empresario como por los propios órganos sindicales (STC 292/1993, caso *Nombres de los afiliados a sindicato*).

¹⁷⁷ Si bien la STC 5/1981, caso *Estatuto de Centros*, no señala expresamente esta consecuencia, puede deducirse la misma del hecho de que el profesor no está obligado a realizar apología del ideario del centro (aunque tampoco pueda dirigir ataques directos o solapados al mismo). Por consiguiente, la ideología o religión del profesor debe ser irrelevante para el centro, siempre y cuando su actitud hacia el ideario sea respetuosa. El voto particular del Magistrado don Francisco Tomás y Valiente a esta sentencia rechaza expresamente que pudiera interpretarse el artículo 15 LOECE en el sentido de que pueda solicitarse a los profesores, antes de y para ser contratados, una adhesión explícita al ideario, pues ello supondría una violación del artículo 16.2 CE.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Por último, es preciso señalar que, como consecuencia del artículo 16.2 de la Norma Suprema, la LO. 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (art. 7) señala que sólo con consentimiento expreso del afectado —al que se advertirá del derecho a no prestarlo— pueden ser objeto de tratamiento automatizado los datos relativos a la ideología, religión o creencias; además se prohíben los ficheros cuya única finalidad sea almacenar este tipo de datos.

Algunas manifestaciones concretas

Es dudoso el encuadramiento de determinadas creencias y prácticas en la libertad religiosa, o incluso de la libertad de pensamiento genéricamente considerada. Al respecto, el artículo 3.2 de la LOLR excluye de su ámbito de protección a las “actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos”. Ciertamente, tales manifestaciones quedarían en principio amparadas por la libertad ideológica, aunque estarían al margen de la relación de ayuda y cooperación a que se refiere el artículo 16.3 (Espín, 1994, p. 207). Mayores problemas se plantean en torno a determinadas prácticas o creencias relacionadas con el mundo de la religión o de las creencias sobrenaturales, pero en realidad opuestas y ofensivas hacia las propias creencias religiosas en general (por ejemplo, prácticas satánicas), o encaminadas a provocar un daño a otras personas (determinadas prácticas vudús...). En principio, tales creencias pueden estar amparadas por el artículo 16, pero teniendo en cuenta que en muchos casos su ejercicio concreto puede sobrepasar los límites de esta libertad (orden público, derechos de terceros...). En todo caso, no pueden ser consideradas “confesiones” a efectos del artículo 16.3. Cabe decir lo mismo respecto a determinadas sectas en las que su carácter religioso se encuentra unido a determinadas prácticas, que pueden ser contrarias a la dignidad humana o a la libertad. En tales casos, sólo el aspecto interno o aquellas manifestaciones que no sobrepasen los límites del artículo 16 podrían ser constitucionales.

Totalmente diferente es el problema del ateísmo o el agnosticismo. En tal caso, estamos ante manifestaciones del contenido esencial de la liber-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tad religiosa, ya que el artículo 2.1.a) LOLR incluye en esta libertad el derecho a no profesar ninguna creencia religiosa; en este sentido, les alcanza la protección de esta ley. Sin embargo, desde un punto de vista conceptual parece más adecuado considerar que, al no implicar ningún tipo de creencia sobre un ser superior o sobre otra vida, formarían parte más bien del contenido esencial de la libertad ideológica. En todo caso, creemos que ni siquiera una organización atea o agnóstica (poco frecuentes en la práctica) podría considerarse “confesión” con la que deba colaborar el Estado (art. 16.3); ahora bien, el Estado debe garantizar la posibilidad de estas manifestaciones de la libertad de pensamiento, así como promover la libertad y la igualdad de los individuos y grupos, y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha perfilado el contenido de las libertades del artículo 16. Así, ha señalado que no es contrario a la libertad ideológica de unos reclusos en huelga de hambre el alimentarlos forzosamente, ya que, aun reconociendo el trasfondo ideológico de la huelga, no pueden anularse los actos de los poderes públicos por vulneración del artículo 16 si no perturban o impiden de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento, es decir, si no hay relación de causalidad entre el acto público y el contenido de los criterios ideológicos (STC 120/1990, de 27 de junio, caso *GRAPO I*).¹⁷⁸ Sin embargo, y en nuestra opinión, si se parte de que la libertad ideológica tiene una dimensión externa, y que la huelga de hambre puede ser una manifestación de tal dimensión, cualquier acto que impida esta manifestación o dimensión externa, aun cuando no vaya directamente encaminado a esta finalidad, deberá encontrar justificación en otros bienes o derechos constitucionales que tengan al menos la misma importancia; la cuestión podría haberse planteado en términos de conflicto (como se hizo respecto a otros derechos), en lugar de como un caso de no interferencia en la libertad ideológica.

También ha señalado el Tribunal, respecto a la libertad negativa a contraer matrimonio —esto es, el derecho a no contraerlo—, que aun cuando pudiera subsumirse en la libertad ideológica del art. 16.1, de ello no se derivaría como consecuencia que se deban reconocer todos los derechos

¹⁷⁸ En idéntico sentido, STC 137/1990, caso *GRAPO II*

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer (STC 66/1994, caso *Pensión de viudedad sin matrimonio IX*; el ATC 156/1987, de 11 de febrero, rechaza en cambio que esta libertad pueda subsumirse en la libertad ideológica, aunque a continuación lo admite como hipótesis para negar que de la misma pueda derivarse el derecho a percibir pensión de viudedad).

Los ejemplos de casos dudosos de manifestaciones de la libertad de pensamiento pueden ser muy variados.¹⁷⁹

La objeción de conciencia (en general)

Aunque no es este el lugar adecuado para realizar un estudio sobre la objeción de conciencia, sí procede hacer un breve comentario general como fenómeno derivado del contenido de la libertad de pensamiento.

En efecto, si entendemos la objeción de conciencia como el incumplimiento de una obligación legal y personal cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o de sus creencias (Prieto, 1987, p. 160), se aprecia que la misma está directamente relacionada con la libertad de pensamiento. Ello no implica reconocimiento constitucional de cualquier supuesto de objeción, lo que pugnaría con el artículo 9.1, que impone la sujeción de los ciudadanos al ordenamiento. Sin embargo, sí puede situarse la conducta del objetor *prima facie* en el ámbi-

¹⁷⁹ Cabe citar, como ejemplos jurisprudenciales:

En la STC 208/1989, caso *Propaganda en elecciones sindicales*, el Tribunal niega que la propaganda institucional en favor de la participación en unas elecciones sindicales pueda ser contraria a la libertad ideológica, o discriminar por razón de ideología a un sindicato que propugnaba la abstención.

También puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso-administrativo) de 10 de junio de 1991, que entendió que las concretas limitaciones a la libertad ideológica que pudiera conllevar la pertenencia profesional a las Fuerzas Armadas habían sido aceptadas implícitamente con la voluntariedad de tal pertenencia.

En otro supuesto, la Comisión Europea de Derechos Humanos (caso *Darby*, informe de la Comisión de 9 de mayo de 1989), entendió que la obligación de pagar un impuesto a la Iglesia oficial sueca, aun no perteneciendo a ella, es contraria al artículo 9 del Convenio. En este caso, el Tribunal no considera necesario en su sentencia analizar la posible vulneración del artículo 9, al apreciar vulneración de otros preceptos (discriminación, al no exigirse el pago de tal impuesto a los residentes que estaban en las mismas circunstancias que el demandante).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

to de la libertad ideológica o religiosa, de forma que la cuestión se planteará como un conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos (artículo 16 frente a otros preceptos), debiendo resolverse en cada caso en favor del que se considere más importante o con mayor peso en la circunstancia concreta.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional al respecto no ha sido uniforme. Así, la STC 15/1982, caso *Objeción sin regulación legal*, afirma que la objeción de conciencia al servicio militar constituye una especificación de la libertad de conciencia, y ésta es una concreción de la libertad ideológica del artículo 16; de forma mucho más clara, y en relación a la objeción de conciencia de los médicos a la práctica del aborto, señala el Tribunal que la misma forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (STC 53/1985, caso *Despenalización del aborto*). Sin embargo, en la STC 160/1987, caso *Ley 48/84 de Objeción de conciencia I*, el Tribunal modifica la doctrina anterior, señalando que la objeción de conciencia (al servicio militar) es un derecho constitucional, pero que no puede calificarse de fundamental, a pesar de su vinculación con el artículo 16 de la Constitución, afirmando expresamente que este precepto, *per se*, no permite liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia. Esta doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores, como la STC 321/1994, caso *tratamiento penal de insumiso, I*, o STC 55/1996, caso *tratamiento penal de los insumisos, II*.

Aparentemente, no resulta del todo coherente señalar que la objeción de conciencia al servicio militar (única citada expresamente en el texto fundamental), no es un derecho fundamental, a pesar de su relación con el artículo 16, mientras que la objeción de los médicos sí sería un derecho fundamental, ya que su fundamento constitucional exclusivo sería el artículo 16; parece que el expreso reconocimiento constitucional implicaría una cierta devaluación de la objeción al servicio militar.

Sin embargo, podría explicarse esta situación teniendo en cuenta que la objeción al servicio militar lo es a un deber impuesto por la Constitución, lo que implica que no tendría protección si no se hubiera recogido expresamente en la norma fundamental; en cambio, cuando lo que se objeta es un deber que no tiene rango constitucional, tal rechazo al mismo podría quedar amparado, al menos *prima facie*, por el artículo 16 de la Constitu-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ción. Sin embargo, desde el punto de vista de la naturaleza o significado del acto de rechazo al deber, tanto la objeción al servicio militar como las demás mantienen la misma relación con el artículo 16, mostrándose como consecuencias de la libertad de ideología o de religión. Quizás por ello podríamos señalar que la única consecuencia significativa que debe derivarse de que la objeción al servicio militar se recoja fuera de la sección 10 es que no debe desarrollarse por ley orgánica, sino por ley ordinaria; en cuanto al resto de las garantías y protecciones, debe ser la misma que la que se dispensa a los demás supuestos de objeción, con la diferencia de que su reconocimiento constitucional expreso cierra toda duda a su plena eficacia en todo caso, mientras que en otros supuestos cabría plantearse que la objeción o rechazo a un deber por motivos de conciencia deba ceder frente a otros principios o valores constitucionales. Por ello, puede resultar dudosa la solución que ha de darse a otros casos concretos de objeción de conciencia, aunque genéricamente deriven de la libertad de pensamiento.¹⁸⁰

El TC se ha pronunciado también sobre los supuestos de negativa a realizar la prestación social sustitutoria, en relación con la libertad ideológica y la objeción de conciencia. En las SSTC 321/1994, caso *tratamiento penal de insumiso, I*, y 55/1996, caso *tratamiento penal de los insumisos, II* señala que dicha negativa no puede ampararse en la libertad ideológica, ni tampoco del reconocimiento constitucional de la objeción de concien-

¹⁸⁰ Al respecto, otro posible ejemplo es del testigo de Jehová que incumple la obligación de realizar las funciones de Presidente en una Mesa Electoral, resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (20) de 23 de diciembre de 1992. Afirma el Tribunal que, debido a la trascendencia del deber que se objeta, no basta para la objeción la simple alegación de profesar un credo determinado, sino que la misma debe acreditarse, lo que no sucedió en tal caso; por ello se deniega la casación. Pero de los mismos argumentos cabría deducir que podría caber la objeción, como consecuencia del artículo 16, si se hubiera acreditado la pertenencia a tal credo. La STS (20) de 15 de octubre de 1993, en un supuesto similar, señala que si las creencias religiosas de un testigo de Jehová le obligan a mantenerse neutral en aspectos políticos, la intervención en una Mesa electoral responde a esa exigencia de neutralidad, por lo que no produce vulneración de la libertad religiosa. El ATC 71/1993, de 1 de marzo, rechaza la posibilidad de reconocer la “objeción de conciencia fiscal”, ya que el reconocimiento constitucional de la objeción de conciencia no puede ser extendido subjetivamente. Hay que tener en cuenta que este supuesto supondría el reconocimiento de la exención de un deber impuesto en la propia Constitución (art. 31), por lo que su admisión es especialmente difícil.

También podría citarse la objeción a la venta de anticonceptivos por parte de los farmacéuticos, al juramento necesario para acceder a ciertos cargos o funciones, o a trabajar en día festivo.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cia, que se refiere sólo al servicio militar. La última de las sentencias mencionadas sitúa esta negativa en un espacio ajeno a la libertad ideológica, afirmando que ni la organización ni los servicios relativos a la prestación social sustitutoria “suponen en sí mismos considerados la realización de actividades que puedan violentar las convicciones personales de quienes se oponen al servicio militar”. En nuestra opinión, esta afirmación puede generar algunas dudas, ya que los motivos ideológicos o religiosos de una persona pueden ser de la más variada índole, y no cabe descartar sin más que los mismos le provoquen también un rechazo a la realización de la prestación social sustitutoria. En tal caso, y según hemos expuesto más arriba dicha negativa podría situarse *prima facie* en el ámbito de la libertad de pensamiento, aunque obviamente ello no implicaría su reconocimiento definitivo, ya que sería preciso realizar una ponderación con otros bienes o valores constitucionales en juego, sin olvidar que la propia prestación sustitutoria es una opción del legislador que está constitucionalmente prevista. El propio TC señala en la sentencia 55/1996 que “no puede negarse la punibilidad de un comportamiento por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor”, lo que parece contradecir en parte la afirmación antes transcrita.

En fin, alguna sentencia del Tribunal Supremo parece situarse en posición similar a la que venimos defendiendo, al afirmar que la libertad ideológica y religiosa “se diversifica en una serie de libertades concretas (de conciencia, de culto, de proselitismos, etc.), *entre ellas la de la objeción de conciencia*; y manifestaciones de aquella libertad encuentran, en determinados supuestos, expreso reconocimiento en otros artículos de la propia Constitución (art. 30.2)” (STS –20– de 15 de octubre de 1993, que sin embargo no ampara en el caso concreto un supuesto de objeción).

Aconfesionalidad estatal y deber de cooperación con las confesiones religiosas

Aunque el tema que vamos a tratar a continuación no se encuadra estrictamente en el contenido esencial de las libertades del artículo 16, lo desarrollaremos en este momento por su relación con su ejercicio, ya que se trata de la actitud que el Estado debe mantener, por imposición constitucional, respecto a las mismas. En efecto, si bien es cierto que los poderes públicos

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

deben contribuir a hacer “reales y efectivas” todas las libertades, por mandato del artículo 9.2 de la Constitución, la actitud que la misma impone al Estado respecto a las libertades del artículo 16 (en concreto, hacia la libertad religiosa) presenta unas características específicas que deben ser analizadas.

El apartado tercero del aludido precepto, tras establecer que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, añade que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones”. Como se ha señalado, este artículo pone de manifiesto que la libertad religiosa es una libertad en el Estado, y no sólo frente al Estado (Tamarit, 1989, p. 42). Ciertamente, al principio de libertad religiosa, que preside la regulación constitucional del derecho eclesiástico, deben añadirse como principios secundarios los de laicidad, igualdad religiosa y cooperación (Beneyto, 1997, p. 315 ss.). Este último principio, junto con el de no confesionalidad, se recoge en el artículo 16.3 de la Constitución.

De hecho, los dos principios que acabamos de mencionar se encuentran entre sí en una situación de tensión, al menos aparentemente; en realidad, el principio de cooperación supone una limitación al principio de no confesionalidad (Llamazares Fernández/Suárez Pertierra, 1980, p. 33), de forma que la libertad religiosa no conlleva simplemente indiferencia estatal hacia el hecho religioso, sino una actitud positiva, de favorecimiento y protección de sus manifestaciones.

Todo ello, partiendo de la no confesionalidad, que supone principalmente la separación entre el Estado y cualquier confesión religiosa; como ha señalado el TC, el artículo 16.3 supone que “las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica” (STC 340/1993, caso *Artículo 76.1 LAU*). Este precepto impide además que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos, al tiempo que veda cualquier confusión entre funciones religiosas y estatales (STC 24/1982, caso *Cuerpo Eclesiástico Castrense*). Ahora bien, el principio de no confesionalidad “no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la so-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ciedad no puedan ser objeto de protección” (ATC 180/1986, de 21 de febrero).

También ha de tenerse en cuenta el principio de neutralidad del Estado y de todas las instituciones públicas, consecuencia del pluralismo, la libertad ideológica y religiosa y la aconfesionalidad estatal (STC 5/1981, caso *Estatuto de Centros*), y que supone en el ámbito religioso un tratamiento nunca discriminatorio o favorecedor de ninguna religión en relación con las demás. En todo caso, no confesionalidad y neutralidad son principios diferentes del laicismo puro, que como vimos supone total indiferencia hacia el fenómeno religioso, consecuencia ésta que no se deriva de los principios que ahora comentamos.

El TC se ha pronunciado sobre el art. 16.3, señalando que el principio de neutralidad que contiene no impide a determinadas instituciones públicas (en el caso concreto, las Fuerzas Armadas) la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza (STC 177/1996, caso *Parada Militar*). También ha señalado que el artículo 16.3 no establece un derecho fundamental (STC 93/1983, caso *Eficacia civil de sentencia canónica III*), o que entre las obligaciones del Estado en materia religiosa no está la de otorgar prestaciones médicas a los creyentes en los términos exigidos por su religión, y en concreto, no deriva la obligación de reintegrar a un testigo de Jehová los gastos realizados en una clínica privada, como consecuencia de la negativa recibida en el sistema público de realizarle determinada intervención médico-quirúrgica sin utilizar transfusión de sangre (STC 166/1996, caso *operación quirúrgica a testigo de Jehová*).

En desarrollo del citado precepto constitucional, el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980 impone el establecimiento de acuerdos entre el Estado y las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas “que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España”; tales acuerdos habrán de aprobarse por Ley de Cortes. La exigencia de notorio arraigo, si no se entiende de forma desproporcionada, es acorde con el mandato del artículo 16.3 de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española; además, debe tenerse en cuenta la práctica imposibilidad de celebrar acuerdos con las múltiples confesiones religiosas existentes.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

En cumplimiento del citado precepto legal, se aprobaron en 1992 tres leyes, producto de otros tantos acuerdos, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, y la Comisión Islámica de España. Estas tres leyes tienen un contenido muy similar entre ellas: principalmente, protección de los lugares de culto, secreto “profesional” de sus ministros, reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso, asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, centros penitenciarios, hospitales y otros establecimientos; derecho a recibir asistencia religiosa en centros docentes públicos y privados concertados (siempre que, en éste último caso, no esté en contradicción con el “carácter propio” del mismo); exenciones fiscales, descanso laboral semanal y festividades religiosas propias;¹⁸¹ conservación del patrimonio histórico-artístico y regulación de los productos alimentarios elaborados según la ley religiosa (estos dos últimos aspectos no aparecen en la Ley que recoge el acuerdo con las Entidades Evangélicas).

Mención aparte, por las particularidades que señalaremos, merecen los Acuerdos celebrados con la Santa Sede. Debe recordarse que el artículo 16.3 hace mención expresa de la Iglesia católica como sujeto de las relaciones de cooperación. Sin embargo, dicha mención, criticada en ocasiones por lo que pudiera suponer de privilegio, no tiene mayor relevancia que la de constatar una realidad sociológica dada, sin que quepa, a nuestro entender, ningún tipo de discriminación hacia otras confesiones religiosas que implice una cierta “confesionalidad atenuada”. Se trata, por tanto, de una mención quizás innecesaria (porque en todo caso debería colaborarse con la Iglesia católica mientras esta religión sea una de las mayoritarias en la sociedad española), pero explicable por los aludidos motivos sociológicos, así como por el deseo de separarse del precedente de la Constitución republicana de 1931. También puede justificarse la mención en un intento de proponer a la Iglesia católica como modelo de relaciones de cooperación, a seguir con las demás confesiones (Amorós, 1984, p. 170). Incluso puede señalarse que, en la hipótesis, hoy por hoy muy poco

¹⁸¹ Estas podrán sustituir a las establecidas con carácter general por la legislación laboral si media acuerdo entre las partes, y cuyo respeto para los alumnos pertenecientes a estas confesiones será obligatorio para los centros docentes públicos y privados concertados, así como para las pruebas de acceso a las Administraciones Públicas, que tendrán lugar en fecha alternativa cuando hubieren de celebrarse en dichas fiestas religiosas, salvo causa motivada que lo impida.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

probable, de que la religión católica dejase de tener la relevancia suficiente para considerarse “creencia religiosa de la sociedad española”, la relación de cooperación podría atenuarse o, dado el caso, desaparecer —siempre que se respetase plenamente la libertad religiosa de toda persona y comunidad-. Por tanto, lo importante a efectos de cooperación son las creencias de la sociedad, siendo la mención a la Iglesia católica —meramente circunstancial— una consecuencia de tales creencias en un momento dado.

En cumplimiento del reiterado deber de cooperación, y un año antes de la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, se firmaron cuatro acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede (sobre asuntos jurídicos, asuntos económicos, enseñanza y asuntos culturales, asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de clérigos y religiosos). Dichos acuerdos tienen un contenido parecido a los que, trece años más tarde, se celebraron con otras confesiones; en efecto, éstos últimos estaban guiados por la idea de equiparar, en lo posible, el tratamiento dado a estas confesiones con el que se dispensaba anteriormente a la Iglesia católica. Sin embargo, deben indicarse, sin pretensiones de exhaustividad, algunas peculiaridades del tratamiento dado a ésta:

- a) En primer lugar, la propia forma de manifestación de los acuerdos: mientras los Acuerdos con la Iglesia católica son tratados internacionales, los acuerdos con las demás confesiones han adoptado la forma de ley. Esta especialidad encuentra su justificación en que la Ciudad del Vaticano es un Estado a efectos del Derecho Internacional.¹⁸²
- b) El tratamiento dado a las festividades religiosas es también distinto: mientras los domingos y otras fiestas católicas son reconocidas por el Estado como tales (artículo 3 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, y artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, que incluye el

¹⁸² En todo caso, la plasmación formal de un acuerdo a través de una ley no deja de plantear el problema, al menos desde el punto de vista teórico, del posible conflicto entre el cumplimiento del acuerdo y la soberanía popular. Debe tenerse en cuenta que las mencionadas leyes son consecuencia de otros tantos acuerdos entre las confesiones religiosas y el Ministro de Justicia, autorizado para ello por el Consejo de Ministros; al menos teóricamente sería éste el único vinculado por dicho acuerdo.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

día completo del domingo como régimen general), las festividades propias de otras confesiones no tienen carácter estatal ni general, sino particular para los miembros de tales comunidades, siendo preciso además el acuerdo para su efectividad en el ámbito laboral. Esta diferencia encuentra su explicación en que la elección del domingo como día general de descanso laboral obedece a la tradición, y no tiene un origen causal único religioso (STC 19/1985, caso *Trabajadora Adventista del Séptimo Día*).

- c) En cuanto al matrimonio, si bien en todos los casos se reconocen efectos civiles a su celebración, sólo se reconoce la posibilidad de dotar de eficacia civil a las sentencias canónicas sobre nulidad y matrimonio rato y no consumado. En este caso sí parece que estamos ante un trato preferente o privilegiado de la Iglesia católica, que sigue la tradición, pero difícil de justificar. El Tribunal Constitucional ha fundamentado esta eficacia civil en el propio artículo 16.3 de la Constitución, señalando que la misma no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos (STC 66/1982, caso *Eficacia civil de sentencia canónica II*); ciertamente, el privilegio se minimiza si tenemos en cuenta que para la eficacia civil de las sentencias canónicas éstas deben declararse ajustadas al Derecho del Estado. Sin embargo, el TC no ha analizado este problema desde el punto de vista de la discriminación de otras confesiones religiosas.
- d) En cuanto a la financiación de las distintas confesiones, sólo se reconoce a la Iglesia católica la posibilidad de que parte de la misma provenga de un porcentaje sobre la imposición personal recaudada por el Estado, siempre que el contribuyente lo manifieste expresamente. Se trata también de un tratamiento privilegiado, cuya explicación radica en el *status quo* existente en el momento de la celebración de los acuerdos; en efecto, la necesidad de que el contribuyente señale expresamente su voluntad de contribuir con una parte de sus impuestos al sostenimiento de la Iglesia, supone un notable avance en relación con la situación anterior. En cualquier caso, la Iglesia católica declara en el acuerdo con el Estado español su voluntad de lograr los recursos propios suficientes para atender sus necesidades. De todas formas, este privilegio podría corregirse

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

permitiendo a los fieles de otras confesiones con las que hay acuerdo destinar idéntico porcentaje de sus impuestos al sostenimiento de su culto.

e) La regulación de los aspectos educativos parte de la posibilidad común de optar por la enseñanza de la religión propia, impartida por los profesores designados por la confesión correspondiente (excepto en el caso de la enseñanza de la religión católica, cuyo profesorado es elegido por la autoridad académica entre los que propone el ordinario), en la educación infantil, primaria y secundaria. Sin embargo, muestra también algunas características específicas por lo que se refiere a la religión católica: entre ellas debe destacarse la equiparación de esta materia a las demás disciplinas fundamentales, si bien con carácter optativo (equiparación que se extiende incluso a las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado). Esta distinción encuentra su causa y justificación en la mayor implantación de la religión católica, que conlleva además un muy superior número de ministros de este culto, todo lo que permite la consideración de esta disciplina como asignatura de oferta obligatoria para los centros.¹⁸³

Entre las manifestaciones de este deber de cooperación, el Tribunal Constitucional ha señalado que el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no lesiona la libertad religiosa, ya que existe libertad para rechazar tal prestación, ni la

¹⁸³ En desarrollo de este Acuerdo con la Santa Sede, y de la LO 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, el R. Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, regula la enseñanza de la Religión, manteniendo la obligatoriedad para los centros de impartir la Religión católica, y garantizando el derecho a recibir enseñanza religiosa de las confesiones con las que hay acuerdos en los mismos niveles educativos que los establecidos para aquélla: educación Infantil, Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato. Se establecen además unas enseñanzas alternativas, para los alumnos que no elijan enseñanza religiosa.

Por otro lado, cabe señalar otras particularidades del tratamiento dado a la religión católica, derivadas del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: la educación que se imparte en los centros públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana (art. 1) [lo cual afecta también a otras Iglesias no católicas]; el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos de los católicos, si bien salvaguardando la libertad religiosa y de expresión (art. 14)

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

igualdad (incluso antes de los acuerdos con otras confesiones), pues no implicaba exclusión de la asistencia religiosa a quienes profesen otras religiones (STC 24/1982, caso *Cuerpo Eclesiástico Castrense*). También ha señalado el TC como manifestación del principio de cooperación con la Iglesia católica la inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar de las féminas que trabajen al servicio doméstico de sacerdotes célibes de los cuales sean familiares (por excepción a la regla general de la no inclusión de los familiares en este Régimen especial): SSTC 109/1988, caso *Familiares empleados del hogar I*; 59/1992, caso *Familiares empleados del hogar IV*.

b) Desarrollo legal

De las dos grandes manifestaciones de la libertad de pensamiento, que son la libertad de ideología y la de religión, sólo ésta última ha sido objeto de desarrollo específico, mediante la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 1980.

Esta norma reitera en su artículo 1 los principios y derechos constitucionales que rigen la materia, y establece las manifestaciones más importantes de esta libertad en su artículo 2; estas manifestaciones pueden resumirse como: a) Profesar las creencias religiosas que se elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que se tenía; manifestar las creencias religiosas, la ausencia de las mismas, o abstenerse de hacerlo. b) Practicar sus actos de culto y ritos, y recibir asistencia religiosa. c) Recibir e impartir enseñanza y formación religiosa de toda índole, y elegir la que esté de acuerdo con sus creencias, para sí y para los menores bajo su dependencia. d) Derecho de reunión, manifestación y asociación con fines religiosos.

Por lo demás, la ley alude a los límites a la libertad religiosa (art. 3), menciona cuál será su tutela judicial (art. 4), y regula el procedimiento de inscripción de confesiones religiosas, y sus derechos (arts. 5 y 6), la cooperación del Estado a través de convenios o acuerdos (art. 7), y crea la Comisión Asesora de la Libertad Religiosa, en el Ministerio de Justicia, con funciones de estudio, informe y propuesta de las cuestiones relativas a la propia ley (art. 8).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

c) Eficacia frente a terceros

En principio, puede admitirse que la libertad de ideología y religión, como la mayoría de los derechos fundamentales, si bien despliega su eficacia principalmente frente a los poderes públicos, es susceptible de hacerlo también frente a terceros. En efecto, se trata de un derecho que debe ser respetado por los particulares, quienes están sometidos a la Constitución (art. 9.1), por lo que deben abstenerse de realizar ninguna actividad que obstrulice el libre ejercicio de este derecho.

Sin embargo, han de indicarse algunas peculiaridades de esta libertad cuando actúa frente a terceros; así, por lo que se refiere a las actuaciones positivas en relación con las confesiones religiosas, es incuestionable que un particular puede dar un trato favorable a una confesión determinada, no afectándole, desde este punto de vista, la obligación de no discriminar (y ello aunque no pueda discriminar a otros particulares por motivos religiosos, y muy especialmente en el ámbito laboral). Por otro lado, es frecuente que se sitúen, frente a las libertades del art. 16, los derechos de terceras personas, y otros valores dignos de protección; ello conllevará, lógicamente, la necesaria ponderación entre ambos, que ocasionalmente puede concluir con el sacrificio, en el caso concreto, de la libertad de pensamiento.

Uno de los ámbitos en que con frecuencia puede plantearse la eficacia de las libertades del artículo 16 frente a terceras personas, es el laboral. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha negado que pueda imponerse a la empresa el día de descanso propio de la religión de un trabajador, con preferencia al establecido con carácter general; de esta forma, rechazaba el alto Tribunal que un cambio de ideas o creencias, aun cuando sea manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, pueda provocar la modificación de los contratos suscritos. Admitir tal modificación implicaría llevar el principio de sujeción de todos los ciudadanos a la Constitución a extremos incompatibles con el principio de seguridad jurídica. Por lo demás, señala el Tribunal que, en tal caso, la empresa no ha mantenido una actitud coercitiva de la libertad religiosa, ni ha realizado un tratamiento discriminatorio por razón de religión, pues precisamente era la trabaja-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

dora la que pretende un trato diferente o excepcional (STC 19/1985, caso *Trabajadora Adventista del Séptimo Día*).¹⁸⁴

D. LÍMITES Y CONFLICTOS CON OTROS DERECHOS

a) *Límites generales: el concepto de orden público*

El artículo 16.1 de la Constitución alude como único límite a las libertades que recoge al mantenimiento del orden público protegido por la ley. La determinación del significado de este concepto es, por lo tanto, primordial. La expresión “orden público” es susceptible de diversos sentidos; sin embargo, para los efectos que ahora nos interesan, debemos partir de un concepto constitucional de la misma. Por ello, podríamos partir de que el concepto constitucional de orden público no debe interpretarse como “orden de la calle” u orden policial, y ello a pesar de que en la elaboración del art. 16.1 se hizo preceder al límite inicial del orden público” la expresión “mantenimiento del”. Por otro lado, se trata de un concepto no idéntico al del Derecho privado (que estaría constituido por todas las normas de carácter imperativo) y algo más próximo al del Derecho Internacional o al del Derecho político. No se trata de una cláusula discrecional sino de un concepto jurídico indeterminado estrictamente sometido a control jurisdiccional (Beneyto, 1997, p. 324). Estaría constituido por lo “estrictamente necesario”, y no por lo simplemente conveniente” (Llamazares Fernández/Suárez Perttierra, 1980, p. 28).

Creemos que para anticipar un concepto constitucional de orden público podemos partir de aquellos valores fundamentales en una sociedad democrática, que constituyen el fundamento del sistema de libertades. Desde este punto de vista, podemos señalar que el límite a las libertades de ideología y religión sería el orden público, concepto éste que comprendería los derechos y libertades fundamentales (como núcleo esencial), y aquellos

¹⁸⁴ Un supuesto similar fue resuelto por el Tribunal Supremo norteamericano, (recogido por Wolfe, 1991, p. 395), permitiendo a la recurrente, por excepción a la regulación general, percibir el subsidio del desempleo a pesar de haber rechazado un trabajo que la obligaba a trabajar en sábado (*Sherbert v. Verner*, 1963). En realidad, este caso se diferencia del analizado por el Tribunal Constitucional español en que la libertad religiosa no se ejerce aquí frente a un particular.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

valores o bienes constitucionales, de carácter objetivo, y que deban considerarse esenciales; para esta consideración deberá tenerse en cuenta la necesidad de su preservación en una sociedad democrática, concepto éste que debe presidir la interpretación del significado del orden público.

Ciertamente, los textos internacionales a los que debe acudirse a efectos interpretativos por mandato del artículo 10.2, se refieren también a otros elementos limitativos de la libertad de pensamiento. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, si bien no establece ningún límite específico a la libertad de pensamiento, indica en su artículo 29.2 los límites que con carácter general afectan a todas las libertades, y que son aquéllos establecidos 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". El Convenio de Roma recoge también las restricciones que pueden afectar a la libertad de pensamiento, y que son las "medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás" (art. 9.2). Por último, el art. 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge idéntica limitación, si bien omitiendo toda referencia a la necesidad de tales medidas en una sociedad democrática".

Sin embargo, de una interpretación conjunta de todos los artículos citados también puede deducirse que los elementos limitativos aludidos —o al menos la mayoría de ellos— son, en realidad, manifestaciones o parte del contenido del propio orden público, entendido en el sentido antes apuntado. Además, los límites del artículo 16 deben interpretarse de conformidad con el art. 10.1 de la propia Constitución (Beneyto, 1997, p. 324; Llamazares Fernández/Suárez Pertíerra, 1980, p. 28), que recoge como fundamento del orden político y la paz social, entre otros, la dignidad de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

De esta idea parece partir al art. 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que señala como límite a esta libertad "la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática". Por tanto, esta ley parece

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

inclinarse por un concepto más “amplio” de orden público (dentro de la interpretación restrictiva que ha de darse a los límites, en relación con el derecho limitado). Dicho concepto comprendería los elementos que acabamos de citar; de esta forma, la ley puede establecer limitaciones a las libertades de ideología y religión, pero no de cualquier tipo, ya que tales límites han de tener como fundamento alguno de los bienes y principios que hemos señalado.

En fin, como breve comentario a los conceptos que venimos mencionando, podemos señalar que deben rechazarse las interpretaciones de la moralidad pública que limiten en exceso el derecho fundamental, basándose en concepciones o teorías morales particulares; por ello, este, concepto debe entenderse referido a los valores y bienes fundamentales de la Constitución, teniendo en cuenta para su entendimiento la concepción que de los mismos tiene la sociedad en un momento concreto. En cuanto al concepto de salud, debe entenderse prioritariamente en un sentido físico, pudiendo encontrarse algún ejemplo —aunque pocos—, en los que pudiera colisionar con la libertad religiosa;¹⁸⁵ si se da a este concepto otro sentido, como bien público o colectivo, seguramente poco añadiría a la seguridad y moralidad, aunque podría ser susceptible de interpretaciones muy restrictivas del derecho. Por último, la seguridad como límite a la libertad religiosa es acorde con la protección que al derecho a la seguridad dispensa el artículo 17 de la Constitución, y ello aunque algún texto internacional hable de “seguridad pública”. En cuanto al “bienestar general” a que alude la Declaración Universal de Derechos Humanos, debe interpretarse como garantía general de los elementos que hacen posible un sistema democrático.

En realidad, la idea de “necesidad” del límite “en una sociedad democrática”, que se desprende de algunos de los textos internacionales, debe presidir toda la interpretación del tema de los límites a la libertad de pensamiento. De esta forma, el concepto de orden público ha de ser un concepto “democrático”, esto es, acorde con los valores de la democracia y con los derechos fundamentales. En todo caso, y partiendo de una interpretación

¹⁸⁵ Así, el art. 14.3 de la ley 257/1992, y el mismo precepto de la ley 26/1992, que recogen los Acuerdos con las confesiones judía e islámica, respectivamente, señalan que el sacrificio de animales realizado de acuerdo con las leyes de estas religiones deberá respetar la normativa sanitaria vigente.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

armónica de nuestro artículo 16 y los textos internacionales en la materia, debe entenderse que el concepto de orden público, único límite constitucional expreso, comprende, además de los valores y derechos mencionados, los conceptos recogidos en los tratados internacionales, si bien interpretados a la luz de los propios principios democráticos. Tal es, creemos, el concepto apuntado líneas arriba.

Como ejemplo ilustrativo del concepto que comentamos, puede citarse la sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 12 de marzo de 1982, que entendió que la Ley Cantonal que prohibía toda procesión o manifestación religiosa en la vía pública es contraria al artículo 50 de la Constitución, que recoge la libertad de culto estableciendo como límites o la misma el orden público y las buenas costumbres. En cambio, quizás podrían considerarse contrarias al orden público español determinadas prácticas de matrimonio, frecuentes en algunas religiones (por ejemplo, la poligamia), o algunas formas de disolución (así, el repudio sin causa); y, desde luego, todas aquellas prácticas más o menos “religiosas”, utilizadas por algunas sectas, y que sean atentatorias contra la dignidad humana, su vida o su integridad física y moral.

Por lo demás, debe destacarse que, como se deduce del propio artículo 16, este límite general afecta sólo a las manifestaciones de la libertad de pensamiento o, si se quiere, a lo que antes hemos denominado vertiente externa del mismo; en efecto, la dimensión interna de esta libertad no posee límite alguno, precisamente porque, al no tener consecuencias externas, no puede lesionar ningún derecho o bien objetivo. Por lo demás, ya hemos señalado que esta dimensión escapa, por su propia naturaleza, a cualquier coerción.

Un problema particular que se plantea en torno los límites a la libertad ideológica y religiosa, es el de precisar éstos cuando la manifestación de la libertad de pensamiento se produce a través de la expresión; en tal caso, el Tribunal Constitucional ha señalado que la limitación del artículo 16.1 (orden público) no puede hacerse coincidir en términos absolutos con los límites a las libertades de expresión o información del artículo 20.4: debe realizarse una visión global de ambos derechos, y si bien no pueden eludirse los límites del artículo 20.4 de la Constitución, no pueden equipararse estos casos a aquéllos en los que sólo está en juego la libertad de expresión, pues por esta vía se restringiría la mayor amplitud con que la

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Constitución configura el ámbito de la libertad ideológica (STC 20/1990, caso *Mundiales del 82*).

b) Conflictos con otros derechos

Como ya hemos apuntado, la libertad de pensamiento es susceptible de entrar en colisión con los derechos de terceras personas; este tema ha sido aludido al referimos a su eficacia frente a terceros, y debe resolverse, en cada caso concreto, ponderando los derechos en juego. Al respecto, puede indicarse que el Tribunal Constitucional español, a diferencia de lo que ha hecho en ocasiones con la libertad de expresión, no ha predicado ningún tipo de “posición preferente” o prevalente de la libertad religiosa, frente a otros derechos o frente a sus límites en general. Como es sabido, el Tribunal Supremo norteamericano estableció esta *preferred position* para las libertades de prensa, expresión y religión.

c) Conflictos con otros bienes constitucionalmente protegidos

En consonancia con el concepto dado de orden público, el derecho a la libertad de pensamiento puede entrar en conflicto con otros bienes o valores que han merecido protección constitucional. Se trataría, por tanto, de limitaciones que derivan del propio concepto de orden público, si bien éste actuía como límite genérico o abstracto, con una dimensión predominantemente objetiva, mientras que los límites que ahora trataremos serían manifestaciones concretas de bienes constitucionales.

Entrando ya en las manifestaciones concretas, un elemento que puede colisionar con la libertad ideológica o religiosa es el llamado “ideario” o “carácter propio” de los centros docentes privados. Se trataría en realidad de un conflicto entre la libertad de creación y dirección de centros docentes, y la libertad de cátedra del profesor, como proyección de su libertad ideológica y de enseñanza. Podemos señalar ahora que el respeto a los derechos constitucionalizados en el artículo 16 implica que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del Centro (STC 47/1985, caso *Sala c. Colegio Lestonnac*).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Otro límite puede encontrarse en la STC 214/1991, caso *Violeta Friedman*, en la que el Tribunal señala que ni la libertad ideológica ni la de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo. Sin embargo, el Tribunal justifica esta limitación en el artículo 20.4 y en la dignidad de la persona, sin referirse a los límites del artículo 16.1, y olvidando la precisión que él mismo había establecido. En similar sentido se pronuncia la STC 176/1995, caso *Hitler=SS*, que analiza el supuesto únicamente desde la perspectiva de la libertad de expresión. Quizá podría haberse analizado el problema en ambos casos teniendo en cuenta que los valores superiores libertad y pluralismo político parecen “reforzar” la libre expresión de opiniones, especialmente cuando nos situamos en el ámbito de la ideología, e incluso cuando éstas se utilizan “contra” otros valores constitucionales; la libertad y el pluralismo permiten una mayor “apertura” del sistema constitucional de valores. Además, como veremos en el capítulo correspondiente, difícilmente puede predicarse el honor de cualquier grupo o colectivo.

Por último, cabe indicar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad ideológica de los titulares de los poderes públicos ha de armonizarse en su ejercicio con el necesario cumplimiento del deber positivo inherente al cargo público de respetar y actuar en su ejercicio con sujeción a la Constitución (STC 101/1983, caso *Juramento Esnaola-Solabarría*). De esta forma, la necesidad de prestar acatamiento a la Constitución constituiría un límite a la libertad ideológica de los titulares de los poderes públicos, si bien “acatamiento” debe entenderse como respeto a las reglas de juego democráticas; en el mismo sentido debe entenderse el término “fidelidad”, ya que si éste se interpretase como adhesión interior al contenido concreto del texto constitucional, vulneraría el derecho a la libertad ideológica (STC 122/1983, caso *Juramento Diputados del Parlamento Gallego*).¹⁸⁶

¹⁸⁶ Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado la constitucionalidad del cese de la relación funcionarial fundada en la falta de idoneidad del funcionario a prueba que no garantiza su fidelidad a la Constitución, considerando que es principio tradicional el que los funcionarios están obligados a un deber especial de fidelidad política frente al Estado. S. de 22 de mayo de 1975 (BVerfGE 39, 334) y Resolución de 31 de julio de 1981.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

E. GARANTÍAS

a) Garantías generales: reserva de ley

La libertad ideológica y religiosa está sujeta, por mandato del artículo 53.1, a reserva de ley, que deberá respetar su contenido esencial. Teniendo en cuenta el artículo 81.1, tal ley deberá ser orgánica: este carácter reviste la ley reguladora de la libertad religiosa, ya mencionada, y el mismo debería revestir cualquier norma legal que constituyera desarrollo de la libertad ideológica, o de la libertad de pensamiento en su conjunto. Es dudoso si este carácter alcanzaría al precepto legal que recogiera alguna manifestación de la objeción de conciencia que se considerase compatible con la Constitución; en principio, podría entenderse que sí debe regularse por ley orgánica, como manifestación de la libertad ideológica; ello con la excepción —ya hemos señalado el cierto contrasentido que ello supone— del desarrollo de la objeción de conciencia al servicio militar, recogida en el artículo 30.2, y que se realiza por LO.

Aunque pueda entenderse que los acuerdos con las diversas confesiones religiosas regulan manifestaciones de la libertad religiosa, éstos se han aprobado por LO, siguiendo el criterio previsto en la LOLR, puesto que lo que es desarrollo en sentido estricto de esta libertad, ya queda regulado en el texto legal que acabamos de mencionar.

b) Garantías jurisdiccionales

Protección específica

Las libertades reconocidas en el artículo 16 de la Constitución son objeto de una protección especial en el ámbito penal. Al respecto, la Constitución de 1978 supuso un cambio en el bien jurídico digno de protección, que pasó de ser la religión oficial, a la libertad religiosa (Prieto, 1987, p. 171), o, más precisamente, lo que nosotros hemos venido denominando libertad de pensamiento y el Código Penal protege mediante la tipificación de los “Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, en la Sección 20 del Capítulo IV del Título XXI (Libro II). Algunos de estos delitos protegen los sentimientos o creencias

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

religiosas, dando a éstos un entendimiento colectivo y general. Por lo demás, esta libertad también queda protegida cuando se realicen en su contra las actuaciones tipificadas como determinados tipos generales (por ejemplo, injurias, amenazas, coacciones...). Los delitos tipificados en el capítulo aludido son:

- Impedir, mediante cualquier apremio ilegítimo, a un miembro de una confesión religiosa practicar o asistir a actos de culto; o forzar a practicar o concurrir a tales actos (art. 522 del Código Penal); es un tipo especial de coacciones que puede denominarse proselitismo ilegal, castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses.
- Impedir o perturbar con violencia, amenaza, tumulto o vía de hecho, cualquier acto o manifestación de las confesiones religiosas (art. 523); delito castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si se comete en lugar destinado al culto, y multa de cuatro a diez meses en otro caso.
- Profanación en ofensa de los sentimientos religiosos (art. 524), castigado con prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses.
- Escarnio público de los dogmas, creencias, ritos y ceremonias de una confesión religiosa, o vejación a quienes la profesan (art. 525), castigado con la pena de multa de ocho a doce meses. La misma pena corresponde a quienes hagan escarnio público de quienes no profesan religión o creencia alguna.¹⁸⁷
- Violación de sepulcros o sepulturas, profanación de cadáveres o sus cenizas, castigados con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses, y que requieren la falta al “respeto debido a la memoria de los muertos”. Este requisito co-

¹⁸⁷ El Tribunal Supremo entendió, bajo la vigencia del Código anterior, que este delito no supone agravio o ultraje a una persona determinada, sino que protege los sentimientos religiosos como valor colectivo o social de primera magnitud (sentencia de 8 de abril de 1981 —Penal—); las ss. de 14 de febrero de 1984 y 26 de noviembre de 1990 lo sitúan, en cambio, más bien en el ámbito de la libertad de conciencia, como derecho fundamental del art. 16 CE. El ATC 180/1986, de 21 de febrero, afirma que el precepto trata de garantizar el respeto a las convicciones religiosas de todos los ciudadanos, por lo que no cabe imaginar que pueda afectar a la libertad ideológica y religiosa de cada uno de ellos.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

necta este delito con los sentimientos religiosos, aunque en realidad dicho respeto puede considerarse como un sentimiento social digno de protección, que trasciende el ámbito puramente religioso.

Desaparecen como tipos específicos los maltratos a un ministro de una confesión, con ocasión o en el desempeño de los oficios de su ministerio, y las restantes ofensas al sentimiento religioso (en lugar religioso), que aparecían en el anterior Código penal.

Amparo judicial genérico

La libertad ideológica, religiosa y de culto está incluida en el ámbito protegido por la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. (Si bien su artículo 1.2 sólo se refiere a la libertad religiosa, debe tenerse en cuenta la extensión realizada por la Disposición transitoria 20 de la LOTC). En el ámbito laboral, es aplicable a cualquier vulneración de la libertad de pensamiento el procedimiento previsto para la tutela de los derechos de libertad sindical (art. 175 R. Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral).

Amparo constitucional

Las libertades reconocidas en el artículo 16 de la Constitución son susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE y 41 LOTC). Puede señalarse que el principio de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas no es en sí mismo un derecho fundamental, y por lo tanto no le serían aplicables los procedimientos específicos de suspensión de éstos.

F. SUSPENSIÓN

Las libertades que venimos comentando no son susceptibles de suspensión, ni en los estados excepcionales, ni a título individual en relación con la investigación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55 CE).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sin embargo, entre las distintas manifestaciones externas de esta libertad, existen algunas (expresión y reunión) que si admiten tal suspensión.

G. APÉNDICES

1. *Jurisprudencia*

a) Tribunal Constitucional

Concepto, contenido y manifestaciones de la libertad de pensamiento.

Puede citarse la STC 20/90, caso *Mundiales del 82*; algunas de las manifestaciones de esta libertad aparecen en la STC 120/1990, caso *GRAPO I*; 137/1990, caso *GRAPO II*; 208/1989, caso *Propaganda en elecciones sindicales*; y 66/1994, caso *Pensión de viudedad sin matrimonio IX* (véase también ATC 156/1987, de 11 de febrero). Sobre la relación entre las libertades del artículo 16 y otros derechos fundamentales, ATC 1227/1988, de 7 de noviembre. Respecto a la relación entre la libertad ideológica y la objeción de conciencia, pueden indicarse las STC 15/1982, caso *Objeción sin regulación legal*, y la STC 160/1987, caso *Ley 48/84, de Objeción de conciencia*; la STC 321/1994, caso *tratamiento penal de insumiso, I*; STC 55/1996, caso *tratamiento penal de los insumisos, II*; ATC 71/1993, de 1 de marzo, sobre la llamada “objeción fiscal”. La STC 53/1985, caso *Despenalización del aborto*, hace una referencia a la objeción de conciencia de los médicos a la práctica del aborto. En cuanto al ámbito negativo (derecho a no declarar sobre la ideología, religión o creencias), además de la ya citada STC 160/1987, hay que añadir la STC 292/1993, caso *Nombres de los afiliados a sindicato*. Sobre la no obligación de participar en un acto religioso, la STC 177/1996, caso *parada militar*.

No confesionalidad estatal y deber de cooperación.

STC 1/1981, caso *Eficacia civil de sentencia canónica, I*; STC 66/1982, caso *Eficacia civil de sentencia canónica II*; STC 93/1983, caso *Eficacia civil de sentencia canónica III*; 265/1988, caso *Eficacia civil de sen-*

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

tencia canónica IV. También analizan estos principios las SSTC 24/1982, caso *Cuerpo Eclesiástico Castrense*, 109/1988, caso *Familiares empleados del hogar I*, 59/1992, caso *Familiares empleados del hogar IV*; y el ATC 180/1986, de 21 de febrero. La STC 340/1993, caso *Artículo 76.1 LAU* anula un privilegio de la Iglesia católica, basándose en el principio de no confesionalidad y de separación entre Iglesia y Estado. El principio de neutralidad estatal se define con carácter general en STC 5/1981, caso *Estatuto de Centros*. La STC 166/1996, caso *operación quirúrgica a testigo de Jehová*, señala que las obligaciones del Estado en la materia no implican el reintegro de gastos médicos ocasionados por el tratamiento en una clínica privada.

Eficacia frente a terceros

La STC 19/1985, caso *Trabajadora Adventista del Séptimo Día*, niega que quepa imponer al empresario un descanso laboral exigido por una confesión concreta.

Límites

Deben citarse, en el ámbito educativo, las SSTC 5/1981, ya referida, y la STC 47/1985, caso *Sala c. Colegio Lestonnac*. La relación entre los límites a las libertades del artículo 16 y los recogidos en el artículo 20.4 para las libertades de expresión e información se tratan en la STC 20/1990, caso *Mundiales del 82*. La STC 214/1991, caso *Violeta Friedman*, señala la dignidad de la persona y otros valores constitucionales como límite a la libertad ideológica; en sentido parecido, STC 176/1995, caso *Hitler=SS*. El acatamiento a la Constitución como límite a la libertad ideológica se recoge en las SSTC 101/1983, caso *Juramento Esnaola-Solabarría*, y 122/1983, caso *Juramento Diputados del Parlamento gallego*.

b) Tribunal Supremo

Pueden citarse las sentencias de 8 de abril de 1981, 14 de febrero de 1984 y 26 de noviembre de 1990 (Penal), en relación con el delito de escarnio a una confesión religiosa; la de 10 de junio de 1991 (Contencioso-administrativo), sobre las limitaciones de la libertad ideológica derivadas de la pertenencia a las Fuerzas Armadas; 10 de mayo de 1992 (contencioso-ad-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ministrativo), sobre la no obligación de declarar sobre la ideología, religión o creencias; y las de 23 de diciembre de 1992 (Penal), y 15 de octubre de 1993 (Penal) sobre la relación entre objeción de conciencia y libertad ideológica.

c) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Pueden destacarse la sentencia de 7 de diciembre de 1976 (caso *Kieldsen, Busk Madsen y Pedersen*), sobre el derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación acorde con sus convicciones religiosas y filosóficas; la sentencia de 13 de agosto de 1981 (caso *Young, James y Webster*), que pone de manifiesto la relación entre libertad de pensamiento y otras libertades. El informe de la Comisión de 9 de mayo de 1989, en el caso *Darby*, señala que es contrario a la libertad religiosa la obligación de pagar un impuesto a una Iglesia sin pertenecer a ella. También hay que referirse a la sentencia de 25 de mayo de 1993 (caso *Kokkinakis*), y la de 23 de junio de 1993 (caso *Hoffmann*).

La más reciente jurisprudencia de este Tribunal puede encontrarse en Martínez-Torrón, J., *La libertad religiosa en los últimos años de jurisprudencia europea*, en Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. IX (1993).

d) Jurisprudencia constitucional comparada

Del Tribunal Federal Suizo puede citarse la sentencia de 12 de marzo de 1982, sobre manifestaciones de la libertad de culto. Del Tribunal Constitucional Federal alemán la sentencia de 22 de mayo de 1975 (BVerfGE 39, 344) y resolución de 31 de julio de 1981, sobre deber de fidelidad de los funcionarios a la Constitución, como límite a su libertad ideológica. La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano sobre la libertad religiosa y sobre las relaciones entre Estado y distintas confesiones puede encontrarse resumida y comentada en Wolfe, Ch., *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, páginas 390 y ss (jurisprudencia del Tribunal Warren), y 439 ss. (Tribunal Burger).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

2. *Legislación*

a) Textos internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 18 y 29.2; Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, art. 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18; Resolución de las Naciones Unidas 36/55, de 25 de noviembre de 1981, que aprobó la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa.

Las relaciones de cooperación entre el Estado y la Iglesia católica se tradujeron en los cuatro Acuerdos con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979: sobre asuntos jurídicos; sobre asuntos económicos; sobre enseñanza y asuntos culturales; y sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de clérigos y religiosos.

b) Legislación española

El desarrollo de la libertad religiosa y de culto ha tenido lugar por LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa.

Los Acuerdos con otras confesiones religiosas se han plasmado en tres leyes de 10 de noviembre de 1992: la 24/1992, Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992, Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España; y Ley 26/1992, Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comunidad Islámica de España.

En relación a las garantías de la libertad religiosa, debe tenerse en cuenta los arts. 522 y siguientes del Código penal.

3. *Bibliografía*

Libertad de pensamiento

Como comentario general sobre lo que hemos denominado libertad de pensamiento, debe citarse a BENYEITO PÉREZ, J. M., “Artículo 16: libertad ideológica y religiosa”, en Alzaga, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*.

tución española de 1978, vol. II, Madrid, EDERSA-Cortes Generales, 1997. CONTRERAS MAZARIO, J. M., “Algunas consideraciones sobre la libertad de conciencia en el sistema constitucional español (I)”, en *Derechos y libertades*, núm. 3; MORENO GARCÍA, A., “Significado constitucional de la libertad religiosa”, en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 7, 1995.

Como capítulos en obras colectiva pueden destacarse LÓPEZ GUE-RRA, L./Espín, E. y otros, *Derecho constitucional*, vol. I, 20a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1994 (cap. 10); MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Li-berdades públicas*, vol. I, Valencia, 1993 (cap. VII).

Libertad religiosa

Un tratamiento general de la libertad religiosa se encuentra en BASTERRA, D., *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Madrid, Civitas, 1989; CIAURRIZ, M. J., *La libertad religiosa en el derecho español*, Madrid, Tecnos, 1984. AMORÓS AZPILICUETA, J. J., *La libertad religiosa en la Constitución de 1978*, Madrid, Tecnos, 1984. CANTÍN, L. V., *Naturaleza, contenido y extensión del derecho a la libertad religiosa*, Madrid, 1990. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Libertad religiosa y de culto”, en *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*, vol. I, Ministerio de Justicia, 1992. ALONSO DE ANTONIO, J. A., “El derecho a la libertad religiosa en la Constitución de 1978: artículo 16”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (RFDUC)*, núm. 2 (monográfico), 1979. Por último, entre los capítulos de obras colectivas, puede citarse IBÁN, I. C./PRIETO SANCHÍS, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, 20a. ed., Madrid, Tec-nos, 1987 (cap. V y VI).

Otros aspectos concretos en relación con la libertad religiosa pueden encontrarse en MOTILLA, A., “Breves reflexiones en torno a la importancia social y política del derecho de libertad religiosa”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 1 114, año XV, vol. 1 (1989); CONTRERAS MAZARIO, J. M, *La igualdad y la libertad religiosa en las relaciones de trabajo*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1991; del mismo autor, “La Comisión Asesora de la libertad religiosa”, en *Revista Es-pañola de Derecho Constitucional*, n1 19 (1987).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Relaciones Iglesia-Estado.

PRIETO SANCHÍS, L, “Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales”, en Predieri, A./García de Enterría, E., *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “Estado laico y libertad religiosa”, en *RFDUC*, n1 54 (1978); LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. /Suárez Perttierra, G., “El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico”, en *RFDUC*, n1 61 (1980).

Libertad ideológica y Derecho penal.

Aunque excede del ámbito constitucional en que se centra este trabajo, podemos citar por la importancia del tema los trabajos de TAMARIT SUMALLA, J. M., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1989, que realiza también consideraciones generales en torno a la libertad ideológica; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y Derecho penal: límites a la eficacia del derecho penal en comportamientos de conciencia*, Granada, 1994.

Varios trabajos en torno a la objeción de conciencia, y al tratamiento penal de la discriminación, y de las sectas, se recogen en la obra colectiva *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

CAPÍTULO V

LA INTIMIDAD CORPORAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (1998)

1. PLANTEAMIENTO: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y UNA “NUEVA DIMENSIÓN” DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

Si partimos de la jurisprudencia constitucional, la intimidad personal entraña la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, FJ 3; 179/1991, FJ 3; 20/1992, FJ 3; 57/1994, FJ 5; 207/1996, FJ 3, entre otras). Al hablar del derecho a la intimidad, la idea que primeramente viene a la mente es la de “vida privada”; queremos decir que, en una primera impresión, sus manifestaciones primarias se refieren a la esfera más íntima de la vida del individuo: esfera privada, vida íntima o relaciones familiares, pero no se piensa en su propio cuerpo, cuya protección parece corresponderse más bien con el ámbito de la integridad física. El reconocimiento constitucional de la intimidad, junto a derechos como la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones refuerzan esta idea. Sin embargo, lo cierto es que algunas de las manifestaciones de la intimidad no protegen la “vida privada” en este sentido estricto, sino la realidad física de la persona, esto es, su cuerpo; o, más exactamente, algunas partes del mismo que, según la convención social, se consideran ínti-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

mas. Esta manifestación del derecho puede denominarse “intimidad corporal”, y ha sido reconocida en nuestro sistema por el Tribunal Constitucional, señalando alguno de sus perfiles, especialmente en una sentencia de 1996.

Desde este punto de vista podríamos hablar en nuestro sistema de una “nueva manifestación” del derecho a la intimidad, “creada” o reconocida por el Tribunal Constitucional, y ello en un doble sentido: en primer lugar, porque en una “primera impresión” no forma parte de su contenido más originario, sobre todo si se parte de un concepto estricto de la misma. Y, en segundo lugar, porque su reconocimiento explícito por nuestro Tribunal Constitucional no se ha producido hasta 1989, aunque tampoco antes había rechazado su protección (simplemente, no había tenido ocasión de pronunciarse). En realidad, esta manifestación obedece más bien a la idea de proteger una cierta “inmunidad corporal”, que la vida privada entendida como ámbito de la esfera íntima o familiar en el que un individuo puede desarrollar libremente su personalidad.

Lo anterior no quiere decir ni mucho menos que la intimidad corporal no forme parte del ámbito protegido por el derecho a la intimidad, ni tampoco que se haya introducido “con calzador” en el ámbito del artículo 18. 1. Si nos fijamos en el derecho comparado, las manifestaciones a que nos vamos a referir forman parte sin duda, y desde hace tiempo, de conceptos como el de *privacy* o *riservatezza*, aunque éstos se han configurado probablemente con un sentido más amplio que nuestra intimidad.

En la exposición que sigue trataremos de desarrollar algunos de los aspectos más importantes de este derecho, centrándonos en nuestro sistema, y con base en la jurisprudencia constitucional que ya se ha pronunciado sobre este particular, y que se encuentra especialmente en tres decisiones fundamentales: las SSTC 37/1989, 97/1994 y 207/1996.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

2. CONCEPTO DE “INTIMIDAD CORPORAL” Y DELIMITACIÓN CON OTROS DERECHOS.

a) *Concepto.*

Según el Tribunal Constitucional, del derecho a la intimidad personal forma parte la intimidad corporal, de principio inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona; pero como lo que protege este derecho es el sentimiento de pudor o recato, no afectará al mismo cualquier intervención o intromisión en el cuerpo, sino sólo aquéllas que, teniendo en cuenta las partes sobre las que recaen o los instrumentos con que se realizan, suponen violación de dicho pudor o recato (STC 37/1989, de 15 de febrero, y posteriores).

Como ningún derecho es absoluto, la protección constitucional de la intimidad corporal puede llegar a ceder ante determinadas exigencias públicas, cuando se den ciertos requisitos, como veremos más adelante. Pero ahora nos interesa analizar solamente cuándo una actuación afecta a la intimidad corporal. Desde este punto de vista, y de acuerdo con la jurisprudencia comentada, podríamos definir la intimidad corporal como *el derecho a no padecer inspecciones, registros o exámenes en las partes del cuerpo que, de acuerdo con el criterio cultural existente en un momento dado, se consideran íntimas* (salvo que se cumplan determinados requisitos, como acabamos de mencionar). El valor que trata de proteger este derecho es, por tanto, el pudor o el recato, lo que le vincula a la intimidad personal, ya que ese pudor se relaciona con la privacidad o inmunidad que, según el criterio social, protegen determinadas partes del cuerpo, salvo consentimiento de su titular.

Si bien este derecho protege en principio tanto frente a actuaciones de particulares como de los poderes públicos, en la práctica los mayores problemas se han planteado ante estas últimas, y más en concreto frente a las indagaciones o registros ordenados en el curso de un procedimiento, habitualmente de carácter penal. Hay que tener en cuenta que muchas de las injerencias que pudieran provenir de otros particulares afectarán principalmente al derecho a la libertad sexual, que goza de protección autónoma en el Código Penal.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde el punto de vista teórico o conceptual, podría entenderse que la intimidad corporal forma parte de un derecho más amplio que podríamos denominar “inmunidad corporal”, y que a su vez sería el aspecto pasivo de la libertad de disponer sobre el propio cuerpo. Esta libertad ha sido reconocida en algún sistema extranjero. Así, la Corte Constitucional italiana (sentencia de 22 de octubre de 1990, núm. 471) ha señalado que, del precepto constitucional que recoge la libertad personal, se deriva el valor de la inviolabilidad de la persona, que implica la libertad de disponer sobre el propio cuerpo. En nuestra Constitución, esta libertad no aparece expresamente reconocida, pero puede entenderse incluida en el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social (art. 10.1). Dentro de esta libertad podrían encontrarse algunas libertades constitucionales “no escritas”, como por ejemplo la libertad sexual; pero, por lo que ahora nos interesa, cabe destacar que esta libertad tendría una dimensión negativa o de inmunidad corporal, cuyas manifestaciones encontrarían protección constitucional en diversos preceptos: algunas de ellas, en el artículo 15, que protege la integridad física, y otras, en el artículo 18.1, como parte de la que venimos denominando “intimidad corporal”. Ahora bien, otras manifestaciones de este aspecto negativo o pasivo de la libertad de disponer del propio cuerpo no podrían englobarse en ningún derecho fundamental.

En efecto, y según se deduce de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la intimidad corporal protege sólo ciertas partes del cuerpo, a las que afecta el sentimiento de pudor: claramente, los órganos genitales externos o internos, el ano y el recto y, en el caso de las mujeres, también los pechos, aunque podrían encontrarse otras partes “dudosas”. Esta primera consecuencia ha sido objeto de crítica por algún sector doctrinal, ya que la misma parece implicar que quedan fuera de toda protección constitucional las inspecciones o registros sobre otras partes del cuerpo, cuando no impliquen extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos. A algunas de estas posibles inspecciones nos referiremos más adelante.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

b) Distinción con la integridad física

Ahora procede distinguir el derecho a la “intimidad corporal” de otras manifestaciones de la “inmunidad corporal” que no afectan a dicho derecho, aunque sí a la integridad física. El Tribunal Constitucional, siguiendo en parte a la doctrina alemana, lo ha hecho con claridad, y con afán casi doctrinal y didáctico, en su sentencia 207/1996. La misma, considerando las diligencias que pueden practicarse en un procedimiento penal, distingue dos tipos: por un lado, las intervenciones corporales, consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial, o en su exposición a radiaciones; este tipo de intervenciones afectará generalmente a la integridad física, ya que producen algún tipo de alteración, lesión o menoscabo —aunque sea mínimo— en el cuerpo. Como ejemplos de este tipo de intervenciones podrían citarse la extracción de sangre, pelos, uñas, biopsias, o el sometimiento a rayos X o resonancias magnéticas.

Por otro lado están las inspecciones y registros corporales, que consisten en cualquier tipo de reconocimiento o examen del cuerpo humano, siempre que no suponga afectación o menoscabo de su integridad. Como ejemplo de indagaciones de este tipo menciona el Tribunal las diligencias de reconocimiento en rueda, los exámenes dactiloscópicos, los exámenes ginecológicos, electrocardiogramas, inspecciones anales o vaginales. Este tipo de actuaciones puede afectar a la intimidad corporal pero, como hemos visto, sólo lo harán cuando incidan en partes íntimas del cuerpo o sobre la privacidad. Por ello vemos que las intervenciones que, sin afectar a la integridad física, no se practiquen sobre partes íntimas del cuerpo ni afecten al pudor o privacidad, parecen quedar fuera de protección constitucional. El Tribunal Constitucional ha afirmado la afectación de la intimidad corporal en pocos supuestos: así, la realización de un examen ginecológico (STC 37/1989, de 15 de febrero), o la orden de realizar flexiones desnudo (STC 57/1994, de 28 de febrero).

En todo caso, y como ya hemos dicho, no toda actuación que afecte a cualquiera de estos derechos los vulnera, puesto que, con el cumplimiento de ciertos requisitos, se permiten determinadas actuaciones, como luego veremos. Conviene ahora retener la diferencia entre la integridad física y la intimidad corporal, y que radica en que aquélla protege frente a inter-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

venciones que de algún modo alteran o menoscaban la realidad física del cuerpo, mientras que la intimidad corporal protege frente a actuaciones que, sin alterar dicha realidad física, indagan, inspeccionan o examinan la misma (con cierta frecuencia en busca de algo distinto al propio cuerpo). Creemos que, no obstante estas diferencias, la relación entre ambos derechos es clara, y radica en que ambos protegen lo que antes hemos denominado “inmunidad corporal”, aunque en un caso se trata de impedir su alteración, y en otro —al menos en principio— el pudor que normalmente acompaña a ciertas partes íntimas del cuerpo.

Pero la relación entre integridad física e intimidad no acaba ahí, ya que algunas de las intervenciones que pueden afectar a la integridad física (pero no a la intimidad corporal), pueden incidir también en el derecho a la intimidad personal “a secas”. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional por lo que se refiere a un corte de pelo en cabeza y axilas (STC 207/1996), afirmando que, si bien en sí mismo no afecta a la “intimidad corporal”, sino a la integridad física, por su finalidad en el caso concreto (averiguar si el imputado es consumidor habitual de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes), afecta también al ámbito de la vida privada protegido por la intimidad personal. Igual sucede con la extracción de sangre, que en sí misma no afecta a la intimidad, pero que puede afectarla por su finalidad, por ejemplo cuando la misma es realizar una prueba biológica para determinar la paternidad (sobre este tema se ha pronunciado la STC 7/1994, de 17 de enero, aunque señala que no se vulnera ninguno de los derechos si se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia).

c) Supuestos dudosos

De lo dicho hasta ahora se deduce que, según la jurisprudencia constitucional, existen algunas inspecciones o indagaciones que quedan fuera de toda protección constitucional. Se trataría de aquellos exámenes que, sin afectar a la integridad física, recaen sobre partes del cuerpo que no pueden considerarse “íntimas”. Más correctamente, desde mi punto de vista, podríamos interpretar que las mismas no están protegidas por ningún derecho fundamental, ya que en todo caso podría quedar afectado el derecho que hemos denominado de “inmunidad corporal”, y que no es sino la ver-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

tiente negativa de la libertad de disponer del propio cuerpo. En nuestro sistema constitucional, serían los valores dignidad y libertad, y el libre desarrollo de la personalidad, los que podrían verse afectados. Ello no implica, obviamente, que cualquiera de estas intervenciones vulnere la Constitución, pero sí que en todo caso deben tenerse en cuenta determinados requisitos en su práctica.

Un ejemplo de inspección no protegida por ningún derecho fundamental sería un registro bucal. Un supuesto de este tipo fue resuelto por el Tribunal Supremo (sentencia de 15 de enero de 1993, Penal). Se trataba de una persona que, ante la presencia de la policía, introdujo en su boca diversas bolsitas con droga, pero no consiguió escamotear tal sustancia por la acción policial; el Tribunal consideró que se trataba de un delito flagrante y que el supuesto era una intervención corporal que, por no afectar a partes íntimas, no podía alcanzar la trascendencia de un registro anal o vaginal, siendo más bien equiparable a un cacheo. Pero el mero hecho de que el Tribunal analice el cumplimiento de los requisitos de flagrancia, previsión legal, y no afectación a la dignidad de la persona ni a la integridad física y moral, así como no darse tratos inhumanos o degradantes, muestra que en todo caso este tipo de inspección no carece de toda protección constitucional.

Otro ejemplo de inspección que no afecta ni a la integridad física ni a la intimidad corporal es la toma de huellas dactilares. Sin embargo, en este caso sí puede verse afectado el derecho a la intimidad personal, ya que tales huellas permiten identificar a las personas, y en su caso conocer aspectos de su persona y de su vida que podrían incidir en el ámbito de su intimidad. Incluso podría entenderse que determinadas características físicas de la persona que la hacen exclusiva o la distinguen de cualquier otra (huella dactilar, código genético, etc.) forman parte de su derecho a la intimidad, estando su conocimiento vedado, al menos en principio. De todas formas, en la mayoría de los casos la toma de huellas encontrará justificación en la necesidad de facilitar la investigación de los hechos delictivos y la identidad de sus autores, teniendo en cuenta además la leve intervención que supone. La Ley de Enjuiciamiento Criminal da entrada a esta intervención en el artículo 785, número 3.

Otro tipo de inspecciones o intervenciones plantean más dudas. Así, un vaciado forzoso de estómago. Este supuesto, resuelto hace ya muchos años por la jurisprudencia norteamericana (Tribunal Supremo, *Rochin v.*

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

California, 342 U.S. 165, 1952) en el sentido de que su práctica era contraria al derecho de *privacy* que deriva de la cláusula del proceso debido, plantea algunas dificultades en nuestro sistema. En tanto no afecta a partes íntimas del cuerpo, no supone una intervención en la intimidad corporal. Sólo cabría entender que afecta a la integridad física si dicha práctica produce algún daño corporal, lo cual en principio no debería suceder. En todo caso, parece que su práctica no cumpliría normalmente los requisitos de la intervención legítima, ya que habitualmente existirán otros métodos menos violentos o graves que pueden conseguir el mismo resultado.

También plantea dudas el supuesto de sometimiento a rayos X. Nuestro Tribunal Supremo, basándose en la restrictiva doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ámbito protegido por la intimidad corporal, ha rechazado que esta práctica puede afectar a dicho derecho, ya que la misma no afecta al pudor según la concepción dominante en la sociedad actual (STS de 18 de enero de 1993 Penal). El Tribunal Constitucional ha analizado el supuesto desde la perspectiva de la integridad física, señalando que la misma podría verse vulnerada si las radiaciones tienen lugar con excesiva intensidad, en sesiones excesivamente frecuentes o se practican en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles, lo que supondría un riesgo para la salud; si bien el Tribunal no aprecia que tales circunstancias se den en el caso concreto (STC 35/1996, de 11 de marzo). En la práctica, con el escrupuloso cumplimiento de los requisitos a que nos acabamos de referir, el sometimiento a rayos X puede ser el método menos lesivo con los derechos fundamentales para detectar la presencia dentro del cuerpo humano de determinados objetos que pueden tener relación con la comisión de delitos.

Por no alargar la exposición de ejemplos de casos “dudosos”, nos referiremos en último lugar a la extendida práctica de los cacheos. Puede entenderse por cacheo el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal de una persona.¹⁸⁸ Esta práctica ha sido analizada sobre todo por la jurisprudencia en relación con el derecho a la libertad personal,

¹⁸⁸ En sentido estricto, distinto al cacheo sería el registro, ya que, mientras aquél es meramente exterior, este último incluye la búsqueda de piezas de convicción en el interior de la persona. Los supuestos de registro, a algunos de los cuales nos hemos referido a lo largo de la exposición, incidirán en la intimidad corporal cuando se produzcan sobre partes del cuerpo a las que afecta el sentimiento del pudor, y no lo harán en otro caso (por ejemplo, inspecciones bucales).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

pero la misma puede también afectar el derecho a la intimidad corporal. Ello es especialmente claro en los supuestos de cacheos de mujeres llevados a cabo por personal masculino de la policía. El Tribunal Supremo ha encontrado justificado el traslado de una sospechosa a la Comisaría para la práctica de un cacheo, con lo que admite implícitamente una mayor intervención en el derecho a la libertad personal, en aras de que resulte más protegida la intimidad corporal (STS de 23 de febrero de 1994, Penal). Por ello creemos que este tipo de cacheos no podrá llevarse a cabo en la calle. Y, en todo caso, toda práctica de este tipo requerirá la previa sospecha de comisión de un delito, además del respeto al principio de proporcionalidad, aunque no es precisa la previa intervención judicial. Por su parte, la cobertura legal de esta práctica se encuentra en la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en la LO 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

3. FUNDAMENTO DE LA INTIMIDAD CORPORAL Y LÍMITES ÚLTIMOS DE TODA INTERVENCIÓN

Como hemos visto, la idea en la que se basa la protección que dispensa el derecho a la intimidad corporal es la del pudor o recato. Sin embargo, el fundamento último de este derecho se encuentra en la protección de la dignidad de la persona; así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional (por ejemplo, SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 207/1996, de 16 de diciembre). La dignidad actúa en realidad como fundamento de la intimidad en general (entre otras muchas, STC 231/1988, de 2 de diciembre), y también, entre otros derechos fundamentales, de la integridad física.

Quizá por ello el Tribunal Constitucional ha establecido que dicha dignidad será el límite último de toda intervención o indagación corporal. Este límite es aplicable tanto a las inspecciones que afectan a la intimidad corporal, como a cualquier intervención que incida sobre la integridad física; incluso debe respetarse en aquellas intervenciones que, afectando a la “inmunidad corporal”, no inciden sobre ninguno de los dos derechos mencionados. Como consecuencia de este fundamento y límite último, nunca una intervención podrá constituir, atendidas las circunstancias del caso, un trato degradante (STC 37/1989, de 15 de febrero; 57/1994, de 28 de febre-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ro; 207/1996, de 16 de diciembre), ya que la prohibición constitucional al respecto parece absoluta (en el artículo 15 la prohibición de tratos degradantes viene precedida del inciso “en ningún caso”). La dignidad aparece así como un *minimum* invulnerable en todo caso (por ejemplo, STC 57/1994). Todo ello quiere decir que, aunque la indagación o intervención cumpla los restantes requisitos establecidos por la jurisprudencia, no será legítima si no respeta la dignidad, o constituye trato degradante.

La configuración de la dignidad y de la prohibición de tratos degradantes como límite infranqueable de toda intervención tiene la incuestionable virtud de proteger de forma absoluta ese mínimo, común a la mayoría de los derechos fundamentales. Sin embargo, plantea también algunas dificultades, sobre todo por lo que se refiere a la dignidad, ya que ésta puede verse afectada en mayor o menor medida por la mayoría de las intervenciones y pesquisas sobre el cuerpo. En realidad, creo que no puede afirmarse de forma tajante y absoluta que una intervención no afecta en modo alguno a la dignidad, o que de ninguna manera supone trato degradante; si la intimidad o la integridad física encuentran su fundamento en la dignidad, toda afectación a aquellos derechos incidirá de algún modo en el valor proclamado en el artículo 10.1. En consecuencia, más bien cabría hablar de distintos grados de incidencia sobre la dignidad, o de mayores o menores niveles de degradación. Por ello pensamos que, para entender correctamente esta doctrina constitucional, puede acudirse a la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda contra el Reino Unido*; sentencia de 25 de abril de 1978, caso *Tyler*, entre otras) y el propio Tribunal Constitucional (por ejemplo, STC 65/1986, de 22 de mayo) han realizado sobre el concepto de tratos o penas inhumanos o degradantes, exigiendo un mínimo de gravedad, o un cierto nivel de intensidad para que la pena —o el trato— pueda considerarse como tal. Y creemos que lo mismo podría decirse sobre la dignidad de la persona. Por tanto, para que se sobrepase el límite absoluto de los arts. 10.1 y 15 se requiere un cierto nivel de afectación a la dignidad, o que la sensación de humillación o envilecimiento alcance un nivel determinado, para lo cual —como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional— habrá que atender a las circunstancias concretas del caso.

Pero ahora interesa destacar que la configuración de este límite como absoluto no está exento de consecuencias; acabamos de señalar que la in-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

tervención será ilegítima cuando, por la forma de llevarse a cabo o por su finalidad, sobrepase este límite. Pero además, una intervención que podría no atentar a la dignidad ni constituir trato degradante, irá más allá del límite infranqueable si ha de imponerse a través de la fuerza física. Ello tiene como consecuencia que buena parte de las intervenciones y registros corporales no podrán realizarse usando esta *vis física* y, por lo tanto, no podrán realizarse sin que el afectado acceda a su práctica. Lo dicho no impide que, si la medida cumple los requisitos legales y los establecidos por la jurisprudencia, la negativa a ser objeto de la misma puede ser objeto de sanción administrativa o incluso penal. El Tribunal Constitucional ha señalado expresamente la imposibilidad de realizar por la fuerza un examen vaginal, aunque admitiendo que, con el cumplimiento de ciertos requisitos, podría compelirse a la ejecución de dicho examen mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa, o de la valoración que de la misma pueda hacerse (STC 37/1989, de 15 de febrero). Igualmente, al analizar los efectos probatorios que ha de darse en un proceso civil a la negativa de un hombre a someterse a la prueba biológica de paternidad, cuya afectación a la integridad física consiste en la extracción de un pequeño volumen de sangre (STC 7/1994, de 17 de enero), admite implícitamente que la misma no puede practicarse por la fuerza, ya que lo que está en discusión es la valoración procesal de la negativa a dicha práctica. Por otro lado, aunque ha admitido la constitucionalidad de la alimentación forzosa a los reclusos en huelga de hambre, ha señalado que su imposición vía bucal podría constituir un trato degradante (SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 137/1990, de 17 de julio), y además, en otra decisión ha reconocido la legitimidad constitucional de la decisión judicial que retrasa la imposición de esa alimentación forzosa hasta el momento en que el recluso ha perdido la conciencia, respetando hasta ese momento su libre y consciente voluntad (STC 11/1991, de 17 de enero).

De todas formas, tampoco creemos que pueda afirmarse que todo uso de la fuerza física suponga trato degradante a atente contra la dignidad de la persona. Más allá del ámbito de la integridad física y de la intimidad corporal, se admite que la detención de una persona se lleve a cabo mediante el uso de la fuerza. Y probablemente haya que admitir la práctica forzosa de otras indagaciones o pesquisas leves sobre el cuerpo, como el cacheo, o la toma de huellas dactilares; aunque la mayoría de los registros

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

corporales no podrán practicarse usando la fuerza física, y desde luego sería inadmisible la práctica forzosa de registros anales o vaginales. En otros supuestos, habrá que atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si el uso de la fuerza física es degradante o contrario a la dignidad. Y conviene recalcar que, cuando la práctica en sí misma no vulnere ningún derecho, no sea degradante y respete la dignidad, pero su imposición forzosa sí sería un trato degradante, pueden preverse las consecuencias sancionatorias correspondientes ante la negativa a someterse a dicha práctica.

4. REQUISITOS DE LA INTERVENCIÓN LEGÍTIMA

Hasta ahora nos hemos referido a las prácticas que pueden afectar al derecho a la intimidad corporal; pero ya hemos comentado que el hecho de que se produzca esta incidencia no supone sin más que el derecho sea vulnerado, ya que ningún derecho es absoluto y, con el cumplimiento de ciertos requisitos, la práctica puede ser legítima, lo que quiere decir que puede conminarse a su realización, aunque ello no significa que pueda realizarse a la fuerza. Los requisitos que ahora vamos a comentar se exigen tanto para las inspecciones corporales que afectan a la intimidad corporal como a las que inciden sobre la integridad física, e incluso debe entenderse que han de cumplirlos, en la medida adecuada para cada caso, todas las intervenciones o registros corporales, aunque no afecten a estos derechos, ya que en todo caso puede estar en juego la “inmunidad corporal” en el sentido antes definida.

El primero de dichos requisitos lo acabamos de apuntar, al destacar que en todo caso ha de respetarse la dignidad humana, y nunca puede imponerse un trato que, atendiendo a las circunstancias concretas, sea degradante. Pero más allá de este límite absoluto, la intervención puede ser legítima si cumple los requisitos que reiteradamente ha destacado la jurisprudencia constitucional, y que pasamos a señalar.

- a) El primero de ellos es que exista un interés o exigencia pública que justifique la intervención (SSTC 37/1989; 57/1994), o un fin constitucionalmente protegido o constitucionalmente legítimo (SSTC

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

7/1994; 207/1996). Este interés o bien jurídico ha de estar establecido en la propia Constitución, o derivar mediata o indirectamente de bienes protegidos en la misma (STC 57/1994). Entre estos intereses o fines puede destacarse el interés público propio de la investigación de un delito, o la protección de la seguridad y el orden en un establecimiento penitenciario.

b) El segundo requisito es que la medida esté prevista legalmente. El problema que suele existir al respecto es la generalidad o inconcreción con que suele expresarse nuestra legislación, y especialmente nuestra ley procesal penal en relación con este tipo de intervenciones. Ello ha obligado a que el Tribunal Constitucional haya tenido que pronunciarse en varios casos concretos. Así, ha entendido que existe suficiente habilitación legal para la práctica de un examen ginecológico en los arts. 399 y 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). El primero de ellos se refiere al examen del procesado por el juez “en el lugar de los hechos acerca de los cuales deba ser examinado o ante las personas o cosas con ellos relacionadas”, mientras que el art. 478 dispone que el informe pericial comprenderá la “descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle”. Algun trabajo doctrinal ha criticado duramente el considerar que estos preceptos pueden servir de habilitación legal. En cambio, en una decisión posterior, el Tribunal ha descartado que los arts. 311 y 339 de la LECrim puedan cubrir el requisito de la previsión legal con relación a la práctica de un rasurado de cabello de distintas partes del cuerpo con la finalidad de conocer si es o no consumidor de sustancias tóxicas o estupefacientes. Por todo ello resultaría muy conveniente una reforma de la legislación procesal con el objeto de prever expresamente las condiciones y requisitos de la práctica de intervenciones corporales, para evitar que las mismas hayan de ampararse en preceptos genéricos que en ocasiones no sirven para cumplir dicho requisito de la previsión legal.

Más allá del ámbito del proceso penal, el Tribunal ha considerado que el art. 39.2 de la Constitución, que afirma que la ley posibilitará la investigación de la paternidad y, en su desarrollo, el art. 127 del Código Civil, que prevé expresamente la posibilidad de practicar pruebas biológicas para la investigación de la paternidad y

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

la maternidad, cubren suficientemente el requisito de la previsión legal para su práctica. Y en el ámbito penitenciario, ha encontrado previsiones legales en la LOGP para amparar la práctica de un registro corporal (STC 57/1994), y, más allá del ámbito de la intimidad corporal, para cumplir este requisito respecto a la asistencia médica obligatoria a los reclusos en huelga de hambre (STC 120/1990), y para el sometimiento a exploraciones por rayos X (STC 35/1996).

- c) Un tercer requisito es la exigencia de resolución judicial para la medida que imponga la indagación o intervención. Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional este requisito no es absoluto ya que, en determinados casos, y con la correspondiente habilitación legislativa, tales actuaciones podrían ser dispuestas por la Policía Judicial, por razones de urgencia y necesidad, y cuando las mismas supongan una simple inspección o incluso una intervención leve (SSTC 37/1989, 207/1996). Hay que tener en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en los apartados 2 y 3 del artículo 18, en los arts. 15 (integridad física) y 18.1 (intimidad) no se prevé esa reserva absoluta de resolución judicial. Cabe pensar, por ejemplo, en la práctica de un cacheo, que no requiere este tipo de autorización judicial, aunque sí debe cumplir los restantes requisitos que venimos analizando. En todo caso, lo más frecuente será la necesidad de esa resolución judicial para autorizar la inspección o intervención.
- d) La resolución judicial que acuerde la inspección o intervención ha de ser motivada. Este requisito no debe interpretarse en el sentido puramente formal, sino que a la motivación se le exige también un contenido concreto, que es el de la justificación de la proporcionalidad entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido, así como la necesidad de dicha medida. De esta forma, la motivación es la traducción formal de las restantes exigencias que vamos a mencionar a continuación.
- e) En quinto lugar, para que la medida que afecta a la intimidad corporal o a la integridad física sea legítima, ha de cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad, que, según el Tribunal Constitucional (STC 207/1996, que recoge y sistematiza la juris-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

prudencia anterior) son tres: en primer lugar, el juicio de idoneidad, que implica que la medida ha de ser adecuada para el cumplimiento del fin constitucionalmente legítimo que persigue; en segundo lugar, el juicio de necesidad, esto es, que la medida sea imprescindible, lo que conlleva que no pueda encontrarse otra medida que sea menos gravosa o imponga un inferior sacrificio para los derechos en juego; y, en tercer lugar, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que comprueba la ponderación y equilibrio de la medida, en el sentido de que el sacrificio impuesto a los derechos en juego no sea desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

Como acabamos de señalar, estos requisitos habrán de analizarse habitualmente en la motivación de la resolución judicial que acuerda la indagación o intervención pero, incluso en los supuestos en que no se exige resolución judicial para tomar dicha medida, habrá de analizarse el cumplimiento de los tres juicios que mencionados. Es decir, que aun cuando la medida pueda realizarse sin autorización judicial previa (por ejemplo, un cacheo), habrá de comprobarse que su práctica ha respetado los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad. Obviamente, el cumplimiento de estos requisitos será revisable posteriormente por los órganos judiciales que, en caso de considerar legítima la medida, habrán de justificar en la motivación de su resolución el cumplimiento de tales requisitos. Esta fundamentación será en último término revisable por el Tribunal Constitucional.

f) En fin, la jurisprudencia constitucional ha señalado también que ninguna intervención corporal puede suponer un riesgo o quebranto para la salud, y que la ejecución de las intervenciones debe realizarse por personal sanitario, que en el caso de intervenciones graves habrá de ser personal médico especializado (SSTC 7/1994; 207/1996).

Una vez analizados los requisitos de la intervención legítima, puede señalarse por último que el análisis que hemos realizado se ha centrado en la intimidad corporal, de manera que los requisitos estudiados son los que derivan de este derecho (aunque, por conexión, hemos tenido en cuenta

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

también la integridad física y las exigencias derivadas de los arts. 10.1 y 15 CE). Pero algunas de las medidas que hemos mencionado pueden afectar también a otros derechos (por ejemplo, a la libertad personal, o al derecho a no declarar contra sí mismo), lo que implicaría el estudio de las exigencias que pudieran derivar de los mismos; pero ello excede el objeto del presente comentario.

En suma, y como hemos tratado de reflejar en esta exposición, la intimidad corporal tiene hoy unos perfiles bastante concretos, establecidos por nuestra jurisprudencia constitucional. En relación con otros sistemas donde un derecho de contenido más amplio protege frente a todo tipo de intervenciones o indagaciones corporales, cabe destacar que en nuestro sistema la intimidad corporal tiene un contenido mucho más limitado. Es cierto que la jurisprudencia constitucional plantea algunos aspectos más o menos criticables, como la ausencia de protección frente a las inspecciones que no afecten a zonas íntimas del cuerpo, la consideración de la dignidad como un límite absoluto de toda intervención o indagación (con la consiguiente dificultad para establecer cuándo resulta o no afectado dicho valor), o una cierta “generosidad” para entender cumplido el requisito de la previsión legal, en el caso concreto del examen ginecológico. Otros autores, en cambio, han criticado la relativización o “devaluación” operada sobre este derecho por la jurisprudencia. Pero en general debe valorarse positivamente la labor realizada, que ha deslindado perfectamente este derecho de la integridad física, señalando con claridad los requisitos para la legitimidad de las intervenciones. En este sentido es especialmente destacable la STC 207/1996, que realiza una importante labor de sistematización y explicación de conceptos, dejando la situación mucho más clara de cara al futuro.

JURISPRUDENCIA

– Sobre la intimidad corporal:

STC 37/1989, de 15 de febrero, sobre un examen ginecológico.

STC 57/1994, de 28 de febrero, sobre medidas de registro personal de reclusos.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

– En relación con otras intervenciones corporales:

SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 11/1991, de 17 de enero, sobre la asistencia médica obligatoria a reclusos en huelga de hambre.

STC 7/1994, de 17 de enero, sobre las pruebas biológicas de paternidad.

STC 35/1996, de 11 de marzo, sobre la práctica de sesiones de rayos X.

STC 207/1996, de 16 de diciembre, sobre corte de pelo en distintas zonas del cuerpo.

– Tribunal Supremo (sala de lo Penal):

Sobre los cacheos: STS de 23-2-1994, de 27-9-1996, de 11-10-1996.

STS de 15-1-1993, sobre un registro bucal.

STS de 18-1-1993, sobre la práctica de rayos X.

– Otras sentencias citadas:

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: sentencia de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda contra el Reino Unido*; sentencia de 25 de abril de 1978, caso *Tyrrer*, sobre el concepto de penas o tratos degradantes.

Tribunal Supremo Norteamericano: *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952), sobre un vaciado de estómago.

Corte Constitucional Italiana: sentencia de 22 de octubre de 1990, núm. 471, con relación a medidas de inspección sobre la persona.

CAPÍTULO VI

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: UNA VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y SU INFLUENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2006)

1. INTRODUCCIÓN. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

El secreto de las comunicaciones, con esta denominación, o con otras como “inviolabilidad de la correspondencia” constituye una de las dimensiones o garantías “clásicas” de los derechos fundamentales que protegen la vida privada de la persona, aunque es ya, en definitiva, un derecho fundamental autónomo. Su estudio presenta un notable interés, ya que desde esa concepción “clásica” ha tenido que evolucionar notablemente y de forma acelerada, en cierto modo en paralelo al impresionante desarrollo que han adquirido los propios medios técnicos para la comunicación entre las personas, merced a las llamadas genéricamente “nuevas tecnologías”. Del mismo modo, podría hablarse de un “desarrollo jurídico” del derecho, tendente a fortalecer la garantía que el mismo incluye, incrementando y detallando los requisitos necesarios para que una intervención de las comunicaciones sea legítima, y adaptando estos requisitos, que en principio estuvieron pensados para la interceptación de la correspondencia postal, a los medios telefónicos, fijos o móviles, al correo electrónico y a las restantes formas de comunicación hoy existentes.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este desarrollo, el papel de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, ha sido enormemente relevante, y ha influido de forma notoria en las jurisprudencias y legislaciones nacionales. En el caso concreto español, la obsolescencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la insuficiente adaptación de ésta a los requisitos establecidos en la jurisprudencia del TEDH, ha implicado varias condenas al Estado español por parte del Tribunal de Estrasburgo, así como la necesidad de que fueran el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, a través de una jurisprudencia exigente que ha incorporado sin reparos los requisitos establecidos en la “Jurisprudencia Europea”¹⁸⁹, quienes han tenido que solventar por el momento la situación creada por la falta de garantías legales. Al análisis de ambas jurisprudencias, tratando de sistematizar a través de ellas los elementos fundamentales del derecho al secreto de las comunicaciones, dedicaremos este trabajo.

El punto de partida ineludible es el reconocimiento de un derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. De esta forma, existe una garantía que protege las comunicaciones entre las personas, de manera que cualquier supuesto admisible de interceptación de las comunicaciones se presenta como excepcional, y rodeado de límites, requisitos y garantías, dado que esa práctica afecta a un derecho fundamental, y sólo el cumplimiento de esos requisitos y garantías permitirá que esa “afectación” no se convierta en “vulneración”.

Como derecho fundamental, el secreto de las comunicaciones encuentra reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art 12) y en algunos tratados internacionales ratificados por España (que poseen efectos interpretativos sobre nuestros derechos constitucionales, según el art. 10.2 de nuestra Norma fundamental), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 17), o el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 8), si bien estos textos prefieren referirse al respeto a la “correspondencia” (término que en sentido amplio debe entenderse

¹⁸⁹ Sé que el término “jurisprudencia europea” es discutible y ambiguo. A efectos de este artículo, y por razones de economía del lenguaje, lo usaremos para referirnos a la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

equiparable). Por su parte, el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (luego incorporado a la Constitución europea como art. II-67), afirma, en términos similares, que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y del secreto de sus comunicaciones”.

En la misma línea, la Constitución española señala en su artículo 18.3: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

El correcto entendimiento del significado de este derecho requiere relacionarlo con los restantes derechos del artículo 18, todos los cuales parecen tener un fundamento común, como es la protección de la “vida privada” o “privacidad” de la persona en su ámbito estrictamente personal o en su esfera más próxima. En esta línea, es particularmente evidente la vinculación entre el secreto de las comunicaciones y la intimidad personal y familiar, reconocida en el artículo 18.1, pues en definitiva el secreto de las comunicaciones pretende proteger la comunicación entre personas en la distancia, aproximándola a lo que sería una comunicación directa, y garantizando en todo caso una comunicación privada. En esta línea, en la sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5, se afirma que “el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación”. Con todo, esta relación entre ambos derechos no impide una necesaria delimitación entre el contenido y sentido constitucional de los mismos, que viene dada sobre todo por la configuración del secreto de las comunicaciones como garantía formal (independiente del contenido), y por la reserva absoluta de resolución judicial para levantar esta garantía, como características específicas de este derecho que no se predicen en cambio de la intimidad (véase la mencionada STC 123/2002).

El Tribunal Constitucional español (TC), interpretando este derecho, ha apuntado a la “libertad de las comunicaciones” como presupuesto o contenido implícito del mismo: “Rectamente entendido, el derecho fundamental [al secreto de las comunicaciones] consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y de modo expreso, su secreto, estable-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del «secreto»— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión físicas del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)” (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7, muy reiterada posteriormente).

2. TITULARIDAD DEL DERECHO

Cualquier análisis de un derecho fundamental debe tener en cuenta el problema de su titularidad, es decir, de quién o quiénes se predica constitucionalmente el derecho, a quienes se les reconoce. En el caso del secreto de las comunicaciones, tratándose de un derecho de la esfera privada, vinculado directamente a la dignidad humana, la titularidad debe recaer en toda persona, con independencia de su nacionalidad, y por lo tanto no cabe establecer excepciones, privaciones o limitaciones específicas para el caso de los extranjeros.

Por otro lado, hay que plantear la cuestión de la titularidad de este derecho por parte de las personas jurídicas. Si bien su condición de derecho de la persona en el sentido visto podría generar dudas de esta titularidad, lo cierto es que, paralelamente a lo que ha sucedido con otros derechos de la esfera privada, como la inviolabilidad del domicilio, la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en señalar que las personas jurídicas son titulares también del derecho al secreto de las comunicaciones. Obviamente, este entendimiento, que es comúnmente aceptado, implica una cierta interpretación extensiva o en sentido figurado, pues obviamente la persona jurídica no puede mantener comunicaciones si no es a través de la medicación de personas físicas, que son quienes realmente ejecutarán los actos necesarios para llevar a cabo esa comunicación. En todo caso se reconoce el derecho a la persona jurídica que formal y jurídicamente esté llevando a cabo la comunicación, aunque hay que excluir que en una misma comuni-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

cación se dé una concurrencia de titularidades. Así, por ejemplo, en una comunicación llevada a cabo a través de un teléfono de una persona jurídica y en nombre de ésta, se protege el derecho tanto de dicha persona jurídica como de la persona física que efectivamente se comunica.

Más dudoso es el problema de si la titularidad del derecho debe reconocerse también a las personas jurídico-públicas. Aunque no hay acuerdo sobre este particular, y hay que reconocer que en principio los derechos fundamentales tienen el sentido de proteger a las personas en sus relaciones con el Estado o con otras personas, creo que puede emplearse el mismo razonamiento utilizado con las personas jurídico-privadas para proteger a las personas de derecho público en las comunicaciones que puedan formalmente mantener, sin perjuicio de la garantía que también tienen las personas físicas que efectivamente ejecutan la comunicación.

3. ÁMBITO PROTEGIDO

La delimitación concreta del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones plantea no pocos aspectos dudosos, que sin embargo se han ido resolviendo en buena medida por la jurisprudencia. Estas cuestiones afectan particularmente a los medios, elementos y contenidos que efectivamente se protegen.

Hay que comenzar por señalar que el secreto de las comunicaciones constituye una garantía objetiva, que protege cualquier comunicación con independencia de su contenido, es decir, tanto si se trata de una comunicación referida a aspectos íntimos, como si tiene por objeto cualquier otra cuestión, aunque sea intrascendente. Según ha señalado el Tribunal Constitucional español, “el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. Hay, en los términos utilizados por el Tribunal, una “presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es «secreto»” (STC 114/1984, de 29 de noviembre).

Pero lo protegido por el derecho no es sólo el contenido de la comunicación, sino también el soporte de la misma, y las circunstancias que la rodean. La protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comu-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nicación mismo, cualquiera que sea la técnica utilizada (STC 70/2002, de 3 de abril). En particular, queda comprendida la protección de la propia identidad subjetiva de los interlocutores (Sentencia del TEDH de 2 de agosto de 1984, caso *Malone contra el Reino Unido*, SSTC 114/1984, 123/2002, de 20 de mayo), si bien la injerencia consistente en la entrega de los listados de las llamadas de una persona por las compañías telefónicas es de “menor intensidad” que las escuchas telefónicas, lo que permite que la resolución judicial que la autorice sea excepcionalmente una providencia, integrada por la solicitud a la que se remite (STC 123/2002, de 20 de mayo). En suma, lo que interesa destacar es que el secreto de las comunicaciones protege, como se ha dicho, una idea más amplia como es la “libertad de las comunicaciones”, que engloba el hecho de la comunicación en sí y sus diversas circunstancias, así como el contenido de la misma.

En cuanto a los medios protegidos, ya hemos apuntado que algunos textos internacionales hablan de “correspondencia”, mientras que la Constitución española se refiere a “comunicaciones, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas”. En realidad, esta enumeración es, como fácilmente puede deducirse, meramente ejemplificativa, de modo que lo que realmente protege la Constitución (y en sentido similar debe entenderse el término utilizado por los convenios internacionales) son todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, así como los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro. Así, podríamos mencionar el correo postal, el telégrafo, el teléfono fijo o móvil, el télex, el fax, el correo electrónico, la videoconferencia, etcétera. En todo caso, es necesario que exista algún medio para que entre en juego el secreto de las comunicaciones, de manera que este derecho no protege la conversación directa entre dos personas (si bien ésta, según el caso, podría estar protegida por el derecho a la intimidad). Por otro lado, el medio utilizado debe ser apto para permitir una comunicación secreta entre varias personas, y por ello están excluidos los medios de comunicación “de masas” como la radio y la televisión, y en cambio quedan incluidos medios que permiten una conversación entre más de dos personas, como la multiconferencia o la videoconferencia.

Con todo, han de tenerse en cuenta las peculiaridades de los diversos medios, que vienen a plantear algunos supuestos de comunicación algo más abierta, o que plantean dudas por diversos motivos. Así, por ejemplo,

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

una tarjeta postal incorpora un texto no cerrado, y con el mismo nivel de accesibilidad que la dirección del destinatario (aunque no por ello deja de estar protegida por el secreto de las comunicaciones); el uso del telégrafo requiere que, además de los partícipes, al menos dos personas más (el funcionario o trabajador encargado de transmitirlo, y el encargado de recibirllo) conozcan el contenido de la comunicación, aunque éstos están obligados por el secreto y deberán guardar la correspondiente reserva; de manera análoga, la empresa que proporciona el servicio de correo electrónico —que eventualmente puede ser una empresa que facilita este servicio a sus trabajadores— emplea un “servidor” propio por el que transitan todos los correos electrónicos de los clientes o trabajadores, aunque obviamente esta posibilidad de acceso no le legitima para conocer, divulgar o utilizar los contenidos de las comunicaciones. Algunos de los más modernos medios técnicos permiten una comunicación muy abierta y se sitúan casi en la frontera con los medios de masas, como sucede con una videoconferencia en la que el receptor esté constituido por un conjunto indeterminado o abierto de personas en la sala donde se proyecte la imagen y la voz. En fin, aunque el secreto de las comunicaciones no incluye el envío de mercancías, el paquete postal, bien sea enviado a través del servicio de correos o por mensajería privada, es también vía idónea para transmitir cualquier tipo de mensaje o comunicación, que sí deben quedar protegidos, sin que quepa diferenciar a priori el contenido; de ahí que la jurisprudencia más reciente tienda a incluirlos en el ámbito de la garantía constitucional (por ejemplo, SSTS de 26 de junio de 1993 y de 2 de junio de 1997).

En cuanto a los sujetos sometidos a la garantía del secreto de las comunicaciones, éstos serían todos los terceros ajenos a la comunicación, tanto si se trata del Estado o de agentes públicos, como de otros particulares. Sin embargo, el secreto no afecta a los propios partícipes de la comunicación, sin perjuicio de que en ciertos supuestos éstos podrían llegar a vulnerar el derecho a la intimidad de su comunicante. El Tribunal Constitucional lo ha afirmado de forma clara: “No hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de los dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje (...) Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución” (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7).

4. LAS EXCEPCIONES AL ÁMBITO

CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO: SUPUESTOS Y REQUISITOS PARA LA INTERCEPTACIÓN LEGÍTIMA DE LAS COMUNICACIONES

Como acabamos de analizar, el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental y una garantía constitucional, de modo que la interceptación de las comunicaciones resultaría en principio una vulneración de ese derecho. Sin embargo, tanto la Constitución española (que garantiza el secreto “salvo resolución judicial”), como el Convenio de Roma, reconocen la posibilidad de ciertas “injerencias legítimas” en el mismo derecho, configurando así la interceptación de las comunicaciones como una eventualidad posible en ciertos supuestos. Con todo, es importante reiterar que la interceptación aparece como la excepción frente al derecho fundamental, que es la “regla”, y como tal excepción está sometida a límites y requisitos que en todo caso deben cumplirse, y debe ser interpretada y aplicada de forma restrictiva. Estos requisitos, que han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, giran en torno a varias exigencias fundamentales: la previsión legal, el fin legítimo, la necesidad en una sociedad democrática, y la resolución judicial, si bien de cada una de ellas derivan sus propios requisitos. Las tres primeras derivan fundamentalmente de la redacción del art. 8 del Convenio europeo, que conviene en este momento transcribir en su integridad:

“1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y cons-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

tituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, 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 las libertades de los demás”.

4.1. La previsión legal y sus requisitos

Si bien la Constitución española no señala expresamente que sólo una ley puede prever los supuestos de interceptación legítima de las comunicaciones, partiendo de que esa intervención es posible por resolución judicial, cabe entender que esta resolución deberá encontrar fundamento legal; por lo demás, el art. 53.1 señala con carácter general que “sólo por ley” puede regularse el ejercicio de los derechos y libertades del capítulo segundo del título I, entre los que se encuentra el secreto de las comunicaciones. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que “toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas (...) precisa una habilitación legal” (entre otras, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, y 184/2003, de 23 de octubre).

Pero en todo caso, el requisito de la previsión legal es mucho más expreso en el Convenio de Roma, y ha sido detallado en todas sus exigencias por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. De la misma puede deducirse que la previsión legal encierra en realidad tres requisitos, el primero de los cuales afectaría a la previsión en sentido propio, y los otros dos a lo que el Tribunal ha denominado la “calidad de la ley” (sentencia de 30 de julio de 1997, caso *Valenzuela Contreras contra España*):

- 1) La existencia de una base en el derecho interno.
- 2) La accesibilidad de la ley para la persona implicada.
- 3) La previsibilidad de la ley en cuanto al sentido y la naturaleza de las medidas aplicables (entre otras, sentencias del TEDH de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin contra Francia*, y de 25 de marzo de 1998, *Kopp contra Suiza*).

De la última exigencia se deriva que la ley debe emplear “términos suficientemente claros” para indicar a todos en qué circunstancias y bajo qué

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas. Ello supone el empleo de reglas claras y detalladas, que incluyan las siguientes garantías mínimas (entre otros, casos *Malone*, *Kruslin*, *Kopp* y *Valenzuela Contreras*, citados, sentencia de 24 de abril de 1990, caso *Huvig contra Francia*):

- a. La definición de las categorías de personas susceptibles se ser sometidas a vigilancia telefónica judicial;
- b. La naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar;
- c. La fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida;
- d. Las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas;
- e. Las precauciones que se deben tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, con el fin de ser controladas eventualmente por el juez y la defensa;
- f. Las circunstancias en las que se puede o debe realizar el borrado o la destrucción de dichas cintas, sobre todo tras el sobreseimiento o la absolución.

Con todos estos parámetros, el Tribunal de Estrasburgo ha valorado la adecuación de las normas previsoras de la intervención de las comunicaciones que se han sometido a su consideración, y en concreto en dos casos se ha referido a las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Así, en el ya mencionado asunto *Valenzuela Contreras contra España*, el TEDH, valorando unos hechos producidos en 1985, se pronunció sobre el requisito de la previsión legal en relación a la situación legal entonces existente, conformada fundamentalmente, además del art. 18.3 de la Constitución, por el art. 579 de la mencionada ley procesal en su redacción anterior a la reforma de 1988,¹⁹⁰ señalando que el conjunto de ambos artículos no permitía cumplir las condiciones derivadas del Convenio en cuanto a la “previsibilidad” de la ley, al no preverse con detalle

¹⁹⁰ En esa redacción, el art. 579 señalaba: “Podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por esos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

suficiente las garantías que precisan la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades. Sin embargo, posteriormente el TEDH ha vuelto a pronunciarse sobre hechos posteriores a la reforma del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/1988,¹⁹¹ y así en la sentencia de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo contra España*, siguió considerando insuficientes las garantías de la legislación española, señalando que las reformas introducidas en 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del TEDH para evitar abusos, y que “lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del secretario judicial”. Con todo, el Tribunal comprueba que las insuficiencias existentes fueron paliadas en gran parte por la jurisprudencia posterior a aquellos hechos, en particular la del Tribunal Supremo (sentencia de 21 de febrero de 1991, y auto de 18 de junio de 1992).

Quedaría, por tanto, la duda de si con esa integración jurisprudencial se cumplen actualmente las garantías del Convenio. Pero en todo caso parece imprescindible proceder a una nueva reforma del mencionado pre-

¹⁹¹ Ésta es la redacción dada por dicha Ley Orgánica al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

“1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiére y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre todo teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en sentencia 184/2003, de 23 de octubre (posterior al asunto *Prado Bugallo*, que expresamente se cita), ha afirmado la insuficiencia del art. 579 de la LECrim, señalando que éste “adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH”, y destacando en particular “la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 LECrim no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE)”.

Con todo, éstas y otras deficiencias legales señaladas por la jurisprudencia (por ejemplo, la falta de previsión de garantía alguna hacia el destinatario de la conversación telefónica en el caso de intervención de teléfonos), que implican una vulneración del derecho por parte de la ley, no supone de forma ineludible que toda resolución judicial que acuerde la interceptación de las comunicaciones vulnere igualmente el derecho fundamental (lo que en la práctica supondría la imposibilidad de acordar ninguna interceptación hasta que no se reformase la ley), pues los jueces podrían acordar una medida de este tipo con el cumplimiento de una serie de requisitos que de alguna manera suplirían o complementarían, sólo en el caso concreto, las carencias de la ley. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que «si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5, STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6). Pero esto nos conduce ya a los restantes requisitos de la intervención legítima.

4.2. El fin legítimo.

Desde el punto de vista constitucional, bastaría en principio una finalidad no contradictoria con la norma fundamental para adoptar una medida de interceptación de las comunicaciones, con el cumplimiento de los demás requisitos aplicables. Sin embargo, el mencionado art. 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales señala expresamente los objetivos o fines que puede perseguir la medida que constituya una injerencia en el derecho, para considerarse admisible. Estos fines son: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, 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 las libertades de los demás.

Entre estos fines, cobra especial relevancia el de la persecución de los delitos. Nuestra jurisprudencia se refiere reiteradamente a la idea de investigación de una infracción grave, y en la práctica la mayoría de las interceptaciones de las comunicaciones se producen en el ámbito de procesos penales, de manera que la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que fundamentalmente cumple en nuestro sistema (si bien de forma deficiente como se ha visto) el requisito de la previsión legal. En tales casos, la finalidad de la interceptación, en términos genéricos, podrá ubicarse con frecuencia en algunos de los valores mencionados en el art. 8.2 del Convenio de Roma, como la defensa del orden y la prevención del delito. Pero desde luego no se trata del único ámbito en el que resulta admisible la interceptación, sino que cabe añadir cualquier otro que esté previsto en la ley y pueda conducirse a algún fin legítimo. Así, por ejemplo, nuestra legislación penitenciaria prevé también otros supuestos de restricciones, suspensiones o inter-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

venciones en las comunicaciones de los reclusos (art. 51 LOGP y 41 y ss. del Reglamento Penitenciario), que podrían vincularse a las finalidades de seguridad pública, defensa del orden o protección de los derechos de los demás.

4.3. La necesidad en una sociedad democrática

Como se ha visto, el Convenio europeo, al referirse a las injerencias admisibles en el derecho, requiere que éstas sean medidas necesarias “en una sociedad democrática”. Esta expresión implica varias consecuencias:

- 1) La idoneidad, en el sentido de adecuación de la medida al fin legítimo perseguido, esto es, que la medida efectivamente tiene al objetivo perseguido;
- 2) La “necesidad estricta” o necesidad en sentido propio, que impide entender cumplido el requisito si se comprueba la existencia de otro medio que, suponiendo una menor injerencia en el derecho, tiende a conseguir idéntica finalidad;
- 3) En esta misma línea (y de hecho tiende a confundirse con el requisito anterior), nuestra jurisprudencia tiende a utilizar más el criterio de la “proporcionalidad”, que podría entenderse simplemente como equilibrio entre medio y fin, sin que aquél resulte excesivo para la consecución del objetivo, esto es, que el sacrificio del derecho ha de ser proporcional al objetivo perseguido.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el requisito de la “necesidad en una sociedad democrática” es bastante amplia, pues son muy frecuentes los supuestos en los cuales, a pesar de entender que una concreta medida estaba prevista en la ley y perseguía un fin legítimo, no resultaba necesaria en una sociedad democrática. Sólo entre los casos más recientes pueden mencionarse en esta línea las sentencias de 19 de abril de 2001, caso *Peers contra Grecia*; 24 de julio de 2001, caso *Valainas contra Lituania*; 11 de diciembre de 2003, caso *Basan contra Italia*; 24 de febrero de 2005, caso *Jaskaukas contra Lituania*.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español —y en similares términos la del Tribunal Supremo— ha acogido los criterios derivados del

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Convenio Europeo (que es de obligada utilización para interpretar los derechos constitucionales de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2) incorporando los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. De todas formas, como ya se ha apuntado, parece preferirse el término “proporcionalidad” al de “necesidad”, ya que aquél es un criterio general que el Tribunal Constitucional utiliza para la valoración de las medidas que puedan afectar a cualquiera de los derechos fundamentales, y que se interpreta como un equilibrio entre el sacrificio del derecho y el fin perseguido con la injerencia. Se entiende así que una medida está justificada sólo cuando supone un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario, y existe proporción entre la medida y el sacrificio.

En realidad, en ciertos casos parece deducirse que el requisito de proporcionalidad es un añadido al de necesidad, mientras que en otros supuestos se diría que la proporcionalidad sustituye en la interpretación del Tribunal Constitucional (y acaso flexibiliza) el requisito de la necesidad, o bien tiende a englobar los requisitos de finalidad, idoneidad y necesidad; en esta línea, el TC ha afirmado que la observancia del principio de proporcionalidad supone que “la autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece en los casos en que se adopta para la investigación de la comisión de delitos calificables de graves y es idónea e imprescindible para la determinación de hechos relevantes para la misma (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2)” (STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9). En otros casos más bien parece que existe una proporcionalidad en sentido amplio, que incluye todos los requisitos mencionados, y una proporcionalidad en sentido estricto, que es en definitiva el equilibrio entre medio y fin, y que viene a distinguirse del requisito más estricto de la necesidad, como cuando ha afirmado que “del principio de proporcionalidad, cuya vigencia hemos reafirmado en el ámbito de las intervenciones telefónicas (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3; 181/1995, FJ 5; 49/1996, fundamento jurídico 3; 54/1996, FJ 7 y 123/1997, FJ 4), se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificárlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio” (STC 49/1999, de 5 de

abril). En fin, es a la proporcionalidad en sentido estricto a la que parece referirse el Tribunal Supremo cuando afirma que ésta “supone, en el tema que está en debate, que exista un correlato entre la medida, su duración, su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social” (Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992).

4.4. La resolución judicial. Requisitos. Excepciones a la autorización judicial previa

El artículo 18.3 de la Constitución española garantiza el secreto de las comunicaciones “salvo resolución judicial”, lo que viene a implicar la exigencia ineludible de intervención del juez para llevar a cabo una eventual interceptación de dichas comunicaciones. Ello es coherente con la idea, presente en el constitucionalismo contemporáneo, del Poder Judicial como garante de los derechos y como único legitimado para autorizar determinadas injerencias en los mismos. Y en definitiva, supone que será un juez quien, en cada caso concreto, deba analizar si se cumplen los requisitos hasta ahora apuntados (previsión legal, finalidad, necesidad), y cabe por tanto autorizar la interceptación.

Precisamente por ello, el requisito de la resolución judicial no puede entenderse cumplido con la mera contrastación del dato formal de la existencia de dicha resolución, sino que la misma debe cumplir determinados requisitos, que se derivan fundamentalmente de los requisitos ya conocidos para que la injerencia sea legítima, y que se han ido señalando por la jurisprudencia del TEDH, de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En síntesis, esos requisitos serían los siguientes:

- 1) Motivación de la resolución judicial. Es un requisito imprescindible teniendo en cuenta que es la vía para que puedan conocerse los requisitos y las circunstancias por las que resulta admisible la injerencia en el derecho fundamental. Por esa misma razón, el requisito de la motivación no puede entenderse cumplido por la mera existencia formal de una fundamentación en la resolución judicial, sino que es necesario que esa motivación incorpore determinadas exigencias y

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

cumpla a su vez ciertos requisitos. En esta línea, la jurisprudencia ha señalado que:

- a. La motivación ha de ser expresa, si bien puede “integrarse” con la solicitud policial, cuando el conjunto resultante cumpla todos los requisitos de la motivación. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha advertido frente a los formularios que no encierran verdadera motivación.
- b. La motivación debe expresar el criterio de proporcionalidad que justifica la intervención, esto es, el equilibrio entre la medida que se adopta y la finalidad perseguida.
- c. Debe precisarse el alcance de la medida, en qué va a consistir ésta, cómo se llevará a cabo y cuáles serán sus límites.
- d. En el caso de que la interceptación se acuerde en el curso de un proceso penal, la motivación debe exteriorizar los indicios existentes (y no meras sospechas), así como el delito o delitos que se persiguen y, en su caso, las personas sobre las que recaigan dichos indicios.

- 2) Establecimiento de un plazo. Este plazo empezará a contar desde la aprobación del auto judicial, no desde su ejecución y efectiva intervención (STC 205/2005, de 18 de julio).
- 3) La intervención debe referirse a personas concretas y determinadas, y respecto a delitos también concretos. No es admisible la disociación entre la autorización y la investigación posterior. Tampoco caben las autorizaciones genéricas, ni “es correcto mantener la intervención/observación cuando se descubre que el nuevo y presunto delito que se dibuja por la telefonía es independiente del que fue objeto de la inicial autorización” (auto del TS de 18 de junio de 1992).
- 4) Una vez terminada la observación o intervención, debe comunicarse a los afectados.

Como se deduce de lo anterior, la resolución judicial que autoriza la interceptación se produce con carácter general de forma previa a que se produzca la efectiva interceptación, lo cual tiende a garantizar que no se produzcan extralimitaciones que impliquen lesión del derecho. Sin embar-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

go, y de forma excepcional, se permite que la intervención judicial sea posterior en determinados supuestos. Son los siguientes:

La intervención o suspensión de las comunicaciones de los reclusos, prevista en los artículos ya mencionados de la legislación penitenciaria. Según esta legislación, esta interceptación puede acordarse de forma motivada por el Director del establecimiento, dando cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Sobre este particular, pueden verse las SSTC 128/1997, de 14 de julio, y 106/2001, de 23 de abril.

Con todo, ha de señalarse que existe a su vez una “excepción a la excepción”, consistente en que las comunicaciones del recluso con el abogado (en las que además del secreto de las comunicaciones está en juego del derecho de defensa, tal y como ha reiterado la jurisprudencia) sí requieren una previa autorización judicial para ser intervenidas.

En el caso de suspensión de los derechos como consecuencia de la declaración de los estados de excepción o sitio, es posible una interceptación que podríamos denominar “preventiva” de las comunicaciones, si resulta necesario para el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público; en todo caso, se requiere que se comunique inmediatamente la misma por escrito al juez (art. 55.1 de la Constitución, Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio).

En el supuesto de suspensión individual de los derechos relacionada con la investigación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2 CE), cabe la intervención previa, acordada por el Ministro del interior o el Director General de Seguridad del Estado, dando cuenta al juez, quien, de forma motivada, revocará o confirmará la resolución en el plazo de 72 horas (art. 579.4 LECrim).

5. EFECTOS DE LA INTERCEPTACIÓN ILÍCITA

Por tanto, toda interceptación que incumpla los requisitos que hemos ido señalando, será ilegítima en nuestro ordenamiento jurídico, suponiendo una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Ello implica una serie de consecuencias, como, en su caso, la sanción penal para los responsables de la interceptación, en los términos previstos en el Código Penal.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Pero ahora interesa destacar principalmente una consecuencia procesal de trascendencia, como es la nulidad de cualquier prueba que hubiera podido obtenerse como consecuencia de la interceptación ilegítima. Esta consecuencia, que ha sido reiterada por la jurisprudencia (así, por ejemplo, SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 81/1998, de 2 de abril; 49/1999, de 5 de abril; 299/2000, de 11 de diciembre; 184/2003, de 23 de octubre), deriva, según el Tribunal Constitucional, de la posición preferente de los derechos fundamentales, de su condición de «inviolables», y de la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndoles efectividad, sus contravenciones (STC 49/1999, FJ 12). Lo contrario implicaría, además, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y, en su caso, de la presunción de inocencia, si se produjera la condena penal basándose en una prueba que es inválida.

Más difícil resulta precisar los concretos efectos que esta invalidez puede tener sobre otras pruebas y sobre otros actos procesales que de alguna manera se vinculan a la prueba obtenida ilícitamente. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la nulidad de la prueba ilícita arrastra a aquellas otras que son consecuencia de la misma, pero que dicha consecuencia debe entenderse en términos de “conexión de antijuridicidad” más que como una mera relación natural de consecuencia, de forma que pueden resultar excepcionalmente admisibles aquellas pruebas que, pese a resultar del conocimiento adquirido a través de la prueba ilícita, son jurídicamente independientes de ésta (SSTC 86/1995, de 6 de junio; 54/1996, de 26 de marzo; 81/1998, de 2 de abril).

6. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Como derecho fundamental, reconocido en la sección 1a. del capítulo II del título I, el derecho al secreto de las comunicaciones forma parte del bloque de derechos a los que la Constitución dispensa el máximo nivel de protección, contando con las siguientes garantías:

- 1) Debe ser desarrollado por Ley orgánica (arts. 53.1 y 81.1 CE);
- 2) La ley debe respetar su “contenido esencial” (art. 53.1);

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- 3) Debe estar protegido por un procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios (art. 53.2);
- 4) Es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2);
- 5) Su reforma debe seguir el procedimiento agravado (art. 168 CE).

Además, y por su simple inclusión entre los derechos recogidos en la Carta Magna, el derecho se puede tutelar a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 53.1, 161.1a.) y 163 CE), y por el Defensor del Pueblo (art. 54 CE). Por lo demás, como parte del sistema de derechos fundamentales, debe presidir la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, de manera que las normas deben interpretarse de la forma más favorable a su ejercicio.

En fin, más allá de la Constitución, otras leyes, y en particular el Código penal, establecen otras garantías específicas para este derecho, en las que, dadas las características de este trabajo, no podemos profundizar.

7. JURISPRUDENCIA

A. Tribunal europeo de derechos humanos

- Sentencia de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass contra Alemania*
- Sentencia de 2 de agosto de 1984, caso *Malone contra el Reino Unido*,
- Sentencia de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin contra Francia*,
- Sentencia de 24 de abril de 1990, caso *Huvig contra Francia*
- Sentencia de 30 de julio de 1997, caso *Valenzuela Contreras contra España*
- Sentencia de 25 de marzo de 1998, caso *Kopp contra Suiza*
- Sentencia de 19 de abril de 2001, caso *Peers contra Grecia*
- Sentencia de 24 de julio de 2001, caso *Valainas contra Lituania*
- Sentencia de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo contra España*
- Sentencia de 11 de diciembre de 2003, caso *Basan contra Italia*

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

- Sentencia de 24 de febrero de 2005, caso *Jaskaukas contra Lituania*.

B. Tribunal constitucional español

- STC 114/1984, de 29 de noviembre
- STC 86/1995, de 6 de junio
- STC 54/1996, de 26 de marzo
- STC 128/1997, de 14 de julio
- STC 81/1998, de 2 de abril
- STC 49/1999, de 5 de abril
- STC 299/2000, de 11 de diciembre
- STC 202/2001, de 15 de octubre
- STC 106/2001, de 23 de abril
- STC 70/2002, de 3 de abril
- STC 123/2002, de 20 de mayo
- STC 184/2003, de 23 de octubre
- STC 205/2005, de 18 de julio

8. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., “El derecho al secreto de las comunicaciones”, en *Parlamento y Constitución*, núm. 2, 1998.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “El régimen jurídico de las observaciones telefónicas en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. 3, 1986.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., “Inviolabilidad y secreto de la correspondencia”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983.

JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal, 1989.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1991.

MARTÍN MORALES, M., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La intervención de las comunicaciones*, Pamplona, Aranzadi, 2000.

RAFOLS LLACH, J., “Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones (Tecnología e intimidad)*, Madrid, McGraw Hill, 1997.

CAPÍTULO VII

EL ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y EL ACCESO AL EJERCICIO DE CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS (1993)

1. SIGNIFICADO DEL JURAMENTO O PROMESA

Los orígenes del acto del juramento son difíciles de precisar; seguramente puede afirmarse que es un acto formal que va unido a la existencia humana casi desde sus orígenes, al igual que las creencias religiosas. Y es que, en efecto, el juramento ha tenido siempre un sentido religioso, entendiéndose como una invocación de Dios como testigo de una afirmación.¹⁹²

En Derecho romano la figura de la *sponsio*, juramento con significado religioso, se transforma en vínculo jurídico a partir de las XII Tablas.¹⁹³ No obstante, ello supone solamente que el Derecho concede eficacia al juramento como generador de obligaciones, pero no que desaparezcan ni sus implicaciones religiosas o morales, ni su carácter de acto formal y solemne. De hecho, el significado religioso del juramento se mantiene incluso en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo art. 434 (con independencia de su ineficacia práctica, sobre todo después de la Constitución de

¹⁹² Así puede advertirse, por ejemplo, en Génesis, 31, 49-50; Jueces, 8, 19, o Rut, 3, 13. Los propios mandamientos divinos ordenan cumplir el juramento (Éxodo, 20, 7), “porque no dejará Yavé sin castigo al que tome en falso su nombre”.

Incluso se advierte en la Historia Sagrada que el propio Dios jura por sí mismo (entre otros, Génesis, 22, 16; Génesis, 24,7).

¹⁹³ Puede verse, por ejemplo, en Pablo Fuenteseca, “Derecho privado romano”, Madrid, 1978, p. 170.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1978) todavía señala, al referirse al juramento que han de prestar los testigos, que éste se prestará “en nombre de Dios”, y que “Los testigos prestarán el juramento conforme a su religión”.

No obstante, cabe indicar que, desde la perspectiva religiosa, el carácter solemne del juramento hace que en ocasiones se repreube la costumbre de jurar,¹⁹⁴ o incluso que se prohíba taxativamente el juramento.¹⁹⁵ Lo cierto es que desde que históricamente se va reconociendo el derecho a la libertad religiosa e ideológica, se consolida también la opción entre juramento y promesa (en España, a partir de una ley de 1910), o juramento por Dios o por el honor (esta última posibilidad no deja de suponer una cierta paradoja teniendo en cuenta el sentido tradicional del juramento). Sin embargo, esta opción no impide que se susciten objeciones, desde un punto de vista religioso o —más frecuentemente— ideológico o político, al mismo hecho de jurar o prometer.¹⁹⁶

Centrados ya en el ámbito político, el juramento de acatamiento para acceso a los cargos públicos tiene un triple contenido, derivado de su evolución histórica, tal y como señala M. A. Aparicio.¹⁹⁷ Por un lado, el aspecto de sometimiento al señor, con origen en el juramento estamental del Medievo; posteriormente se le añade el significado de cumplimiento de las obligaciones propias del cargo, juramento con origen también medieval, en este caso en los gremios; por último, desde la época liberal y la aparición de las Constituciones escritas, se incluye en el juramento el elemento de acatamiento a la Constitución. A partir de este momento el jura-

¹⁹⁴ Así, en Eclesiástico, 23, 9-12: “...Hombre que mucho jura se llenará de iniquidades, y el azote no se apartará de su casa”.

¹⁹⁵ Mateo, 5, 34-37: “Pero yo os digo que no juréis de ninguna manera: ni por el cielo, pues es el trono de Dios; ni por la tierra, pues es el escabel de sus pies; ni por Jerusalén, pues es la ciudad del gran Rey. (...) Sea vuestra palabra: sí, sí; no, no; todo lo que pasa de esto, de mal procede”. Si bien la tradición de la Iglesia católica ha comprendido estas palabras en el sentido de que no se oponen al juramento hecho por una causa grave y justa (véase Catecismo de la Iglesia Católica, pár. 2154), una interpretación más rigorista del precepto transcrita, llevada a cabo por otras religiones cristianas, hace que pueda objetarse el propio acto de jurar.

¹⁹⁶ Véase Gascón Abellán, «Obediencia al derecho y objeción de conciencia», Centro de Estudios Constitucionales, col. «El derecho y la justicia», Madrid, 1990, pp. 295 y ss., y las obras allí citadas a pie de página.

¹⁹⁷ M. A. Aparicio Pérez, “El acatamiento a la Constitución, requisito de la condición plena del parlamentario”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4 (1985), p. 188.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

mento abarca el triple sentido descrito, aunque también puede encontrarse sólo con alguno de estos contenidos.

Igualmente, el juramento de acatamiento se ha recogido en las constituciones de la época contemporánea con el triple contenido antes aludido, pudiendo citarse ya la Constitución de Pennsylvania de 1876. El juramento se concibe como mecanismo de defensa de la Constitución, por ejemplo en las Constituciones de Baviera (1818), o Sajonia (1831), y así lo señalan autores como Jellinek o Schmitt.¹⁹⁸ Sin embargo, el juramento de acatamiento parece considerarse más un mecanismo de alto contenido simbólico que una vía de garantía constitucional con eficacia real. Incluso en varios países no se prevén los efectos de su no prestación.

En cuanto al derecho constitucional histórico español, el juramento ha estado presente en la mayoría de los períodos constitucionales del siglo XIX, si bien su contenido ha variado algo (acatamiento a la Constitución, obligaciones del cargo, sumisión y obediencia al Rey, o incluso acatamiento de la Religión católica en la Constitución de 1812). En cualquier caso, el juramento se ha configurado con un sentido más ritual y simbólico que jurídico.¹⁹⁹ De esta forma, como símbolo político, el acatamiento pretende conseguir la integración dentro de la unidad política, de forma tal que sus elementos adquieran una función significativa, trascendiendo su simple apariencia externa.²⁰⁰

Actualmente, el juramento de acatamiento a la Constitución (o promesa, pues tal opción está ya generalmente admitida, como se ha visto) tien-

¹⁹⁸ Georg Jellinek, en su “Teoría general del Estado”, y dentro del capítulo XXII, donde trata las garantías del derecho público, incluye el juramento político entre las garantías políticas, si bien concediéndole una importancia menor, afirmando que “justamente es exigido, la mayor parte de las veces, cuando menos importancia puede prestar”. Carl Schmitt, en “Defensa de la Constitución”, recoge algunas de las constituciones citadas, que incluyen el juramento como garantía de la Constitución.

¹⁹⁹ Así opina M. A. Aparicio, “El acatamiento a la Constitución...”, *op. cit.*, pp. 194 ss. En cambio, J. M. Morales Arroyo, “La determinación del período de vigencia del estatuto de diputados y senadores”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 19 (1990), pp. 53 y ss., sostiene que aunque no estuvieran establecidas normativamente las consecuencias de la no prestación del juramento, la práctica fue consolidándose en el sentido de que el diputado o senador que no cumplía tal requisito quedaba con la categoría de electo, en situación similar a la suspensión de derechos y deberes, sin tener facultad de voto, si bien era considerado miembro de la Cámara a efectos de las prerrogativas parlamentarias.

²⁰⁰ M. A. Aparicio Pérez, “El acatamiento a la Constitución...”, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

de a debilitarse en su contenido y en su forma; el derecho comparado, no obstante, muestra una gran variedad de casos, desde su desaparición como exigencia para el acceso a cargos públicos representativos, hasta la necesidad de su cumplimiento para alcanzar la condición de parlamentario, siendo más frecuente que se configure como acto ritual, sin que se prevean sanciones concretas a su no prestación; incluso se dan casos en que se admite la presentación de reservas por escrito.²⁰¹

En cualquier caso, el requisito del juramento o promesa existe, además de para el acceso a los cargos representativos, en muchos otros ámbitos (militar, judicial, acceso al ejercicio de profesiones colegiadas o de cargos públicos no representativos...), si bien no está claro que hoy en día se le conceda a su no prestación efectos jurídicos en todos los casos; en la mayoría de los ámbitos es considerado como un ritual. El Tribunal Constitucional español ha afirmado que tal requisito “es una supervivencia de otros momentos culturales y de otros sistemas jurídicos a los que era inherente el empleo de ritos o fórmulas verbales ritualizadas como fuente de creación de deberes jurídicos y de compromisos sobrenaturales”²⁰². De todas formas, como supervivencia se mantiene, y no cabe desconocer que para muchas personas el hecho de jurar conserva el mismo sentido religioso con el que surgió, o al menos el carácter de vínculo moral, aunque evidentemente desde la perspectiva de la libertad ideológica y religiosa la vinculación interna del juramento es una cuestión personal. Socialmente, el juramento tal vez haya perdido buena parte de este sentido original, aunque mantiene su carácter de símbolo.

2. LICITUD CONSTITUCIONAL DEL REQUISITO

El requisito del juramento o promesa para el acceso a cargos públicos se ha recogido en el ámbito de los cargos representativos por el art. 20. 3 del Reglamento del Congreso y 11 y 12 del Reglamento del Senado;²⁰³ en el

²⁰¹ Puede verse un repaso a la situación del Derecho comparado en M. A. Aparicio, “El acatamiento...”, *op. cit.*, pp. 187 y ss.

²⁰² STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 7.

²⁰³ El citado precepto del Reglamento del Congreso establece que para adquirir la “condición plena” de diputado se requiere el cumplimiento conjunto de tres requisitos: presentación en la Secretaría

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ámbito autonómico, prácticamente la totalidad de los Reglamentos de las Cámaras regionales recogen el requisito al que nos referimos, con diversas variantes. Igualmente lo establecen las normas vigentes en el ámbito local, y con carácter general para todos los cargos públicos elegidos por sufragio, el art. 108.8 de la Ley orgánica de Régimen Electoral General establece la obligación de jurar o prometer acatamiento a la Constitución “en el momento de tomar posesión y para adquirir la plena condición de sus cargos”. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que hasta 1985 la exigencia de acatamiento venía recogida solamente en los Reglamentos parlamentarios, y, con carácter general para todos los cargos públicos, por el R.D. 707/1979, de 5 de abril, que establece igualmente la fórmula a utilizar.²⁰⁴

Centrándonos en el acceso a los cargos de naturaleza representativa,²⁰⁵ tal exigencia presenta una serie de dudas a la luz de la Constitución española, especialmente teniendo en cuenta sus arts. 23 y 16. Respecto al primer precepto citado, y más concretamente a su apartado segundo, ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que se trata de un derecho de configuración legal, si bien las leyes que lo regulen han de interpretarse en los términos más favorables a la

General de la credencial, declaración a efectos de incompatibilidades, y prestación, en la primera sesión del Pleno a que se asista, de la promesa o juramento de acatar la Constitución. El art. 12 del Reglamento del Senado establece similares requisitos, si bien el art. 11.3 indica la fórmula concreta que ha de utilizarse a tales efectos.

²⁰⁴ Para los miembros de la Carrera Judicial, el art. 318.1 de la LOPJ, de 1 de julio de 1985 recoge el mismo requisito de juramento o promesa, incluyendo también la fórmula a utilizar. El art. 439.1 del mismo cuerpo legal establece la misma obligación para abogados y procuradores, y los arts. 459-460 para todo el personal al servicio de la Administración de Justicia.

²⁰⁵ La aplicación del art. 23.2 a los cargos y funciones públicas de naturaleza no representativa es más dudosa, y no siendo este importante problema objeto del presente trabajo, lo dejaremos al margen, si bien ha de recordarse la tendencia del Tribunal Constitucional a excluir del ámbito de este precepto a los cargos no representativos. Esta línea parte de la STC 23/1984, de 20 de febrero, que excluye de dicho ámbito a los Colegios profesionales, ya que “el derecho de acceso a cargos públicos que regula el art. 23.2... se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 CE...” Sin embargo, es apreciable también la tendencia opuesta, sobre todo en parte de la doctrina; véase Angel Sánchez Blanco, “Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 46 (1985).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

efectividad del derecho fundamental y sin restricciones innecesarias para su ejercicio.²⁰⁶

Con base en las pautas referidas podemos analizar ya la exigencia de prestación formal de acatamiento constitucional, a la luz de los propios preceptos de la norma fundamental.

2.1. El deber de acatamiento y su plasmación formal

Para valorar la legitimidad constitucional del requisito que comentamos, es preciso en primer lugar delimitar su significado. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el deber de acatamiento existe con independencia de la obligación de plasmación formal, y deriva del art. 9.1 de la Constitución y de su carácter de norma suprema. En efecto, la sujeción a la Constitución supone un deber de distinto signo para los ciudadanos y los titulares de los poderes públicos: para aquéllos, es un deber de carácter negativo, que supone abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución; para los titulares de los poderes públicos supone un deber positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución. Pero incluso este deber de actuación “no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los arts. 166 y siguientes de la norma fundamental”.²⁰⁷

Esta última afirmación del Tribunal merece algunos comentarios: por un lado, es cierto que la Constitución no contiene cláusulas de intangibilidad ni puede interpretarse que ninguna parte de su contenido sea intocable, y por ello deben admitirse como constitucionalmente lícitas las opciones

²⁰⁶ STC 104/91, de 13 de mayo, FJ 2. La misma doctrina se contiene, entre otras, en las SSTS 24/89, FJ 3 y 6; 72/1989; 168/1989, FJ 6; 186/1989; 24/90, FJ 2. La STC 32/1985 afirma que la ley “no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que se vacíe de contenido la función que han de desempeñar, o se le estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros...” Idéntica doctrina se recoge también en la STC 76/1989, FJ 2. La sentencia 75/1985 insiste en cambio en el amplio margen de libertad que el art. 23.2 confiere al Legislador “para configurar el sistema mediante el que se produce en la práctica el acceso a los cargos y funciones públicas...”

²⁰⁷ STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

políticas que pretenden cambiar o transformar, aunque sea radicalmente, el orden constitucional.²⁰⁸

En efecto, la sujeción a la Constitución de los titulares de los poderes públicos, con el significado perfilado por el Tribunal Constitucional (doctrina que por lo demás se mantiene en toda la jurisprudencia posterior sobre el tema del juramento), existe con independencia del requisito formal del juramento o promesa. Pero ha de observarse que, por la misma razón, la exigencia de un acto formal de acatamiento añade algo más al propio deber de sujeción a la Constitución, pues, como ya hemos indicado, puede existir desde ciertas posturas una objeción al propio acto formal de jurar o prometer, mientras que la sujeción a la Constitución es una situación en la que se encuentran los ciudadanos y los titulares de los poderes públicos.

Por ello se ha señalado que existe en la argumentación del Tribunal Constitucional una cierta confusión entre el deber de acatamiento y su manifestación formal, pues, partiendo de las premisas —ciertas— de que la Constitución no permite obtener un resultado por ella prohibido; y de que la Constitución prohíbe que los titulares de los poderes públicos accedan a sus cargos sin el deber de actuar con sujeción a la misma, llega a la conclusión, algo más dudosa, de que el art. 23 no comprende el derecho de participar en los asuntos públicos por medio de representantes “que no acaten *formalmente* la Constitución”²⁰⁹.

Esta cierta confusión ha sido puesta de manifiesto por parte de la doctrina, especialmente por Sole Tura y Aparicio Pérez,²¹⁰ que resaltan el carácter “vidrioso” de la conexión entre la relación representativa y la regulación normativa que habilita a la obtención del cargo pleno de diputado. En el mismo sentido se pronuncia Morales Arroyo.²¹¹

²⁰⁸ Puede verse el tratamiento del tema que hace De Otto Pardo, “Defensa de la Constitución y partidos políticos”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 25 y ss. Afirmaba este autor: “...si los enemigos del orden constitucional están en situación de pervertirlo por los procedimientos del Título X, pueden hacerlo sin violar el derecho constitucional vigente. Y precisamente porque pueden lícitamente hacerlo, pueden también lícitamente intentarlo...” (p. 35).

²⁰⁹ Conclusión además contradictoria con la propia afirmación del Tribunal de que la exigencia de prestar juramento o promesa es algo que la Constitución no exige, pero tampoco prohíbe.

²¹⁰ J. Solé Tura, M.A. Aparicio Pérez, “Las Cortes Generales en el sistema constitucional”, Madrid, *Tecnos*, col. “Temas Clave de la Constitución española”, 1984, pp. 54-55.

²¹¹ “La determinación del período de vigencia...”, *op. cit.*, p. 59.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

No obstante, hay que destacar que este “algo más” que supone la plasmación formal del deber de acatamiento, no necesariamente implica la inconstitucionalidad del deber de juramento o promesa, sino que dicha manifestación ritual debe considerarse como un requisito para el acceso al cargo, que, establecido por el “legislador” (sobre este punto volveremos), puede quedar encuadrado entre los que permite el art. 23.2 de la Constitución, que es un derecho de configuración legal; si bien para ello no debe oponerse a este precepto ni a otros del mismo Texto fundamental.

En cuanto al significado del acatamiento, cabe indicar el acierto del Tribunal Constitucional al operar una “formalización” del requisito, pues, desde la perspectiva de la libertad ideológica y del pluralismo político recogidos en la propia norma fundamental, sería difícil admitir la constitucionalidad de la obligación entendida como adhesión ideológica o lealtad a los preceptos constitucionales, ni aún a determinados principios o valores de la Constitución (Monarquía, unidad de la Nación, por ejemplo).²¹² De esta forma, el acatamiento supone “simplemente” el respeto a las “reglas del juego” constitucional, aunque lo que se pretendiera fuera incluso la transformación de las propias reglas democráticas.

Ahora bien, esta concepción plantea una serie de interrogantes, referidas a otros supuestos de juramento o promesa para el acceso a los cargos representativos: por un lado, si la exigencia de juramento de “fidelidad” es compatible con las exigencias constitucionales, cuestión sobre la que el TC se ha pronunciado en la sentencia 128/1983, de 26 de diciembre, y sobre la que volveremos en su momento. Por otro lado, si es constitucional la exigencia, recogida en la fórmula de algunos juramentos, por ejemplo en la recogida en el R.D. 707/1979 (aplicable entre otros supuestos a los concejales), de lealtad al Rey.²¹³ El Tribunal Constitucional, que en su sentencia 8/1985, de 25 de enero debe valorar la actuación de determinados concejales que se niegan a utilizar dicha fórmula, no entra en este tema, al rechazar la fórmula por otros motivos, como seguidamente veremos. Sin

²¹² Véase F. Santaolalla, “El juramento y los reglamentos parlamentarios (Comentario a la sentencia 119/1990, de 21 de junio)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30 (1990).

²¹³ Dicha fórmula consiste en responder con una simple afirmativa a la pregunta: “Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo... con lealtad al rey, y guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado?”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

embargo, podríamos deducir de la aplicación de la doctrina constitucional antes expuesta al caso al que nos referimos ahora, que tal exigencia no es acorde con el concepto de juramento o promesa como acto formal de acatamiento, pero no de adhesión ideológica. Y es que parece que la lealtad al Rey sí supone un claro pronunciamiento ideológico en un determinado sentido, y por ello creemos que la sanción por negarse a prestar este tipo de juramento sí estaría amparada por los arts. 23 y, sobre todo, 16, de la Constitución. No obstante, este razonamiento nos parece válido para el supuesto de cargos representativos (en este caso, concejales), pero quizá es más dudoso que sea aplicable en general para la función pública, donde los deberes de sujeción son más estrictos.

2.2. *La reserva de ley*

El art. 23.2 de la Constitución establece una reserva de ley para la regulación del derecho de acceso a las funciones y cargos públicos. Prescindiendo ahora de si tal reserva implica o no la necesidad de Ley orgánica,²¹⁴ procede plantearse la idoneidad de determinados instrumentos normativos diferentes a la ley en sentido formal para establecer requisitos para el acceso, y, en concreto, para recoger la exigencia de juramento o promesa de acatamiento constitucional.

Este problema se ha planteado en varias ocasiones en la jurisprudencia constitucional, en relación con los Reglamentos parlamentarios, con las Resoluciones de la Presidencia de la Cámara, y con los Decretos.

Por lo que se refiere a los Reglamentos parlamentarios, la doctrina sobre su naturaleza jurídica ha sido muy amplia,²¹⁵ sin que pueda decirse que

²¹⁴ Parece ser que la postura más correcta es la exigencia de Ley orgánica para el acceso a cargos públicos de naturaleza representativa, y de ley ordinaria para los cargos no representativos, teniendo en cuenta, por un lado, la exigencia de Ley orgánica para aprobar el régimen electoral general (art. 81.1 CE), y la reserva de ley (ordinaria) para el acceso a la función pública, recogida en el art. 103 CE. En este sentido se pronuncia M. Pulido Quecedo, “El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución”, Civitas, Parlamento de Navarra, 1992, pp. 80 y ss.

²¹⁵ Y no nos podemos detener en ella. Ciñéndonos a la doctrina española, podemos citar, además de N. Pérez Serrano, “Naturaleza Jurídica del reglamento parlamentario”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, (1959), algunos estudios posteriores a la Constitución de 1978: C. J. Fernández Carnicero, “Los reglamentos parlamentarios y el Ordenamiento Jurídico”, *Revista de Derecho po-*

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

se trate de una cuestión pacífica. Lo que sí parece claro es que se trata de una norma peculiar y distinta, indudablemente sometida a la Constitución, susceptible de recurso de inconstitucionalidad en nuestro Ordenamiento, con rango de ley y equiparada en ciertos aspectos a ésta, de la que los distingue el principio de competencia o la reserva material. También puede afirmarse que hoy no pueden ser considerados sólo o estrictamente “*interna corporis*”, pues están sujetos al control de constitucionalidad. Aunque no estén incluidos en el art. 28 LOTC, algunos autores y cierta jurisprudencia constitucional los consideran incluidos en el “bloque de constitucionalidad”.²¹⁶ En cualquier caso, la equiparación o asimilación del Reglamento parlamentario a la ley es sólo parcial y aproximada.²¹⁷

La sentencia del Tribunal Constitucional 108/1983, de 18 de noviembre, entiende que los reglamentos parlamentarios son normas aptas para exigir la exteriorización (juramento o promesa) del deber de acatamiento constitucional, y lo hace en base a una concepción funcional de los mismos, ya que es su contenido propio regular la organización y funcionamiento de la Cámara, incluyendo por tanto su constitución como tal Cámara. Partiendo de esta idea cabría incluso plantearse la posibilidad de que la regulación de la exigencia que comentamos debiera estar incluida necesariamente en el Reglamento, formando así parte del contenido de la “reserva reglamentaria”; aunque ha de admitirse que esta interpretación es más discutible, no es descartable si se entiende que el Reglamento es norma apta para cubrir la reserva del art. 23.2, y que el acatamiento es mate-

lítico, núm. 9 (1981); R. Punset, “Las Cortes Generales”, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 79 y ss.; F. Santaolalla López, “Derecho parlamentario español”, *op. cit.*, pp. 22 y ss.; J. Solé Tura, M. A. Aparicio, “Las Cortes Generales en el sistema constitucional”, *op. cit.*, p. 83 y ss.; L. M. Díez Picazo, “La autonomía administrativa de las Cámaras parlamentarias”, *Cuadernos de Studia Albortiniana*, 1985, pp. 75 y ss.; J. Rodríguez Zapata, “Los reglamentos parlamentarios y su posición en el sistema de fuentes del Derecho español”, en *I Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985.

²¹⁶ Entre otros, F. Santaolalla Pérez, “Derecho Parlamentario español”, Editora Nacional, 1984, p. 27 y ss.; Rubio LLorente, en “El bloque de la constitucionalidad”, (con L. Favreau), Cuadernos Civitas-Universidad de Sevilla, 1991, insiste en que el art. 28 LOTC es un punto de partida erróneo para delimitar el bloque de la constitucionalidad, recogiendo jurisprudencia constitucional sobre la materia. En este sentido cabe citar las SSTC 99/1987, 57/89, que afirman el valor del Reglamento parlamentario como parámetro de constitucionalidad de la ley.

²¹⁷ En este sentido, Santaolalla, “El juramento...”, *op. cit.*, p. 157.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ria que forma parte de la organización y funcionamiento de la Cámara (objeto de la “reserva material de Reglamento”).

Por lo demás, señala el Tribunal que la norma reglamentaria se encuentra “directamente incardinada a la Constitución”. Todo ello teniendo en cuenta que el Reglamento del Congreso no establece *ex novo*, en el caso enjuiciado, el requisito del deber positivo de acatamiento, sino sólo su formalización externa.²¹⁸

Problema distinto es el de la aptitud para exigir una fórmula concreta de acatamiento de las Resoluciones de la Presidencia de la Cámara basadas en el art. 32.2 del reglamento del Congreso o 37.8 del Reglamento del Senado, es decir, las que colman lagunas o interpretan el propio Reglamento. Conviene recordar que tales Resoluciones, según la propia jurisprudencia constitucional,²¹⁹ se integran en el Reglamento adquiriendo el mismo valor que éste, y siendo por tanto recurribles por inconstitucionalidad. En cambio, no puede decirse que tengan fuerza de ley, y no poseen vocación normativa, sino integradora del Reglamento. El Tribunal Constitucional ha hecho referencia a que poseen valor de ley; no obstante, no cabe duda de que están desprovistas de su fuerza propia.

Este problema se plantea sobre todo en la STC 119/1990, de 21 de junio. Se planteaba en este caso la aptitud de la Resolución de la Presidencia del Congreso de 30 de noviembre de 1989 “sobre la forma en que se ha de prestar el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución previsto en los arts. 4 y 20 del Reglamento de la Cámara”, pues ninguno de estos preceptos estipulan fórmula concreta alguna. El Tribunal Constitucional señala que la equiparación entre Reglamentos y resoluciones presidenciales a efectos de impugnabilidad no puede extenderse a otros efectos, no existiendo por tanto una equiparación total. Tal facultad presidencial sólo puede admitirse “cuando se la utilice para suplir omisiones del Reglamento”.

²¹⁸ M. A. Aparicio Pérez, “El acatamiento a la Constitución...”, *op. cit.*, p. 182, deduce de esta doctrina constitucional que cualquier ente público con capacidad de autorregulación en materia de organización podrá introducir el requisito del juramento o promesa como mera exteriorización del deber constitucional. No obstante, no parece fácil obviar la posición en el sistema de fuentes de los diversos instrumentos normativos, de forma tal que si bien el Reglamento de una Cámara parlamentaria puede ser instrumento idóneo, no lo serán otro tipo de Reglamentos internos que no tengan rango de ley o no puedan asimilarse a ciertos efectos a ésta.

²¹⁹ STC 118/1988, de 20 de junio, FJ 4, y otras allí citadas.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

to o para interpretarlo, no para desarrollarlo o especificar sus prescripciones”,²²⁰ si bien en el caso concreto, del tenor literal de la Resolución no puede deducirse que haya desarrollo o especificación, sino sólo integración de la laguna, de forma que el Tribunal acepta la validez formal de la Resolución.²²¹ Sin embargo, es cierto que parece en muchos casos difícil una delimitación entre lo que es “interpretación” del Reglamento, y lo que supone ya “especificación” del mismo,²²² aunque el Tribunal se refiere a interpretación “en los casos de duda”, siempre esta interpretación supone concreción o especificación del sentido de la norma. Lo que no parece admisible, desde luego, es que la Resolución se utilice para concretar preceptos de sentido no dudoso. En cuanto a colmar lagunas, también es difícil distinguir esto de desarrollar, debiendo seguirse un criterio parecido (es decir, sería desarrollo o especificación el colmado de “lagunas impropias”, ambigüedades o imprecisiones). En cualquier caso, los límites no están nada claros.

Por otro lado, tampoco cumple el requisito de la reserva de ley el uso normativo preexistente, repetido e indiscutido, como señala el TC en la misma sentencia que venimos comentando.

La STC 74/1991, de 11 de abril contempla el mismo supuesto que el ya comentado, pero referido al Senado, lo que supone la diferencia ya aludida de que la fórmula concreta del acatamiento está recogida en la norma reglamentaria (art. 11.3), y lo que se entra a valorar es el acto de aplicación de dicho precepto que constituye la Resolución de la Presidencia del Senado de no tener por prestado el juramento. Por ello en este caso no hay duda de que queda cumplido el requisito de la reserva de ley, sino que lo que se plantea es si el artículo reglamentario antes referido es una norma autoaplicativa o no. El Tribunal responde a esta cuestión afirmando que tal norma requiere un acto de aplicación, no exento de un margen de apreciación, y por consiguiente recurrible en amparo, pues no cabe hablar de *interna corporis* no controlable jurisdiccionalmente cuando se está afectando directamente al contenido de un derecho fundamental. Por consiguiente,

²²⁰ FJ 5.

²²¹ El Tribunal, como es sabido, acepta la validez de la fórmula empleada por los Diputados electos de HB, pero ello por motivos que no implica la invalidez formal de la resolución.

²²² Santaolalla, “El juramento...”, *op. cit.*, pp. 156 y 157, se muestra asombrado por esta distinción “tan equívoca y vaporosa”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

para evitar la vulneración de derechos fundamentales, el cumplimiento de la reserva de ley —del que, como se ha dicho, no se duda en este caso— es condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere además que el acto de aplicación sea congruente con la finalidad de la norma legal o reglamentaria, pues de lo contrario se vulneraría el contenido material del art. 23.2.²²³

En suma, las resoluciones presidenciales, al no generar normas con rango y fuerza de ley, no pueden introducir requisitos al ejercicio del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas del art. 23.2 CE, con la excepción de su función supletoria de lagunas e integradora del Reglamento.

El último aspecto reseñable en relación con la reserva de ley, es el de si es posible que la fórmula del acatamiento se recoja por Real Decreto. A esta cuestión responde el Tribunal de forma claramente negativa en la sentencia 8/1985, de 25 de enero, en la que se planteaba el amparo frente a la decisión de determinados concejales del Ayuntamiento de Aranda de Duero de no aceptar la fórmula de juramento prevista en el R. D. 707/1979, de 5 de abril. El Tribunal reitera la doctrina de que las condiciones o límites para el ejercicio de los derechos del art. 23.2 han de establecerse mediante ley, como corolario de la reserva de ley del art. 53.1 de la Constitución (y, cabría añadir, de la reserva de LO del art. 81.1), y por consiguiente reconoce el derecho de los recurrentes.

Y en fin, cabe recordar que tras la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que recoge la obligación de prestar acatamiento para todos los cargos de naturaleza representativa (actual art. 108.8, ya citado), el requisito de la reserva de ley está indiscutiblemente cumplido para éstos.

2.3. El principio de igualdad

Otro problema que se ha planteado a lo largo de la ya variada jurisprudencia constitucional sobre la exigencia de acatamiento, es si ésta puede considerarse que discrimina por razón de opinión a determinados parlamenta-

²²³ Véase M. Pulido Quecedo, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

rios. Este sería el planteamiento de la cuestión de si existe o no “igualdad en la norma”.

En primer lugar, cabe hacer una precisión: el art. 23.2 CE reconoce el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos; el principio o derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución es de aplicación general, y ello puede plantear dificultades para determinar la norma aplicable en cada caso (aunque normalmente tales dificultades tendrían que ver, sobre todo, con el tratamiento ordenado de los temas o con determinadas cuestiones procesales, pues ambos derechos son igualmente susceptibles de amparo). A este respecto, parece correcta la doctrina constitucional²²⁴ de conceder preferencia al art. 23, como norma más específica por su contenido, excepto en los supuestos en los que se alega discriminación por alguno de los criterios que expresamente recoge el art. 14 (nacimiento, raza, sexo, religión, u opinión), en cuyo caso sería éste el que se tomaría en consideración.

Entrando ya en si puede entenderse que con la exigencia de juramento o promesa se esté aplicando a supuestos iguales (parlamentarios electos) consecuencias diferentes (adquisición o no de la condición plena), discriminando por ello en razón de la opinión o ideología, creemos que no existe tal discriminación siempre que la norma a aplicar es igual para todos los parlamentarios de la misma legislatura, a los cuales se les exigen los mismos requisitos y condiciones, fijadas previamente. De hecho, el TC en la sentencia 101/1983 (FJ 4), y 122/1983 (FJ 3), no emplea más que unos breves párrafos en descartar esta alegación, con un fundamento que puede resumirse en: la obligación era igual para todos. En la sentencia 119/1990, de 21 de junio, añade que la fórmula elegida por la Resolución de la Presidencia del Congreso es ideológicamente neutral.

Cuestión distinta es si en determinados supuestos puede producirse vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la exigencia del juramento, fundamentalmente por exigir una determinada fórmula a unos parlamentarios y no a otros, o en razón del momento en que se produce tal exigencia.

²²⁴ Entre otras, STC 50/1986, de 23 de abril; STC 119/1990, de 21 de junio (esta última cita varias sentencias más en su FJ 3).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Así, en el ya citado caso de los concejales del Ayuntamiento de Aranda de Duero (STC 8/1985), los recurrentes alegan que hay vulneración del derecho a la igualdad, pues en otros Ayuntamientos y en anteriores tomas de posesión del mismo Ayuntamiento no se exigió la misma fórmula como condición de eficacia de elección y presupuesto de la toma de posesión;²²⁵ pero cabe indicar que (dejando ahora de lado el requisito de la reserva de ley) no cabría exigir igualdad con otros supuestos en que no se ha respetado una normativa vigente previamente y acorde con la Constitución.

En la STC 119/1990, el TC insiste en que no son términos de comparación para los Diputados del Congreso, los actos de otros órganos, como el Senado o la Junta Electoral Central, o incluso la actuación del Congreso en otras Legislaturas. En cambio, se reconoce que el hecho de que la Resolución de la Presidencia se promulgase cuando ya habían prestado juramento la mayoría de los diputados hace imposible su aplicación inmediata, pues los diputados elegidos en la misma convocatoria electoral no pueden verse sujetos a requisitos o condiciones jurídicamente distintos. A esta argumentación no creemos que obste el hecho de que en la práctica los diputados que ya habían prestado acatamiento lo hubiesen hecho utilizando la misma fórmula, ni incluso la existencia de un uso normativo previo en este sentido, pues como hemos visto, pues éste no podría establecer, como hemos visto, limitaciones al derecho de acceso, al carecer del necesario rango de ley. Para apreciar que sí existe diferencia de trato, cabe plantearse la hipótesis de que alguno de los parlamentarios hubiese utilizando la misma fórmula que los de HB antes de la Resolución de la Presidencia del Congreso; en tal caso, y en atención a la doctrina constitucional sobre el tema, habría que entender que tal forma es válida, pues ninguna norma legal (o reglamentaria) establecía la fórmula a utilizar. Por consiguiente, tal criterio se debe mantener para todos los Diputados de la misma Legislatura, al ser posterior la Resolución de la Presidencia del Congreso.²²⁶

²²⁵ Citan los recurrentes la fórmula empleada por los concejales del grupo Herri Batasuna de Bilbao: “Recogiendo el mandato de nuestros electores, juramos seguir en la lucha sin dar tregua hasta conseguir nuestro objetivo: la liberación nacional y social de Euskal-Herría, nuestro pueblo”.

²²⁶ En sentido contrario se expresa Santaolalla, “El juramento...”, cit, pp. 158 y 159, quien añade que, aunque se admitiese que existe tal diferencia de trato, habría de demostrarse que ésta es arbitaria o injusta. Si bien cabe decir que la diferencia puede considerarse discriminatoria por el sim-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.4. La libertad ideológica y el pluralismo político

Para poder analizar la exigencia de juramento o promesa a la luz del derecho a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16 de la Constitución, es preciso recordar el significado que el Tribunal Constitucional ha dado a este acatamiento como acto que no implica adhesión ideológica a los preceptos y principios constitucionales. Si el acto de acatamiento se concibiera como una obligación de defender o compartir tales principios y valores, parece claro que no se garantizaría la libertad ideológica de los representantes.

En todo caso, es preciso examinar en primer lugar si la libertad ideológica tiene alguna limitación cuando se trata de cargos y funciones representativos. De la dicción del art. 16 no parece deducirse ningún tipo de exigencia en este sentido; sin embargo, cabe recordar que la sujeción a la Constitución supone un deber positivo de actuación para los titulares de los cargos públicos. Ello supone, según el Tribunal Constitucional, la necesidad de armonizar este deber con las manifestaciones posibles de la libertad ideológica, de forma tal que el ámbito de expresión externa de esta libertad ideológica (sin la que el reconocimiento de este derecho no tendría sentido) es distinto para quienes ostentan cargos públicos que para los restantes ciudadanos.²²⁷

Ello debe entenderse referido, como es lógico, exclusivamente a la actuación como tal cargo público, sin que pueda entenderse que existe restricción alguna en las restantes facetas de la vida. Teniendo en cuenta que tanto la libertad ideológica y religiosa como el deber de actuación conforme a la Constitución, se derivan de la propia Norma fundamental, parece que la necesidad de armonizarlos existe. En principio, tal armonización debería llevarse a cabo de la forma más favorable posible al ejercicio del derecho fundamental, y no tendría porqué suponer la exteriorización o formalización de tal deber. Ahora bien, no puede negarse que la dignidad del cargo público puede implicar en ciertos casos la aceptación de expresar

ple hecho de añadir limitaciones al ejercicio del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, que no habían tenido los demás diputados elegidos en la misma convocatoria.

²²⁷ STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 5.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

formalmente el compromiso de cumplir el deber que como tal cargo público se tiene. En algún supuesto esto se advierte de forma, creemos, bastante clara: por ejemplo, no parecería aceptable acceder al puesto de Rey o Príncipe de Asturias sin prestar el juramento que, para estos supuestos, exige el art. 61 de la Constitución; y ello con independencia de que, como persona, el futuro titular de tales cargos pudiera tener, por hipótesis, algún tipo de reparo ideológico o político.²²⁸

Por otro lado, a la hora de analizar el tema del acatamiento desde el punto de vista de la libertad ideológica, no ha de olvidarse que entre los principios constitucionales está el valor superior del pluralismo político, siendo el Parlamento y el sistema de partidos una de las principales manifestaciones de este pluralismo.²²⁹ Si bien este argumento puede ofrecer un doble filo: por un lado, ello implicaría que la sujeción y acatamiento a la Constitución no supone un pronunciamiento ideológico, pues dentro de la Norma fundamental caben las más variadas ideologías; pero esto supondría desconocer que la Constitución tampoco es totalmente neutral en el terreno ideológico o político, sino que más bien establece importantes principios ideológicos. Por ello, y por otro lado, la referencia al pluralismo político sirve también para defender que la propia Constitución no es favorable a obstaculizar el acceso a los cargos representativos de las opciones políticas más variadas, incluidas las que podríamos denominar “extra sistema”.

Además, el punto del que hemos partido (acatamiento no es adhesión ideológica), admite algunas matizaciones. En efecto, tal concepción del juramento o promesa es la que ha expuesto el Tribunal Constitucional, pero al poseer el pensamiento un carácter personal e interno, no es descartable que el juramento o promesa se conciba a título individual como algo más que la simple aceptación de las reglas de reforma constitucional, siendo comprensibles reparos ideológicos o políticos a prestarlo, al entender que ello supondría una indudable vinculación moral o interna a determina-

²²⁸ Puede advertirse, por lo demás, que el citado precepto constitucional no permite siquiera, como ya es habitual en estos casos, optar por la fórmula de la promesa.

²²⁹ Véase E. Cobreros Mendazona, “El estatus parlamentario como derecho fundamental garantizado por el art. 23. 2 de la Constitución”, en “Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. García de Enterría”, Civitas, 1991, tomo III, pp. 2125 y ss., y la jurisprudencia y doctrina allí recogidas en su apartado III.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

dos principios o valores que personalmente se repreban. Este dato no le ha pasado inadvertido al TC, quien sin embargo ha afirmado que la vinculación más fuerte en el plano interno carece de trascendencia jurídica.²³⁰ Si bien puede objetarse que la trascendencia jurídica sí existe, pues el no cumplimiento del requisito priva de la condición plena de parlamentario,²³¹ sobre todo cabría indicar que desde el punto de vista de la libertad ideológica ese “vínculo supletorio de índole religiosa o moral”, tal vez debería tener la trascendencia jurídica de hacer que el juramento o promesa no fuera obligatorio, o al menos admitir algún tipo de reservas al mismo.

En esta última línea ha ido en parte la jurisprudencia constitucional cuando, pese a admitir que la fórmula exigida para el juramento es “ideológicamente neutral”, afirma que “el ritualismo eleva la fórmula a una posición que puede desvirtuar las técnicas de representación democrática y de democracia directa”;²³² es decir, si bien la exigencia de jurar o prometer no es contraria a la libertad ideológica, la prohibición de apartarse lo más mínimo de la forma establecida sí puede vulnerar tal derecho. En cualquier caso, así como el reconocimiento pleno de la libertad religiosa trajo consigo la generalización de la opción entre promesa y juramento, un buen entendimiento de la libertad ideológica y de pensamiento puede poner en cuestión la propia exigencia de promesa o juramento, o al menos su excesiva formalización.

Llegados a este punto parecería comprensible entender que cuando la exigencia de juramento o promesa va más allá del mero acatamiento en el sentido expuesto, el derecho a la libertad ideológica correría mayor peligro de vulneración. Sin embargo, la Sentencia 122/1983, de 16 de diciembre, frente a un caso de negativa a prestar promesa de acatamiento y fidelidad a la Constitución y al Estatuto gallego,²³³ equipara el concepto de fidelidad al de acatamiento tal y como lo entendió el propio Tribunal en la sentencia anterior del mismo año: “compromiso de aceptar las reglas del

²³⁰ STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 4

²³¹ Así lo hace Santaolalla, “El juramento...”, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

²³² STC 74/1991, de 8 de abril, FJ 6.

²³³ En concreto, el art. 7.3 del Reglamento del Parlamento de Galicia de 1 de junio de 1982 establece la obligación de prestar en la primera sesión del Pleno a que se asista la promesa o el juramento de acatar y guardar fidelidad a la Constitución y al Estatuto de Galicia. Y el procedimiento se recoge en el art. 5.1, que mantiene en su fórmula el requisito de la fidelidad.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales”.²³⁴ Esta equiparación es realizada en base a dos argumentos: en primer lugar, porque tal es la interpretación que en su escrito de alegaciones realiza el Parlamento de Galicia, y el TC la considera auténtica al emanar del mismo órgano que el Reglamento; en segundo lugar, porque siendo posibles dos interpretaciones del mismo precepto, si una de ellas es conforme a la Constitución y la otra no, debe admitirse la primera.

Siendo esto cierto, no cabe ignorar que la equiparación entre ambos conceptos es algo forzada, sobre todo cuando la fórmula del juramento exige “acatamiento y fidelidad”, lo cual da a entender que fidelidad no es exactamente lo mismo que acatamiento. Así lo entendieron los recurrentes, que afirman que fidelidad es “la observancia de la fe que uno debe a otro”, y que ser fiel es acomodarse a una creencia.²³⁵ Indudablemente, parece que desde la perspectiva de la libertad ideológica, si tenemos en cuenta lo ya dicho sobre la vinculación moral o religiosa en el fuero interno, que está, como se vio, en el significado originario del juramento, habría que entender que la exigencia de fidelidad puede suponer una mayor vinculación interna que la de acatamiento, pues hace referencia en su significado a un cierto comportamiento, y de ahí la definición de la palabra fiel como “persona cuyo comportamiento corresponde a la confianza puesta en ella o a lo que exige de ella el amor, la amistad, el deber, etc.”, mientras que acatar significa “tributar homenaje de sumisión y respeto, aceptar”, queriendo encerrar así un sentido de reconocimiento y tolerancia que no necesariamente implica acomodar el comportamiento a lo acatado, sino simplemente aceptarlo. Es cierto que el significado jurídico de las palabras no necesariamente ha de coincidir con el lingüístico, y que en efecto ha de admitirse siempre la interpretación más acorde con la Constitución, pero insistimos en que tal vez para ello se haya forzado algo el término.

Similar problema plantearían en relación con la libertad ideológica aquellas fórmulas que impliquen directamente lealtad a determinados principios constitucionales que la propia Constitución no obliga a compar-

²³⁴ 14 STC 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 5

²³⁵ STC 122/1983, de 16 de diciembre, Antecedente 5.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tir, por ejemplo a la Corona o al Rey. Nos remitimos a lo ya dicho más arriba.

3. LA FORMA EN LA PRESTACION DEL ACATAMIENTO

Admitida por el Tribunal Constitucional la legitimidad constitucional de la exigencia de prestar formalmente acatamiento a la Constitución para acceder a los cargos públicos representativos, si bien como hemos visto a costa de dotar a tal requisito de un significado casi exclusivamente formal —ya que no implica ningún tipo de adhesión ideológica o política—, se planteó posteriormente, como es sabido, si tal acatamiento ha de prestarse precisamente con la forma (mediante la fórmula) establecida previamente, o si los derechos reconocidos en los arts. 16 y 23 CE implican un cierto margen de libertad a la hora de emitir la promesa o juramento.

Tal cuestión se planteó en las sentencias ya citadas de 21 de junio de 1990 y 8 de abril de 1991.²³⁶ Tanto los diputados (sentencia de 1990) como los senadores (sentencia de 1991) de la coalición Herri Batasuna hicieron preceder a la fórmula de su promesa la expresión “por imperativo legal”.

Prescindiendo ahora de otras cuestiones ya comentadas, cabe indicar que el Tribunal parte de una posición intermedia en cuanto a la forma, al entender que ni se puede concebir la obligación de forma exageradamente ritualista, ni se puede prescindir totalmente del ritual que requiere tal afirmación solemne. Por ello “no bastaría con emplear la fórmula ritual, sino emplearla, además, sin acompañarla de cláusulas o expresiones que de una u otra forma, vacíen, limiten o condicione su sentido propio” (sentencia 119/1990, FJ 4). Del análisis de la expresión “por imperativo legal”, el TC toma como referencia su significado en el lenguaje común, para concluir

²³⁶ Un comentario de la sentencia de 1990 puede encontrarse en Santaolalla, “El juramento...”, *op. cit.*, especialmente pp. 154 y ss.; también A. Palmar Olmeda, “La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas”, *Revista de las Cortes Generales*, n1 25 (1992), pp. 122 y ss. M. Pulido Quecedo, “El acceso...”, *op. cit.*, pp. 93 y ss., comenta ambas sentencias, fundamentalmente desde la perspectiva de la reserva de ley.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

que, a pesar de su importante significado político,²³⁷ “no tiene valor condicionante ni limitativo de la promesa”.²³⁸ En la sentencia de 1991, el máximo intérprete de la Constitución contrasta la exigencia de seguir un rito o fórmula con los derechos de participación, representación y libertad ideológica, llegando a la conclusión de que no puede hacerse una interpretación excesivamente rigorista del requisito, por lo cual debe admitirse la posibilidad de añadir reservas o explicaciones al acatamiento, siempre con el límite de que no se lo condicione o vacíe de contenido.

Aun siendo correcta la opción del TC de no interpretar de forma rigurosa el requisito, con ella se priva al requisito del acatamiento del ritualismo y solemnidad que siempre se han considerado unidos a la prestación de un juramento o promesa. De esta forma, como ha señalado la doctrina, se termina de desvirtuar o privar de trascendencia al requisito: si en 1983 el Tribunal convirtió el requisito en un acto fundamentalmente formal que no implicaba conformidad con lo acatado, a partir de 1990 se entiende que ni siquiera es un acto que exija un ritual determinado e intocable. De esta forma, y seguramente a pesar de que el Tribunal toma la decisión más correcta en ambos casos, el juramento pierde buena parte de su significado originario, para transformarse —aunque, desde luego, no es poco— en un acto de aceptación de las reglas democráticas de reforma constitucional, que no está sometido a una forma rígida (aunque exista una fórmula pre establecida). Seguramente no podía ser de otra forma teniendo en cuenta el derecho a la libertad ideológica y el valor del pluralismo político, pero también hay que tener en cuenta que un juramento o promesa que no busca un mayor compromiso religioso o moral carece de demasiado sentido. Como ha señalado algún autor,²³⁹ el TC ha suprimido la propia institución social del acatamiento al privarla del esencial elemento de su exterioriza-

²³⁷ El TC no acepta la explicación de los recurrentes de que el añadido implica algo obvio, pues, tratándose de un requisito “legal” (o reglamentario) todos los parlamentarios prestan su acatamiento “por imperativo legal”.

²³⁸ Aunque parece que en esta sentencia el motivo fundamental por el que se concede el amparo es la vulneración de la igualdad por la aplicación temporal de la norma, en la STC 74/1991 el propio Tribunal dice que estos argumentos no eran un mero *obiter dicta*, pues está en juego el art. 23 CE.

²³⁹ M.A. Aparicio, “El acatamiento a la Constitución...”, *op. cit.*, p. 184. Si bien este artículo se publica antes de las sentencias de 1990 y 1991, y comenta las de 1983.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ción, ya que el rito del acatamiento carece de relevancia (puesto que el acatamiento existe con independencia de su exteriorización), y la ha dotado de un significado jurídico distinto del lingüístico.

No puede olvidarse que el juramento o promesa no se entiende sin su función simbólica, y posee un fundamental sentido “publicitario” y político, que está unido a su carácter solemne y formal, de forma tal que con la solución adoptada se permite que la exteriorización del acatamiento produzca justamente el efecto contrario al que se pretendía al implantar su exigencia.

4. EFECTOS DEL NO ACATAMIENTO SOBRE EL STATUS DEL PARLAMENTARIO

Cuestión importante en relación con el art. 23 de la Constitución son los efectos del no acatamiento sobre el parlamentario electo. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre este aspecto, salvo alguna breve referencia (porque no era la cuestión planteada). Los Reglamentos del Congreso y del Senado tampoco aclaran totalmente el tema: el Reglamento del Senado afirma en su art. 12.2 que el no cumplimiento de los requisitos necesarios para alcanzar el “perfeccionamiento de la condición” de senador (entre los que está el acatamiento) supone no devengar derechos económicos ni poder participar en el ejercicio de las funciones constitucionales de la Cámara; de ahí cabe deducir que las restantes prerrogativas de los senadores se mantienen aunque no se haya producido el acatamiento. Por su parte, el art. 20.2 del Reglamento del Congreso indica que los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento mismo de la proclamación de diputado electo; sin embargo, tras tres sesiones sin adquirir la “condición plena” de diputado (mediante el acatamiento, entre otros requisitos), “no tendrá derechos ni prerrogativas hasta que dicha adquisición se produzca”. Esta regulación parece más difícil de entender y ha sido criticada,²⁴⁰ pues parece implicar que los derechos y prerrogativas se tienen ya desde el momento de la proclamación de electo, para perderse

²⁴⁰ Véase J. Solé Tura, M. A. Aparicio, «Las Cortes Generales...», *op. cit.*, p. 60.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

o suspenderse tras la celebración de la tercera sesión sin haber cumplido los requisitos, puesto que podrán recuperarse con el cumplimiento de los mismos.²⁴¹

Tal vez un examen separado de los diversos derechos y prerrogativas parlamentarias pueda clarificar la situación, sobre todo por lo que se refiere al Congreso de los Diputados.

Hay que indicar que, en todo caso, el diputado (también el senador) conserva su condición de electo, por lo que no se produce baja o vacante y el puesto no se amortiza.

Por otro lado, es claro que, al igual que en el Senado, el no acatamiento priva de los derechos económicos (remuneración, etc.), así como de la posibilidad de participación en las funciones constitucionales de la Cámara (voz y voto, iniciativa legislativa, preguntas, etc.).

En cuanto a las prerrogativas parlamentarias, la cuestión admite más discusión. En principio, del tenor literal del citado precepto reglamentario podría deducirse que las prerrogativas se pierden. El Tribunal Constitucional parece entenderlo así (aunque se trata de un *obiter dicta* que no se refiere directamente al problema), al comparar la situación del Diputado gallego incumplidor del requisito de acatamiento con la misma situación del diputado de las Cortes Generales: “...la no prestación del juramento o promesa por los Diputados del Congreso lleva consigo la no adquisición de la condición plena [y aquí no se refiere el TC a qué implica esto]... mientras que para los Diputados del Parlamento gallego sólo se produce la pérdida de los derechos, pero no de las prerrogativas...” (STC 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 1.); de donde se deduciría, *sensu contrario*, que los Diputados pierden tanto derechos como prerrogativas.

Sin embargo, y comenzando por la inmunidad, cabe recordar que los arts. 68.4 y 69.6 de la Constitución señalan que el mandato termina cuatro años después de la elección, y el art. 71.2 afirma que los diputados y senadores gozarán de inmunidad durante el período de su mandato. Morales Arroyo²⁴² señala, además del argumento citado, otros tres en favor de la

²⁴¹ El art. 7.2 del Reglamento del Parlamento de Galicia reproduce parcialmente el precepto citado del Reglamento del Congreso; sin embargo, la no prestación del juramento o promesa sólo implica en Galicia la pérdida de los derechos, pero no de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad.

²⁴² “La determinación del período de vigencia...”, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

conservación de la prerrogativa de la inmunidad: en primer lugar, el origen histórico de la prerrogativa como instrumento de protección de los diputados frente a persecuciones políticas desde el momento de su elección; por otro lado, la similitud de este supuesto con la suspensión, que no abarca las prerrogativas parlamentarias, sino sólo los derechos; pero además, negar la vigencia de la inmunidad en la condición menos plena de parlamentario supondría una renuncia de competencias ineludibles de la Cámara; ha de tenerse en cuenta que la inmunidad se concibe como prerrogativa de la cual puede disponer la Cámara, pues se trata de una garantía funcional de ésta en cuanto tal, que es quien debe autorizar el procesamiento del parlamentario en cuestión. Por ello parece que tal vez la prerrogativa de la inmunidad debe conservarse aunque no se adquiera la condición plena de diputado.

En cuanto a la inviolabilidad, la discusión sobre si se conserva o no parece completamente teórica o innecesaria desde el momento en que tal prerrogativa opera sobre la actuación de los miembros de la Cámara en cuanto tales, es decir, está ligada al ejercicio de las funciones parlamentarias, de las cuales quien no ha cumplido los requisitos reglamentarios está privado, por lo cual nunca podrá ampararle esta prerrogativa, que por lo demás está residenciada también en la propia Cámara.

La cuestión de si los diputados electos que no han adquirido la condición plena mantienen la prerrogativa de fuero especial está unida a la de si conservan la inmunidad parlamentaria, pues ambas prerrogativas están muy relacionadas. Además, respecto al aforamiento de los parlamentarios, el art. 1 de la Ley de 9 de febrero de 1912 sobre competencia para conocer de las causas contra senadores y diputados afirma que “corresponderá a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo el conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados, aun cuando sólo tengan carácter de electos”. Es decir, que el Tribunal Supremo es competente aunque los parlamentarios no hayan perfeccionado su condición. Puesto que el conocimiento de la causa por el Tribunal Supremo está unido a la necesidad de pedir suplicatorio, esto es un argumento más a favor del mantenimiento de la inmunidad. Sin embargo, es cierto que el tenor de esta ley parece no estar en consonancia por lo dispuesto en el Reglamento del Congreso, por lo que la cuestión es algo más complicada.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Por último, otro efecto de la existencia de la figura del diputado o senador que no han perfeccionado su condición es la rebaja del quórum necesario para debates y del número necesario para obtener mayoría cualificada, especialmente la mayoría absoluta. Tal rebaja se ha producido inquestionablemente en la práctica, y tiene su fundamento en la privación de las funciones constitucionales que sufren los parlamentarios de condición no plena. No obstante, puede plantear el inconveniente de que el referido quórum no permanezca estable durante la misma legislatura, si alguno de los parlamentarios se decide a perfeccionar su condición mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos. Algun autor ha criticado esta rebaja del número de parlamentarios necesarios para mayorías cualificadas.²⁴³

Por último, cabría señalar que los efectos del no cumplimiento de la obligación adquirida al prestar juramento o promesa quedan fundamentalmente en el fuero interno, pues no hay obligación jurídica en sentido estricto de cumplir el acatamiento prometido, dejando a salvo, por supuesto, las sanciones reglamentarias que puedan corresponder en determinados supuestos, así como la competencia del TC para sancionar ese “no acatamiento” o vulneración constitucional cuando proceda de la función legislativa de las Cámaras en su conjunto.

6. EL ACATAMIENTO Y LA RELACIÓN REPRESENTATIVA

La figura del parlamentario de condición menos plena, privado de la participación en las funciones de la Cámara por una decisión ajena al cuerpo electoral, plantea algunas cuestiones desde el punto de vista de la teoría de la representación política.

No es éste el lugar para analizar o comentar el significado de la relación representativa. Sin embargo, cabe recordar algunas afirmaciones del Tribunal Constitucional al respecto:²⁴⁴ así, afirma que lo propio de la re-

²⁴³ Santaolalla, “El juramento...”, *op. cit.*, p. 153. Se basa este autor en que no se produce vacante alguna y en la posibilidad de completar la condición de parlamentario en cualquier momento, y, en definitiva, en la conservación de la condición de diputado o senador.

²⁴⁴ Puede verse un comentario de esta jurisprudencia en FJ Bastida Freijedo, “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21 (1987).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

presentación “es el establecimiento de la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a estos en su conjunto y no sólo a quienes votaron en su favor o formaron la mayoría los actos de aquél”. Por ello el legislador, al regular el ejercicio del derecho del art. 23.2, no puede contrariar la naturaleza de la representación, vulnerando el derecho del representante a permanecer en el cargo, vulneración que puede afectar también al cuerpo electoral.²⁴⁵ En la misma sentencia afirma el TC que la representación en sentido jurídico-político surge sólo con la elección. Y en otra conocida sentencia muy poco anterior, la 5/1983, se afirma que tanto la permanencia como el cese del cargo no pueden depender de voluntad ajena a la de los electores. Igualmente el Tribunal ha manifestado en otras ocasiones la relación entre los derechos contenidos en los arts. 23.1 y 23.2.

Con esta fundamentación, y basándonos en la teoría clásica de la representación, podemos plantearnos cómo afecta a la relación representativa la posibilidad de privar al representante electo de las funciones que le corresponderían como miembro del órgano colegiado. Como señala M. A. Aparicio²⁴⁶ la elección del parlamentario se estructura como condición necesaria, pero no suficiente para la pertenencia como miembro de pleno derecho al órgano colegiado. De esta forma el cuerpo electoral ejerce sus funciones “no al elegir sino al votar” y la composición de la Cámara es resultado de la votación, pero es independiente de la propia votación.²⁴⁷ Indudablemente, la no integración del parlamentario en la Cámara, por voluntad distinta a la de los electores, supone una ruptura en la relación representativa. En efecto, tal relación, considerada desde el punto de vista orgánico, comprende el acto de designación de un órgano del Estado (el órgano representativo) por otro (el cuerpo electoral). Como señalaba Jellinek,²⁴⁸

²⁴⁵ STC 10/1983, de 21 de febrero. Esta sentencia cuenta con un voto particular de los magistrados Latorre, Díez de Velasco y Díez-Picazo en el que se afirma que “es el conjunto de representantes reunidos en las Cámaras reglamentariamente convocadas lo que representa al conjunto de los ciudadanos”, por lo que un representante (o varios), en el caso planteado concejales no pueden ostentar la representación de los vecinos a efectos del recurso de amparo.

²⁴⁶ “El acatamiento...”, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

²⁴⁷ Véase J. Solé Tura, M. A. Aparicio, «Las Cortes Generales...», *op. cit.*, pp. 55 y ss.

²⁴⁸ “Teoría general del Estado”, *op. cit.*, p. 429 y ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

los órganos representativos son órganos secundarios, de un órgano primario que tiene poder para expresar su voluntad, designando mediante elección a este órgano secundario.

La limitación de esta designación, aunque provenga del propio órgano representativo, puede atentar al propio principio representativo. Por ello indudablemente los parlamentarios electos no pierden en ningún caso la condición de tales, pero quedan en una posición de difícil explicación, si bien es cierto que existen supuestos reglamentarios de suspensión de derechos que podrían ser parecidos y que no afectan a la relación representativa.

El Tribunal Constitucional en las ya citadas sentencias 119/1990 y 74/1991, afirmando la prevalencia de los derechos de participación y representación sobre la interpretación rigorista de la obligación de prestar acatamiento, y de esta forma la interpretación excesivamente formalista llevada a cabo ha producido una lesión en el derecho reconocido en el art. 23.2, que también repercute en el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes. Sin embargo, no ha apreciado tal distorsión del principio representativo por la sola exigencia de juramento o promesa.

En fin, cabe indicar la errónea idea de la relación representativa que mantienen los recurrentes en la STC 101/1983, cuando afirman que no acatan la Constitución por fidelidad al mandato de sus electores. Evidentemente, esta idea refleja una concepción de la representación como mandato imperativo que nuestra Constitución prohíbe; por ello el TC recalca que los diputados representan al conjunto del pueblo español, y no solamente a la parte de los electores que los votó. Sin embargo, el propio TC matiza en el sentido de que “el mandato que cada uno de ellos ha obtenido es producto de la voluntad de quienes lo eligieron determinado por la exposición de un programa político jurídicamente lícito en el que puede haberse incluido de modo tácito o expreso el compromiso de afirmar públicamente que sólo por imperativo legal acatan la Constitución”.²⁴⁹ Es decir, en este párrafo el Tribunal parece matizar la idea de representación política con una serie de consideraciones sobre la forma en que realmente son designados los diputados a través del sistema electoral, y parece admitir un cierto

²⁴⁹ STC 119/1990, FJ 7.8

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

“mandato fáctico” entre los votantes de un determinado partido y los parlamentarios que a éste pertenecen, aunque añade inmediatamente que la fidelidad al compromiso político nada tiene que ver con el mandato imperativo.

6. CONCLUSIONES

Puede decirse que el proceso que ha sufrido el requisito del juramento o promesa de acatamiento, sobre todo en la jurisprudencia constitucional, y tal vez también en la concepción social existente del mismo, ha sido de un acusado debilitamiento, de forma tal que, como hemos visto, ha pasado a convertirse en un mero requisito formal de escaso contenido, y que además admite incluso importantes matizaciones en cuanto al rito a utilizar.

Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, la interpretación hecha por el TC parece la más acertada, pues es dudoso que el requisito, entendido con todas las precisiones hechas, pueda calificarse de constitucional, y no obstante la interpretación más favorable al ejercicio de los derechos aboga por la flexibilización del mismo.

Ello no impide que en el fuero interno siga teniendo un significado de fuerte vinculación, pero que no puede generalizarse, pues está unido a las diversas opiniones y creencias de carácter personal. De esta forma se ha llegado a una cierta paradoja, en el sentido de que tanto el juramento, que por su propio significado supone una fuerte vinculación en el plano religioso, como la promesa, que implica tal vinculación en el plano moral, se mantienen hoy con un sentido mucho más débil y distinto del que tradicionalmente han poseído, lo cual es justificable en aras de la libertad ideológica y religiosa, que ha de respetarse cuando se exige una obligación con carácter general a todos los cargos representativos.

En cualquier caso, parece que el contenido simbólico que tiene el juramento o promesa ante la sociedad no se ha mermado, no ya porque ésta perciba que obligue al cumplimiento de lo prometido, sino precisamente porque permite apreciar quiénes aceptan las reglas del juego democrático y quiénes no.

Bien es cierto que la exigencia a la que nos hemos venido refiriendo crea no pocos problemas, sobre todo en relación con la libertad ideológica,

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

el derecho a la participación política y el status del parlamentario que no acata la Constitución. A estos problemas ya hemos hecho suficiente referencia, pero podemos recordar ahora que caben también otras opciones a la hora de regular este requisito, si es que se desea mantener.

En primer lugar, puede decirse que si el objetivo que se pretendía con la inclusión de esta exigencia en los reglamentos de 1982 era evitar que determinados parlamentarios utilizasen los derechos que su posición comporta para, sin asistir a las Cámaras, poder atacar el sistema constitucional, tal objetivo puede conseguirse también con la suspensión de derechos por tal inasistencia, que puede preverse en el Reglamento (así lo hace el art. 99 del Reglamento del Congreso).

Pero, admitida la licitud del requisito, caben también otras fórmulas de flexibilización que no mermen la solemnidad y ritualismo que tal acto requiere, como podrían ser admitir la formulación de reservas por escrito, o una explicación del sentido del juramento, antes o después de su emisión. A ello parece aludir el TC en su sentencia de 1990 cuando afirma que “si los recurrentes hubiesen tenido la oportunidad, sin duda se les habría privado de buena parte de las razones que ahora aducen para sostener que se han visto lesionados en el derecho que les garantiza el apartado segundo del art. 23 de nuestra Constitución”.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El tema del requisito de acatamiento constitucional para el acceso a los cargos públicos representativos ha sido tratado por el Tribunal Constitucional en las siguientes sentencias, a las que se ha hecho repetida referencia en este trabajo, y a las que otorgamos el “título” por el que son más conocidas:

- STC 101/1983, de 18 de noviembre, caso “Juramento Esnaola-Solabarriá”.
- STC 122/1983, de 16 de diciembre, caso “Juramento Diputados del Parlamento gallego”.
- STC 8/1985, de 25 de enero, caso “Juramento concejales de Aranda de Duero”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- STC 119/1990, de 21 de junio, caso “Idígoras-Aizpurúa-Alcalde”.
- STC 74/1991, de 8 de abril, caso “Iruin-Alvarez Empananza”.

BIBLIOGRAFÍA

De entre todas las obras citadas a pie de página, citamos ahora exclusivamente las obras o artículos que tratan directamente el tema objeto de este trabajo (prescindiendo de las referencias que pueden hacerse en obras generales de Derecho Constitucional):

SOLÉ TURA, J./Aparicio Pérez, M.A., “Las Cortes Generales en el sistema constitucional”, Tecnos, 1984, pp. 49 a 66.

DE OTTO PARDO, I., “Defensa de la Constitución y partidos políticos”, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 19 a 45.

PULIDO QUECEDO, M., “El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución”, Civitas/Parlamento de Navarra, 1992, pp. 89 a 99; 169 a 172 y 285 a 287.

APARICIO PÉREZ, M. A., “El acatamiento a la Constitución, requisito de la condición plena del parlamentario”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1985.

MORALES ARROYO, J. M., “La determinación del período de vigencia del estatuto de diputados y senadores”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 19 (1990).

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “El juramento y los reglamentos parlamentarios (Comentario a la STC 119/1990, de 21 de junio)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30 (1990).

PALOMAR OLMEDA, A., “La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 25 (1992), pág. 122 a 124.

RUIZ LAPEÑA, R. “El juramento de los parlamentarios, en Martín Retortillo (ed.), *De la jurisprudencia del TC*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985.

COBREROS MENDAZONA, E., “El ‘status’ parlamentario como derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 de la Constitución”, en *Estu-*

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

dios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría, tomo III, Civitas, 1991, pp. 2132 y ss.

BASTIDA FREIJEDO, F. J., “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos (Comentario sobre la idea de representación política en la jurisprudencia del TC)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21 (1987).

CAPÍTULO VIII

SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER CONSTITUCIONAL Y LOS DEBERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 (2011)

1. PLANTEAMIENTO: SUJECIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y DEBERES CONSTITUCIONALES

A diferencia de lo que sucede con los derechos, los deberes constitucionales no han sido en general objeto de un tratamiento doctrinal amplio y profundo. Aunque hay algún estudio o artículo muy estimable, no se puede decir que el concepto de deber constitucional y el análisis de los distintos deberes enunciados con tal condición en nuestra norma fundamental haya sido un objeto prioritario o fundamental para los estudiosos del Derecho Constitucional. Sorprende incluso que muchos manuales generales no dedican siquiera un capítulo a la cuestión (aunque hay desde luego otros que sí, por ejemplo el de los profesores De Esteban y González-Trevijano), y otros no pasan de un acercamiento somero al concepto, para centrarse en el análisis exclusivo de dos deberes constitucionales, acaso los más “fundamentales” y evidentes, o al menos los que presentan (o han presentado) unas consecuencias jurídicas más notorias incluso a la vista de cualquier ciudadano: el deber de defender a España y el deber de contribuir a los gastos públicos.

No es objetivo del presente trabajo analizar las diversas causas por las que los deberes constitucionales no han ocupado precisamente un “papel protagonista” en nuestro derecho constitucional, aunque cabe reconocer

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

que, como ha señalado Pérez Royo, la Constitución española no pone “mucho énfasis” en los deberes. Las dificultades para la propia labor de perfilar un concepto de deber constitucional –que algunos juzgan jurídicamente inexistente o imposible-, la aparentemente escasa trascendencia jurídica (al menos directa) de la mayoría de los deberes establecidos en la norma fundamental, y la mayor “urgencia” doctrinal por el análisis de los muy numerosos derechos constitucionales, han contribuido también a nuestro juicio a la situación descrita.

En las siguientes páginas se propone un acercamiento al concepto de deber constitucional, así como una forma de entenderlo, y se sugiere un posible criterio para clasificar los diversos (más de los que se suelen recordar de inmediato) deberes enunciados en nuestra norma suprema. Los autores son conscientes de las dificultades que la propia Constitución ofrece para llevar a cabo esa definición (que viene ineludiblemente aparejada a la cuestión de las consecuencias o eficacia jurídica de la proclamación de un deber constitucional), y más aún para una clasificación coherente, y en todo caso lo que sigue es una simple propuesta que tiene en cuenta la teoría de los deberes constitucionales, pero también la extraña ubicación y proclamación de los mismos en nuestra Constitución de 1978.

En cualquier caso, al acercamiento a las cuestiones apuntadas no puede hacerse, a nuestro juicio, sin partir de la idea de la sujeción o sometimiento de los ciudadanos a la Constitución, como principio o proclamación general, que es necesario analizar someramente para luego entender los concretos deberes, que deben significar “algo más” que esa proclamación general. Como es perfectamente conocido, el artículo 9.1 de la Constitución española dispone que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esta proclamación expresa no resulta en pureza necesaria, ya que la mera existencia de un ordenamiento jurídico, presidido por la Constitución, conlleva el sometimiento de todos al mismo, así como el deber de acatar y cumplir sus concretas prescripciones. Pero en cualquier caso, parece acertada la inclusión de un precepto de estas características en el texto constitucional, ya que reafirma algunas ideas que, no por obvias es menos importante destacar: en primer lugar, el carácter jurídico y vinculante de la propia Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico del que forma parte, como pone de manifiesto

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

la expresión “la Constitución y el resto del ordenamiento...”; en segundo lugar, el principio básico del Estado de Derecho, consistente en que los poderes se someten al ordenamiento jurídico; y en fin, la idea de que los ciudadanos (y en definitiva, todos cuantos se encuentren sometidos al poder del Estado) están igualmente vinculados por el Derecho, y en primer término por la propia Constitución.

Entre todas estas ideas, y por las razones apuntadas, ahora nos interesa centrarnos en el significado del sometimiento de los ciudadanos a la Constitución. En un sentido muy amplio y quizá impropio, éste sería el primer “deber constitucional” de estos, que no pueden eludir las prescripciones constitucionales. Aunque como hemos apuntado, por esta misma razón los concretos deberes deben implicar alguna consecuencia o idea adicional a esta proclamación genérica. En todo caso, hay que comenzar preguntándose por la naturaleza y consecuencias concretas de esta proclamación. Para ello podemos partir de las siguientes afirmaciones del Tribunal Constitucional: “La sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución” (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3).

De esta forma, el sometimiento a la Constitución implica para los ciudadanos, con carácter general, la obligación de no realizar ningún acto contrario a sus preceptos. Solo en contados supuestos la Constitución impone deberes de actuación positiva, a los que nos referiremos en los siguientes apartados. Más allá de estos deberes positivos, el sometimiento a la Constitución supone solo ese deber negativo de no vulneración. Ahora bien, este deber ha de interpretarse en un sentido global, ya que buena parte de los preceptos constitucionales no tienen como destinatarios a los ciudadanos, y por tanto no suponen en realidad ninguna obligación para estos. Así, por ejemplo, no implica nada para los ciudadanos el hallarse sometidos al precepto constitucional que afirma que el Rey sancionará las leyes aprobadas por las Cortes Generales en el plazo de 15 días (art. 91), o

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

al que prescribe que las Cámaras se reunirán anualmente en dos períodos ordinarios de sesiones (art. 73.1). Y lo mismo podríamos decir de casi todos los preceptos constitucionales destinados a regular la organización, estructura o deberes de los poderes públicos.

Sin embargo —y dejando aún de lado los concretos deberes constitucionales positivos— en otros supuestos el deber de acatamiento puede implicar algo más para los ciudadanos. Así puede suceder en relación con algunos de los derechos constitucionales. Con carácter general puede afirmarse que estos no suponen solo la garantía de un conjunto de situaciones o facultades de actuación para su titular, sino también el deber de respeto por parte de todos los ciudadanos, entendido como obligación negativa de no obstaculizar o impedir el ejercicio de los derechos por parte de los demás. En esta línea, el art. 10.1 de la Constitución afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y la paz social. El significado concreto del deber de respeto a los derechos de los demás nos conduce al problema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, tema en el que no podemos profundizar en este trabajo. Pero hay que destacar que existe fundamento constitucional para sostener que, en general, los ciudadanos tienen un deber general negativo de no impedir u obstaculizar a los demás el ejercicio de sus derechos fundamentales, en la medida en que este ejercicio libre de intromisiones puede requerir no sólo la actuación de los poderes públicos —ya sea prestacional o meramente negativa—, sino también la ausencia de injerencia por parte de los particulares. Aunque, desde luego, la eficacia de los derechos frente a los particulares dependerá del tipo de derecho concreto, ya que junto a derechos que se ejercen fundamental o exclusivamente frente a los poderes públicos, y cuyo ejercicio difícilmente puede ser impedido por otros ciudadanos (como por ejemplo la tutela judicial efectiva o el derecho de petición), hay otros cuya eventual violación procederá de forma habitual de otros particulares (por ejemplo, el honor o la intimidad).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DEBERES CONSTITUCIONALES

2.1. Panorama de los deberes enunciados en la Constitución española

Más allá del genérico deber de sometimiento a la Constitución, podemos encontrar —como ya hemos apuntado— preceptos concretos en los que la norma fundamental se refiere a diversos deberes. Incluso la rúbrica del título I contiene este término, dentro de la expresión “De los derechos y deberes fundamentales”. Asimismo, la sección 2a. del capítulo II vuelve a aludir a los deberes (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”), a pesar de que el título del capítulo en el que está englobada se refiere sólo a “Derechos y libertades”. Ciertamente, en esta sección encontramos referencias a deberes —o al menos a derechos-deberes—, como el de defender a España (art. 30.1), los deberes en casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (art. 30.4), el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1, aunque no utiliza la palabra “deber” sino una expresión imperativa), los deberes de los cónyuges (art. 32.2), o el deber de trabajar (art. 35); pero en la misma sección 2a. hay otros artículos que no expresan deber alguno, sino sólo derechos (así, los artículos 33, 34, 37 y 38), o incluso se refieren a otros aspectos (como el art. 36, sobre el régimen de los colegios profesionales). Por otro lado, encontramos otros deberes dispersos en el articulado de las restantes secciones y capítulos del título I: el deber de cursar la enseñanza básica (art. 27. 4, aunque no se utiliza el término “deber”), el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3), los deberes en relación con la salud pública (art. 43.2), o el deber de conservar el medio ambiente (art. 45.1). E incluso aparecen otros deberes fuera del título I de la Constitución, como el deber de conocer el castellano (art. 3.1, título Preliminar), la obligación de comparecer ante las comisiones de investigación de las cámaras parlamentarias (art. 76.2, título III), o la de cumplir las sentencias y resoluciones judiciales firmes (art. 118, título VI).

De tal manera que la ubicación de los deberes en la norma constitucional no se corresponde con lo que darían a entender los epígrafes de los diversos capítulos o secciones. Y es que la ordenación y distribución de los

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

preceptos del título I, a pesar de lo que reza su cabecera, no está “pensada” para los deberes, sino más bien para los derechos, y sólo posee consecuencias jurídicas en relación con éstos. Porque a pesar de que la denominación de los distintos capítulos y secciones del título I es en general reiterativa y confusa y la clasificación sistemática resulta inadecuada desde el punto de vista del contenido o naturaleza de los derechos; y a pesar de que incluso hay otros derechos constitucionales fuera del título I (por ejemplo, arts. 3.2, 106.2 y 121), lo cierto es que la distribución de los distintos capítulos y secciones del título se entiende, para los derechos constitucionales, desde la perspectiva de la diferente garantía que la norma fundamental los dispensa en función de su ubicación. De tal manera que el art. 53, referido a las garantías de los derechos, da sentido a la ordenación y distribución de estos en el título I. Pero no sucede nada parecido respecto a los deberes. Estos, como hemos visto, aparecen dispersos a lo largo del título I, e incluso a lo largo de todo el texto constitucional, sin que exista ningún criterio —más allá de las indudables relaciones temáticas con el contenido de los preceptos más próximos— que justifique o explique su ubicación, o que indique cuáles son sus consecuencias o garantías jurídico-constitucionales.

Por todo ello resulta conveniente preguntarse si es posible construir una categoría más o menos homogénea de “deberes constitucionales”, y cuáles serían su sentido y consecuencias jurídicas.

2.2. *Deberes y obligaciones*

Teniendo en cuenta la dispersión y heterogeneidad de los preceptos que se refieren a deberes, cabe preguntarse si, más allá de su mera presencia en la Constitución, hay alguna característica definitoria de los “deberes constitucionales” y, sobre todo si, una vez trazados los perfiles propios de esta clase de deberes, puede afirmarse que todos los mencionados en la Constitución pertenecen en sentido estricto a tal categoría. Pero antes de delimitar la categoría de los deberes constitucionales en sentido estricto resulta necesario distinguir el concepto de “deber” de otros próximos, si es que ello es posible. En este sentido, la doctrina suele distinguir entre deberes y obligaciones, aunque en el lenguaje coloquial, e incluso a veces en el jurídico, tienden a utilizarse de forma indistinta. La propia Constitución prefiere a veces utilizar el término “obligación” o sus derivados (por ejemplo,

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

arts. 27.4, 30.2, 45.3, 50, 76.2, 118, 139.1, entre los referidos a obligaciones de individuos o ciudadanos).

Probablemente la distinción más conocida entre ambos conceptos es la que realiza Santi Romano, para quien la obligación jurídica se entiende en el marco de una relación jurídica, en la cual existe de forma correlativa a esa obligación un derecho subjetivo de la otra parte; en cambio, el deber en sentido estricto está desligado de un derecho ajeno y viene establecido en protección de intereses objetivos, de forma que frente al deber de un sujeto existe un “poder” de otro para pretender su cumplimiento. El poder se constituye así como una garantía de la observancia del deber, y ambos sujetos no entran en una relación jurídica en sentido estricto. Partiendo de esta idea, suele afirmarse que el deber en sentido estricto es expresión de intereses objetivados por una norma (y deriva directamente de ésta) al margen de una concreta relación jurídica.

Este criterio de distinción está muy asentado en la doctrina, y de alguna forma se relaciona con otros que resultan bastante próximos: así, el basado en la naturaleza (pública en el caso de los deberes, y privada en las obligaciones) del titular del poder jurídico que puede imponer o exigir su cumplimiento; el de la singularidad (en el caso de las obligaciones) o generalidad (en los deberes) de la situación de sometimiento; o el que tiene en cuenta los intereses que justifican la imposición, que serían generales y objetivos en el caso del deber, y particulares y subjetivos en las obligaciones. Uniendo varios de estos criterios, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández entienden el deber en sentido amplio como cualquier comportamiento positivo o negativo que se impone a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de la colectividad o los de otro sujeto distinto; y distinguen dentro de esa categoría genérica el deber en sentido estricto, derivado directamente de la norma y frente al que existe una potestad; y la obligación, que nace en el seno de una relación o negocio jurídico, y frente a la que se sitúa un derecho subjetivo.

Desde otra perspectiva, se ha entendido que el deber tiene un significado moral, mientras que la obligación tiende a entenderse en un sentido jurídico. En consecuencia, el deber procedería del valor y la virtud moral e implicaría la autoasunción por la conciencia individual; en tanto que la obligación jurídica deriva del ordenamiento jurídico y es heterónoma (en este sentido, por ejemplo, De Asís Roig). En cierta relación con esta idea,

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

podría afirmarse que el incumplimiento de los deberes (a diferencia de las obligaciones) carece de sanción jurídica, aun cuando los deberes estuvieran mencionados en el ordenamiento.

Lo anterior pone de manifiesto que el término “deber” tiene una acusada polisemia. Por un lado, deber es un concepto utilizado en la Moral y que presenta manifestaciones metajurídicas. Pero también es un término utilizado en el ámbito jurídico, aunque no puede encontrarse un concepto único de deber jurídico. Por ello resulta conveniente distinguir en primer lugar un concepto amplio de deber, entendido como cualquier actuación o comportamiento positivo o negativo que el ordenamiento impone a los sujetos. Con todo, y como detallaremos más adelante, si el deber así entendido no va acompañado inmediatamente de una sanción o respuesta jurídica para caso de incumplimiento (tal sucede en todos los deberes constitucionales), en realidad no ha de entenderse dirigido a los sujetos, sino más bien a los poderes públicos que deben concretarlo y dotarlo de garantía. De esta forma, el concepto amplio se distingue de los deberes en sentido estricto y de las obligaciones jurídicas, que sí se dirigen ya directamente a los sujetos vinculados, en tanto en cuanto existe ya una respuesta jurídica para el caso de incumplimiento, en virtud de la previa mediación de los poderes encargados de asegurar su cumplimiento. La distinción entre deber en sentido estricto y obligación podría hacerse de acuerdo con varios de los criterios antes apuntados, si bien seguramente los más adecuados —y que suelen resultar coincidentes en sus resultados— son el que apunta al interés, y el basado en la correlativa distinción entre potestad y derecho subjetivo. De esta forma los deberes en sentido estricto derivan directamente de una norma, están impuestos en atención a intereses generales, y frente a ellos existe una potestad cuyo ejercicio permitirá garantizar su cumplimiento; las obligaciones existen en el seno de una relación jurídica, en atención a los intereses particulares de la otra parte de esa relación, y frente a ella se sitúa el derecho subjetivo de esa parte.

2.3. Concepto de deber constitucional

En un primer y amplio sentido deberes constitucionales serían todos los que vienen establecidos en la norma fundamental. Sin embargo, la aplicación al texto constitucional de la distinción entre deberes y obligaciones

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

que acabamos de apuntar podría dar lugar a un concepto más estricto. En esta línea, Rubio Llorente ha utilizado para definir los deberes constitucionales los criterios del interés o bien jurídico al que se pretende servir (los deberes lo son frente al Estado, como elementos del status general de sujeción al poder), y la autonomía respecto a los concretos derechos o competencias establecidos en la propia Constitución. Con este criterio excluye del concepto de deber constitucional los deberes de los cónyuges (art. 32) y de los padres respecto a los hijos (art. 39), debido a su falta de generalidad, y también quedan excluidos, en este caso por su falta de autonomía, las obligaciones de comparecer a requerimiento de las comisiones de investigación (art. 76) y de cumplir las resoluciones judiciales firmes (art. 118). Los restantes deberes mencionados en la Constitución conformarían para este mismo autor la categoría de deber constitucional en sentido estricto, ya que tendrían como características comunes su autonomía y generalidad.

Desde la perspectiva conceptual, es indudable que la línea apuntada por Rubio Llorente dota a los deberes constitucionales (en sentido estricto) de una mayor homogeneidad; por lo demás, el criterio utilizado para su delimitación utiliza ideas presentes en la delimitación tradicional entre deberes y obligaciones. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico-constitucional no hay motivo para excluir del análisis los restantes deberes que la Constitución enuncia, ya que como veremos no hay diferencias significativas en su significado y consecuencias jurídicas.

Por ello en este análisis mantendremos el concepto amplio de deber constitucional, que entendería a estos como todas las conductas o actuaciones que la Constitución impone o dirige formalmente a los individuos o a los ciudadanos. Precisando un poco más, puede afirmarse que estas conductas serán meramente negativas o de abstención en el caso del genérico deber de acatamiento; en cambio, los deberes concretos enunciados en la Constitución conllevan normalmente una actuación positiva (tras la necesaria intermediación legal, como veremos). Aunque desde una perspectiva teórica no cabe negar la utilidad del concepto más estricto, según el cual serían deberes constitucionales aquellas conductas o actuaciones impuestas con carácter general, en beneficio de un interés colectivo o estatal, y que no dependen de otros derechos o competencias establecidos en la Constitución.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.4. Significado jurídico de los deberes constitucionales

Una vez delimitada la categoría de deberes constitucionales, hay que pre-guntarse por su naturaleza, eficacia y consecuencias jurídicas. En este sentido, el primer rasgo común a todos ellos es que la Constitución no establece en ningún caso sanciones o consecuencias por su incumplimiento, si bien en ocasiones se remite a la ley para el establecimiento de tales sanciones (así, arts. 45.3 y 76.2), y en otros casos para el desarrollo de los deberes constitucionales mediante el establecimiento de concretas obligaciones o deberes (por ejemplo, arts. 30.2, 30.4, 32.2 o 45.3).

Esta ausencia de sanción constitucional ha llevado a la doctrina a entender que los preceptos constitucionales que establecen deberes no van dirigidos directamente a los ciudadanos, sino a los poderes públicos. Así, Varela Díaz entendió que, en relación a las conductas individuales, los deberes constitucionales son lo que Kelsen denominaba “elementos jurídicamente irrelevantes”, de tal manera que lo que realmente implican es una vinculación de la conducta de los poderes públicos y no de la conducta de los particulares, y en definitiva requieren un desarrollo legislativo. En línea parecida, Requejo Pagés afirma que los deberes constitucionales van dirigidos al legislador, pero en la medida en que tales mandatos no vienen acompañados de previsión sancionadora alguna en caso de incumplimiento, deben entenderse más bien como una habilitación para la creación de deberes individuales dentro de los límites materiales establecidos en la Constitución. De Esteban y González-Trevijano entienden que son normas habilitantes para el legislador, que puede desarrollarlos convirtiéndolos en auténticos deberes, pero no son directamente vinculantes ni para los ciudadanos ni para el legislador. Espín entiende que la exigibilidad de los deberes deriva de una norma y, en cuanto tales, solo obligan a facilitar el cumplimiento de la norma; con la mediación de la ley pueden surgir concretas obligaciones, insertas en una relación jurídica y exigibles por otro particular o por la Administración.

Y en efecto, deben admitirse estas primeras conclusiones sobre el significado jurídico de los deberes constitucionales: 1) no obligan directamente a los ciudadanos a realizar ninguna actuación positiva, de manera que su sola proclamación constitucional no añade nada al significado del

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

deber general de sometimiento proclamado en el art. 9.1, al menos de forma inmediata; y 2) se trata de preceptos dirigidos a los poderes públicos, y en primer término al legislador.

Pero aún queda determinar qué consecuencias tienen los deberes constitucionales para los poderes públicos, lo que a nuestro juicio supone responder, en primer lugar, a la cuestión de si los deberes constitucionales son mandatos o meras habilitaciones. En nuestra opinión, y al igual que sucede con buena parte de los mandatos de actuación positiva que la Constitución dirige a los poderes públicos, el problema reside en la ausencia de sanción jurídica para el supuesto de inconstitucionalidad por omisión; a lo que hay que añadir que, tratándose de deberes que indirectamente recaerán sobre los ciudadanos, no parecen resultar exigibles por estos (salvo en aquellos casos en los que se trate de derechos-deberes inmediatamente aplicables). Por ello en la mayoría de los casos actuarán en la práctica como meras habilitaciones; en cambio, los derechos-deberes pueden ser, en su faceta de derechos, directamente exigibles por los ciudadanos con las garantías que les correspondan según el art. 53 de la Constitución, en la medida en que de su configuración constitucional deriven facultades determinadas. Así, por ejemplo, el cursar la enseñanza básica forma parte del derecho a la educación, inmediatamente aplicable y protegido con las garantías mencionadas en el art. 53.2.

Por tanto, los deberes constitucionales suponen en general una habilitación al legislador para que los concrete, estableciendo deberes u obligaciones cuyo cumplimiento por los ciudadanos será ya jurídicamente exigible. Si antes hemos apuntado que frente a un deber hay una potestad que permite su exigencia, la peculiaridad de los deberes constitucionales es que dicha potestad no corresponde a otros ciudadanos sino al poder público, y en particular al legislador, a quien corresponde la fijación de concretas obligaciones derivadas de ese deber. Pero esta configuración no significa que los deberes constitucionales carezcan de eficacia jurídica. Antes al contrario, la presencia de deberes en la Constitución implica una serie de consecuencias de importancia:

- 1) Como todos los preceptos constitucionales, los que contienen deberes actúan como parámetro de la constitucionalidad de todas las

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

normas de rango inferior, cuya contradicción con estos preceptos conllevará su nulidad.

- 2) Los deberes constitucionales ofrecen una finalidad y una justificación específica a la inevitable limitación de la libertad que supone el establecimiento de obligaciones por parte del legislador, como ha destacado Rubio Llorente. No es que todas las obligaciones tengan que derivar necesariamente de un deber constitucional, pero sí de preceptos constitucionales. En ocasiones la vinculación constitucional de las limitaciones a la libertad establecidas por el legislador es mediata, difusa o inexistente, pero cuando esta deriva de un deber constitucional su finalidad está impuesta en la Constitución (aunque la regulación concreta pudiera ser inconstitucional por otros motivos).
- 3) La concreción de estas habilidades constitucionales en obligaciones y deberes directamente vinculantes para los ciudadanos debe hacerse mediante ley. Varios argumentos apoyan esta idea. Por un lado está la reserva de ley del art. 53.1, si bien ésta se refiere sólo a los derechos según su tenor literal, y por tanto sólo será aplicable en la medida en que los deberes supongan limitación de derechos constitucionales del capítulo II. Pero además hay que tener en cuenta que para establecer estos deberes y obligaciones jurídicamente vinculantes será necesario con frecuencia imponer sanciones o penas por su incumplimiento, las cuales están afectadas por la reserva de ley del art. 25.1, que incluso puede ser orgánica (en materia penal) en relación con los arts. 17 y 81.1. En fin, por lo que se refiere a los deberes fundamentales (a los que nos referiremos en el siguiente epígrafe), la exclusión del decreto-ley prevista en el art. 86.1 conllevará, *a fortiori*, la imposibilidad de establecimiento por otras normas de rango inferior.
- 4) La ley que establezca las obligaciones en que se concretan los deberes constitucionales debe ser estatal, al menos en lo que se refiere a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su cumplimiento, en virtud del art. 149.1.1a. de la Constitución, en cuya difícil interpretación no cabe profundizar en este momento.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

- 5) Los deberes constitucionales suponen también un límite a la ley, en la medida en que la configuración definitiva de las obligaciones jurídicas no puede ir más allá de los perfiles constitucionales del deber, y ha de respetar los criterios o principios establecidos en la norma suprema. Así, por ejemplo, el legislador puede o no incluir la obligación de prestar el servicio militar entre las obligaciones militares de los españoles, pero si lo hace debe regular la objeción de conciencia como causa de exención, en virtud de lo dispuesto en el art. 30.2 de la Constitución. Esta idea aproxima a las normas constitucionales que contienen deberes y a las que recogen derechos, como han destacado Varela o Requejo, en tanto que en ambos casos actúan como límite material al ejercicio de la potestad normativa del poder público.

2.5. Deberes constitucionales y deberes fundamentales

Hasta ahora hemos hablado de deberes constitucionales, pero no hemos planteado la posibilidad de que existan entre ellos algunos que deban considerarse “fundamentales”, paralelamente a lo que sucede con los derechos. En efecto, la delimitación de la categoría “derechos fundamentales” ha sido objeto de diversas fundamentaciones teóricas. Pero en nuestro sistema constitucional dicha delimitación tiene notables efectos jurídicos, que no dependen de la diversa naturaleza de unos u otros derechos, sino de su ubicación en los diversos capítulos y secciones del título I. Desde esta perspectiva, y como es sabido, no todos los derechos constitucionales son fundamentales, sino solamente los contenidos en la sección 1a. del capítulo II del título I, según reza la rúbrica de la misma y ha interpretado el Tribunal Constitucional.

Desde una perspectiva teórica se ha hablado de deberes fundamentales, entendiendo por tales los que afectan a intereses, necesidades o exigencias básicas de los individuos o de la comunidad, siendo los restantes deberes constitucionales (en este sentido, De Asís Roig, aunque utiliza el término obligación). Pero lo que realmente nos interesa es saber si, desde el punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, pueden distinguirse en nuestra norma suprema, dentro de la categoría de “deberes constitucionales”, algunos “fundamentales”, y si de esta delimitación se deriva alguna conse-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cuencia jurídica. Un punto de partida podría encontrarse en el propio epígrafe del título I, que se refiere a los “derechos y deberes fundamentales”. Si el adjetivo “fundamentales” se refiere aquí tanto a los derechos como a los deberes, la denominación no es muy exacta, ya que, como sabemos, derechos fundamentales no son todos los del título, sino sólo los de la sección 1a. del capítulo II. Pero lo cierto es que ninguno de los epígrafes de las distintas secciones y capítulos del título vuelve a referirse a “deberes fundamentales”, y el único que alude a deberes (sección 2a. del capítulo II) acompaña a este término con el complemento “de los ciudadanos”. Así que habría varias posibilidades interpretativas sobre los “deberes fundamentales”: 1) entender que son los de la sección 1a. del capítulo I, paralelamente a lo que sucede con los derechos fundamentales. Pero en esta sección la Constitución no habla de deberes, y se refiere únicamente a que la enseñanza básica es obligatoria, con lo que no parece muy razonable interpretar que éste sería el único deber fundamental; 2) interpretar que los deberes fundamentales son solo los incluidos en la sección 2a., o bien todos los del capítulo II, lo que tropieza en ambos casos con el hecho de que los respectivos epígrafes no hablan de deberes fundamentales, a diferencia de lo que hace el rótulo del título I; 3) entender que deberes fundamentales son todos los del título I, o 4) afirmar que la categoría “deberes fundamentales” carece de sentido y consecuencias jurídicas en la Constitución.

La última de las interpretaciones parecería ser la más plausible, si no fuera porque el texto constitucional alude globalmente a los deberes del título I, en otros dos preceptos ubicados fuera de él: en primer lugar, el art. 86.1, que establece que los decretos-leyes no podrán afectar “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título primero”; y en segundo lugar, el art. 94.1 c), que impone la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios, en el caso de que estos afecten “a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el título I”. Con independencia de que solo el segundo de estos preceptos utilice expresamente el adjetivo “fundamentales” para referirse a los deberes, lo que interesa destacar es que de todos los deberes incluidos en el título I de la Constitución —en cualquiera de sus capítulos o secciones— se predican constitucionalmente dos nuevas consecuencias jurídicas: la exclusión de regulación o desarrollo por decreto-ley, y la necesidad de autorización pre-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

via de las Cortes para la prestación del consentimiento en los tratados que afecten a estos deberes. Téngase en cuenta que en otros preceptos constitucionales referidos a deberes no se alude sólo a los del título I, sino genéricamente a “deberes constitucionales” (por ejemplo, en el ya mencionado art. 149.1.1a.).

Estas consecuencias pueden parecer algo “modestas” para conllevar el adjetivo “fundamental”; e incluso pueden matizarse algo en la práctica; así, la exclusión del decreto-ley ha sido flexibilizada por la jurisprudencia constitucional, y debe entenderse referida sólo a su “desarrollo” y no a cualquier “afectación”. Pero hay que tener en cuenta que en general la Constitución es parca a la hora determinar las consecuencias jurídicas de los deberes —en buena medida estas proceden de la elaboración o interpretación doctrinal—, hasta el punto de que, de tres consecuencias jurídicas o referencias expresas al régimen de los deberes constitucionales (arts. 86.1, 94.1 y 149.1.1^a), dos se predicen sólo de los contenidos en el título I. De forma que, además de las consecuencias derivadas de cualquier deber constitucional y que antes hemos apuntado, la Constitución predica de los deberes del título I algunas consecuencias específicas. Y engloba a todos estos deberes bajo la rúbrica general, que aparece en la cabecera del título, de “deberes fundamentales”. Lo que parece motivo suficiente para distinguir, entre los deberes constitucionales, la categoría de “deberes fundamentales” formada por los incluidos en el título I.

2.6. *Los derechos-deberes*

Entre todos los deberes que establece la Constitución, algunos se configuran también como derechos. Así sucede expresamente en los casos del derecho-deber de defender a España (art. 30.1) o el de trabajar (art. 35). En otros casos la Constitución establece deberes muy vinculados con derechos, aunque no totalmente coincidentes: así, el deber de seguir la enseñanza básica se relaciona con el derecho a la educación, aunque este es más amplio; el deber de conservar el medio ambiente aparece estrechamente unido al derecho a disfrutarlo; y el deber de conocer el castellano se reconoce en el mismo precepto que el derecho a usarlo, pero el contenido de ambos no es idéntico.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En todo caso, lo que interesa destacar es que los derechos-deberes poseen una doble dimensión, pues a su significado como deberes unen el conjunto de facultades garantizadas como derechos. Ello afecta a su régimen jurídico, ya que en estos supuestos hay que añadir, a las consecuencias jurídicas que hemos apuntado como comunes a todos los deberes, la posibilidad de ejercitar esas facultades que les corresponden en su dimensión subjetiva. Sin perjuicio de que las garantías de estos derechos varíaran, como en el caso de todos los demás derechos, en función de su ubicación constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53. Así, el cursar la enseñanza básica forma parte de un derecho garantizado mediante el procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo, mientras que los derechos-deberes de la sección segunda tendrán, en su faceta de derechos subjetivos, la garantía de la vinculación directa, la reserva de ley y el respeto al contenido esencial.

En realidad, los efectos de la dimensión subjetiva de estos derechos-deberes dependerán también de que sea posible concretar y delimitar las facultades que los mismos implican para sus sujetos titulares, ya que a veces resulta difícil precisar su significado como derechos. En la práctica, en alguno de estos derechos-deberes prevalece su faceta de deber (así sucede en el caso del derecho-deber de defender a España), en otros el deber aparece estrechamente vinculado al correlativo derecho de los demás cuyo respeto deriva en general del art. 10.1 (como tal puede entenderse el deber de conservar el medio ambiente), y en fin, en otros supuestos ambas dimensiones están presentes y encuentran cierto equilibrio (es el caso del derecho-deber de cursar la enseñanza básica).

2.7. Los sujetos sometidos a los deberes constitucionales

Históricamente, el sometimiento a los deberes constitucionales se ha vinculado con la condición de ciudadano. Pero esta afirmación no puede realizarse de manera genérica. Paralelamente al proceso de extensión y universalización de la titularidad de los derechos, van ampliándose también los supuestos en los que personas que no poseen la nacionalidad quedan sometidas al cumplimiento de deberes constitucionales, en la misma medida en que resultan por diversas circunstancias sometidas al poder del Estado.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Ciertamente, y como ya se ha indicado, los preceptos constitucionales que contienen deberes van dirigidos en primer término al legislador, antes que a sujetos concretos. Con todo, la pregunta relativa a quiénes son los sujetos sometidos a estos deberes (y en particular, si son solo los ciudadanos españoles o todas las personas que estén sometidas de algún modo al poder del Estado) no pierde su sentido, ya que la concreción de los mismos en obligaciones y deberes estrictos requerirá precisar quiénes son los destinatarios últimos de los mismos, es decir, quiénes son los efectivamente obligados a realizar la actuación o el comportamiento que la norma va a imponer. Y sobre esta cuestión, el legislador debe respetar los criterios que deriven de los preceptos constitucionales.

Nuestra Constitución, y a diferencia de lo que sucede respecto a la titularidad de los derechos constitucionales por los extranjeros, no contiene un precepto en el que especifique quiénes serán los sujetos sometidos a los deberes expresos que establece. Con lo cual el criterio más seguro sería acudir en particular al enunciado de cada uno de los preceptos que establecen deberes. Sin embargo, la norma fundamental no parece ser muy precisa en este particular. Comenzando por el deber general de sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento, el art. 9.1 lo predica de los ciudadanos, cuando resulta evidente que personas extranjeras estarán igualmente sujetas al Derecho cuando éste les resulte aplicable de acuerdo con sus propios criterios, y estén sometidas al poder del Estado. Por otro lado, la sección 2a. del capítulo II del título I se titula “de los derechos y deberes de los ciudadanos”, pero en la misma se contienen, junto a deberes tradicionalmente predicados sólo de los españoles (por ejemplo, el de defender a España), otros que recaerán sobre extranjeros en determinadas circunstancias (así, el deber de contribuir a los gastos públicos, que el art. 31.1 refiere en cambio, de forma más ambigua, a “todos”). Tampoco parece seguro que el deber de trabajar solo deba predicarse de los españoles, a pesar del tenor literal del art. 35.1. Ya en el capítulo III del título I parecen más acertadas las referencias a “todos” en los deberes relativos a la salud pública (43.2) y el de conservar el medio ambiente (art. 45.1).

En suma, poco puede afirmarse con carácter general sobre los sujetos sometidos al cumplimiento de los deberes constitucionales, salvo que debe excluirse que estos afecten, en bloque, solo a los ciudadanos españoles. A partir de ahí, es necesario un examen específico de cada deber; y en ese

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

análisis no parece la guía más segura el tenor literal del precepto constitucional que recoge el deber.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS DEBERES CONSTITUCIONALES

3.1. Diversos criterios de clasificación

Teniendo en cuenta la variedad y heterogeneidad de los deberes incluidos en nuestro texto constitucional, no es de extrañar que hayan sido varios los criterios de clasificación basados en su diverso contenido o naturaleza. Así, De Esteban y González-Trevijano clasifican los deberes en función de su vinculación con alguno de rasgos que caracterizan a nuestro Estado constitucional, distinguiendo así: los deberes en el Estado democrático (grupo en el que se encuadran el deber de estudiar, deberes militares, deberes en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad); deberes en el Estado de Derecho (deberes conyugales, deberes asistenciales de los padres, deber de colaborar con la Administración de Justicia); deberes en el Estado social (deber de trabajar, deberes tributarios, deberes sanitarios, deber de conservar el medio ambiente); deberes en la monarquía parlamentaria (comparecer ante las comisiones de investigación); deberes en el Estado de las autonomías (conocer el castellano). Por su parte, Rubio Llorente, partiendo de su concepto estricto de deber constitucional antes expuesto, clasifica estos en función de su finalidad, distinguiendo entre deberes en interés del Estado (defender a España, deberes en situación de riesgo, catástrofe o calamidad, contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, colaborar con la Administración mediante prestaciones personales); deberes en interés de la cohesión nacional (conocer el castellano); y deberes en otros intereses, que él denomina deberes anómalos (seguir la enseñanza básica, trabajar, conservar el medio ambiente).

Estas u otras clasificaciones presentan un indudable interés desde la perspectiva sistemática o didáctica. Sin embargo, desde nuestra perspectiva nos interesan más las clasificaciones que tengan en cuenta los efectos o consecuencias jurídicas de la pertenencia a una u otra categoría. En este sentido, y como se deduce de la exposición antes realizada sobre el concepto y naturaleza jurídica de los deberes constitucionales, hay que recor-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

dar que dentro de este conjunto pueden encontrarse varias subcategorías con un significado jurídico determinado. Así, por un lado pueden distinguirse los deberes fundamentales y los restantes deberes constitucionales; por otro, también presenta perfiles específicos la categoría de los “derechos-deberes”. Estos serán los criterios que se tendrán en cuenta en la exposición que sigue, que no pretende realizar un análisis exhaustivo de cada uno de los deberes tratados, ni tampoco analizar el desarrollo legislativo que en cada caso existe en nuestro ordenamiento jurídico (lo que excedería con creces de los objetivos del presente trabajo), sino simplemente exponer sucintamente algunas ideas generales sobre su ubicación, configuración y sentido en nuestro sistema constitucional.

3.2. Deberes fundamentales

Por las razones ya expuestas en su momento, consideramos que en nuestro sistema constitucional son deberes fundamentales aquellos regulados en el título I, con las consecuencias también apuntadas. Dentro de estos, y siguiendo el tenor de la propia Constitución, distinguiremos en primer lugar algunos que son considerados derecho-deber, para referirnos luego a los que poseen sólo una dimensión deontológica.

3.2.1. Derechos-deberes

a) El deber de recibir enseñanza obligatoria

El art. 27.4 de la Constitución proclama que “La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. Realizar la enseñanza básica se configura así como un deber constitucional. Pero hay que tener en cuenta que el mismo artículo 27 reconoce en su apartado 1 el derecho a la educación, de tal manera que cursar la enseñanza básica forma parte también de este derecho fundamental. Con todo, hay que tener en cuenta que el contenido del derecho es más amplio que el del deber, ya que éste se refiere sólo a la enseñanza básica, mientras que el derecho a la educación es predictable en todos los niveles del sistema educativo. Por otro lado, si bien el derecho fundamental es jurídicamente vinculante e inmediatamente aplicable desde la entrada en vigor de la Constitución, el deber requiere la intermediación legal para ge-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nerar obligaciones jurídicas concretas, a pesar de la redacción del precepto constitucional. En todo caso, la concreción del período educativo que se considera obligatorio y gratuito requiere también de la intervención de la ley, que será la que determine qué cursos o niveles forman parte de la “enseñanza básica”.

Actualmente, el art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) establece que la enseñanza básica comprende diez años de escolaridad, de forma regular desde los seis hasta los dieciséis (aunque los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, cumplidos en el año en que finalice el curso). En realidad, la obligatoriedad viene definida más por el sujeto (el niño entre los seis y los dieciséis años) que por el nivel educativo, de forma que este deber constitucional recae sobre los menores durante la edad indicada, y no es predictable de los mayores de edad, aun cuando no hubieran cursado estas enseñanzas básicas. Esta conclusión viene apoyada por la protección constitucional de la libertad y del libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1), y confirmada en el desarrollo legislativo de este derecho-deber. De tal manera que el deber de seguir la enseñanza básica recae sobre menores de edad, que están sujetos a patria potestad o tutela, por lo que en realidad la obligación jurídica va a recaer sobre quienes desempeñen estos puestos que suponen protección y autoridad sobre el menor. Sin embargo, los padres son titulares también de otros derechos fundamentales que pueden matizar el contenido de este deber constitucional; tal sucede con el derecho a elegir centros docentes diferentes a los creados por los poderes públicos, consecuencia de la libertad de enseñanza y de la interpretación del art. 27 a la luz de los tratados internacionales en la materia y, sobre todo, el derecho a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), consecuencia de las propias libertades de ideología y religión (art. 16.1). Hay que tener en cuenta, además, la vinculación del deber de recibir la enseñanza básica con el propio derecho a la educación. Todo ello plantea el problema de si el deber de seguir la enseñanza básica exige de manera ineludible que la misma se produzca en centros docentes que imparten las enseñanzas conducentes a la obtención de los títulos oficiales, o es posible recibir la misma al margen del sistema educativo, por ejemplo en el propio hogar. La Constitución no ofrece una respuesta inequívoca a esta

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

cuestión, aunque el art. 27.4 parece presuponer la escolarización obligatoria; el Tribunal Constitucional, sin entrar en el fondo del asunto, tangencialmente ha dado por supuesta la necesidad de escolarización de los menores, si bien señalando que la ausencia de tal escolarización no implica de forma imprescindible la asunción de la tutela por instituciones públicas (STC 260/1994, de 3 de octubre).

b) El derecho-deber de defender a España

El artículo 30 de la Constitución dispone en su apartado 1 que “los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”. El apartado 2 del mismo precepto establece que la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará la objeción de conciencia y las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer una prestación social sustitutoria; el apartado 3 permite establecer un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general; y en fin, el apartado 4 permite regular, mediante ley los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. El derecho-deber de defender a España ha sido objeto de un amplio tratamiento doctrinal; aquí solo cabe apuntar algunas ideas generales sobre el mismo:

En primer lugar, que un entendimiento amplio del derecho-deber de defender a España permite entender comprendidos en el mismo los restantes deberes y obligaciones jurídicas que permiten imponer a la ley los apartados 2, 3 y 4 del art. 30, de manera que la defensa de España no se identifica en la Constitución exclusivamente con la defensa militar o mediante las armas (ni, en particular, con el servicio militar), siendo ésta sólo una de las formas de defensa nacional; el servicio civil que puede establecerse según el apartado 3 (hay que entender que mediante ley, aunque la Constitución no lo diga expresamente), o los deberes mencionados en el apartado 4 sirven también de instrumento para cumplir el genérico derecho-deber de defensa de España.

En segundo lugar, ninguna de las obligaciones contempladas en los apartados 2, 3 y 4 del art. 30 vienen impuestas desde la Constitución, ya que esta se limita a permitir al legislador su establecimiento. Ello es claro en los apartados 3 y 4, que utilizan formas verbales del verbo “poder”, pero resulta también aplicable al apartado 2, cuyo sentido último es remi-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tir a la ley la regulación de las obligaciones militares de los españoles, imponiendo a ésta que, en caso de establecer el servicio militar obligatorio, incluya la objeción de conciencia entre las causas de exención. Por tanto, el servicio militar obligatorio no viene impuesto por la Constitución, y es solo una de las posibles obligaciones que el legislador está habilitado a establecer como instrumento para la defensa de España. Así puede entenderse que la Disposición Final 13a. de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, sobre régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, suspendiera la prestación del servicio militar a partir del 31 de diciembre de 2002 (fecha adelantada a 31 de diciembre de 2001 por el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, en virtud de la habilitación al Gobierno efectuada en la Disposición Transitoria 18a. de la mencionada Ley; para la prestación social sustitutoria la suspensión se produce en la misma fecha por obra del Real Decreto 342/2001, de 4 de abril).

En tercer lugar, el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, única manifestación de la objeción de conciencia que goza de reconocimiento constitucional expreso, es un derecho constitucional, aunque no fundamental (STC 160/1987, de 27 de octubre), inmediatamente aplicable tras la entrada en vigor de la Constitución (STC 15/1982, de 23 de abril), pero cuya posibilidad de ejercicio depende de la propia existencia del servicio militar obligatorio, de forma que, suspendido éste, el derecho queda también “en suspenso”, ya que pierde su sentido y razón de ser. Por ello la Disposición Adicional 4a. de la ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, dispone que “La presente Ley extenderá sus efectos en tanto subsista el servicio militar obligatorio”. Problema distinto, en el que aquí no podemos entrar, es el de la posible justificación o amparo constitucional para otras manifestaciones de la objeción de conciencia, que en todo caso carecen de mención expresa en la norma fundamental.

En fin, conviene destacar que el art. 30.1 configura a la defensa de España, por primera vez en nuestra historia constitucional, no solo como un deber, sino también como un derecho. En este caso el contenido del derecho parece tener una cierta dependencia respecto al propio deber y, dada la generalidad de su formulación, sus facultades concretas dependerán de la configuración legal de las obligaciones previstas en los diversos apartados del art. 30 que serán, al tiempo, derechos de los ciudadanos. De tal manera

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

que, desde la perspectiva constitucional, el derecho implicaría la imposibilidad de que ningún ciudadano sea discriminado en el ejercicio de las obligaciones derivadas de ese deber; y también la imposibilidad de discriminar a cualquier español en el acceso a las Fuerzas Armadas o a otros Cuerpos que participan en la defensa de España. La STC 216/1991, de 14 de noviembre, consideró contraria a la Constitución la exclusión de la mujer en el Ejército, y si bien su argumentación se basó exclusivamente en el art. 14, de alguna manera presupone el derecho de la mujer a participar en la defensa de España.

c) El derecho-deber de trabajar

Estamos, probablemente, ante uno de los deberes cuyo significado jurídico es más difícil de concretar. La doctrina lo ha destacado, afirmando que como tal deber posee una exclusiva dimensión metajurídica o moral (Cámará Villar), es poco más que una mera declaración de principio (De Esteban y González-Trevijano), o incluso que es un absurdo, en cuanto impone un deber jurídicamente inexigible (Rubio Llorente). Sin duda, el reconocimiento constitucional del trabajo como derecho y como deber (art. 35.1) no puede entenderse, en su dimensión subjetiva, como un derecho de prestación que implique la facultad de exigir un puesto de trabajo ni, por tanto, su faceta como deber puede implicar que el Estado pueda obligar a nadie a trabajar en un puesto determinado. Ello, aparte de resultar materialmente imposible, lo sería también jurídicamente, en un sistema basado en la economía de mercado (art. 38 CE), en el que se reconoce el derecho a la libre elección de profesión u oficio (en el mismo art. 35.1).

Por ello ha de buscarse otro sentido al enunciado del art. 35. La STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, entiende que el derecho al trabajo, “en su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”. De manera que el contenido del derecho al trabajo se circunscribe a la posibilidad de acceso y permanencia a un determinado puesto de acuerdo con requisitos objetivos y no discriminatorios. Pero ello no explica su significado como deber. En nuestra opinión, el deber de trabajar se explica también en el marco de un

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

puesto de trabajo al que ya se ha accedido libremente, y supone en definitiva el cumplimiento de las cargas y prestaciones inherentes a dicho puesto. El Tribunal Constitucional se ha referido tangencialmente a esta idea, afirmando que “es inherente a la profesión que libremente se escoge el cumplimiento de los deberes o requisitos que dicha profesión impone” (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 12, 4). Y en la misma línea, el art. 5 del Estatuto de los Trabajadores establece como deber laboral básico el “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”. Aunque este deber también podría actuar en el momento del acceso al puesto de trabajo, justificando el establecimiento de determinadas consecuencias jurídicas negativas (como la pérdida de la prestación por desempleo) para quien rechace un puesto de trabajo, siempre que este fuera acorde con la profesión u oficio elegida por el trabajador.

d) El deber de conservar el medio ambiente

Como es sabido, la preocupación por el medio ambiente ha ido creciendo al mismo tiempo que el desarrollo industrial y otros factores han ido suponiendo una amenaza cada vez mayor al mismo. Por ello su protección sólo se ha ido incorporando a los textos constitucionales en tiempos relativamente recientes, a partir de la década de los 70 del siglo XX. Así, en nuestro ámbito geográfico próximo, la Constitución española de 1978 está entre las primeras que incorpora el derecho al medio ambiente, siguiendo al texto constitucional portugués aprobado en 1976, y a algunos otros que muy poco antes lo habían incluido. El artículo 45.1 de nuestra Constitución reconoce así a “todos” el “derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. El apartado 2 encomienda a los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales para proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. En fin, el apartado 3 impone a la ley el establecimiento de sanciones penales o administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior. Hay que tener en cuenta que este precepto constitucional se encuentra ubicado en el capítulo III del título I, que, de acuerdo con

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

la interpretación más acertada del art. 53.3, no establece derechos subjetivos directamente aplicables desde la Constitución, sino más bien principios que, entre otras consecuencias, han de informar la “legislación positiva”, que será la que establezca derechos efectivos y, en este caso, la que concretará las obligaciones derivadas del deber de conservar el medio ambiente.

De esta forma, el deber de conservar el medio ambiente se configura como correlativo del derecho a disfrutarlo. En este sentido, significa principalmente la imposibilidad de dañar o perjudicar el medio ambiente que todos pueden disfrutar, si bien la respuesta jurídica por el incumplimiento de este deber será la que concreten las leyes, en este caso en forma de sanciones penales o administrativas (art. 45.3). Pero además de esta consecuencia (que de una forma más genérica podría derivar del “respeto a los derechos de los demás” impuesto en el art. 10.1) nada impide que la propia ley estableciera también obligaciones de carácter positivo encaminadas a la finalidad de conservación medio ambiental.

3.3.2. Otros deberes fundamentales

a) El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es un deber fundamental no solo según el criterio formal que aquí venimos siguiendo, sino también en el sentido de deber esencial para la propia subsistencia de cualquier Estado moderno, esté o no recogido expresamente en su norma suprema. En nuestra historia ha sido prácticamente una constante su reconocimiento constitucional desde 1812, y hoy puede encontrarse también en otros textos constitucionales de nuestro entorno, como el italiano o el portugués.

La Constitución de 1978 lo recoge en su art. 31.1, predicándolo de “todos”. Ello implica que los sujetos sometidos al mismo no son sólo los españoles, sino también los extranjeros en aquellos supuestos en que su residencia fiscal, la propiedad de ciertos bienes, o la realización de ciertas actividades económicas se ubiquen en España. El deber también es predictable de las personas jurídicas. Como sucede con todos los deberes consti-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tucionales, la norma fundamental no establece sanción jurídica alguna por su incumplimiento, de manera que será la ley la que configure su contenido y establezca las concretas obligaciones que de él derivan. Hay que tener en cuenta que la contribución a los gastos públicos afecta al derecho de propiedad y estaría protegida por la reserva de ley del art. 53.1; pero de forma más específica, el propio art. 31.3 dispone que sólo podrán establecer prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley, lo que permite además el establecimiento de prestaciones personales que, por la vía del ahorro, puedan contribuir indirectamente al sostentimiento de los gastos públicos. La reserva de ley ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en el sentido de excluir la creación de tributos mediante ley de Presupuestos (desde la STC 27/1981, de 20 de julio), habiéndose flexibilizado, en cambio, por lo que se refiere al decreto-ley, aceptando la intervención de éste en materia tributaria, siempre que no modifique los elementos esenciales de los tributos (STC 6/1983, de 4 de febrero, y otras posteriores). Por lo demás, hay que tener en cuenta que, si bien el art. 133.1 la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley, el apartado 2 del mismo artículo permite también a las Comunidades Autónomas y municipios el establecimiento y exigencia de tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

En fin, hay que destacar también que el art. 31.1 establece los principios básicos del sistema tributario, de tal manera que las leyes que establezcan las obligaciones tributarias de los españoles tienen también un límite material, consistente en el necesario respeto a estos principios, que son: capacidad económica, justicia, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad. Nos remitimos a la lección correspondiente de este programa para un análisis más profundo de estos principios.

b) Los deberes relativos a la salud pública

El art. 43 de la Constitución, ubicado en el capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica, tras reconocer en su apartado 1 el derecho a la salud, establece en su apartado 2 que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, añadiendo que “la

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Se trata, por tanto, de una de las habilitaciones constitucionales más genéricas en materia de deberes, ya que la norma fundamental no establece expresamente los criterios o principios a los que debe someterse la ley que regule tales derechos y deberes. En todo caso, siempre actuarán como límites algunos principios y valores constitucionales, como el respeto al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la persona, así como derechos fundamentales como la integridad física y moral, con la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes, y la libertad de ideología y religión.

En relación con la materia sanitaria, al Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece en su artículo 11 las obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario. Pero la ley que más directamente aparece vinculada con los deberes a los que se refiere genéricamente el art. 43.2 de la Constitución es la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que recoge las medidas que pueden adoptar las autoridades sanitarias con la finalidad de proteger la salud pública, cuando existan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

c) Los deberes de los cónyuges

Los deberes de los cónyuges, así como los de los padres respecto a sus hijos, son probablemente —de acuerdo con algunos de los criterios de distinción antes expuestos— los que más difícilmente encajan en la categoría de los deberes en sentido estricto, ya que no se imponen (al menos de forma principal) en atención a un interés general, ni tampoco de forma global a todas las personas o ciudadanos, sino a quienes se encuentren en una determinada situación. De hecho, en ambos supuestos podría hablarse, desde otra perspectiva, de derechos subjetivos de la otra parte de la relación jurídica (el otro cónyuge, o los hijos). Con todo, son deberes mencionados en la Constitución y también “deberes constitucionales” en un sentido más amplio, y su comentario aquí resulta necesario, aunque deba realizarse de forma breve.

El art. 32.2 de la Constitución remite a la ley la regulación, entre otros aspectos relativos al matrimonio, de “los derechos y deberes de los cónyuges”. Ello implica que la norma fundamental reconoce la existencia de es-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tos derechos y deberes, pero, a diferencia de lo que sucede con otros preceptos constitucionales que establecen deberes, aquí no se contiene ningún principio o criterio material que limite la configuración legal de las concretas obligaciones derivadas de este derecho, con la única excepción del necesario respeto al criterio de igualdad en el establecimiento de estos derechos y deberes, que deriva del reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio “con plena igualdad jurídica”. La regulación legal de estos deberes se encuentra en el capítulo V del título IV del libro I del Código Civil, que comienza con la proclamación de igualdad de derechos y deberes en el artículo 66. Los siguientes preceptos enuncian los deberes, que son: “respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia” (art. 67); “vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”, así como “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo” (art. 68). Aparentemente alguno de estos deberes se situarían más en el plano moral que en el jurídico; sin embargo, su incumplimiento no está exento de toda respuesta, y en particular hay que mencionar la sanción penal específica en supuestos de injurias, lesiones u otras ofensas psíquicas (art. 173.2 del Código Penal; con tipos especiales que penalizan cualquier menoscabo psíquico o lesión no definida como delito, cuando la víctima sea esposa o mujer que convive con el agresor, arts. 153.2 entre otros). En cambio, en el ámbito civil la respuesta en caso de incumplimiento se ha minimizado tras la derogación en 2005 del art. 82 del propio Código Civil, que establecía que cualquier violación grave y reiterada de los deberes conyugales era causa de separación; aunque permanece lo previsto en el art. 143, que incluye a los cónyuges entre los obligados recíprocamente a darse alimentos. Nótese que el Código Civil no recoge el que seguramente sería el principal deber “moral” en el matrimonio, como es el de amarse, porque en este caso sí resultaría imposible hacerlo jurídicamente exigible. En cambio, incluso el más ambiguo de los deberes expresamente recogidos, como es probablemente el de respetarse, puede generar las consecuencias jurídicas civiles o penales apuntadas en caso de que su incumplimiento alcance determinado nivel.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

d) El deber de prestar asistencia a los hijos

Este deber, que encuentra su antecedente en el art. 43 de nuestra Constitución de 1931 y en otros textos más recientes del constitucionalismo extranjero, está hoy recogido en el art. 39.3 de nuestra norma fundamental vigente, dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica, cuyo texto dispone que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Se configura así un deber que, desde otra perspectiva, es un derecho para los hijos. Pero en cualquier caso requiere de un desarrollo legislativo para establecer las obligaciones (derechos de los hijos) concretas que de él derivan. A este respecto, el texto constitucional establece solo algunos criterios que ha de respetar el legislador: en primer lugar, que el deber se predica de forma igualitaria respecto a los hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de éste (lo cual deriva también del art. 39.2 y del 14); en segundo lugar, que esta asistencia debe prestarse como mínimo durante la minoría de edad, aunque la ley puede establecer otros supuestos en los que se produzca la misma obligación; y en tercer lugar, el ámbito de la asistencia que debe prestarse se describe muy genéricamente en la Constitución como “asistencia de todo orden”, lo que parece implicar, al menos, la satisfacción de las necesidades materiales básicas (alimentos en sentido estricto, vestido, habitación, atención médica), así como la educación, que es un derecho fundamental según el art. 27 de la Constitución, y en cuyo ámbito los padres pueden elegir centros diferentes a los públicos, así como la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones (art. 27.3), aunque la garantía última de que este derecho de los menores se satisface corresponde a los poderes públicos.

El desarrollo legal de este deber se encuentra tanto en el Código Civil como en el Penal. El primero de ellos señala que la patria potestad comprende el deber de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154), y permite privar al padre o a la madre total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (art. 170), e incluye entre los obligados recíprocamente a prestarse alimentos a los ascendientes y descendientes (art. 143). Por su parte, el Cód-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

go Penal dedica la sección 3a. del capítulo III del título XII de su libro segundo al “abandono de familia, menores o incapaces”.

3.3. Otros deberes constitucionales

La Constitución recoge también otros deberes en preceptos ubicados fuera del título I y que, por las razones ya expuestas, no han de considerarse “deberes fundamentales” en nuestro sistema constitucional.

3.3.1. El deber de conocer el castellano

Los Estados que poseen una sola lengua no suelen proclamar en su norma fundamental el deber de conocerla, y las referencias constitucionales al idioma se suelen limitar a proclamar, en su caso, la oficialidad de dicha lengua. En cambio, cuando en el mismo Estado se hablan varias lenguas, se hace más necesaria una cierta regulación de las mismas, cuyos principios básicos pueden establecerse en la norma fundamental. Esta necesidad resulta aún más evidente cuando varias lenguas son oficiales, al menos en parte del territorio.

El art. 3.1 de la Constitución de 1978 proclama que “el castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla”. Y el apartado 2 del mismo precepto establece que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. En lo que atañe al deber de conocimiento y al derecho al uso, así como a la propia oficialidad del castellano, nuestra norma suprema sigue muy de cerca el precedente de la Constitución de la Segunda República, cuyo art. 4 establecía respecto al castellano “la obligación de saberlo y el derecho de usarlo”. Sin embargo, el texto de 1931 no establecía expresamente la oficialidad de otros idiomas, limitándose a añadir el inciso “sin perjuicio de los derechos que las leyes del Estado reconozcan a las provincias o regiones”, para disponer a continuación que “salvo lo que se disponga en leyes especiales, a nadie se le podrá exigir el conocimiento ni el uso de ninguna lengua regional”.

Los principios constitucionales sobre el idioma contenidos en el texto vigente son, en esencia, los siguientes: 1) oficialidad del castellano (que

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

es, obviamente, lo mismo que el “español”, si bien nuestra Constitución prefiere el primero de estos términos, utilizando en cambio la palabra “español” como adjetivo que califica tanto al idioma común, como también a todas las demás habladas en España); 2) establecimiento del deber de conocer y el derecho a usar el castellano; 3) oficialidad de otras lenguas españolas en los territorios respectivos, de acuerdo con sus Estatutos. Significativamente, la Constitución omite cualquier referencia al deber de conocer o el derecho a usar los restantes idiomas oficiales. Pero en todo caso es preciso acudir a los Estatutos para saber cuáles son estas otras lenguas oficiales. En este sentido, establecen otra lengua oficial, además del castellano, los Estatutos de Baleares (art. 4.1), Cataluña (art. 6, que declara oficial el catalán y también el aranés), Galicia (art. 5.2), País Vasco (art. 6.1) y Comunidad Valenciana (art. 6.2), además del de Navarra para las zonas vascoparlantes (art. 9.2). Aunque algunos de los preceptos mencionados se refieren al derecho a conocer y usar ambas lenguas oficiales, solamente el catalán impone desde 2006 también el deber de conocer el otro idioma oficial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado que, para que `pueda entenderse conforme a la Constitución, este deber no puede interpretarse en el mismo sentido que el deber de conocer el castellano, de manera que se trata “no de un deber generalizado para todos los ciudadanos de Cataluña, sino de la imposición de un deber individual y de obligado cumplimiento que tiene su lugar específico y propio en el ámbito de la educación, según resulta del art. 35.2 EAC, y en el de las relaciones de sujeción especial que vinculan a la Administración catalana con sus funcionarios” (STC 31/2010, de 28 de junio).

Este marco constitucional puede ayudarnos a precisar el significado de la proclamación del deber de conocer el castellano. Teniendo en cuenta que en partes del territorio español existen varias lenguas oficiales, pero solo del castellano es predictable constitucionalmente este deber de conocerlo, hay que suponer que el mismo supone algo más que las consecuencias propias de su carácter de lengua oficial. Desde luego, como lengua oficial en todo el territorio del Estado puede ser usada por todos los ciudadanos, y las relaciones entre estos, de estos con los poderes públicos, o entre poderes públicos pueden realizarse en este idioma, siendo plenamente válidos todos los actos jurídicos realizados en español. Pero en esto no se distingue de otras lenguas oficiales, salvo por la limitación territorial que a

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

estas afecta. De este modo, los restantes idiomas oficiales también podrán utilizarse en los ámbitos territoriales respectivos con idénticos efectos. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha seguido un criterio estrictamente territorial a la hora de delimitar los ámbitos de la cooficialidad lingüística, afirmando que la cooficialidad existe respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto (por ejemplo, STC 82/1986, de 26 de junio).

Podría pensarse que una consecuencia del deber de conocer el castellano es el deber de los poderes públicos de facilitar este conocimiento, lo que implica la necesidad de enseñarlo incluyéndolo como materia en los distintos niveles educativos. Y así es, pero según la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, esta consecuencia más parece derivar de su carácter oficial, ya que también es predecible de los restantes idiomas oficiales en sus respectivos ámbitos territoriales (lo que confirman algunos de los antes citados preceptos estatutarios). En este sentido, ha señalado que el Estado en su conjunto (incluyendo por tanto las Comunidades Autónomas) tiene el deber constitucional de asegurar el conocimiento tanto del castellano como de las otras lenguas oficiales, de manera que una regulación de los horarios mínimos que no permita una enseñanza eficaz de ambas lenguas en las Comunidades con doble oficialidad incumpliría el art. 3 de la Constitución (entre otras, SSTC 87/1983, de 27 de octubre, y 88/1983, de 27 de octubre), correspondiendo al Estado la regulación de la enseñanza del castellano, y a las Comunidades Autónomas respectivas la de la lengua cooficial (STC 134/1997, de 17 de julio). Además, y por lo que se refiere a la enseñanza en castellano o en las lenguas cooficiales, el Tribunal ha negado que el deber de conocimiento del castellano justifique un pretendido derecho a recibir enseñanzas única y exclusivamente en castellano, de tal manera que los interesados no tienen un derecho a elegir la lengua de comunicación de la enseñanza, si bien durante los niveles básicos de la enseñanza se ha de garantizar la enseñanza en ambas lenguas para asegurar su conocimiento (STC 337/1994, de 23 de diciembre).

De manera que las consecuencias hasta ahora apuntadas derivan más bien del carácter oficial del idioma español, que del deber constitucional de su conocimiento. A nuestro juicio, dos son las consecuencias específicas de este deber, que exceden las propias de su consideración de lengua

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

oficial. En primer lugar, que su conocimiento por parte de todos los españoles se presume (STC 82/1986, de 26 de junio, y otras posteriores), si bien esta presunción no es absoluta, y debe ceder cuando entren en juego derechos fundamentales, como el de defensa, de tal manera que, por ejemplo, los detenidos o procesados que desconozcan el castellano tienen derecho a intérprete, aunque sean españoles (STC 74/1987, de 25 de mayo, STC 188/1991, de 3 de octubre). El deber de conocimiento del castellano es el contrapunto de la facultad de los poderes públicos de utilizarla como medio de comunicación normal con los ciudadanos, sin que estos puedan exigirle la utilización de otra; de ahí la especial naturaleza de este deber, que como ya hemos apuntado no es equiparable al que un Estatuto pueda establecer respecto a la lengua cooficial: “En cuanto el deber del ciudadano se corresponde con el correlativo derecho o facultad del poder público, no teniendo la Administración derecho alguno a dirigirse exclusivamente a los ciudadanos en la lengua catalana tampoco puede presumir en éstos su conocimiento y, por tanto, formalizar esa presunción como un deber de los ciudadanos catalanes” (STC 31/2010, de 28 de junio).

Y en segundo lugar, siendo el conocimiento del castellano un deber constitucional, le afecta la previsión del artículo 149.1.1a. en el sentido de que es competencia estatal la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su cumplimiento; es de destacar que este precepto, a diferencia de otros artículos que se refieren a “deberes fundamentales” o “deberes del título I”, alude genéricamente a los “deberes constitucionales”. De tal manera que “el Estado puede regular, si lo considera oportuno, las garantías básicas de la igualdad en el uso del castellano como lengua oficial ante todos los poderes públicos, así como las garantías del cumplimiento del deber de conocimiento del castellano, entre las que se halla la obligatoriedad de la enseñanza en ese idioma”, si bien este precepto no permite al Estado regular la cooficialidad de otras lenguas distintas al castellano (STC 82/1986, de 26 de junio).

En fin, también hay que destacar que el castellano es, entre las lenguas oficiales, la única que lo es en todo el Estado y para todos los ciudadanos y poderes públicos. Ello justifica la imposición del deber de conocimiento, y como consecuencia de ser la única lengua cuya oficialidad afecta a la totalidad del Estado, y la única cuyo conocimiento se impone, puede destacarse que la oficialidad de otros idiomas siempre será “cooficialidad”, de

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

manera que nunca puede ser exclusiva ni implicar la exclusión o marginación del castellano.

3.3.2. El deber de colaborar con los órganos judiciales

El art. 118 de la Constitución dispone que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”. Se trata de un deber impuesto no solo a los ciudadanos, sino también (incluso principalmente) a otras instituciones y poderes del Estado. Por lo que se refiere a las personas, desde luego están obligadas a cumplir las sentencias en cuanto las mismas se refieran a ellos, y a soportar los efectos de su ejecución cuando les afecten directamente, y a ello pueden ser conminados en último término con la fuerza. Pero el deber de colaborar con jueces y tribunales se produce también en el curso del proceso, momento en el que se manifiesta principalmente en la obligación de acudir a declarar como testigos cuando sean llamados. En el ámbito penal, esta obligación encuentra también una referencia constitucional expresa, ya que el último inciso del art. 24.2 dispone que la ley regulará los casos en los que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos; ello implica, a contrario, que como regla general sí existe esa obligación de declarar. Y en efecto, como tal la recoge la ley procesal (arts. 410 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); aunque incluso podría llegar a incurrir en un delito de obstrucción a la justicia (art. 463 del Código Penal). Por lo demás, el título XX del libro II del propio Código Penal recoge también otros delitos contra la Administración de Justicia, entre los que pueden destacarse, por su relación con el deber constitucional que ahora examinamos, la acusación y denuncia falsas, el encubrimiento o el falso testimonio.

3.3.3. El deber de comparecer ante las comisiones de investigación

El art. 76 de la Constitución se refiere en su apartado 1 a las comisiones de investigación de las cámaras, y dispone en su segundo apartado que “será

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones por incumplimiento de esta obligación". Estamos así ante otro deber constitucional, cuya finalidad es garantizar el adecuado cumplimiento de sus fines por parte de estas comisiones de investigación, sin que este se vea obstaculizado por la incomparecencia voluntaria de las personas requeridas. En todo caso, para que este deber genere obligaciones jurídicas efectivamente exigibles es necesaria la intermediación legal, con el establecimiento de las correspondientes sanciones. En este sentido hay que destacar la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso, Senado o ambas Cámaras, modificada por Ley Orgánica 10/1995, que impone la obligación de comparecer a los españoles y extranjeros residentes en España, y establece que las mesas de las cámaras velarán porque queden salvaguardados sus derechos constitucionales. Las sanciones por incomparecencia se encuentran en el Código Penal, cuyo artículo 502.1 dispone que la incomparecencia ante estas comisiones (incluyendo también las de los parlamentos autonómicos) supone incurrir en un delito de desobediencia. Por último, mencionar que el Real Decreto-ley 5/1994, de 29 de abril, establece la obligación de la Administración tributaria, las entidades de crédito y determinadas sociedades, de facilitar a las comisiones de investigación los datos o documentos que les sean requeridos, cuando se cumplan ciertos requisitos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS DEL CAPÍTULO

CÁMARA VILLAR, G., Capítulo XXV, "Los deberes constitucionales", en Balaguer Cellejón, F.; Cámara Villar, G., *et al.*, *Derecho Constitucional*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1999.

DE ASÍS ROIG, R., *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

DE ESTEBAN, J., y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., *Curso de Derecho Constitucional Español*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1993 (Lección 17, "Los deberes constitucionales").

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ESPÍN, E., Lección 9, “Los deberes constitucionales”, en López Guerra, L., Espín, E., *et al.*, Derecho Constitucional, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 8a. ed., 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, Civitas, 2000.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 11a. ed., 2007.

REQUEJO PAGÉS, J. L., “Deberes constitucionales”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, Civitas, 1995

ROMANO, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Granada, Comares, 2003.

RUBIO LLORENTE, F., “Deberes constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001.

VARELA DÍAZ, S., “La idea de deber constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982.

CAPÍTULO IX

DERECHOS EDUCATIVOS, LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LIBERTADES ACADÉMICAS (2013)

1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LOS DERECHOS EDUCATIVOS

Como es notorio, el artículo 27 de la Constitución es, entre todos los preceptos que recogen derechos fundamentales, el más extenso y prolífico. Sus diez apartados contienen una variedad de enunciados, incluyendo la proclamación de derechos y el establecimiento de principios, mandatos o finalidades (así como alguna afirmación cuya catalogación en uno u otro de estos grupos ha resultado dudosa). Parece que el único denominador común de todos sus apartados es la vinculación al ámbito educativo, aunque no todo el tratamiento constitucional del mismo se encuentra en este precepto (de hecho, y sin salir del título dedicado a los derechos, es imprescindible añadir la libertad de cátedra para completar el panorama de los derechos de este ámbito).

Centrándonos en el ámbito de los derechos, podemos encontrar los siguientes en el ámbito de la relación educativa: el derecho a la educación; la libertad de enseñanza; la libertad de cátedra; determinados derechos reconocidos a los padres; la autonomía universitaria; y el derecho de padres, profesores y alumnos a participar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos. La relación entre todos ellos no puede ocultar la muy diferente naturaleza, titularidad y contenido de cada uno.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se trata, desde luego, de derechos autónomos. Existe una multiplicidad de titulares de los derechos educativos (alumnos, profesores, padres, titulares de centros, Universidades), de modo que la relación entre estos titulares y los derechos no es biunívoca, ya que a un titular pueden corresponderle varios derechos (por ejemplo, a los padres, profesores o alumnos), y un mismo derecho puede tener varios titulares (el ejemplo más claro, pero no el único, es el derecho de participación reconocido en el artículo 27.7). Ciertamente, a veces se utiliza la expresión “derecho a la educación” en un sentido amplio, comprensivo de todos estos derechos, pero hay que distinguirlo de un sentido estricto, que lo identifica como concreto derecho de prestación. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la estrecha conexión de todos los preceptos autoriza a hablar en términos genéricos del derecho a la educación, “utilizando como expresión omnicomprensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar”, aunque sin olvidar por ello la distinta naturaleza de los preceptos comprendidos en el artículo 27.²⁵⁰ Sin embargo, el sentido estricto parece más preciso porque identifica al derecho de prestación, distinguiéndolo de los derechos de participación (el derecho a participar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos); y los de libertad (todos los demás que forman parte del ámbito educativo).

En cualquier caso, parece claro que existe una amplia red de relaciones entre estos derechos. Por ejemplo, de la libertad de enseñanza deriva el derecho de los padres a elegir centros distintos a los creados por los poderes públicos, que a su vez necesita de aquella libertad; el derecho a elegir la formación religiosa y moral se relaciona con la facultad de dotar de un ideario a los centros privados, y en definitiva con la propia libertad de enseñanza, ya que el mismo puede encontrar satisfacción eligiendo centros privados, aunque también en la enseñanza pública. A su vez, existe una relación entre los derechos educativos y otros preceptos constitucionales, desde la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1) a la libertad de ideología y religión (art. 16), o el acceso a la cultura y la investigación científica (art. 44). Hemos tratado de sintetizar este esquema de relaciones en el cuadro 1. Pero conviene recalcar que, a

²⁵⁰ STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

nuestro juicio, el hilo conductor, el fundamento último en el que confluyen todos los derechos educativos, es el derecho a la educación en sentido estricto. Así, la libertad de cátedra no se reconoce sólo para el beneficio o provecho de su titular, sino que ese reconocimiento se justifica también porque se considera positivo y beneficioso para la educación de los alumnos. La libertad de enseñanza ofrece otra posibilidad educativa, distinta a la pública, y permite a los padres elegir entre ambas. Y, en definitiva, los derechos educativos de los padres están directamente al servicio de la educación de sus hijos. Por su parte, la autonomía universitaria se justifica también porque se considera beneficioso para los alumnos, en el nivel más alto del sistema educativo, que su formación se produzca en un marco de libertad, y sin injerencias de los poderes públicos.

Ha de considerarse que la educación en su dimensión de derecho presencial se satisface en el marco de una relación educativa que se produce en el ámbito de la enseñanza como servicio público. Sin embargo este servicio (y por tanto la satisfacción del derecho fundamental) no necesariamente es prestado directamente por los poderes públicos; y aun en el ámbito público, el papel de las libertades individuales es fundamental e imprescindible para la propia prestación del servicio (y por tanto para la satisfacción del derecho fundamental). El derecho a la educación aparece así como el fundamento o hilo conductor de todas las libertades y derechos en la materia, lo que por un lado implica que las mismas encuentran únicamente sentido en el marco de la satisfacción de ese derecho y la prestación de ese servicio público (el art. 27.2, al señalar las finalidades de la educación, se aplica en alguna medida al ejercicio de todas las libertades individuales); y, por otro, que la salvaguarda y garantía de esas libertades interesa también, de forma muy evidente, para la misma garantía de la educación como servicio y como derecho.

Por ello en las páginas que siguen trataremos de exponer algunas ideas sobre estas libertades del ámbito educativo, y muy especialmente sobre la libertad de cátedra y sus relaciones con la autonomía universitaria, teniendo en cuenta que ambas se mueven y encuentran sentido en el ámbito de una relación educativa y directamente relacionadas (a pesar de su independencia como derechos autónomos) con la satisfacción del derecho a la educación. Y concluiremos con algunas reflexiones sobre las principales amenazas y

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

riesgos que estas libertades (y por extensión, la enseñanza y la educación en el contexto de un Estado democrático y pluralista) sufren en la actualidad.

2. LAS FINALIDADES DE LA EDUCACIÓN

Como acabamos de apuntar, el presente trabajo va a centrarse en un análisis de las libertades en el ámbito educativo y su relación con la educación como derecho fundamental en el contexto del Estado social. No vamos a profundizar, por tanto, en el derecho a la educación en sentido estricto, su titularidad, objeto y contenido, sino en esa relación global. Pero nos parece imprescindible hacer al menos una referencia al significado del apartado 2 del artículo 27 de la Constitución, que señala que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.²⁵¹ Este precepto recoge de forma resumida lo que establecen algunos textos internacionales de derechos humanos (así, el art. 26.2 de la Declaración Universal, o el 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aunque estos hacen también referencia a otras finalidades, como el favorecimiento de la comprensión, tolerancia y amistad entre las naciones y los grupos, la promoción de las actividades de las Naciones Unidas en pro de la paz, o, en el caso del Pacto Internacional, la capacitación para la participación efectiva en una sociedad libre). El precepto constitucional mencionado contiene lo que podría denominarse “ideario educativo de la Constitución”.²⁵²

Interesa destacar que estas finalidades se integran en el contenido del derecho a la educación, de manera que este es el derecho a recibir una formación orientada constitucionalmente a dichos fines. Como señala el art.

²⁵¹ Sobre este precepto, entre otros, puede consultarse entre otros L. Cotino Hueso (coord.), *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (Un análisis jurídico-práctico a la luz de los dictados constitucionales)*, Generalitat valenciana, Valencia, 2000, en especial pp. 48 ss., cuya autoría corresponde a R. Sánchez Ferriz; también G. Cámara Villar, Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española en *Introducción a los Derechos Fundamentales, X Jornadas de Estudios*, vol. III, Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica), Madrid, 1988.

²⁵² Voto particular de F. Tomás y Valiente a la STC 5/1981, de 13 de febrero.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

6.1 de la LODE respecto a una finalidad concreta, los alumnos tienen el derecho básico “a recibir una formación que asegure el pleno desarrollo de su personalidad”. Todo ello supone una importante limitación a otros derechos del ámbito educativo, ya que dichos fines deben asegurarse no sólo a través de la educación pública, sino también mediante los centros privados.

Por tanto, podría decirse que el art. 27.2 CE penetra todos los demás derechos y libertades del ámbito educativo, impregnando la actividad educativa en todas sus vertientes al marcar un objetivo irrenunciable de la misma, y constituye al tiempo un límite que todas esas libertades deben respetar (aunque en algún caso concreto, como es la libertad de cátedra en el ámbito universitario, los efectos de dicho límite sean mínimos como veremos un poco más adelante). Sin embargo, este precepto no puede entenderse superior a ninguno de los demás apartados del artículo 27, con los que debe armonizarse. La Constitución es un todo y no cabe establecer jerarquías entre sus preceptos, y en concreto no cabe jerarquizar los distintos apartados del artículo 27, ni supeditar unos derechos y libertades a otros, o a determinados principios y valores. De este modo, las finalidades de la educación han de ser compatibles con el ejercicio de las libertades en el ámbito educativo, que no pueden quedar subordinadas a dichas finalidades, aunque es claro que en ciertos supuestos de conflicto será necesaria una interpretación armonizadora que permita el menor sacrificio posible de los valores y derechos en juego. En particular, el art. 27.2 debe armonizarse con el siguiente apartado, que garantiza “el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Por tanto, los padres pueden elegir para sus hijos una formación religiosa y moral determinada, lo que lógicamente conllevará la transmisión de los principios y valores propios de una confesión religiosa o de determinados principios morales. Es obvio que ello no implica el derecho a no recibir una formación orientada a la transmisión de las finalidades mencionadas en el art. 27.2, pero también es claro que cuando los padres ejercen el derecho establecido en el apartado 3 (que por lo demás es prestacional) en un sentido determinado, el conjunto de valores y principios que se han de transmitir a sus hijos debe armonizarse para evitar posibles contradicciones. Si en línea de principio esa armonización entre los valores del 27.2 y los que pudieran derivarse del 27.3 no debería ser problemática, en ciertos casos concretos el conflicto puede

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

producirse, y este no puede resolverse jerarquizando a priori unos valores sobre otros.

3. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Como ya hemos destacado, en este trabajo nos interesan particularmente las libertades que se ejercen en el ámbito de la enseñanza, en su relación con el derecho a la educación como derecho básicamente prestacional que se satisface mediante un servicio público al que confluyen actuaciones públicas y privadas. Parece lógico comenzar delimitando un concepto al que la Constitución se refiere en el apartado 1 del artículo 27, inmediatamente después de referirse al derecho a la educación, como es la libertad de enseñanza.

En principio, podría pensarse que la libertad de enseñanza es la posibilidad del ciudadano de transmitir los conocimientos que posee, sin vinculación necesaria a la fundación de centros ni al sistema de enseñanza reglada.²⁵³ Desde este punto de vista, la libertad de enseñanza podría ejercerse dentro o fuera de un centro docente, con posesión de titulación o sin ella, es decir, que dicho concepto se desvincula también de un puesto docente, incluyendo la enseñanza “al modo socrático”. Ciertamente, como vimos el Tribunal Constitucional ha destacado que la libertad de enseñanza deriva de la libertad ideológica y de expresión, y explícitamente ha entendido que aquella habilita a los padres “como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales”,²⁵⁴ si bien no incluye necesariamente un sistema de *homeschooling* que excluyera la enseñanza escolarizada. Pero el problema que plantea un concepto tan amplio de la misma es que simplemente puede llegar a confundirse con la propia libertad de expresión. Por tanto, parece claro que la enseñanza fuera del sistema educativo está constitucionalmente protegida, e incluso que cabría apuntar algún criterio diferenciador que permita señalar cuándo la protección deriva de la libertad de enseñanza.

²⁵³ A. Embid Irujo, *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, 1983, pp. 237 ss.

²⁵⁴ STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

za y cuándo de la más genérica libertad de expresión;²⁵⁵ pero lo cierto es que la protección constitucional parece tener unos perfiles y características específicas cuando esta libertad se ejerce en el ámbito del sistema educativo.

Por ello (y sin negar la virtualidad de la protección constitucional de cualquier otra forma de enseñanza) parece más útil un concepto más específico de libertad de enseñanza. Desde luego, al igual que sucede con el derecho a la educación, estamos ante un concepto que puede tener varios sentidos. Por tanto la primera aproximación al mismo pasa por enunciar esa diversidad. En efecto, la libertad de enseñanza puede entenderse al menos de los siguientes modos:

- 1) En un sentido amplísimo, abarcaría todos los derechos educativos, y sería por lo tanto equivalente a la utilización de la expresión “derecho a la educación” con el mismo sentido omnicomprensivo. En ocasiones este sentido es utilizado por algún autor,²⁵⁶ aunque no posee especial utilidad para los efectos de este trabajo.
- 2) En un segundo sentido, también amplio, aunque no tanto como el anterior, la libertad de enseñanza se referiría a ciertos derechos y libertades del ámbito educativo, estrechamente vinculados entre sí. Desde este punto de vista, la libertad de enseñanza en sentido amplio comprendería, en primer lugar, la libertad de enseñanza en el sentido más estricto (entendida como libertad de crear y dirigir centros docentes, así como la posibilidad de dotarlos de un ideario); en segundo lugar, la libertad de cátedra, como libertad de enseñanza de los profesores a título individual; y, en tercer lugar, los derechos educativos de los padres, que en un caso —elección del tipo de centros docentes— son consecuencia directa de la libertad de enseñanza en sentido estricto, y en el otro —elección de la formación religiosa y moral— se relacionan claramente con dicha libertad. Incluso podría

²⁵⁵ A. Embid Irujo, *Las libertades...*, *op. cit.*, p. 241, señala como elemento diferenciador el aspecto sistemático y ordenado de la exposición de opiniones que forma la enseñanza, pero en todo caso parece difícil configurar de esta manera la libertad de enseñanza como derecho autónomo..

²⁵⁶ Véase, por ejemplo, R. M. Satorras Fioretti, *La libertad de enseñanza en la Constitución española*, Madrid, Marcial Pons, 1998, quien, bajo este título, engloba un análisis de los diez apartados del artículo 27 de la Constitución.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

incluirse en este amplio grupo la autonomía universitaria, ya que la misma está estrechamente vinculada con la libertad de cátedra, hasta el punto de que, como veremos, ambas pueden considerarse dos dimensiones (colectiva e individual) de lo que se ha dado en llamar “libertad académica”.

A diferencia del anterior concepto, el que ahora comentamos posee a mi juicio indudable utilidad —a pesar de su amplitud—, aunque, para evitar la ambigüedad y polisemia de la expresión “libertad de enseñanza”, preferimos utilizar el plural “libertades de la enseñanza” (o de forma parecida, libertades en la enseñanza). Dicha utilidad se manifiesta en la capacidad de este concepto para poner de relieve las estrechas relaciones que vinculan a estos derechos, y que permiten entenderlos, dentro del ámbito de los derechos educativos, como un amplio grupo dotado de indudables elementos de unión, aun reconociendo la autonomía de cada uno de ellos. Desde este punto de vista, la libertad de enseñanza se traduciría, por un lado, en la libertad de transmitir conocimientos e ideas mediante la creación de centros docentes; y por otro, en la libertad individual de cada docente. De la primera de ellas derivarían los derechos educativos de los padres (aunque éstos se vinculan también con el derecho a la educación); la segunda se vincularía directamente con la autonomía universitaria.

- 3) Una variante del concepto anterior no consideraría incluido dentro de este concepto a la autonomía universitaria, pero sí a los demás derechos mencionados (libertad de enseñanza en sentido estricto, libertad de cátedra, derechos de los padres). El Tribunal Constitucional se ha referido a este sentido, afirmando que “la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1 c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

hijos (art. 27.3)”.²⁵⁷ También éste es el concepto acogido por algunos autores.²⁵⁸

- 4) En cuarto lugar, puede utilizarse el concepto de “libertad de enseñanza” para referirse a los derechos individuales del ámbito educativo que se configuran como “derechos de libertad”.²⁵⁹ En este sentido, la libertad de enseñanza englobaría básicamente a la libertad de creación de centros docentes (o “libertad de enseñanza en sentido estricto”) y a la libertad de cátedra. Como consecuencia de la primera, podría también incluirse aquí el derecho de los padres a elegir centros privados, considerado como consecuencia inmediata de la libertad de crearlos, pero (a diferencia del anterior) no tanto la libertad de elegir la formación religiosa y moral que implica prestaciones.²⁶⁰

Este concepto de libertad (o “libertades”) de enseñanza es, sin duda, técnicamente más adecuado que el anterior y, por su carácter más restringido, es también más homogéneo. Pero tiene quizás el inconveniente de excluir ciertos derechos muy intensamente vinculados con estas libertades, y en particular, de ignorar concepto de “libertad académica”, al que se refiere la LOU, y que permite entender las relaciones entre autonomía universitaria y libertad de cátedra. Pero también posee indudables ventajas, ya que pone de manifiesto las características comunes de la libertad de creación de centros y de la de cátedra (dentro de su autonomía, que se manifiesta incluso por su distinto titular). En efecto, estas características comunes son: a) Tanto de la libertad de enseñanza en sentido estricto como de la libertad de

²⁵⁷ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7. Aunque el Tribunal no menciona expresamente aquí el derecho de los padres a elegir centros privados, el mismo puede considerarse incluido sin dificultad, ya que es una consecuencia directa de la libertad de enseñanza.

²⁵⁸ Véase L. López Guerra, E. Espín, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, M. Satrústegui, *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, vol. I, 80 edición, 2010, pp. 336 ss. (el capítulo dedicado a los derechos del ámbito educativo está redactado por M. Satrústegui).

²⁵⁹ Es verdad que la autonomía universitaria tiene también una clara dimensión de derecho de libertad, pero no sería una libertad individual, sino colectiva o institucional.

²⁶⁰ En una línea parecida, algún autor considera que la libertad de enseñanza es la posibilidad de transmitir los conocimientos que se poseen, y ello con independencia de si se hace mediante la creación de centros o no, y dentro o fuera del sistema educativo reglado; de manera que dentro de este sentido amplio cabe la libertad de creación de centros y la libertad de cátedra, a las que puede denominarse conjuntamente como “libertades en la enseñanza” (A. Embid Irujo, *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, 1983, pp. 237 ss.).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cátedra cabe afirmar que son proyección de la libertad ideológica y religiosa y de la libertad de expresión; b) Se trata de derechos de libertad, y no de prestación (si bien el derecho a elegir la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones mencionado en el art. 27.3 ha de ser garantizado por los poderes públicos, lo que implica que éstos han de organizar y ofrecer las enseñanzas correspondientes); c) tanto la libertad de enseñanza como la libertad de cátedra tienen, además de su dimensión individual o subjetiva, una faceta objetiva o institucional, configurándose también como principios, lo que implica obligaciones para los poderes públicos. Se trata de derechos que reflejan los valores libertad y pluralismo. La aludida dimensión institucional ha sido destacada por algunos autores.²⁶¹

- 5) Por último, cabe aludir al sentido más estricto de la libertad de enseñanza, que la entendería básicamente como libertad para crear y dirigir centros docentes, y dotarlos de un ideario.

Es difícil, y probablemente innecesario, elegir uno solo entre todos los sentidos que acabamos de exponer. Lo verdaderamente importante es destacar las estrechas relaciones entre todos estos derechos, así como la autonomía de cada uno de ellos. Con todo, puede descartarse el sentido indicado en el apartado 1), por su excesiva ambigüedad y su escasa utilidad. Sin embargo, los indicados en los restantes apartados son útiles a determinados efectos.²⁶² En este trabajo nos interesa centrarnos en la relación entre las libertades de la

²⁶¹ Por ejemplo, respecto a la libertad de enseñanza, A. Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, CEURA, Madrid, p. 64 ss.; respecto a la libertad de cátedra, B. Lozano, *La libertad de cátedra*, UNED-Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 116 ss., destaca que si bien no es garantía institucional en sentido técnico-jurídico, ostenta un aspecto o dimensión institucional.

²⁶² Para empezar, el recogido en el apartado 5) es el más preciso y concreto, y es el único que designa de forma exclusiva a un único derecho autónomo, si bien este tiene un nombre más específico (creación de centros). Sin embargo, los sentidos expuestos en los apartados 2), 3) y 4) poseen ambos una incuestionable utilidad. El expresado en 2), para expresar las estrechas relaciones entre el amplio grupo de derechos que forman parte del ámbito educativo, distintos a la educación en sentido estricto y a los derechos de participación. El recogido en 3) es una variante del anterior que simplemente deja fuera, por sus peculiaridades, a la autonomía universitaria. Por último, el expresado en 4) posee un carácter técnicamente más preciso y homogéneo, al englobar únicamente a las libertades individuales del ámbito educativo, diferenciándose del anterior en que quedaría excluido del concepto el derecho a que los hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones. A mi juicio este parece el sentido más exacto de la libertad de enseñanza, que lo

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

enseñanza y la educación como derecho esencialmente prestacional, en el contexto del Estado social. Desde ese punto de vista vamos a afrontar el concepto de libertad académica, para detenernos posteriormente en la libertad de cátedra y la autonomía universitaria.

4. LA LIBERTAD ACADÉMICA Y SUS VERTIENTES

La gran variedad y la ambigüedad de los términos utilizados para referirse a los derechos educativos se acrecientan si añadimos otros que no aparecen expresamente mencionados en la Constitución, pero que resultan relevantes y han sido utilizados por el legislador y el Tribunal Constitucional: así sucede con la libertad académica, la libertad de estudio o la libertad de investigación. Todas ellas parecen ubicarse en el ámbito universitario, y a las mismas se ha referido expresamente el Tribunal Constitucional, así como el art. 2.3 de la Ley Orgánica de Universidades (LOU) que (en el mismo sentido que el derogado artículo 2.1 de la Ley de Reforma Universitaria [LRU]) proclama: “La actividad de la Universidad, así como su autonomía, se fundamentan en el principio de libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio”. La libertad académica sería así el fundamento de la autonomía universitaria, a la que nos referiremos en el siguiente capítulo. Aunque más bien creemos que se trata de un principio que permitiría englobar, como dimensión individual, las libertades de cátedra, investigación y estudio; y, como dimensión colectiva, la autonomía universitaria, explicando las relaciones entre ambas.

Por su parte, la libertad de investigación sería un derecho de los docentes universitarios, pero que no alcanza reconocimiento y garantía constitucional, aunque está estrechamente vinculada con la propia libertad de cátedra. Es sabido que en Alemania se protege en el mismo precepto la libertad de ciencia, investigación y enseñanza (entendida esta última como libertad de cátedra y referidas todas ellas al ámbito universitario).²⁶³ Y la

relaciona además con su sentido primario de transmisión de conocimientos, si bien ubicándolo en el ámbito académico y relacionándolo, en la mayor parte de los casos, con el sistema educativo.

²⁶³ Véase por ejemplo C. Vidal Prado, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 32 ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

libertad de estudio, que tampoco posee rango constitucional, correspondería básicamente a los alumnos universitarios, y se traduciría en la posibilidad de aprender los conocimientos y adquirir la formación que exige cada asignatura utilizando y escogiendo libremente (sin perjuicio de las lógicas orientaciones de los profesores) los medios o instrumentos a su alcance.

Desde el punto de vista de la relación entre las libertades de la enseñanza y el derecho a la educación, en el contexto del Estado social, el concepto de libertad académica es a nuestro juicio muy relevante. Y ello porque constituye el contexto o el marco en el que debe llevarse a cabo el derecho a la educación en el ámbito de la Universidad. Esto implica que el derecho a la educación, en el ámbito universitario, no conlleva únicamente el acceso en determinadas condiciones a los programas de las distintas titulaciones, sino también ciertos requisitos atinentes al contexto o ámbito en el que se produce la relación educativa universitaria, y en concreto el reconocimiento y la garantía de la aludida libertad académica como principio que engloba las concretas libertades mencionadas. La educación universitaria tiene así ciertos requisitos que (además de otras condiciones de calidad que cabría exigir) se manifiestan en la necesidad de que la enseñanza sea libre y esté enmarcada en las libertades de estudio e investigación. De este modo, las libertades de los docentes interesan también a los alumnos, y en cierta medida son exigibles por ellos como condición o requisito necesario de la educación universitaria que reciben. De este modo el derecho a la educación en la universidad implica una enseñanza enmarcada y fundamentada en la libertad académica.

Así como este concepto de libertad académica es predictable propiamente del ámbito universitario, una de las libertades en que se manifiesta de modo principal, como es la libertad de cátedra, es exigible también en todos los ámbitos de la enseñanza. Nos parece oportuno dedicar las siguientes reflexiones a este trascendental derecho fundamental reconocido en el art. 20 de la Constitución.

5. LA LIBERTAD DE CÁTEDRA

Si partimos de la idea expresada al inicio de este capítulo sobre las “libertades de la enseñanza” entendidas como libertades individuales en este

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ámbito, podríamos decir que la libertad de cátedra sería la libertad de enseñanza individual de cada docente. Ello implica la facultad del profesor de desarrollar su actividad docente con un margen de libertad en lo relativo a la materia propia, preservando así la enseñanza de injerencias externas. Se trata de una proyección de la libertad ideológica y de expresión de pensamientos e ideas, y consistiría, en una primer aproximación, en “la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias con relación a la materia objeto de su enseñanza”.²⁶⁴

En cuanto a su titularidad, se trata de un derecho reconocido a los profesores. Sin embargo, el mayor problema específico que se plantea es el de si sólo son titulares del mismo los profesores de la enseñanza pública, o sólo los de la enseñanza pública universitaria, o incluso exclusivamente los titulares de cátedras. Algunos antecedentes históricos, como la *Circular Albareda*, apoyan una interpretación que restringe este derecho al ámbito universitario. Sin embargo, otros antecedentes sitúan la libertad de cátedra en el ámbito de toda la enseñanza pública (así, el Decreto de Ruiz Zorrilla de octubre de 1868 o, desde luego, la propia Constitución de 1931).²⁶⁵ El Tribunal Constitucional se pronunció tempranamente sobre la cuestión, afirmando que “el constituyente ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora”, incluyendo por tanto a los docentes en centros públicos como a los docentes en centros privados, si bien la amplitud de su contenido varía en uno u otro supuesto, así como en función del nivel o grado educativo.²⁶⁶ Buena parte de la doctrina comparte hoy este concepto amplio de la titularidad de la libertad de cátedra, aunque algunos autores mantienen que la libertad de cátedra sólo es predicable de los docentes de los centros públicos, mien-

²⁶⁴ STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2.

²⁶⁵ Si bien en los debates constituyentes se rechazó una enmienda del Grupo Comunista que pretendía sustituir la expresión “libertad de cátedra” por “libertad de expresión docente” para dejar clara la amplitud de su titularidad, de ello no cabe deducir que se prefiriera la interpretación más restrictiva, ya que buena parte de los grupos dejaron clara su idea de que era necesaria una concepción más amplia de la expresión “libertad de cátedra”. Como ha destacado algún autor, el hecho de que prosperara la expresión tradicional en la Constitución no significa un triunfo de la interpretación restrictiva M. Salguero, *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 63.

²⁶⁶ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tras que sólo cabe extender a todos los profesores el derecho más amplio a la “libertad de expresión docente”.²⁶⁷

En nuestra opinión, la extensión de la titularidad de la libertad de cátedra a todos los docentes culmina nuestro proceso histórico, y es acorde con la evolución de los derechos fundamentales, que ven ampliada su titularidad y que con carácter general son ejercitables también en las relaciones entre particulares. Por lo demás, esta extensión encuentra fundamento en la necesidad de preservar de injerencias externas la independencia de la actividad docente de los profesores, sea cual sea su ámbito (ello sin perjuicio de que los límites al derecho actúen de manera muy diferente según el nivel o el tipo de centro en que nos encontremos).

En todo caso, el centro del análisis de la libertad de cátedra sigue siendo el relativo a su contenido y significado. El entendimiento de esta como posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias con relación a la materia objeto de su enseñanza es un buen punto de partida a la hora de delimitar el contenido esencial de este derecho, pero creemos que es necesario profundizar algo más para determinar de forma más precisa dicho contenido.

Como es sabido, en la reiterada sentencia sobre la Ley Orgánica por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE) (FJ 9 y 10), el Tribunal expone en detalle el contenido de la libertad de cátedra, aunque destacando que el mismo varía en función de si el puesto docente corresponde a la enseñanza pública o privada, y del nivel o grado educativo del mismo. Así, por lo que concierne a la enseñanza pública, la libertad de cátedra posee un contenido negativo uniforme que permite al docente resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada; ello implica incompatibilidad de una ciencia o doctrina determinada. Además, la libertad de cátedra posee un contenido positivo (que el Tribunal no define, pero que implicaría la facultad de determinar el contenido y método de la investigación y de la enseñanza);²⁶⁸ este contenido varía de forma gradual, en función del nivel de enseñanza en el que nos encontremos.

²⁶⁷ Así, A. Fernández-Miranda, *De la libertad...*, *op. cit.*, 1988, pp. 132 ss.

²⁶⁸ En este sentido, M. Satrústegui, en L. López Guerra, E. Espín *et al.*, *Derecho Constitucional*, vol. I, 80 ed., 2010, p. 338.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

mos, alcanzando así la máxima amplitud en la enseñanza universitaria.²⁶⁹ En cambio, en los niveles inferiores, la autoridad competente determina el contenido mínimo de la enseñanza, a través de los planes de estudio, así como “el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor”, y por lo demás este no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad. Por lo que se refiere a la enseñanza privada, el Tribunal afirma que en este tipo de centros la libertad de cátedra “es tan plena como la de los profesores de los centros públicos”, aunque destaca que el ideario del centro contribuye a la definición del puesto docente, y establece algunos criterios para resolver el eventual conflicto entre la libertad de cátedra y el derecho a establecer tal ideario.

Esta configuración del derecho a la libertad de cátedra por parte del Tribunal parece correcta, y sin duda alguna es la más adecuada a la máxima extensión de la titularidad del derecho que establece la misma sentencia. Sin embargo, de esta forma resulta más difícil establecer cuál sea el contenido esencial de este derecho, puesto que parece que este contenido ha de ser necesariamente homogéneo para todos sus titulares, mientras que como acabamos de ver el ámbito protegido de la libertad de cátedra varía en función de diversos factores. Podría entenderse que el contenido esencial de la libertad de cátedra está constituido solamente por la dimensión negativa a que antes hacíamos referencia, ya que ésta parece ser la única uniforme. En este sentido se pronuncia Lozano,²⁷⁰ que denomina “contenido mínimo” a esta dimensión. El TC, después de definir la libertad de cátedra en el sentido expuesto al inicio de este apartado, afirma que presenta “un contenido no exclusivamente pero sí predominantemente negativo”. Ello quiere decir que, aparte de la dimensión negativa a que venimos aludiendo, la libertad de cátedra puede implicar algunas facultades positivas.

Por ello algunos autores²⁷¹ optan por señalar como contenido esencial de esta libertad, junto a la imposibilidad de imponer al docente cualquier tipo de orientación ideológica, la posibilidad de expresar libremente sus

²⁶⁹ De hecho, el máximo contenido de la libertad de cátedra sólo es alcanzable para Catedráticos, Profesores Titulares de Universidad y Profesores Contratados Doctores, ya que sólo de ellos predica la ley “plena capacidad docente e investigadora” (arts. 52 y 56 LOU).

²⁷⁰ B. Lozano, *La libertad...*, 1995, p. 178.

²⁷¹ A. Embid Irujo, *Las libertades...*, op. cit., 1983, p. 290; E. Expósito, *La libertad de cátedra*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 163-164; M. Salguero, *Libertad...*, 1997, p. 84.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

propias ideas y convicciones científicas, siempre que guarden relación con la materia objeto de su enseñanza. Otro elemento del contenido esencial sería la posibilidad de determinar libremente el método de exposición a utilizar. A nuestro juicio, estos elementos son adecuados para la delimitación del contenido esencial de la libertad de cátedra. El elemento de que las ideas y convicciones expresadas revistan carácter científico y, sobre todo, que deban guardar relación con la materia, ayuda a delimitar el contenido esencial de la libertad de cátedra. Obviamente, la posibilidad de expresar las opiniones e ideas propias es una facultad de la libertad de cátedra que en todo caso aumentará con el nivel de la enseñanza; sin duda, un profesor de Historia de enseñanza primaria no parece que pueda expresar sus ideas, opiniones y convicciones de la misma manera a que podría hacerlo el profesor universitario de la misma materia. Pero ello es debido a que este último, además de poder expresar sus convicciones científicas, puede también afirmar sus opiniones personales de tipo ideológico, siempre que tengan relación con la materia. Y es que estas últimas opiniones no forman parte del contenido esencial de la libertad de cátedra, sino de su “contenido variable”. Esto puede deducirse de las propias afirmaciones del Tribunal Constitucional, cuando señala que, en los niveles inferiores, el docente “no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones”. Ello significa, en nuestra opinión: por un lado, que los niveles superiores (al menos, en los universitarios) sí hay un amplio margen para la expresión de opiniones de contenido ideológico por el profesor, siempre que guarden relación con la asignatura. Y, por otro lado, que en los niveles inferiores el docente puede expresar sus convicciones o ideas científicas sobre la materia que imparte, pues ello es distinto a orientar ideológicamente su enseñanza (si en algún caso tales convicciones pudieran implicar una orientación ideológica, no formarían parte del contenido de la libertad de cátedra en los niveles inferiores). Ciertamente pueden darse casos en los que resulte difícil distinguir entre “convicciones e ideas científicas” y “opiniones ideológicas” (y esto parece particularmente cierto en asignaturas como la “Educación para la ciudadanía”) a la que luego nos referiremos; pero creemos que tal delimitación ha de intentarse, pues en caso contrario resultaría difícil precisar el contenido esencial de la libertad de cátedra, o bien habría que convenir que dicho contenido esencial carece de toda di-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

mensión positiva, o si la tiene, la misma no tendría nada que ver con la posibilidad de expresar ideas o pensamientos. Y cualquiera de estas soluciones nos parece menos afortunada que la que proponemos.

En segundo lugar, creemos que es acertado incluir como parte de la dimensión positiva del contenido esencial de la libertad de la que tratamos, la posibilidad de determinar libremente el método de exposición a utilizar. En este sentido, y como ha precisado algún autor,²⁷² “método” no se refiere en toda su amplitud al método pedagógico (método de aprendizaje, evaluaciones, grupos, etc.) cuya determinación formaría parte del “contenido variable” de la libertad de cátedra y que solo existiría en su máximo nivel en la Universidad, sino al método a seguir en sus exposiciones o explicaciones, es decir, a la manera de ejercer o desarrollar sus clases por parte del docente, aspecto que parece implícito en el reconocimiento de la libertad de cátedra. Esta idea, aun cuando resulta interesante, parece muy difícil de desarrollar en la práctica en el contexto actual en el que el método pedagógico llega a englobar cualquier otro aspecto del método de la enseñanza.

En suma, el contenido esencial de la libertad de cátedra estaría formado por la posibilidad de rechazar cualquier tipo de orientación ideológica en la enseñanza; la facultad de expresar las propias convicciones científicas sobre la materia a explicar, y la de utilizar el propio método de exposición. Junto a este contenido esencial, existiría lo que venimos denominando como “contenido variable”, en función del nivel o grado educativo, y que estaría formado, según se deduce de la jurisprudencia constitucional, por la facultad de determinar el contenido de la asignatura, los métodos pedagógicos, y la posibilidad de expresar las propias opiniones ideológicas, que de una u otra forma pueden llegar a orientar la enseñanza.

En fin, una facultad habitualmente unida a la función de los docentes, pero que no forma parte del contenido de la libertad de cátedra, es la función de examinar. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, señalando que la regulación de la función examinadora forma parte de las facultades de los centros docentes, y que el derecho a elaborar el temario a exigir a los alumnos no puede ser englobado en la libertad de cátedra.²⁷³ Por lo demás, tampoco forma parte de la libertad de cátedra un pretendido

²⁷² B. Expósito, *La libertad...*, *op. cit.*, 1995, pp. 167-168.

²⁷³ STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2 y 3.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

derecho de los docentes a elegir entre las distintas asignaturas que se integran en un área de conocimiento, aunque la libertad de cátedra podría resultar vulnerada como consecuencia de decisiones arbitrarias que releguen a los profesores con plena capacidad docente e investigadora, obligándolos a impartir docencia en asignaturas distintas a las que debieran corresponderles por su nivel de formación.²⁷⁴

Para terminar la cuestión relativa a la libertad de cátedra nos referiremos brevemente a sus límites. Además de los límites generales aplicables a la libertad de enseñanza, habría que añadir los límites específicos de esta libertad, que serían los siguientes:

- a) Por la propia naturaleza de la función docente, la libertad de cátedra es predicable sólo en relación con la materia que ha de impartir el profesor. Así lo ha entendido la doctrina y el Tribunal Constitucional.²⁷⁵ Creemos que esta relación con la materia ha de entenderse con relativa amplitud, ya que en el curso de las explicaciones pueden tratarse temas conexos o próximos.
- b) En los centros docentes públicos, el principio de neutralidad que debe regir su funcionamiento también actúa como límite de la libertad de cátedra. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su repetida y trascendental sentencia de 1981 (FJ 9), haciendo derivar dicho principio del pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y el principio de aconfesionalidad del Estado, además de ser exigencia del respeto a la opción de los padres que eligen la enseñanza pública. El principio de neutralidad no puede interpretarse como una pretensión de objetividad absoluta, o como una aséptica transmisión de conocimientos carente de valores; ello sería un objetivo imposible de cumplir en la realidad. El TEDH²⁷⁶ ha señalado que la enseñanza puede referirse incluso a cuestiones de orden filosófico, moral o religioso, siempre que se evite el adocetinamiento. Por lo demás, como hemos comentado la Constitución

²⁷⁴ STC 179/1996, de 12 de noviembre, FJ 7; en sentido parecido, ATC 42/1992, de 12 de febrero.

²⁷⁵ STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2.

²⁷⁶ STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, y en similar sentido, STEDH de 29 de junio de 2007, caso *Folger y otros contra Noruega*, y STEDH de 9 de octubre de 2007, caso *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía*.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

señala unos fines que la educación debe cumplir, lo que conlleva la transmisión de determinados valores que se consideran esenciales en un sistema democrático. La neutralidad y el respeto a los derechos de los padres conllevan también el respeto de todas las creencias o filosóficas en el conjunto del programa de la enseñanza. En fin, como ha destacado Salguero,²⁷⁷ la neutralidad ha de concebirse como ausencia de adoctrinamiento y como procedimiento (en el sentido de hábito o actitud de objetividad o imparcialidad). Como límite a la libertad de cátedra, la neutralidad no impide que el profesor transmita sus ideas y convicciones científicas sobre la materia (aspecto que como vimos forma parte del contenido esencial de la libertad de cátedra). En cuanto a sus opiniones de contenido ideológico, la neutralidad actúa como un límite casi absoluto en los niveles inferiores de la enseñanza, mientras que a medida que aumenta la edad de los alumnos, la incidencia de este límite es menor, hasta llegar al ámbito universitario, en el que la neutralidad no puede entenderse que limite la expresión de ideas u opiniones de contenido ideológico, aunque el profesor ha de respetar las convicciones ideológicas o religiosas propias de los alumnos.

c) Cabe plantearse si la moral o el orden público pueden configurarse como límites a la libertad de cátedra, o incluso de la libertad de enseñanza en un sentido más amplio. El Tribunal Constitucional ha entendido que la moral pública puede actuar como límite a la libertad de expresión, interpretando la Constitución de acuerdo con los convenios internacionales y con la exigencia de los requisitos que señala el TEDH: previsión legal de la medida, necesidad de la misma en una sociedad democrática, finalidad.²⁷⁸ Sin embargo, la inclusión de la moral pública como límite a la libertad de cátedra es, en nuestra opinión, problemática e innecesaria. Problemática porque implica la interpretación de la Constitución de acuerdo con los convenios internacionales en un sentido más restrictivo que el que establece nuestra norma fundamental, esto es, para ampliar sus límites, cuando más bien suele considerarse que la protección de los

²⁷⁷ M. Salguero, *Libertad de cátedra...*, op. cit., 1997, pp. 188-189.

²⁷⁸ Por ejemplo, STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

derechos que deriva de estos textos constituye un “*standard* mínimo” (véase en este sentido el art. 53 del Convenio de Roma). Innecesaria porque, por lo que se refiere a las libertades de enseñanza y cátedra, lo que pueda implicar la moral como límite ya está incluido en la protección de la juventud y la infancia y en las finalidades que a la educación impone el art. 27.2.²⁷⁹ Otro tanto cabría decir del orden público como posible límite: si significa algo más que la protección de los valores y principios a que se refiere el art. 27.2, estaríamos ante un límite verdaderamente “peligroso” para las libertades de las que venimos tratando.

d) El artículo 27.2 CE. Por lo que se refiere a los profesores, sin duda alguna el art. 27.2 es un límite a su libertad de cátedra. Ahora bien, es más complejo precisar en qué medida o de qué modo actúa dicho límite, sobre todo en función del nivel educativo. Desde luego es claro que los valores y principios democráticos actúan como límite negativo a la libertad de cátedra en los niveles no universitarios, es decir, que los profesores de estos niveles han de mantener en todo caso una actitud de respeto hacia esos principios y valores. Ahora bien, existen dos problemas más difíciles de resolver: en primer lugar, en qué medida han de tener una actitud positiva, de defensa de dichos valores y principios, en los niveles no universitarios; y, en segundo lugar, qué incidencia tiene el artículo 27.2 en la enseñanza universitaria.

El primero de los problemas implica responder a la cuestión de en qué medida tienen los profesores un deber de fidelidad activa a la Constitución. Algunos autores²⁸⁰ afirman que la lealtad a la Constitución de los docentes supone un mayor grado de obligación que el que implica para otros funcionarios, ya que a aquellos se les exige una difusión si no entusiasta sí correcta de los valores básicos de la Constitución.²⁸¹ En cambio, otros au-

²⁷⁹ En sentido parecido, B. Expósito, *La libertad...*, *op. cit.*, 1995, pp. 198 ss.; M. Salguero, *Libertad...*, *op. cit.*, 1997, pp. 100-101.

²⁸⁰ Por ejemplo, A. Embid, *Las libertades...*, *op. cit.*, 1983, pp. 304 ss.

²⁸¹ En sentido parecido, B. Lozano, *La libertad...*, *op. cit.*, 1995, pp. 214 ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

tores,²⁸² niegan dicho deber de fidelidad, aunque admitiendo que todos los profesores, funcionarios o no, han de respetar en su función los valores esenciales de la Constitución. En nuestra opinión, no cabe predicar un deber de fidelidad activa en relación con los profesores, lo que implicaría una mayor exigencia para los titulares de la libertad de cátedra que para los funcionarios que no lo son. Sin embargo, es cierto que en los niveles inferiores, aquéllos profesores cuya materia docente tenga relación con los principios democráticos de convivencia, no sólo han de impartir la misma de forma de forma respetuosa con dichos principios, sino que han de formar a los alumnos en el conocimiento y respeto de esos valores, aunque tampoco sea precisa una encendida defensa de los mismos. Ello es consecuencia del art. 27.2, de las propias obligaciones del profesor en relación con su docencia, y de su libertad de cátedra. Por lo que se refiere a la Constitución en sentido amplio, esto es, a los variados preceptos del texto fundamental, podrá ser sometida a crítica en función de la edad del alumno y de la materia que se imparta, siempre que la misma no ponga en cuestión los valores democráticos.²⁸³

Por lo que se refiere a la enseñanza universitaria, hay opiniones encontradas en torno a si le es aplicable el art. 27.2.²⁸⁴ Sin embargo, las conclusiones no difieren en unos u otros autores: no existe ninguna obligación positiva por parte de los docentes en relación con los valores constitucionales, teniendo en cuenta la edad de los alumnos y su nivel de formación. La Constitución puede ser sometida a crítica tanto técnica como ideológica (por aquellos profesores cuya materia tenga alguna relación), y los profesores no están impedidos para dar una orientación ideológica a sus clases. Algunos autores apuntan que, en todo caso, valores como dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad o respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales serían el límite último de la actividad docente universitaria, por imperativo del art.

²⁸² M. Salguero, *Libertad...*, *op. cit.*, 1997, pp. 109 ss., B. Expósito, *La libertad...*, *op. cit.*, 1995, pp. 219 ss.

²⁸³ Véase también, sobre este tema, A.M. Redondo, *Defensa de la constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Valencia, Institut de Dret Públic-Tirant lo Blanch, 2003.

²⁸⁴ Pueden señalarse como ejemplos: a favor, M. Salguero, *Libertad...*, *op. cit.*, 1997, p. 103; en contra, B. Lozano, *La libertad...*, *op. cit.*, 1995, p. 219.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

27.2. En nuestra opinión, el art. 27.2 es aplicable a todos los niveles, hasta que la formación de la persona se considera suficiente. En efecto, si bien la formación de una persona y el desarrollo de la personalidad probablemente no acaban nunca, desde el punto de vista constitucional la mayoría de edad parece señalar el punto en el que el alumno se considera suficientemente formado en los principios democráticos y con suficiente capacidad para ejercer su propia crítica. Por ello su personalidad se considera formada y puede valorar en libertad las opiniones recibidas, aun cuando sean críticas con los valores constitucionales. Además, pensamos que en este nivel no actúa el límite del artículo 20.4 relativo a la protección de la juventud y la infancia. Por tanto, cabe la crítica a los valores constitucionales (y, por supuesto, al resto de la Constitución) por parte de los docentes en sus clases, cuando lo permita su asignatura, aunque sin duda ninguna dentro del respeto a la verdad y a las exigencias del rigor científico y metodológico; y desde luego respetando la libertad ideológica y de expresión de los alumnos, así como su libertad de estudio, que implica la posibilidad de buscar fuentes alternativas de información y de contrastar las explicaciones recibidas. Además siempre estaría el límite último del respeto a la dignidad de la persona. En fin, la actitud del profesor, al margen de sus explicaciones, debe ser absolutamente respetuosa con los principios constitucionales y los derechos fundamentales, y en todo caso la evaluación del alumno no podría ser discriminatoria por razón de opinión o ideología.

6. ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES

En las páginas anteriores hemos intentado repasar (aunque sea de forma necesariamente somera) los elementos fundamentales de las libertades que se ejercen en el marco de la enseñanza, analizando sus relaciones con el derecho a la educación como derecho fundamental con una clara dimensión prestacional, pero en el que confluye necesariamente el ejercicio de esas específicas libertades. Es claro que en el contexto del Estado social, la distinción entre derechos de libertad y derechos de prestación se desdibuja, y que para que dicho modelo de Estado proclamado en la Constitución sea una realidad, no solo es necesaria la efectividad de los llamados

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

“derechos sociales”, sino también la plena garantía de las libertades “reales y efectivas”, y muy especialmente cuando estas convergen en el ámbito de un servicio público esencial como es la enseñanza.

Creemos que los derechos educativos constituyen una magnífica muestra de lo que acabo de apuntar, de tal manera que, a pesar del amplio margen de apertura que dejan los artículos 20 y 27 de la Constitución, cabe afirmar que la norma fundamental no protege y garantiza un derecho a la educación como mero acceso y permanencia (con ciertos requisitos) a unas enseñanzas regladas que el Estado organiza, sino más bien una enseñanza en libertad, es decir, en un marco en el que el ejercicio de las libertades individuales de los docentes, padres y alumnos son requisito imprescindible. Y ello puede afirmarse con mucha más intensidad en el ámbito universitario. La enseñanza de calidad es, necesariamente, una enseñanza en un contexto de libertad.

Desde luego, en el contexto de la enseñanza confluyen estas libertades con determinados principios y valores que de manera insoslayable constituyen fines de la educación (art. 27.2 CE), constituyendo así parámetros de homogeneidad en toda relación educativa, por lo que tienen de límite a las libertades educativas. En un sentido más amplio, desempeñan similar función la competencia de los poderes públicos para llevar a cabo una programación general de la enseñanza (art. 27.5) o incluso la competencia estatal para regular la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (art. 149.1.30a.). Es necesario, por tanto, alcanzar un equilibrio entre las dimensiones individuales e institucionales de la enseñanza, entre la garantía de las libertades de los distintos sujetos de la relación educativa y la exigencia de ciertos parámetros de homogeneidad y la necesidad de alcanzar las finalidades constitucionales de la educación.

Sin embargo, en algunas ocasiones parece que las tendencias recientes no van tanto en esa línea como en la de una homogeneidad absoluta en contenidos y métodos que apenas parece dejar resquicio para el ejercicio de esas libertades. Parece ignorarse que estas libertades de la enseñanza (y en particular la libertad de cátedra y los restantes elementos de la libertad académica en el ámbito universitario) no son meras libertades individuales que entran en conflicto con el derecho a la educación y los principios constitucionales, sino que tienen una vertiente institucional que las hace imprescindibles como parte de la misma esencia de la educación, pues tan

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

importante como la enseñanza de los derechos y libertades (que es el elemento fundamental de las finalidades enunciadas en el art. 27.2) es la circunstancia de que la enseñanza se lleve a cabo en un contexto en el que la libertad de cátedra de cada docente y los restantes elementos de la libertad académica presiden la relación educativa.

Cabría poner varios ejemplos de las dificultades para alcanzar el equilibrio antes apuntado o, dicho de otro modo, de supuestos en que la libertad de enseñanza (incluyendo los derechos de los padres), la libertad académica y la libertad de cátedra parecen quedar marginadas. Somos conscientes de que cada uno de los señalaremos requerirían un estudio monográfico más profundo, no obstante nos limitaremos a apuntar someramente algunos de estos supuestos, acompañándolos de un breve comentario que se centra solamente en la exemplificación de cuanto venimos sugiriendo.

1) En primer lugar, cabe apuntar el problema de la llamada “educación en valores” o enseñanza de los principios y valores constitucionales que, como es sabido, en España se ha manifestado recientemente en la asignatura “Educación para la Ciudadanía” que tras la LOE ha sido introducida en la enseñanza primaria y secundaria. Como es sabido, el problema se ha venido planteando al considerar algunos padres que esta asignatura, o algunos contenidos de la misma, o algunos libros de texto o algunas de las posibles orientaciones que puede adoptar su impartición, podrían vulnerar su derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), y en consecuencia han reclamado un derecho de objeción de conciencia a la totalidad o parte de la misma, por el que sus hijos quedarían exentos de cursarla y de ser evaluados. Si bien algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia habían admitido esta posibilidad de objeción,²⁸⁵ el Tribunal Supremo, tras destacar que la asignatura no contradice ninguno de los derechos y valores constitucionales, ha rechazado dicha posibilidad en varias sentencias,²⁸⁶ si bien con votos particulares.

²⁸⁵ Puede verse la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de marzo de 2008, a la que han seguido otras en el mismo y otros tribunales.

²⁸⁶ La primera de ellas, que establece los parámetros fundamentales de esta línea jurisprudencial, es la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de febrero de 2009. A la misma han seguido otras de 11 de marzo, 11 de mayo y 5 de junio de 2009, entre otras.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

No cabe aquí entrar en profundidad en el análisis de esta problemática,²⁸⁷ pero si bien seguramente la decisión del Tribunal Supremo es la más acorde con la Constitución desde el punto de vista de los contenidos de la asignatura (parece difícil justificar que una materia consistente sobre todo en la transmisión de los valores constitucionales y los derechos fundamentales pueda ser contraria a la norma fundamental), quizá en la negativa a toda forma de objeción haya una errónea ponderación de los valores en juego. Porque si en efecto la Constitución impone las ya reiteradas finalidades de la educación, la misma norma suprema impone el respeto al derecho a educar a los hijos de acuerdo con las propias convicciones. Y si bien en el terreno de los principios acaso no debería producirse el conflicto, en la práctica es obvio que se produce. Y así, por ejemplo, no parece coherente afirmar que hay un derecho a recibir una enseñanza religiosa determinada si así se desea (en los términos que son conocidos), y un deber de recibir otra que eventualmente pueda entrar en conflicto con la misma. Pues así como los distintos modelos u opciones vitales morales, religiosas o ideológicas son iguales ante la Constitución mientras no estén prohibidas como consecuencia de la aplicación de los valores constitucionales, desde el punto de vista de una confesión religiosa una actitud u opción vital determinada puede ser rechazable. En este caso, creemos que los padres tienen el derecho a que se eduque a sus hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas, aunque también el deber de que reciban una enseñanza que transmita la necesidad de respetar el pluralismo social. Pero el conflicto entre ambos, en la práctica y en el nivel de los casos concretos, es muy fácil. Tal vez por ello el Tribunal Supremo deja abierta la puerta a la impugnación en aquellos casos en los que la situación concreta produzca vulneración del derecho de los padres:

Es preciso insistir en un extremo de indudable importancia: el hecho de que la materia Educación para la Ciudadanía sea ajustada a derecho y que el deber jurídico de cursarla sea válido no autoriza a la Administración educativa —ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores— a imponer

²⁸⁷ Véase, por ejemplo, A. Embid Irujo, “La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, o el trabajo de N. Pérez Sola incluido en este mismo volumen.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

*o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.*²⁸⁸

Sin embargo, aunque esta afirmación tiende a equilibrar los valores en juego, y en particular el juego de los derechos de los padres y la dimensión institucional, homogeneizadora y obligatoria de la educación, parece borrar por completo cualquier posibilidad de un juego de la libertad de cátedra de los profesores de esta asignatura en un sentido positivo. Pues si antes hemos dicho que este contenido positivo permite determinar los contenidos y métodos, así como dar entrada a las convicciones del profesor respecto a la materia, aun cuando esta dimensión crece con la edad de los alumnos, resulta un tanto extraño que se reduzca a cero en esta asignatura, al menos en la Educación Secundaria Obligatoria (ESO). Pero el tema parece simplemente haber estado fuera del debate.

2) En segundo lugar, podemos hacer alguna consideración sobre la posibilidad de enseñanza en el hogar o *homeschooling*. Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional ha considerado que forma parte de la libertad del legislador una configuración del sistema educativo según la cual la escolarización obligatoria excluye la opción de enseñanza en el hogar.²⁸⁹ Aunque parece que la decisión del Tribunal Constitucional es correcta, pues los valores constitucionales en juego (enseñanza básica obligatoria, libertad de enseñanza, derechos educativos de los padres) muestran en este tema tendencias divergentes y no parecen dar una solución unívoca y por tanto esta debe ser adoptada por el legislador, me parece que este debería dar cabida en ciertos supuestos a alguna posibilidad de enseñanza en el hogar, siempre con un control del Estado en cuanto a la adquisición de los conocimientos y competencias establecidos en el sistema educativo.

El argumento de que los mismos, y en particular el conjunto de valores y principios constitucionales y la idea de pluralismo, no pueden ser asumidos igualmente por el alumno que no convive con otros en el ámbito dia-

²⁸⁸ STS de 11 de febrero de 2009, FJ 10.

²⁸⁹ STC 133/2010, de 2 de diciembre.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

rio de la enseñanza,²⁹⁰ es más que discutible y en todo caso parece chocar con los derechos de los padres. Decir —como dice el propio Tribunal— que la libertad de enseñanza de estos, respecto a sus propios hijos, se limita al tiempo extraescolar (tardes y fines de semana,²⁹¹ por cierto ni se mencionan las vacaciones), salvo que los padres quieran ejercerla mediante la creación de un centro docente con un ideario determinado, parece encerrar una concepción bastante reducida del papel de los padres en la educación de sus propios hijos.

3) En fin, la problemática que estamos apuntando, y en particular la tendencia a la minusvaloración de las libertades de la enseñanza como parte del proceso educativo, se manifiesta a mi juicio en el ámbito univer-

²⁹⁰ El Tribunal afirma literalmente: “Acaso pudiera convenirse en que esta medida alternativa, consistente en sustituir la obligación de escolarización por el establecimiento de controles administrativos sobre los contenidos de la enseñanza dispensada a los niños en el domicilio y de evaluaciones periódicas de los resultados efectivamente obtenidos desde la perspectiva de su formación, constituye un medio menos restrictivo que la imposición del deber de escolarización de cara a la satisfacción de la finalidad consistente en garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos. Sin embargo, según hemos indicado ésta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización. En definitiva, la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres reconocido en el art. 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el art. 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 CE” (FJ 7).

²⁹¹ La cita literal tomada del mismo FJ 7: “el alcance de la restricción operada por la decisión de configurar la enseñanza básica como un periodo de escolarización obligatoria en el contenido protegido por el derecho de los padres reconocido en los arts. 27.1 y 3 CE ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que, según se ha advertido ya, no impide a éstos influir en la educación de sus hijos, y ello tanto fuera como dentro de la escuela: dentro de ella porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y también fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

sitario, sobre todo en el curso de lo que se ha dado en llamar “proceso de Bolonia” y que ha llevado la implantación de nuevos títulos de Grado y de Postgrado adaptados al R. Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, que a su vez trata de aplicar a España (sustituyendo otras regulaciones anteriores) las consecuencias del proceso de convergencia europea cuyas pautas iniciales fueron establecidas en la Declaración de los Ministros europeos de Educación firmada en Bolonia el 19 de junio de 1999, a la que han seguido otras posteriores.

En realidad, difícilmente cabría deducir de estas declaraciones y de la normativa española un conflicto con la libertad académica (que como hemos reiterado es el fundamento de la autonomía universitaria) o en concreto con la libertad de cátedra. Y ello porque las pautas fundamentales del proceso de convergencia europea implican básicamente una mayor homogeneidad en la estructura de las titulaciones, que facilite la movilidad y la convalidación de créditos. Y aunque la misma pueda tener alguna incidencia en los métodos de enseñanza, no parece que la misma tenga necesariamente tal entidad que alcance a afectar dichas libertades.

Sin embargo, en nuestra opinión las Universidades han aprovechado en muchos casos el proceso de implantación de las nuevas titulaciones para imponer a los profesores métodos y pautas concretas de la enseñanza, en un proceso en el que la libertad de cátedra no parece siquiera haberse considerado. Si, como antes hemos apuntado, la relación entre autonomía universitaria y libertad de cátedra puede apreciarse en el fundamento de aquella que, como ya hemos dicho, es “el respeto a la libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza, estudio e investigación”,²⁹² la finalidad esencial de la autonomía universitaria debería ser la de fortalecer y preservar la libertad académica en el sentido apuntado. Sin embargo, en ocasiones pueden producirse conflictos entre estas dos libertades, que normalmente serán en realidad “conflictos aparentes”, ya que deberían resolverse perfilando o detallando el ámbito protegido por cada una de ellas. El Tribunal Constitucional ha tenido que resolver algunos de estos conflictos en casos concretos, delimitando el ámbito protegido de ambos derechos, es

²⁹² Entre otras, STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

decir, el ámbito de actuación lícita del profesor y de la Universidad.²⁹³ Pero nos da la sensación de que en este proceso las Universidades (Departamentos, Facultades, coordinadores de curso, y un largo etcétera), están en algunos casos yendo más allá de la determinación de asignaturas, programas o evaluación, entrando de lleno con frecuencia en el método de la enseñanza en el sentido más estricto, es decir, el tipo y forma que debe adoptar cada una de las sesiones docentes de un curso. Y creemos que esta práctica, en la que evidentemente se ignora que existe un ámbito positivo de la libertad de cátedra que alcanza su máxima expresión en la Universidad, va a ser fuente de nuevos conflictos, que esperamos se resuelvan considerando la trascendencia de la libertad de cátedra, ya que este derecho es necesario y positivo no solo para los profesores, sino también para los alumnos y para que la propia enseñanza universitaria se produzca en un contexto de libertad.

En fin, este somero repaso de tres manifestaciones o tendencias recientes nos hace pensar en si un sistema educativo que se basa sobre todo en la homogeneidad obligatoria y en la imposición de ciertos valores (entre ellos, paradójicamente, los de libertad y pluralismo), y que parece desconfiar en los agentes principales de la enseñanza de los alumnos, que son sus padres y los profesores, es el más idóneo y el más coherente con el conjunto de valores constitucionales.

²⁹³ Así, por ejemplo, ha afirmado afirmado que la libertad de cátedra no desapodera en modo alguno a los centros docentes de las competencias legalmente reconocidas para disciplinar la organización de la docencia dentro de los márgenes de autonomía que se les reconozcan; y, en concreto, ha señalado que la elaboración del temario a exigir a los alumnos y la facultad de valorar o examinar no forman parte de la libertad de cátedra, sino de las competencias de la Universidad (STC 217/1992, FJ 2 y 3); o que tampoco forma parte de la libertad de cátedra la elección entre las distintas asignaturas de un área de conocimiento (STC 179/1996, de 12 de noviembre, FJ 7).

CAPÍTULO X

LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2012)

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO: LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El último de los apartados del artículo 27 de la Constitución afirma textualmente: “Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”. Esta escueta proclamación plantea no pocas dudas y dificultades, que afectan a la definición del propio sujeto de quien se predica la autonomía, a su contenido y límites, al margen de la ley en su configuración... pero sobre todo al propio concepto y significado de esta autonomía, y en particular, a si la misma puede considerarse un derecho fundamental, o más bien es una garantía institucional.

Para empezar, conviene esbozar una idea de lo que significa autonomía, aunque desde luego no es posible en el marco del presente estudio un análisis mínimamente detallado de este concepto. Podemos partir de la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que autonomía hace referencia a un poder limitado que se distingue por tanto de la soberanía; la autonomía en ningún caso puede oponerse al principio de unidad, y se garantiza a determinadas entidades “en función del criterio del respectivo interés”.²⁹⁴ En efecto, la idea de “poder limitado” garantizado

²⁹⁴ STC 4/1981, caso *Ley de Bases del Régimen Local*, de 2-II-1981, FJ 3. Aunque la afirmación se realiza en el marco de una serie de consideraciones sobre la autonomía local, ésta y otras afirmaciones parecen tener un alcance general. El propio Tribunal afirma: “Resulta así necesario delimi-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

en función de un interés propio está en la base del concepto de autonomía. Pero aún hay que dar un paso más, planteándose qué tipo de poder es la autonomía, o qué facultades comprende. En este sentido, puede señalarse que la autonomía es un poder de autonormación y, por extensión, de autogobierno, que se reconoce para la satisfacción de unos intereses peculiares.²⁹⁵ Se trata por tanto, como ha señalado T. R. Fernández, de un poder “*limitado y funcional*”, que ha de comprender *todas* las facultades necesarias y suficientes —y sólo éstas— para el despliegue de la vida propia de la organización u ordenamiento particular de los que se predica y que reconoce, en consecuencia, un límites en la existencia misma del ordenamiento superior en el que se inscribe...”²⁹⁶

Trasladando esta idea al supuesto más específico de la autonomía universitaria, podemos entender que ésta es el poder limitado garantizado a las Universidades para su autonormación y autogobierno. Como veremos, esta idea debe ser matizada por lo que se refiere al sujeto de quien se predica la autonomía, que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional no es la Universidad en sentido técnico-jurídico, sino la comunidad universitaria. Pero ahora nos interesa preguntarnos por la naturaleza de esta autonomía. Como es bien sabido, suele admitirse que la autonomía puede ser de tipo político o administrativo, correspondiendo la primera, en nuestro sistema, a las nacionalidades y regiones, y la segunda a las entidades locales. Aunque la distinción entre ambos tipos de autonomía puede presentar perfiles difusos y aspectos dudosos, cabe afirmar que dicha distinción es cualitativa y no meramente cuantitativa, y que la autonomía política conlleva poderes normativos de rango legislativo, característica que no existe en la autonomía administrativa.²⁹⁷ Este dato permite delimitar los perfiles entre ambos tipos de autonomía de forma más precisa y, por lo de-

tar cuál es el ámbito del principio de autonomía, *con especial referencia* a municipios y provincias”.

²⁹⁵ En este sentido, por ejemplo, T. R. Fernández, *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 34 ss., o F. B. López-Jurado Escrivano, *La autonomía de las Universidades como derecho fundamental*, Civitas, Madrid, 1991, p. 22.

²⁹⁶ T. R. Fernández, *La autonomía...*, *op. cit.*, 1982, p. 35.

²⁹⁷ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido visto: así, en STC 4/1981, caso *Ley de Bases de Régimen Local*, de 2-II-1981, FJ 3, afirma que la autonomía de las Comunidades Autónomas es “cuantitativamente superior” a la administrativa; en STC 25/1981, caso *Legislación antiterrorista I*, de 14-VII-1981, FJ 3, tras repetir esta idea, señala que la autonomía de las Comuni-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

más, resulta coherente, ya que la facultad de normación legislativa implica una capacidad de decisión entre opciones políticas, mientras que la normación meramente reglamentaria y ejecutiva conlleva simplemente la capacidad de gestión, desarrollo o ejecución, características que suelen asociarse a la autonomía administrativa. Desde este punto de vista, la autonomía de las Universidades es de naturaleza administrativa, ya que carece de los rasgos característicos que sumariamente hemos apuntado como propios de la autonomía política.²⁹⁸

Por otro lado, hay que destacar que la autonomía de las Universidades hace referencia a un ordenamiento jurídico limitado y derivado, propio de estos sujetos. Pero creemos que “ordenamiento jurídico” puede entenderse a estos efectos no sólo en el sentido puramente jurídico-formal, sino en un sentido más complejo, que alude también a una realidad organizativa, comprendiendo así tres elementos: una organización, una normación propia, y una plurisubjetividad.²⁹⁹ O, si se quiere mantener un sentido más formal de ordenamiento, habría que afirmar que la autonomía universitaria se refiere tanto al ente como a su ordenamiento.

Así entendida, la cuestión esencial que afecta a su propio concepto y naturaleza de la autonomía de las Universidades es si la misma ha de considerarse como un derecho fundamental o como una garantía institucional. No es ésta ocasión para extendernos en el concepto de garantía institucional,³⁰⁰ pero podríamos apuntar que la misma hace referencia a la garantía y

dades Autónomas comprende Apotestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política.

²⁹⁸ Este carácter administrativo de la autonomía de las Universidades ha sido señalado, por ejemplo, por J. Leguina Villa y L. Ortega Álvarez, “Algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 35, 1982, p. 550; en similar sentido, J. M. Alegre Ávila, “En torno al concepto de autonomía universitaria (a propósito de algunos caracteres del régimen universitario español. En especial, sus implicaciones funcionariales)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 51, 1986, pp. 372 ss., se refiere a la autonomía de las Universidades como fenómeno de descentralización administrativa.

²⁹⁹ En este sentido, F. B. López-Jurado Escribano, *La autonomía...*, *op. cit.*, 1991, p. 33, quien sigue ideas de Giannini y Romano, en un sentido organizativo o institucional de ordenamiento. A los diversos conceptos de ordenamiento me he referido en mi trabajo *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 91 ss.

³⁰⁰ El concepto de garantía institucional procede de la doctrina alemana, y puede encontrarse ya en C. Schmitt; puede verse, por ejemplo, *Teoría de la Constitución* (traducción del original *Verfassungslehre*, 1928, por F. Ayala), Madrid, Alianza, 1982, pp. 178 ss., para quien los derechos fun-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

protección constitucional de una institución que se presenta en el momento constituyente ya conformada y definida en sus rasgos característicos; reconocimiento que permite la acción del legislador para la regulación de la institución, pero sin que éste disponga de una facultad de disposición total o inmediata, asegurándose así frente al poder constituido la presencia y actuación de la institución en el ordenamiento del Estado, e impidiéndose su supresión o su alteración ilegítima. Desde luego, esta noción tiene ciertas relaciones con la de derecho fundamental, e incluso en nuestro sistema se aproxima notablemente a este último concepto, sobre todo si tenemos en cuenta que la Constitución garantiza un contenido esencial de los derechos fundamentales, que actúa como límite infranqueable para la actuación legislativa de desarrollo del derecho. Sin embargo, ambas nociiones no son, a mi juicio, coincidentes. En primer lugar, parece evidente que pueden existir garantías institucionales que no constituyan derecho fundamental; en segundo lugar, los derechos fundamentales poseen, junto a la dimensión objetiva o institucional que puede aproximarlos a la garantía institucional, una dimensión subjetiva —que es, además, su faceta primaria—, en principio ajena al concepto de garantía institucional (aunque, ciertamente, esta garantía puede proteger derechos subjetivos, con independencia de que sean o no fundamentales); en tercer lugar, en un sistema constitucional concreto pueden reservarse determinadas garantías genera-

damentales, que en esencia son las libertades individuales, son absolutos, y su contenido no resulta de la ley; mientras las garantías institucionales son por esencia limitadas, y su finalidad es imposibilitar la supresión de la institución en vía legislativa ordinaria. En nuestra doctrina constitucional se ha utilizado la noción de garantía institucional, aplicándose, entre otras, a la autonomía local, y a la propia autonomía universitaria. Pueden citarse los siguientes trabajos, a título de ejemplo, L. Parejo Alfonso, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1981; J. M. Baño León, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 155 ss.; A. Jiménez-Blanco, “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Madrid, Civitas, 1991, pp. 635 ss.; P. Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 35 ss.; A. Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Madrid, Civitas, 1994. Por su parte, el concepto de garantía institucional ha sido acogido por el Tribunal Constitucional, en relación con la autonomía local, en la STC 32/1981, de 28 de julio.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

les o procesales a los derechos fundamentales, o bien a los “derechos y libertades” (pero no a lo que no sea derecho o libertad) ubicados en determinado capítulo de la Constitución, como establece el art. 53.1 y 2 de nuestra norma fundamental; por último, la intensidad de la protección dispensada por el legislador podría no ser la misma en uno y otro supuesto.

Esta es, desde luego, una de las cuestiones básicas que plantea la distinción entre garantía institucional y derecho fundamental. Parte de la doctrina apunta que la protección o garantía que conlleva un derecho fundamental es superior a la propia de una garantía institucional.³⁰¹ El Tribunal Constitucional se ha planteado la cuestión en la importante sentencia que se pronunció sobre la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Reforma Universitaria.³⁰² Sin embargo, su argumentación a este respecto no es demasiado clara: comienza apuntando que la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional posee un interés no sólo teórico, “puesto que de una u otra conceptuación derivan importantes consecuencias que las partes destacan, quizás con exceso, para justificar sus respectivas posiciones...” (si bien añade que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías incompatibles o que necesariamente se excluyan). No obstante, en lugar de destacar o aclarar cuáles son esas consecuencias (que para las partes se reducen, en esencia, al mayor ámbito protegido frente al legislador en el caso de los derechos fundamentales),³⁰³ afirma a continuación que podría eludir la cuestión planteada, ya que lo protegido por la garantía institucional “no es sustancialmente distinto” a lo protegido como derecho fundamental, en el caso de la autonomía universitaria. Parecería que la cuestión queda, por tanto, resuelta en el sentido

³⁰¹ En este sentido, L. Parejo Alfonso, *Garantía institucional...*, *op. cit.*, 1981, p. 12, destaca que la garantía institucional conlleva una eficacia superior a la que deriva de la condición de simple norma constitucional, aunque menor a la que se otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas. En parecido sentido, A. Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, 1994, pp. 84-85, afirma que “es evidente que la argumentación jurídica que pretenda poner barreras al legislador tendrá más fuerza siempre en el caso de un derecho o libertad individual —por mandato expreso constitucional— que ante una institución recogida en el texto constitucional” (en la misma línea, pp. 124-125). Sobre el tratamiento doctrinal de este aspecto, véase F. B. López-Jurado Escrivano, *La autonomía...*, *op. cit.*, 1991, pp. 83 ss.

³⁰² STC 26/1987, caso *LRU*, de 27-II-1987.

³⁰³ Puede verse, al respecto, Antecedentes 1, 2), 3, 2), y sobre todo fundamentos jurídicos 2, a) y 3, a) de la STC 26/1987, caso *LRU*.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

de equiparar el ámbito de protección en ambos casos. Sin embargo, y sorprendentemente, el Tribunal añade a continuación que “como las partes marcan las diferencias entre uno y otro concepto como barrera más o menos flexible de disponibilidad normativa sobre la autonomía universitaria, es preciso afirmar que ésta se configura en la Constitución como un derecho fundamental...” De forma que en las afirmaciones transcritas parece encerrarse una cierta contradicción: primeramente se indica que no hay diferencia sustancial en la protección dispensada, pero a continuación se considera que hay que entrar en la cuestión, ya que “las partes” sostienen la diferencia entre ambos conceptos en lo que se refiere a disponibilidad normativa (con lo que el Tribunal parece asumir esa posible diferencia). Por su parte, algunos de los votos particulares a la sentencia comentada se plantean también la cuestión: así, Díez-Picazo, que considera que la autonomía universitaria es una garantía institucional, afirma que “la libertad de configuración del legislador es en este punto mayor que la que puede tener cuando regula el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”; por contra, Rubio Llorente indica, en referencia a la posición de la mayoría en la sentencia de la que discrepa, que “la idea que subyace a esta errada elaboración teórica es, aparentemente, la de que el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales, idea que no es desde luego ni evidente, ni de general aceptación...” Desde luego, la idea que critica este voto no es afirmada expresamente por el Tribunal, aunque tal vez es cierto que “subyace” en su argumentación; en cambio, sí se pronuncian en este sentido tanto las partes como el voto particular de Díez-Picazo.

En mi opinión, hay elementos que aproximan indudablemente el nivel de protección que conllevan ambos conceptos; si en el caso de las garantías institucionales se protege el “reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”³⁰⁴ en los derechos fundamentales resulta inalterable el “contenido esencial” (art. 53.1 de la Constitución), concepto que presupone que el “tipo abstracto del derecho pre-existe conceptualmente al momento legislativo”, y que en definitiva está compuesto por “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesa-

³⁰⁴ STC 32/1981, caso *Diputaciones Catalanas*, de 28-VII-1981, FJ 3.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

rias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo”.³⁰⁵ Lo que sucede es que la garantía institucional suele proteger una institución preexistente, con la finalidad de preservarla “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”,³⁰⁶ pero la Constitución no regula dicha institución, ya que se limita a su reconocimiento, defiriendo dicha regulación concreta al legislador ordinario, cuyo único límite es el respeto a la propia existencia de la institución en los términos vistos. En cambio, en muchos casos el reconocimiento de los derechos fundamentales viene acompañado de una mayor o menor regulación constitucional de los mismos (aunque ésta puede ser completada o desarrollada por el legislador), con lo que el ámbito del desarrollo legislativo puede ser menor. Con todo, en ciertos supuestos los derechos fundamentales son también objeto de un mero y escueto reconocimiento constitucional, acompañado de una remisión expresa a la ley en cuanto a la configuración concreta del derecho, de forma que en este caso el propio texto constitucional encomienda al desarrollo legislativo la delimitación del concreto perfil del contenido del derecho fundamental (aunque desde luego también en estos supuestos existe un contenido esencial preexistente que ha de respetar el legislador); esto sucede en el caso de los llamados “derechos de configuración legal”, que por lo que se refiere al ámbito de protección de su dimensión objetiva se aproximan aún más a las garantías institucionales. De forma que probablemente lo decisivo en cada caso concreto sea la mayor o menor intensidad con que la Constitución regula o configura un derecho fundamental, o una garantía institucional, y si existe una remisión expresa a la ley, no sólo para el desarrollo (lo que puede producirse respecto a cualquier derecho fundamental), sino también para la concreta configuración o delimitación del derecho o garantía.

Dicho lo anterior, podemos entrar a analizar la cuestión de si la autonomía universitaria es una garantía institucional, un derecho fundamental, o ambas cosas. El Tribunal Constitucional se ha planteado directamente la cuestión en la citada sentencia que resolvió el *caso LRU*. Partió de la idea de que “derecho fundamental y garantía institucional no son categorías ju-

³⁰⁵ STC 11/1981, caso *Decreto-ley de huelga*, de 8-IV-1981, FJ 8.

³⁰⁶ STC 32/1981, caso *Diputaciones Catalanas*, de 28-VII-1981, FJ 3.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

rídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales”.³⁰⁷ A continuación, procede a fundamentar la consideración de la autonomía universitaria como derecho fundamental, utilizando para ello cuatro argumentos, que pasamos a señalar y comentar:

- a) La ubicación de la autonomía universitaria entre los derechos fundamentales (sección 2a. del capítulo segundo del título I de la Constitución). Con anterioridad a esta sentencia, algunos autores habían apuntado este mismo argumento para justificar la consideración de la autonomía universitaria como derecho fundamental.³⁰⁸ El Tribunal desarrolla esta justificación del siguiente modo: si bien reconoce que no todo lo regulado en los arts. 14 a 29 constituyen derechos fundamentales, afirma que allí donde dentro de la mencionada sección “se reconozca un derecho, y no hay duda de que la autonomía de las Universidades lo es, su configuración como fundamental es precisamente el presupuesto de su ubicación”.³⁰⁹ En realidad, este argumento del Tribunal Constitucional deja sin responder la cuestión capital de si la autonomía de las Universidades es un derecho, dando por presupuesta la respuesta a la misma, al considerar que no hay duda de ello.³¹⁰ El resto del razonamiento sí parece adecuado: si es un derecho, y está ubicado en la sección que regula los derechos fundamentales, será un derecho fundamental. Pero hay que reiterar que se trata de justificar que realmente es un derecho. En nuestra opinión, tal afirmación debe sostenerse, ante la existencia de una dimensión o faceta subjetiva de la autonomía universitaria,

³⁰⁷ STC 26/1987, caso *LRU*, de 27-II-1987, FJ 4.

³⁰⁸ Véase J. Leguina Villa y L. Ortega Álvarez, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, 1982, p. 550.

³⁰⁹ STC 26/1987, caso *LRU*, de 27-II-1987, FJ 4.

³¹⁰ En este sentido, algún autor como F. B. López-Jurado Escribano, *La autonomía...*, *op. cit.*, 1991, p. 91, afirma que la argumentación del Tribunal encierra una petición de principio: “es derecho por estar incluido en esa sección; como es derecho, al estar incluido en esa sección, se ha de concluir que es derecho fundamental”. Sin embargo, en realidad el Tribunal no afirma que la autonomía universitaria sea derecho por estar incluido en la sección 10, sino que da por supuesto que la autonomía universitaria es un derecho, lo considera inquestionable (“no hay duda...”).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

lo que implica la existencia de un haz de facultades que corresponden a un titular determinado.

- b) El Tribunal argumenta también que el sentido gramatical del enumerado del artículo 27.10 conduce a la misma conclusión, ya que la expresión utilizada (“se reconoce...”) es más propia de la proclamación de un derecho que del establecimiento de una garantía. A nuestro juicio este dato podría considerarse como mucho como un elemento meramente indiciario, pero en modo alguno es un argumento definitivo.
- c) En tercer lugar, el Tribunal se refiere brevemente al proceso de elaboración del texto constitucional, destacando cómo la redacción inicial del precepto, que afirmaba la ley regulará la autonomía de las Universidades, fue modificada en virtud de determinadas enmiendas, cuya justificación afirmaba que la autonomía universitaria debería considerarse como un derecho. Al igual que con el argumento anterior, cabe afirmar que los antecedentes que dieron lugar a la redacción definitiva del art. 27.10 simplemente sirven de apoyo a la conclusión de que la autonomía universitaria es un derecho, pero esta conclusión requiere otra fundamentación específica.
- d) Por último, el Tribunal señala que a la misma conclusión conduce el fundamento y sentido de la autonomía universitaria, que no es otro que asegurar el respeto a la libertad académica. A esta cuestión nos referiremos un poco más adelante.

En cualquier caso, la consideración de la autonomía universitaria como derecho fundamental fue contestada por parte de dos de los votos particulares que acompañaban a la sentencia que venimos comentando. Así, el magistrado Díez-Picazo señala que le resulta difícil concebir como derecho fundamental “una regla de organización de corporaciones que en una gran parte son personas jurídicas de Derecho público, cuya creación se lleva a cabo por Ley (cfr. art. 5 LRU), cuando, además, el profesorado, o una parte sustancial de él, se configura como funcionario”.³¹¹ Por su parte, el

³¹¹ Voto particular de L. Díez-Picazo a la STC 26/1987, caso *LRU*, de 27-II-1987. A continuación de la afirmación transcrita, este voto rebate los argumentos en que la mayoría justifica la configuración de la autonomía universitaria como derecho fundamental.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

magistrado Rubio Llorente discrepa igualmente de la consideración de la autonomía universitaria como derecho fundamental, afirmando que la protección procesal de que goce una institución jurídica (en este caso concreto, el recurso de amparo) no permite cambiar su naturaleza, y que la garantía institucional no conlleva una protección menos rígida o resistente frente al legislador. Con todo, el Tribunal ha reiterado expresamente la afirmación de que la autonomía universitaria es un derecho fundamental,³¹² y ha mantenido esta idea en toda su jurisprudencia posterior.

En nuestra opinión, resulta en efecto adecuada la configuración de la autonomía universitaria como derecho fundamental, aunque ello no excluye que pueda considerarse al tiempo una garantía institucional. Pero lo relevante, desde la perspectiva de la Constitución española, es que posee, junto a la dimensión objetiva e institucional, una faceta subjetiva, de forma que protege un haz de facultades frente al Estado, pertenecientes a un titular, pudiendo considerarse un derecho público subjetivo; y por su ubicación en el texto constitucional y las concretas garantías que la misma conlleva (junto con los restantes argumentos “de apoyo” apuntados por el Tribunal Constitucional), dicho derecho posee carácter fundamental.

Una última cuestión que es preciso tratar en relación con el concepto y significado de la autonomía universitaria es la relativa a su fundamento o justificación. El Tribunal Constitucional ha afirmado que dicho fundamento puede encontrarse “en el respeto a la libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza, estudio e investigación”.³¹³ El concepto de “libertad académica” parece relacionarse con el de “libertad científica” o “libertad de ciencia”, al que se refiere el artículo 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn, y que goza de tradición en la doctrina germana. El propio Tribunal Constitucional alemán se ha referido a la libertad de ciencia, considerando que la misma no es sólo un derecho de libertad, sino que también lo es de participación, e implica medidas organizativas adecuadas para su efectividad, aunque ha destacado que no exige por sí misma una determinada organi-

³¹² Por ejemplo, STC 55/1989, caso *Universidad de Santiago de Compostela c. Junta de Galicia*, de 23-II-1989, FJ 2.

³¹³ STC 26/1987, caso *LRU*, de 27-II-1987, FJ 4; afirmación reiterada, por ejemplo, en SSTC 55/1989, caso *Universidad de Santiago de Compostela c. Junta de Galicia*, de 23-II-1989, FJ 2, o 106/1990, caso *Ley de Reorganización Universitaria de Canarias*, de 6-VI-1990, FJ 6.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

zación de la Universidad (sentencia de 29 de mayo de 1973).³¹⁴ Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional se refiere expresamente a esa libertad de ciencia, expresión que parece utilizar como equivalente a la de “libertad académica”.³¹⁵ Algunos autores se manifiestan en parecidos términos, señalando la libertad científica como fundamento de la autonomía universitaria.³¹⁶ Pues bien, creemos que esta libertad académica no es tanto un “nuevo” derecho fundamental,³¹⁷ como un concepto que permite fundamentar, agrupar y relacionar otros derechos fundamentales, así como algunas libertades no expresamente reconocidas en la Constitución. Tales libertades serían, junto a la autonomía universitaria, las ya mencionadas libertades de enseñanza, estudio e investigación. El Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, precisa un poco más la aludida relación, al afirmar que “la autonomía es la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra”.

Creemos que se hacen necesarias algunas aclaraciones y precisiones. Hemos hablado, siguiendo las palabras del Tribunal Constitucional, de libertad académica, libertad de ciencia, libertad de enseñanza, de estudio, de investigación, y de cátedra, aparte de la propia autonomía universitaria.

³¹⁴ Véase J. L. Carro, *Polémica y reforma universitaria...*, *op. cit.*, 1976, pp. 97 ss.; en relación al debate doctrinal sobre esta cuestión, pp. 55 ss.

³¹⁵ En efecto, inmediatamente después de proclamar que la libertad académica es el fundamento de la autonomía universitaria, el Tribunal afirma que la autonomía universitaria requiere “que la libertad de ciencia sea garantizada tanto en su vertiente individual cuanto en la colectiva de la institución...” (STC 26/1987, FJ 4.)

³¹⁶ En este sentido, T. R. Fernández, *La autonomía...*, *op. cit.*, pp. 46 ss., afirma que “en la Universidad se enseña y se investiga y para la enseñanza y la investigación (...) la libertad es rigurosamente esencial (...). Lo específico de la Universidad (...) es que en ella es donde se hace la Ciencia (...). Y es que, en efecto, la libertad científica no se agota en el puro aspecto individual (...) sino que tiene igualmente una dimensión institucional”. En una línea parecida, E. García de Enterría, “La autonomía universitaria”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988, p. 12, señala: “Autonomía universitaria quiere decir, en primer término, pues, libertad de los docentes para poner en cuestión la ciencia recibida, para investigar nuevas fronteras de lo cognoscible, para transmitir versiones propias de la ciencia, no reproductivas de versiones establecidas. La autonomía universitaria es, pues, en primer término, libertad de ciencia e incorporación de esa libertad en el proceso formativo”.

³¹⁷ F. Rubio Llorente criticaba en su voto particular a la STC 26/1987 a la mayoría del Tribunal, entendiendo que la misma concebía a la autonomía universitaria como “una especie de proyección inconcreta de un derecho fundamental nuevo, el de «libertad académica».

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A nuestro juicio, libertad académica y libertad de ciencia³¹⁸ no son conceptos muy diferentes, y ambos expresan el fundamento último de una serie de libertades individuales e institucionales, que son las restantes. En efecto, dicha libertad académica incluye una dimensión individual, formada por las libertades de enseñanza, investigación y estudio. Pero aquí la expresión “libertad de enseñanza” no debe entenderse en el sentido estricto al que nos hemos referido al inicio de este capítulo, y que se concretaba principalmente en la libertad de crear y dirigir centros docentes; más bien se trata de la libertad de enseñanza de cada docente a título individual, esto es, de la libertad de cátedra. El propio Tribunal alude a esta libertad de cátedra como contenido de la dimensión individual de la libertad académica. Pero creemos que esta dimensión individual comprende también las otras dos libertades mencionadas: la de estudio, predictable de los alumnos, y la de investigación, referidas principalmente a los profesores, y que complementa su propia libertad de cátedra.

II. TITULARIDAD

Una vez afirmado que la autonomía universitaria es un derecho fundamental, procede preguntarse quién es el sujeto titular del mismo. Una primera respuesta inmediata y casi evidente la encontramos en el propio apartado 10 del artículo 27 de la Constitución, que reconoce “la autonomía de las Universidades”; las titulares del derecho serían, por tanto, las Universidades. Pero esta respuesta requiere ulteriores precisiones, y plantea al tiempo otros interrogantes. En primer lugar, si dicho sujeto titular es el conjunto de las Universidades (“la Universidad” como ente colectivo o abstracto, como “sistema universitario”), o cada una de las Universidades a título individual. En segundo lugar, en qué sentido debe entenderse el término “Universidad”, es decir, si la titularidad corresponde a la Universidad-perso-
na jurídica, o a sus miembros colectivamente, (“comunidad universitaria”),

³¹⁸ Quizá podría entenderse que el término “libertad de ciencia” se refiere principalmente a la libertad de investigación y a la de cátedra, mientras que “libertad académica” parece incluir también con mayor facilidad a la libertad de estudio. Pero esto no es más que una posibilidad interpretativa, que no impide un entendimiento más amplio de la libertad de ciencia, como sinónimo de la propia libertad académica.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

o a una parte de ellos. En suma, y siguiendo en este punto a De Asís Roig,³¹⁹ podemos apuntar como posibles titulares de la autonomía universitaria: la Universidad como sistema universitario, la Universidad (cada universidad) como persona jurídica, la “comunidad universitaria” de cada Universidad, o los profesores de Universidad.

Sin embargo, la primera opción puede descartarse. El propio artículo 27.10 de la Constitución se refiere en plural a “las Universidades”, y el Tribunal Constitucional, partiendo de este precepto, ha señalado que la autonomía corresponde “a cada Universidad en particular y no al conjunto de las mismas”.³²⁰ Por lo tanto, hay tantos titulares del derecho fundamental a la autonomía universitaria como universidades, y no puede hablarse de “la Universidad” como colectivo, ente abstracto o institución, a la hora de buscar el titular del derecho fundamental.³²¹

Igualmente creemos que puede rechazarse la última de las posibilidades apuntadas. En efecto, los profesores universitarios, considerados a título individual, ya gozan de determinados derechos en el ámbito educativo, como la libertad de cátedra y la de investigación. Como colectivo, resulta justificado que dichos profesores tomen parte en las decisiones que conlleva la autonomía universitaria, pero el otorgamiento de la titularidad de este derecho en exclusiva a este grupo supondría eliminar del ámbito de la autonomía universitaria a otros colectivos esenciales para la propia existencia y funcionamiento de la Universidad, y que forman parte de la comunidad universitaria. Es decir, caso de atribuirse la titularidad a un colectivo, éste habría de ser la comunidad universitaria en su conjunto y no sólo una parte de ella.

De esta forma, la duda esencial se reduce a dilucidar si el titular de la autonomía universitaria es la Universidad (cada Universidad) como persona jurídica, o bien la comunidad universitaria (cada comunidad universitaria, es decir, la comunidad universitaria que forma parte de cada Universi-

³¹⁹ A. de Asís Roig, “Autonomía universitaria y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derechos humanos*, núm. 7, 1990, pp. 49 ss.

³²⁰ STC 26/1987, FJ 4.

³²¹ Sin embargo, con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional a la que acabamos de referirnos, algún autor afirmó que la autonomía no se predicaba de cada Universidad en particular, sino de la institución universitaria como tal. Puede verse en este sentido T. R. Fernández, *La autonomía...*, *op. cit.*, 1982, p. 55.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

dad). Para enfrentarse a esta cuestión conviene partir de la jurisprudencia constitucional en la materia. En la reiterada sentencia sobre la Ley de Reforma Universitaria (LRU), el Tribunal alude a esta cuestión, al plantearse si determinadas competencias del Consejo Social pueden vulnerar la autonomía universitaria. Cabe recordar que el Consejo Social es el órgano de participación de la sociedad en la Universidad, compuesto según la regulación de la antigua LRU en dos quintas partes por representantes de la Junta de Gobierno (y por tanto, de la comunidad universitaria), y en las tres quintas partes restantes por “una representación de los intereses sociales” (art. 14.3 LRU). Entre las competencias que la LRU otorgaba a este órgano están la decisión sobre si procede la minoración o cambio de denominación o categoría de las plazas vacantes (art. 39.1), o la modificación de la plantilla de profesorado por ampliación de las plazas existentes, o minoración o cambio de denominación de las vacantes (art. 47.3). El Tribunal Constitucional ha afirmado que “en principio nada puede objetarse a esta composición del Consejo Social, pues es la opción elegida por el legislador. Sin embargo, la representación minoritaria que en su composición corresponde a la comunidad universitaria que queda por ello subordinada a la representación social impide que se atribuyan al Consejo Social decisiones propias de la autonomía universitaria”. De manera que si las funciones que se atribuyen al Consejo Social no afectan al contenido esencial de la autonomía universitaria, la participación minoritaria de la comunidad universitaria no lesionará tal autonomía “Pero si, pese a esa representación minoritaria, se atribuyen al Consejo Social funciones estrictamente académicas, entonces sí resultaría vulnerado el art. 27.10 de la Constitución”.³²²

Por tanto, el Tribunal parece predicar la autonomía, más que de la Universidad como persona jurídica, de la “comunidad universitaria”, e incluso entiende que dicho derecho puede resultar vulnerado por la atribución de funciones académicas a un órgano que pertenece a la propia Universidad, como es el Consejo Social. Los votos particulares que acompañan a esta sentencia critican abiertamente esta idea. Díez-Picazo, tras rechazar la concepción de la autonomía universitaria como derecho fundamental, señala que “lo que me parece absolutamente claro es que si la autonomía de las Universidades se quiere pensar como derecho fundamental, tendrá que

³²² STC 26/1987, caso *LRU*, FJ 9, a).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

predicarse de la Universidad en su conjunto, considerada como persona jurídica...”; aún más contundente es F. Rubio Llorente, al expresar que “es evidente que resulta ontológicamente imposible que la autonomía de una persona jurídica de derecho público resulte vulnerada por las atribuciones conferidas a uno de sus órganos cuyos actos son, por definición, actos de la persona misma”. Desde una perspectiva diferente, Latorre apunta que la doctrina del Tribunal debía haber conducido a plantearse la constitucionalidad de otras funciones del Consejo Social, como la facultad de aprobar el presupuesto o la programación plurianual, que son competencias que a su juicio no pueden corresponder a dicho órgano con su actual composición (o bien, a la inversa, que de mantenerse esas funciones no era aceptable la composición que la ley otorga al Consejo Social).

Sin embargo, para un análisis global de la posición del Tribunal Constitucional en relación con la titularidad del derecho a la autonomía universitaria, conviene apuntar que, más allá de los párrafos que hemos comentado, el Tribunal ha afirmado reiteradamente que la autonomía universitaria corresponde a las universidades,³²³ y sobre todo, con posterioridad a la sentencia de 1987 ha admitido los recursos de amparo planteados por concretas universidades-personas jurídicas.

Desde luego, la consideración de la comunidad universitaria como sujeto titular de la autonomía universitaria es coherente con el fundamento que el Tribunal ha señalado de este derecho, y que como hemos visto es la libertad académica. En efecto, si esta libertad tiene como dimensión individual las libertades de cátedra, investigación y estudio, la dimensión colectiva o institucional de la misma —esto es, la autonomía universitaria— habrá de predicarse de los mismos colectivos que individualmente poseen aquellas libertades, y desde luego no parece que pueda referirse a un órgano en el que dichos colectivos son parte minoritaria. Por otro lado, la doctrina expuesta del Tribunal Constitucional trata de enfrentarse a una regulación ciertamente cuestionable desde la perspectiva jurídico-constitucional, al atribuir decisiones importantes desde el punto de vista del funcionamiento de la Universidad a un órgano en el que es minoritaria la participación del

³²³ En la misma STC 26/1987, FJ 4, se contiene una afirmación de este tipo, como ya vimos; posteriormente esta idea se ha reiterado, por ejemplo, en STC 235/1991, caso *Régimen del profesorado universitario*, de 12-XII-1991, FJ 1.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

colectivo universitario. Pero dicho esto, no cabe ignorar que esta configuración plantea no pocas dificultades desde el punto de vista técnico-jurídico. Para empezar, y en la línea apuntada por Rubio Llorente en su voto particular a la sentencia del caso LRU, es difícil admitir que la autonomía universitaria pueda resultar vulnerada por un órgano que forma parte de la propia Universidad. En segundo lugar, la “comunidad universitaria” carece de personalidad jurídica propia, lo que dificulta seriamente las posibilidades del titular del derecho para hacer valer jurídicamente su protección, impugnando las vulneraciones de dicho derecho. Y en tercer lugar, hay que reconocer que —como veremos— en la comunidad universitaria está integrado un colectivo como el personal de administración y servicios, del que difícilmente puede predicarse la libertad académica que sirve de fundamento a este derecho, y cuyos miembros no son, desde luego, titulares individuales de ninguna de las libertades que componen la dimensión individual de dicha libertad (cátedra, investigación y estudio).

Pero tampoco la eventual consideración de la Universidad-persona jurídica como sujeto titular de la autonomía estaría exenta de problemas; por un lado, hay que tener en cuenta que la mayoría de las universidades son personas jurídicas de derecho público, si bien esta objeción no nos parece insalvable, ya que no resulta imposible que la Constitución atribuya derechos fundamentales a estas personas; pero además, como ha destacado De Asís,³²⁴ se trata de entidades que, desde su constitución, dependen de una voluntad externa (ya sea pública o privada), y su reconocimiento definitivo requiere una ley, todo lo cual parece dificultar la consideración de la autonomía universitaria como derecho fundamental, acercándola más a la idea de garantía institucional; en fin, la titularidad de la Universidad-persona jurídica resulta menos coherente con el fundamento de la autonomía universitaria, que se encuentra en la libertad académica, sobre todo si se tiene en cuenta que algunas de las decisiones esenciales que afectan a esa autonomía son adoptadas por un órgano de la persona jurídica compuesto mayoritariamente por representantes de los intereses sociales, de los que no cabe en modo alguno predicar dicha libertad académica.

Quizá estas dificultades han llevado a algunos autores a buscar soluciones o interpretaciones más o menos armonizadoras; en este sentido,

³²⁴ A. de Asís Roig, “La autonomía...”, *op. cit.*, 1990, pp. 50-51.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

López-Jurado³²⁵ señala que la titularidad de la comunidad universitaria sólo puede justificarse si se entiende la Universidad como ordenamiento compuesto por tres elementos: organización, normación, plurisubjetividad, dentro de los que se da prioridad a la esta última frente a la organización, atribuyendo la personalidad jurídica al ordenamiento en su conjunto, y no a la identificación de su elemento organización. Por su parte, Leguina Villa³²⁶ sostiene que la afirmación del Tribunal Constitucional no supone un desplazamiento de la titularidad del derecho desde la Universidad como institución hacia un nuevo sujeto jurídico que sería la comunidad universitaria, sino que “contemplada la autonomía desde su consideración como derecho, hay una identificación o hipóstasis de la institución universitaria con su elemento personal indispensable o insustituible, que es, en efecto, su propia comunidad académica”, lo que no excluye que la Universidad-persona jurídica pueda contar con órganos en los que puedan integrarse otros miembros ajenos a la comunidad académica en sentido estricto. En fin, De Asís³²⁷ habla de la autonomía universitaria como derecho fundamental de titularidad compleja, en la que cabe distinguir dos niveles: la comunidad universitaria como colectivo de referencia que desarrolla la actividad protegida por la autonomía; y la Universidad como entidad o persona jurídica a la que se atribuye la titularidad de la protección del derecho.

Probablemente estas dos últimas construcciones se sitúen en la línea más adecuada para explicar la titularidad de este derecho fundamental. Los intereses jurídicos a los que busca dar protección el derecho fundamental son los propios de la comunidad universitaria; pero la facultad de reaccionar jurídicamente frente a la vulneración del derecho corresponde a quien posee personalidad jurídica para asumir esa reacción o impugnación, esto es, a la Universidad como entidad. Esta persona jurídica comprende entre sus miembros, desde luego, al colectivo o comunidad universitaria, de forma que esta comunidad es el sustrato principal e imprescindible de la entidad; pero no cabe excluir que algunos de sus órganos integren también a otros colectivos. Ahora bien, si en esos órganos la comunidad uni-

³²⁵ F. B. López-Jurado Escribano, *La autonomía...*, *op. cit.*, 1991, pp. 114-115.

³²⁶ J. Leguina Villa, “La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Madrid, Civitas, 1991, p. 1202.

³²⁷ A. de Asís Roig, “La autonomía...”, *op. cit.*, 1990, pp. 53-54.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

versitaria no tiene una representación que le permita adoptar sus decisiones, tales órganos no podrán asumir competencias o funciones que afecten a los intereses protegidos por la autonomía universitaria. De forma que puede hablarse de una doble dimensión o nivel en la titularidad del derecho, aunque en modo alguno existe una doble titularidad, ya que desde el punto del derecho fundamental se produce esa identificación o “hipóstasis” a la que aludía Leguina.

Procede por tanto plantearse cuáles son los colectivos que forman parte de la “comunidad universitaria”. Partiendo una vez más de la libertad académica como fundamento de la autonomía universitaria, y recordando que dicha libertad académica comprende las libertades de cátedra, investigación y estudio, podemos apuntar que, en principio, formarán parte de esa comunidad los colectivos cuyos miembros poseen, a título individual, dichas libertades concretas. De esta forma, los profesores universitarios (titulares de las libertades de cátedra e investigación) y los alumnos o estudiantes (titulares principales de la libertad o derecho de estudio) son colectivos que indudablemente forman parte de dicha comunidad universitaria. Con todo, aún cabe plantearse si la participación de estos colectivos debe ser paritaria a la hora de tomar decisiones que afecten directamente a la docencia y la investigación, o si en tales casos debe concederse un mayor protagonismo al colectivo de profesores; a este respecto conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 29 de mayo de 1973, que afirmó que si las decisiones a adoptar afectaban de manera inmediata a la docencia, o a la investigación, el estamento de profesores debía tener una “influencia determinante” o “decisiva” respectivamente.³²⁸ Sin embargo, no parece que en el sistema español pueda aplicarse el mismo criterio, sobre todo teniendo en cuenta la referencia del Tribunal Constitucional a la “libertad de estudio” entre las dimensiones individuales que sirven de fundamento a la autonomía universitaria.

Por otro lado, junto a estos colectivos suele incluirse también al personal de administración y servicios.³²⁹ Ello es lógico y coherente, si se tiene en cuenta que dicho colectivo es necesario para posibilitar la adecuada ac-

³²⁸ Sobre este particular, J. L. Carro, *Polémica y reforma...*, *op. cit.*, 1976, p. 105.

³²⁹ Véase, por ejemplo, J. M. Souvirón Morenilla, *La Universidad española. Claves de su definición y régimen jurídico institucional*, Universidad de Valladolid, 1988, pp. 233 ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

tividad y el funcionamiento de las universidades. Con todo, esta inclusión no implica una importancia igual de este colectivo en la adopción de las decisiones que forman parte de la autonomía universitaria; en particular, no parece que el personal de administración y servicios pueda tener el mismo peso en la adopción de las decisiones que afectan directamente a la libertad académica.

En fin, para terminar este apartado relativo a la titularidad de la autonomía universitaria, conviene precisar que dicha titularidad recae en todas las universidades, con independencia de su carácter público o privado. La Constitución no realiza distinción alguna en este sentido, y por tanto dicha titularidad, y el propio contenido esencial de la autonomía, han de referirse también a las Universidades privadas, aunque obviamente su régimen jurídico puede diferir en aspectos importantes del aplicable a las Universidades públicas.

III. CONTENIDO ESENCIAL

Para indagar el contenido esencial del derecho fundamental al que nos venimos refiriendo, conviene partir de nuevo de su fundamento. El propio Tribunal Constitucional ha afirmado que hay “un «contenido esencial» de la autonomía universitaria que está formado por todos los elementos necesarios para el aseguramiento de la libertad académica”.³³⁰ De forma que los intereses que jurídicamente pretende proteger la autonomía universitaria son los propios de la libertad académica. A estos elementos habría que añadir, incluso con carácter previo, aquéllos que son necesarios para la propia existencia y funcionamiento autónomo de la universidad.

Resulta posible y conveniente intentar una sistematización de las facultades, partiendo para ello del propio fundamento de la autonomía universitaria. Algunos autores han realizado dicha sistematización de forma adecuada,³³¹ pero en cualquier caso trataremos de seguir aquí nuestro propio

³³⁰ STC 26/1987, caso *LRU*, de 27-II-1987, FJ 4.

³³¹ Puede destacarse en este sentido a J. Leguina Villa y L. Ortega Álvarez, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, 1982, p. 553, quienes, basándose en la analogía con la autonomía de los entes locales, señalan que la autonomía universitaria conlleva: en primer lugar, la existencia misma de la institución universitaria; en segundo lugar, la necesidad de que las Universidades cuenten con órganos

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

esquema. Aunque posiblemente no sea fácil una enumeración completa y exhaustiva de los elementos que forman parte de este contenido esencial, sí podemos señalar las siguientes facultades:

1) Potestad de autonormación, que implica la elaboración de los Estatutos y demás normas de funcionamiento interno. Esta potestad ha sido reconocida además por el Tribunal Constitucional, entendiéndola como “la capacidad de la Universidad para dotarse de su propia norma de funcionamiento o, lo que es lo mismo, de un ordenamiento específico y diferenciado...”.³³²

Por lo que se refiere a los Estatutos, hay que tener en cuenta que los mismos están sujetos a un control de legalidad. El Tribunal Constitucional ha interpretado que los Estatutos han de respetar todas las normas estatales o autonómicas reguladoras de las Universidades. Por otro lado, el mismo Tribunal ha indicado que el control establecido la ley es de legalidad, sin que quepa un control de oportunidad o conveniencia, ni siquiera de carácter meramente técnico; y ha especificado la relación entre Ley y Estatutos de la Universidad, señalando que éstos, “aunque tengan su norma habilitante en la LRU, no son, en realidad, normas dictadas en su desarrollo; son reglamentos autónomos en los que plasma la autoordenación de la Universidad en los términos que permite la ley”, de manera que “los estatutos se mueven en un ámbito de autonomía en que el contenido de la Ley no sirve sino como parámetro controlador o límite de la legalidad del texto. Y, en consecuencia, sólo puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, y es válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal”.³³³ En cualquier caso, el control de legalidad encomendado por la Ley al Gobierno autonómico, no excluye evidentemente el control jurisdiccional, tanto de la decisión del Gobierno (en caso de denegación de la aprobación), como de los propios Estatutos. Este control corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

representativos de la comunidad universitaria, encargados de gestionar los intereses propios de la institución; en tercer lugar, han de disponer de las potestades administrativas necesarias para llevar a cabo dicha gestión, en concreto: la potestad normativa o reglamentaria; potestad organizativa, potestad de personal y disciplinaria; potestad de gasto o financiera, y potestad de programación.

³³² STC 130/1991, caso *Modificación del escudo*, de 6-VI-1991, FJ 3.

³³³ STC 55/1989, caso *Universidad de Santiago de Compostela c. Junta de Galicia*, de 23-II-1989, FJ 4; en el mismo sentido, STC 130/1991, caso *Modificación del escudo*, de 6-VI-1991, FJ 5.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

En fin, esta potestad de autonormación corresponde también la capacidad de la Universidad para aprobar su escudo, sello o símbolos identificadores y representativos.³³⁴

2) Potestad de autoorganización en sentido estricto, que comprendería en primer lugar el establecimiento de los órganos propios de la Universidad, su composición y funcionamiento, lo cual se determina en los Estatutos y otras normas de funcionamiento interno (de ahí su relación con la anterior potestad) dentro del margen permitido por la Ley.

También dentro de esta potestad de autoorganización hay que citar la elección, designación y remoción de los órganos de gobierno y administración, y creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y la docencia. Estas estructuras están constituidas, fundamentalmente, por los Departamentos, que son los órganos básicos encargados de organizar y desarrollar la investigación y las enseñanzas propias de su respectiva área de conocimiento, cuya creación, modificación y supresión corresponderá a la Universidad respectiva conforme a sus Estatutos y de acuerdo con las normas básicas aprobadas por el Gobierno a propuesta del Consejo de Universidades.

El supremo intérprete constitucional se ha pronunciado también sobre algunos aspectos de las potestades a que ahora nos referimos. Por lo que se refiere a la potestad de autoorganización, ha afirmado que “la autonomía universitaria no incluye el derecho de las Universidades a contar con unos u otros concretos centros, imposibilitando o condicionando así las decisiones que al Estado o a las Comunidades Autónomas corresponde adoptar en orden a la determinación y organización del sistema universitario en su conjunto y en cada caso singularizado, pues dicha autonomía se proyecta internamente, y ello aun con ciertos límites, en la auto-organización de los medios de que dispongan las Universidades para cumplir y desarrollar las funciones que, al servicio de la sociedad, les han sido asignadas o, dicho en otros términos, la autonomía de las Universidades no atribuye a éstas una especie de «patrimonio intelectual» resultante del número de centros, Profesores y alumnos que, en un momento determinado, puedan formar parte de las mismas.³³⁵

³³⁴ STC 130/1991, caso *Modificación del escudo*, de 6-VI-1991, FJ 3.

³³⁵ STC 106/1990, caso *Ley de Reorganización Universitaria de Canarias*, de 6-VI-1990, FJ 7.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por lo que se refiere a la organización departamental, hay que referirse también a la jurisprudencia constitucional, que ha señalado que las “normas básicas” a que se refería el art. 8.4 LRU (es decir, las normas que puede aprobar el Gobierno sobre creación, modificación y supresión de Departamentos), responden a la finalidad de homologación del sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes, a que se refiere el art. 27.8 de la Constitución, y a la coordinación general de la investigación científica y técnica, y “no podrán por exceso de concreción o por amplitud en su contenido, reducir injustificadamente el «régimen de autonomía» organizativa de cada Universidad para configurar sus respectivos Departamentos”.³³⁶ Igualmente ha apuntado, en relación con la configuración de dichos Departamentos, que “no cabe eliminar la posibilidad de que se establezcan ciertos límites por quien tiene la responsabilidad última del servicio público universitario, entendido como sistema nacional”, y en concreto no vulnera la autonomía universitaria el establecimiento del límite mínimo de Catedráticos y Profesores Titulares a tiempo completo necesario para crear un Departamento.³³⁷

3) Potestad presupuestaria, que permite a las Universidades elaborar, aprobar y gestionar sus presupuestos, así como administrar sus bienes. Ello supone la posibilidad de gestión y administración económica y capacidad autónoma de gasto, sin las cuales la autonomía universitaria se vería afectada en su contenido esencial, y podrían quedar privadas de sentido gran parte de las restantes facultades que conforman esta autonomía. Para el ejercicio de esta facultad, es imprescindible que las Universidades dispongan de recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.

4) Capacidad de gestión en materia de docencia, investigación y estudio. Si el fundamento de la autonomía universitaria es la libertad académica, entendida como libertad de enseñanza, investigación y estudio, es necesario reconocer a las Universidades la facultad de gestionar autónomamente las cuestiones relativas a estas materias. Desde luego, las potestades que hemos venido comentando hasta ahora (autonormación, auto-organización, y potestad presupuestaria) han de ir encaminadas igualmente a la preservación y desarrollo de esa libertad académica. Y, en cierto modo, las que a

³³⁶ STC 26/1987, caso *LRU*, FJ 7.

³³⁷ STC 156/1994, caso *Composición de Departamentos*, de 23-V-1994, FJ 3.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

continuación vamos a enunciar podrían englobarse sin excesiva dificultad en las potestades de autonormación y autoorganización. Pero creemos que es posible, y más adecuado desde el punto de vista de la exposición sistemática, encuadrar en un grupo autónomo este conjunto de facultades o competencias, que están directamente relacionadas con la gestión de aquellos aspectos materiales que constituyen la razón de ser y la esencia de la actividad universitaria, como son la enseñanza, el estudio y la investigación. Partiendo de esta perspectiva, dentro de este grupo pueden enumerarse las siguientes facultades (que en todo caso habrán de entenderse, como las demás que hemos apuntado, dentro de los límites establecidos en la legislación):

- a) La elaboración y aprobación de planes de estudio e investigación. Se trata sin duda de una facultad estrechamente vinculada con la libertad académica. Pero obviamente no es ilimitada, sino que ha de ejercerse en el marco de las directrices generales que establecerá el Gobierno. Este órgano es, a su vez, quien homologará los Planes de estudio ya aprobados (art. 29.2).³³⁸ El Tribunal Constitucional ha reconocido que la autonomía universitaria comprende las competencias de elaboración o aprobación de los Planes de estudio; pero, tras poner en relación la autonomía universitaria con los apartados 5 y 8 del propio artículo 27 de la Constitución, ha afirmado que esta competencia posee “una serie de límites entre los que figura la determinación por el Estado del bagaje indispensable de conocimiento que debe alcanzarse para obtener cada uno de los títulos oficiales y con validez en todo el territorio nacional”.³³⁹

³³⁸ La STC 26/1987, FJ 10, b), afirma que esta homologación es un acto de ejecución que en el art. 27.8 de la Constitución se atribuye a los poderes públicos y que, por tanto, podría corresponder al Estado o a las Comunidades Autónomas con competencia plena en materia de educación, pero que se atribuye al Consejo de Universidades en razón del ámbito nacional en que desarrolla las funciones asignadas a este organismo, teniendo en cuenta que los planes de estudio cuya homologación se le encomienda se refieren a títulos con carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

³³⁹ STC 187/1991, caso *Asignatura de religión católica en la Universidad*, I, de 3-X-1991, FJ 3; en el mismo sentido, STC 156/1997, caso *Asignatura de religión católica en la Universidad*, II, de 29-IX-1997, FJ 2. Más en concreto, estas sentencias señalan que la exigencia de incluir la asignatura “Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía” con carácter optativo en los Planes de estudio de Profesores de EGB, derivada del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Ense-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- b) La expedición de sus títulos y diplomas. Se trata de una facultad relacionada con la anterior, y con la competencia de cada Universidad para gestionar sus estudios. Ahora bien, hay que tener en cuenta que sólo tendrán carácter oficial y validez en todo el territorio nacional los títulos establecidos o reconocidos por el Gobierno. La expedición de los títulos de cada Universidad corresponde a su Rector, que lo hará en nombre del Rey.
- c) El establecimiento de sus plantillas, así como la selección, formación y promoción del personal docente e investigador, y del personal de administración y servicios. De nuevo estamos ante una competencia directamente relacionada con la gestión autónoma de la enseñanza y la docencia universitaria, lo cual es especialmente claro en el caso del personal docente e investigador, pero también sucede en el caso del personal de administración y servicios, ya que éste es necesario para el adecuado funcionamiento de cada Universidad.

Ahora bien, de nuevo hay que señalar que la libertad de la Universidad tampoco es en este ámbito ilimitada. Hay que tener en cuenta los arts. 149.1 18a. y 30a. , 23.2 y 103.3 de la Constitución, especialmente —pero no sólo— por lo que se refiere al profesorado universitario funcionario, así como las leyes estatales y, en su caso, autonómicas, que desarrollan estos preceptos. El Tribunal Constitucional ha justificado el establecimiento de un régimen uniforme en esta materia, señalando que “una vez establecido el sistema funcional de los Cuerpos docentes universitarios (...) es inherente a este sistema la existencia de un régimen uniforme de acceso y selección del profesorado en todas las Universidades. Porque, si bien inicialmente son funcionarios de la Universidad para la que son nombra-

ñanzas y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979, está justificada además en el artículo 27.3 de la Constitución, y no vulnera la autonomía universitaria. La última de las dos sentencias mencionadas especifica aún más, afirmando que la inclusión de la asignatura “Teología y Pedagogía de la Religión y Moral Católica” en los Planes de estudio para las Diplomaturas de Maestro debe realizarse en términos equiparables a las demás asignaturas fundamentales (según el citado Acuerdo con la Santa Sede), lo que no se produce si existe una desproporción evidente en el número de créditos concedido a esta asignatura, muy inferior al que corresponde a otras asignaturas optativas.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

dos, ello no impide su traslado a otras Universidades mediante los concursos de méritos regulados por la ley...”³⁴⁰

d) La admisión, régimen de permanencia y verificación de conocimientos de los estudiantes. También esta competencia debe entenderse dentro de los márgenes derivados de otros principios constitucionales y legales. En particular, hay que tener en cuenta las exigencias derivadas del principio de igualdad en el acceso a la Universidad.

IV. LÍMITES

Al exponer los elementos que conforman el contenido esencial de la autonomía universitaria, hemos tenido ocasión de señalar que tales facultades no son en modo alguno ilimitadas, al tiempo que apuntábamos algunas de dichas limitaciones, en cada uno de los concretos elementos de ese contenido esencial. Ahora nos conformaremos con referirnos genéricamente a tales límites, señalando los principios generales de los que derivan. En este sentido, conviene empezar señalando que dichos límites vienen establecidos exclusivamente en la Constitución, sino también en las leyes que regulan dicha autonomía universitaria. Para justificar esta afirmación, hay que tener en cuenta una vez más que la autonomía de las Universidades es un derecho de configuración legal, lo que implica que es necesario tener en cuenta la ley para determinar los perfiles y límites de las facultades que este derecho comporta. Además, como ya hemos señalado, la autonomía universitaria es de naturaleza administrativa, lo que conlleva que es una

³⁴⁰ STC 26/1987, FJ 12, 3, b). En cambio, en la misma sentencia (FJ 12, 3, c) el Tribunal estima inconstitucional el inciso del art. 39.3 LRU que establecía la composición de las Comisiones seguiría el mismo procedimiento previsto para el acceso a los diversos cuerpos funcionariales (procedimiento que, en esencia, permite a la Universidad nombrar dos de los cinco miembros, eligiéndose por sorteo los tres restantes); y ello porque no es lo mismo el ingreso en uno de estos Cuerpos de funcionarios docentes universitarios que el traslado dentro de la misma categoría (Catedrático o Profesor titular) a una plaza de otra Universidad. Las razones por las cuales en nuestro sistema una Universidad no puede nombrar por sí funcionarios docentes que (...) tienen carácter interuniversitario, no se dan cuando se trata de cubrir una vacante en una Universidad entre quienes ya son funcionarios docentes del mismo Cuerpo a que corresponda la plaza.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

autonomía dentro del marco establecido en la ley. Ahora bien, sí cabe afirmar que, en general, cabe encontrar un fundamento último en la Constitución para la mayoría de estos límites generales.

Partiendo de estas ideas, podemos apuntar cuáles son lo que podríamos denominar “límites generales” de la autonomía de las Universidades, es decir, aquellos grandes principios de los que derivan las concretas limitaciones de cada una de las facultades propias de este derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha afirmado que las limitaciones a la autonomía universitaria vienen impuestas por otros derechos fundamentales (como es el de igualdad de acceso al estudio, a la docencia y a la investigación); la existencia de un sistema universitario nacional que exige instancias coordinadoras; así como las limitaciones propias del servicio público que desempeña.³⁴¹ La doctrina ha reiterado estas limitaciones y ha señalado otras.³⁴² Aquí podemos indicar los siguientes límites:

- a) Los derivados de otros derechos fundamentales, y en especial del principio de igualdad. Como ha señalado Tomás-Ramón Fernández,³⁴³ estas limitaciones se manifiestan básicamente en dos ámbitos: en primer lugar, la igualdad en el acceso al estudio, lo que significa interdicción de toda discriminación directa o indirecta que trabe o dificulte dicho acceso a cualquier ciudadano por razones distintas a su capacidad intelectual y a su preparación académica; y, en segundo lugar, la igualdad en el acceso a la docencia y a la investigación. En nuestra opinión, ambas limitaciones son aplicables en general tanto a las Universidades privadas como a las públicas (ya que el derecho a no ser discriminado, derivado del artículo 14 CE, sería también aplicable en este caso frente a las Universidades

³⁴¹ STC 26/1987, caso *LRU*, FJ 4. En similar sentido, por ejemplo, SSTC 55/1989, de 23 de febrero, FJ 2, o 187/1991, de 3 de octubre, FJ 3.

³⁴² Varios autores se han referido a este problema de los límites. Puede citarse como ejemplo a T. R. Fernández, *La autonomía universitaria...*, *op. cit.*, 1982, pp. 55 ss., que en cierto modo anticipa los límites que años más tarde señalaría el Tribunal Constitucional; J. Leguina Villa, *La autonomía universitaria...*, *op. cit.*, 1991, p. 1205; J. Leguina Villa y L. Ortega Álvarez, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, 1982, p. 551; A. Embid Irujo, *La autonomía universitaria...*, *op. cit.*, 1993, pp. 18-20.

³⁴³ T. R. Fernández, *La autonomía...*, *op. cit.*, 1982, pp. 57 ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

privadas, teniendo en cuenta el servicio público que prestan, así como las exigencias del art. 27). Ahora bien, en el caso de las Universidades públicas las exigencias en este sentido son superiores. Por lo que se refiere al acceso al estudio, no basta con que éste se produzca de forma no discriminatoria, sino que es preciso además respetar los criterios de adjudicación y reserva de plazas establecidos en la normativa básica estatal. En el caso del acceso a la docencia e investigación, hay que tener en cuenta también el art. 23.2 CE, en relación con el 103.3, lo que implica el respeto a las exigencias de mérito y capacidad.

En todo caso, no es la igualdad el único derecho fundamental que puede actuar como límite a la autonomía universitaria. En efecto, como veremos la autonomía universitaria puede entrar en conflicto con la libertad de cátedra (o a la inversa), a pesar de que ambas libertades tienen un fundamento común. También la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1, b) CE) puede actuar como límite a la autonomía universitaria, y en concreto a la competencia de las Universidades para organizar la docencia y la investigación.

b) Límites derivados de la existencia de un sistema universitario nacional. La existencia de este sistema nacional es consecuencia, como se ha destacado,³⁴⁴ del principio constitucional de unidad y de la afirmación de la igualdad básica de todos los españoles en todo el territorio del Estado. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que el sistema universitario nacional viene impuesto por el art. 27.8 CE³⁴⁵ (que establece que los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes). Igualmente puede mencionarse como fundamento constitucional de este principio la propia configuración de la autonomía universitaria como derecho fundamental, cuyas normas básicas de desarrollo corresponden al Estado (art. 149.1.30a. CE) y serán por lo tanto uniformes en todo el territorio nacional.

³⁴⁴ Véase T. R. Fernández, *La autonomía...*, *op. cit.*, 1982, p. 66.

³⁴⁵ Por ejemplo, STC 187/1991, de 3 de octubre, FJ 3.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este sistema nacional implica, como ya hemos mencionado, la existencia de instancias coordinadoras, y en definitiva de unos criterios comunes a todo el Estado. Las consecuencias de este principio pueden apreciarse en buena parte de los ámbitos del régimen de las Universidades: la regulación común de los aspectos ya aludidos del acceso al estudio, docencia e investigación encuentran también fundamento en este principio. Igualmente el sistema universitario nacional justifica unos criterios comunes relativos a la organización de las Universidades. Igualmente hay que destacar, como consecuencia de este principio, las limitaciones a la facultad de las Universidades de aprobar sus propios planes de estudio, ya que el Estado, en virtud del mencionado art. 27.8, puede “fijar en los planes de estudio un contenido que sea el común denominador mínimo exigible para obtener los títulos académicos y profesionales oficiales y con validez en todo el territorio nacional”,³⁴⁶ lo que en definitiva justifica la competencia estatal para establecer las directrices generales que estos planes han de seguir.

c) Límites derivados de la consideración de la enseñanza universitaria como servicio público. La consideración de la educación superior como servicio puede encontrar fundamento constitucional en el propio derecho fundamental a la educación reconocido en el art. 27.1 CE, y especialmente en los apartados 5 y 8 del propio artículo 27. Como han señalado Leguina Villa y Ortega Álvarez,³⁴⁷ la Universidad es un servicio público cuya prestación afecta a los intereses generales de la entera sociedad española, lo que “justifica, de un lado, la responsabilidad que al poder público —del Estado y de las Comunidades Autónomas— incumbe sobre la misma y obliga, de otro, a reconducir la autonomía de la institución universitaria a las exigencias y límites que los intereses generales demandan en su configuración como servicio público”. La enseñanza universitaria es, por tanto, uno de los intereses generales a los que deben servir los poderes públicos y, en particular, según el art. 103.1 de la Constitución, la Administración Pública (o, más propiamente, las

³⁴⁶ STC 187/1991, caso *Asignatura de religión católica, I*, FJ 3.

³⁴⁷ J. Leguina Villa y L. Ortega Álvarez, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, 1982, p. 551.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Administraciones Públicas). Ello explica algunos de los límites más concretos ya aludidos.

d) Otros límites. La enumeración anterior no agota los límites que afectan al derecho fundamental a la autonomía universitaria, aunque en cierto sentido la mayoría de los restantes límites podrían “reconducirse” a alguno de los principios generales ya enunciados. En cualquier caso, también se han apuntado como límites la competencia estatal para la coordinación general de la investigación científica (art. 149.1.15^a CE),³⁴⁸ o la opción legislativa por un modelo funcional del profesorado universitario.³⁴⁹

V. GARANTÍAS

La consideración de la autonomía universitaria como derecho fundamental determina el régimen de garantías que constitucionalmente le corresponde.³⁵⁰ Por lo tanto, estas garantías son, básicamente, las mismas que pueden predicarse de los demás derechos fundamentales, y a las que ya nos hemos referido a lo largo de este trabajo. Nos limitamos ahora a una breve referencia a las mismas, en relación con la autonomía universitaria:

a) El desarrollo de la autonomía universitaria debe realizarse por ley orgánica. Ahora bien, esta reserva debe entenderse al desarrollo en sentido estricto, y no, desde luego, a toda la regulación del régimen universitario. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en ese sentido, señalando que concebida la autonomía universitaria como un derecho fundamental, “es cierto que existen aspectos relacionados con dicha autonomía que exigen tal tipo de Ley por afectar al desarrollo de ese derecho, pero de ello no se sigue que toda la materia relacionada con la Universidad —así la funcional— exija la

³⁴⁸ Véase T. R. Fernández, *La autonomía...*, *op. cit.*, 1982, p. 64.

³⁴⁹ J. Leguina Villa, “La autonomía...”, *op. cit.*, 1991, p. 1205.

³⁵⁰ Sobre las consecuencias de la configuración de la autonomía universitaria como derecho fundamental (que en buena medida se refieren a su régimen de garantías), puede verse la exposición realizada por J. Oliver Araujo, “Alcance y significado de la «autonomía universitaria» como derecho fundamental”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, pp. 86 ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

reserva de Ley orgánica, si no afecta al desarrollo del derecho fundamental?”.³⁵¹

- b) Le corresponde la protección jurisdiccional prevista en el artículo 53.2 de la Constitución, y en concreto, el procedimiento preferente y sumario, y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. A estos efectos, el sujeto legitimado para iniciar el procedimiento, o plantear el recurso, es la Universidad (cada una de las Universidades) considerada como persona jurídica, a pesar de las peculiaridades señaladas por el Tribunal Constitucional respecto a la titularidad de este derecho, y a las que ya nos hemos referido.
- c) La ubicación de la autonomía universitaria en la sección 1a. del capítulo segundo conlleva también la necesidad de que cualquier intento de reformarla debe seguir el procedimiento especialmente agravado de reforma, previsto en el artículo 168 de la Constitución.

³⁵¹ STC 99/1987, caso *Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública*, de 11-VI-1987, FJ 5, d).

CAPÍTULO XI

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA. LA FAMILIA COMO SUJETO DE DERECHOS (2014)

1. MARCO CONSTITUCIONAL DE REFERENCIA

La principal referencia constitucional a la familia aparece contenida en el artículo 39, que contiene diversos mandatos de protección dirigidos a los poderes públicos, impone un criterio de igualdad entre los hijos con independencia de su filiación, y entre las madres con independencia de su estado civil; establece el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos en ciertos supuestos; y, por último, se remite a los acuerdos internacionales en lo relativo a la protección de los niños.³⁵²

El citado artículo abre el capítulo III del título I, que lleva por título “De los principios rectores de la política social y económica”, de modo que la protección de la familia aparece como el primero de dichos principios. La doctrina ha debatido mucho sobre el significado jurídico de los

³⁵² El texto íntegro del artículo dice: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

preceptos que forman parte de este título, sobre todo por la ambigua y cuestionable redacción del artículo 53.3, que se refiere a sus garantías, aspecto este en el que ciertamente quedan en una posición más débil que los derechos contenidos en el capítulo II del mismo título. El citado precepto consagra el carácter informativo de estos principios respecto a “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, añadiendo el inciso de que “Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrolleen”. Sin embargo, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional, el mencionado inciso no implica que carezcan de carácter jurídico, pues más allá de su alcance interpretativo de la Constitución y otras leyes,³⁵³ son vinculantes para el legislador³⁵⁴ y el resto de los poderes públicos. De este modo, y como preceptos constitucionales, poseen el mismo rango que toda la norma fundamental y son susceptibles de actuar como parámetro de la constitucionalidad de toda norma inferior y de cualquier acto que resulte contradictorio con dichos principios, aunque más difícil es la posibilidad de valorar en un juicio de constitucionalidad la omisión legislativa consistente en no atender los mandatos derivados de estos principios.³⁵⁵ Lo que el mencionado inciso implica es simplemente que no generan auténticos derechos subjetivos de rango constitucional (pues a pesar del enunciado de algunos de ellos, son mandatos dirigidos a los poderes públicos), de manera que de los mismos solo derivarán los derechos que establezcan las leyes que los desarrolleen.

³⁵³ Véase, por ejemplo, STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6.

³⁵⁴ STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 13.

³⁵⁵ Véase al respecto STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4. En el caso específico de la protección de la familia, el Tribunal Constitucional, en la reciente STC 19/2012, de 15 de febrero, ha repasado su jurisprudencia anterior, que puede sintetizarse diciendo que respecto a la protección de la familia, el artículo 39 “si bien no obliga a que necesariamente se dispense “a través de medidas de una determinada naturaleza” (STC 214/1994, de 14 de julio, FJ 7) o, más concretamente, “a través del sistema tributario” (ATC 289/1999, de 30 de noviembre, FJ 7), y ni mucho menos a que se adopten “medidas fiscales de una determinada intensidad” (ATC 289/1999, de 30 de noviembre, FJ 7), “sin perjuicio de la legitimidad de medidas fiscales orientadas a la protección de la familia (art. 39.1 CE)” (STC 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 9), sí impide, sin embargo, que a través de medidas de naturaleza tributaria se vaya en contra de ese mandato por imponer un tratamiento más gravoso a quienes están incluidos en una unidad familiar (SSTC 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 9; y 45/1989, de 20 de febrero, FJ 7)”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Por lo demás, no es este el único precepto constitucional que se refiere a la familia. Así, el artículo 35, al reconocer a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, dispone que tendrán derecho a “una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”. Por su parte, el artículo 18.1 protege la intimidad familiar, junto a la personal. De este modo, la familia es un hecho social preexistente que la Constitución, y esta, aunque no la define, la protege globalmente (art. 39) y en aspectos concretos que el constituyente consideró particularmente sensibles, como los relativos a su sostenimiento económico (aunque por la vía indirecta de garantizar una remuneración que asegure el mismo) y a su vida privada.

Pero además de estas referencias directas, hay que tener en cuenta otros preceptos constitucionales que regulan diversos aspectos que de un modo u otro se relacionan con el hecho familiar. En primer lugar, y por razones obvias, hay que referirse al artículo 32, que reconoce que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Como más adelante se verá, el matrimonio es sin duda una de las vías para fundar una familia, y de ahí la relación entre ambos conceptos.

Por otro lado, hay que mencionar otros principios rectores de la política social y económica que de alguna manera tienen incidencia en la protección de los miembros más sensibles o expuestos de la familia. Así, el artículo 48 impone los poderes públicos la promoción de “las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”. Y por su parte, el artículo 50 garantiza mediante un sistema de pensiones “adecuadas y periódicamente actualizadas” la suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad.³⁵⁶ Por lo de-

³⁵⁶ Si bien el mismo precepto añade que “con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”, esta proclamación tiene el sentido de asegurar la responsabilidad pública de los servicios sociales sea cual sea la situación familiar de las personas de la tercera edad, y en todo caso expresa que el mandato que se impone a los poderes públicos es compatible con los que puedan corresponder jurídicamente a determinados familiares; y en ningún caso puede entenderse en el sentido de que el citado precepto se desentiende de la situación familiar de las personas de la tercera edad, sino todo lo contrario.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

más, otros preceptos constitucionales contemplan a determinados grupos o minorías en situación de particular debilidad cuyos miembros pueden pertenecer a familias que por esa misma razón podrán requerir particulares atenciones o apoyos por parte de los poderes públicos. Tal es el caso del art. 49, que impone (aunque con una terminología hoy considerada en cierto modo superada) “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Y en fin, es también conveniente la mención del artículo 47, que establece el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, aspecto relevante en el tema en análisis dado que la misma suele constituir el espacio físico más adecuado para desarrollar la “intimidad familiar” a la que ya se hizo referencia.

Y aunque tenga una dimensión más bien transversal u horizontal, son de gran incidencia en esta materia el principio de igualdad y la prohibición de discriminación establecidos en el artículo 14 de la Constitución. Estos principios obligan a comparar el tratamiento dado tanto a distintos miembros de una misma familia, sobre todo si están en igual posición (por ejemplo, los distintos hermanos), así como a miembros iguales en distintas familias (en este sentido incide en parte la mencionada alusión del art. 39.2 a hijos con independencia de su filiación, y por completo la referencia a mujeres con independencia del estado civil), y también al tratamiento o medidas que se aplican a distintas familias. En todos estos casos, el trato diferente solo aparecerá justificado si supera el llamado “test de relevancia” y el “juicio de razonabilidad” de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por lo demás, la imposición de la igualdad real y efectiva como objetivo que han de conseguir los poderes públicos (art. 9.2 de la Constitución) supone, en el ámbito que aquí interesa, un mandato a los poderes públicos de tratar de forma diferente y más favorable a las familias más desfavorecidas o a los miembros más débiles de las mismas, o incluso a todas aquellas familias entre cuyos miembros hay personas en posición de debilidad o que necesitan mayor atención (por ejemplo, quienes tienen minusvalías o están en situación de pobreza económica).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

2. LA FAMILIA EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

La familia es objeto también de protección en el ámbito internacional. En primer lugar, puede mencionarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 16.1 establece: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...”, añadiendo el apartado 3 del mismo precepto que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” Por lo demás, otros preceptos del mismo texto aluden a la protección de la familia en distintos ámbitos, en ocasiones de forma paralela a lo que hemos visto que hace décadas después la Constitución española. Así, el artículo 12, que junto a la vida privada, protege a la familia, justo antes de citar el domicilio y la correspondencia (contexto que nos ubica en el ámbito de la vida privada familiar o intimidad familiar en términos de nuestra Constitución); o el art. 23.3, que reconoce el derecho a una remuneración por el trabajo capaz de asegurar una existencia conforme a la dignidad humana a la persona y a su familia; el art. 25, que reconoce a toda persona el derecho a “un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”. Los preceptos citados constituyen un antecedente de enorme valor en muchos aspectos, y si bien la eficacia jurídica de la Declaración Universal es cuestionable, en España tiene alcance interpretativo de los derechos constitucionales merced a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución.

Pero además hay que hacer referencia a diversos tratados que no solo poseen la citada eficacia interpretativa, sino que además forman parte de nuestro ordenamiento y son vinculantes para el Estado. En este sentido hay que destacar, entre los diversos textos a tener en cuenta, el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que afirma que la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, así como otros preceptos del mismo cuerpo jurídico que se refieren a determinados ámbitos concretos de protección,³⁵⁷ o el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Eco-

³⁵⁷ Así, por ejemplo, el artículo 17, que de forma próxima a la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada,

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nómicos, Sociales y Culturales, que dispone: “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles...”³⁵⁸

En el ámbito europeo, es de destacar el Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (Convención de Roma de 1950), cuyo artículo 8, que ha generado una amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garantiza el respeto a la vida familiar, mientras que en el artículo 12 se reconoce al hombre y la mujer el derecho a casarse y a fundar una familia. Por otro lado, la Carta Social Europea de 1961 es quizás uno de los textos internacionales que más preceptos dedica a la protección de la familia, tanto en aspectos a los que ya hemos hecho referencia (por ejemplo, el derecho de los trabajadores a una remuneración que les proporcione un nivel de vida decoroso a ellos y sus familias, contenido en el art. 4), como a otras cuestiones de la mayor relevancia, tales como la asistencia social y médica que permita obtener todo lo necesario para “prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar” (art. 13), o la protección de las familias de los trabajadores migrantes, incluyendo el reagrupamiento familiar (art. 19). Especialmente importante es el artículo 16, que contiene una proclamación de la protección familiar relativamente detallada para un tratado de contenido general, aludiendo expresamente a diversos ámbitos de protección: “Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas”.

su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”, o el art. 24.1, que dispone: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

³⁵⁸ En sentido similar al ya visto, cabe mencionar también el art. 7 (remuneración digna para el sosténimiento familiar), o el 11 (nivel de vida adecuado para la persona y su familia).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

En fin, también cabe mencionar algunos tratados sectoriales que contienen estipulaciones que de alguna manera pueden afectar al ámbito familiar. Sin descartar otros textos, quizás el que más interés tenga en este aspecto es la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y que entró en vigor en España el 1991. En este texto las relaciones familiares del niño —en particular con sus padres— cobran un papel fundamental. Cabe citar como ejemplo el artículo 8, que reconoce el “derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. También se puede mencionar, entre los instrumentos sectoriales con incidencia, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que entró en vigor para España en 1984 (puede destacarse el artículo 16 respecto al matrimonio y decisión sobre los hijos).

3. FAMILIA Y MATRIMONIO

Una vez revisados los principales preceptos constitucionales e internacionales relativos a la familia, resulta evidente que ninguno de ellos contiene una definición de lo que sea familia. Ello, que es frecuente con muchos otros conceptos acogidos en la Constitución, nos remite, por un lado, a una idea o concepto preexistente que se acoge en el momento constituyente; pero, por otro lado, permite un apreciable margen de apertura en el concepto, cuya interpretación puede ir evolucionando con el tiempo, adaptándose a las cambiantes circunstancias y concepciones sociales mayoritarias. Sin embargo, esta capacidad evolutiva no es absoluta, pues de lo contrario estaríamos ante un concepto totalmente abierto o vacío de significado, y es obvio que todos los conceptos incluidos en la Constitución han de tener un significado mínimamente inalterable, aunque abierto a evolución.

Antes de intentar acercarnos al aludido concepto, o al menos a las pautas esenciales para su determinación, procede plantearse su relación con el matrimonio constitucionalmente garantizado como derecho en el artículo 32. De los textos internacionales que hemos venido comentando se deduce que esa relación existe y es notoria. Varios de esos textos acogen expresa-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

mente el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, quedando por tanto claro que el matrimonio es una forma para dar inicio a una nueva familia. En el sistema constitucional español la conclusión no puede ser diferente, aunque matrimonio y familia se consagren en preceptos distintos. Y ello, no solo por el alcance interpretativo de los tratados internacionales, al que ya se ha hecho referencia, sino también porque el Tribunal Constitucional lo ha proclamado de forma muy clara: “Sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio”,³⁵⁹ aunque igualmente haya destacado las diferencias entre ambos conceptos constitucionales.³⁶⁰

Dicho lo anterior, conviene apuntar algunas precisiones. En primer lugar, que hoy es generalmente admitido que el origen de la familia puede ser distinto al matrimonio, de manera que es seguro que otras formas de convivencia no matrimonial han de considerarse en ciertos supuestos familia (por ejemplo, entre otros que cabe considerar, las parejas que conviven *more uxorio*, con o sin hijos, o el adoptante individual y sus hijos, u otras formas de “familias monoparentales” o extramatrimoniales).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional al interpretar la ley reguladora del matrimonio entre personas del mismo sexo, el propio matrimonio, a pesar de estar reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales como derecho al “hombre y la mujer” es un concepto que a su vez debe ser objeto de una interpretación evolutiva, que permite incluir también al matrimonio homosexual, que en España será igual a todos los efectos que el matrimonio homosexual, única forma existente hasta 2005.³⁶¹

Sin embargo, el hecho de que otras formas de convivencia análogas a las matrimoniales sean igualmente aptas para constituir una familia, no

³⁵⁹ STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4.

³⁶⁰ Véase STC de 6 de noviembre de 2012, FJ 5: “matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente”.

³⁶¹ STC de 6 de noviembre de 2012. Tres de los votos particulares a la misma, sin embargo, entienden que la ley de 2005 contradice la literalidad del art. 32 de la Constitución y lleva a cabo una alteración de la institución matrimonial constitucionalmente reconocida, que solo podría haberse llevado a cabo mediante la reforma constitucional.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

implica que el tratamiento jurídico dado a estas formas haya de ser en todo idéntico al matrimonio. El legislador puede valorar las similitudes y diferencias existentes entre la convivencia *more uxorio* y el matrimonio, y si bien la prohibición de discriminación le impone dar un tratamiento igual en aquellos supuestos en los que las diferencias no sean relevantes, es posible que determinadas consecuencias jurídicas se reserven solo al caso de los matrimonios cuando las diferencias existentes tengan relevancia en el caso concreto, y el trato diferente tenga un fin legítimo y sea congruente y proporcional con el mismo. La legislación ha ido cada vez más equiparado el tratamiento jurídico de matrimonio y “parejas de hecho”, y cuando no lo ha hecho y la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse, en algunos casos ha considerado legítima la diferencia de trato,³⁶² y en otros en cambio ha entendido que la misma implicaba una discriminación constitucional.³⁶³ En suma, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que la protección del artículo 39 debe extenderse a las familias fundadas por situaciones parejas de hecho, pero ha añadido que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos «realidades equivalentes»”.³⁶⁴ Cabe además plantearse la posibilidad de que algunas parejas que opten por convivir sin contraer matrimonio lo hagan entre otros motivos por el deseo de excluir algunas de las consecuencias jurídicas del mismo (aunque en algunos casos su aplicación analógica podría ser ineludible). E igualmente cabría considerar la posibilidad de que idénticos razonamientos analógicos que llevan a aplicar ciertos derechos predicables de los sujetos que conforman un matrimonio a las uniones extramatrimoniales, pueden conducir a aplicar también los mismos deberes y obligaciones a los miembros de uniones de hecho, cuando exista identidad de razón para ello.

En todo caso, es claro que el matrimonio constituye siempre en sí mismo una familia (ni siquiera es necesaria la voluntad de tener hijos para su constitución), y es una institución jurídica que permite dotar de una gran certeza en cuanto a sus efectos jurídicos a una relación de pareja y a las

³⁶² Por ejemplo, SSTC 184/1990, de 15 de noviembre; 29/1991, de 14 de febrero, o 66/1994, de 28 de febrero, relativas a pensiones.

³⁶³ Véase STC 222/1992, de 11 de diciembre, sobre subrogación en arrendamientos.

³⁶⁴ Idea muy reiterada en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 29/1991, de 14 de febrero, o 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

propias relaciones familiares subsiguientes, sin que sea necesaria la prueba de la relación que en otros casos puede resultar necesaria (bien mediante la inscripción en registros o por otras vías). Por lo demás, en nuestro ordenamiento el matrimonio sigue siendo la única fórmula que permite la adopción por una pareja (art. 175.4 del Código Civil), y posee otras consecuencias familiares como la presunción de paternidad del marido de la madre, siendo en estos casos la primera vía para determinar la filiación (arts. 115 y ss. del Código Civil).

4. PARÁMETROS PARA UNA DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DE FAMILIA

Recapitulando lo anteriormente dicho, cabe deducir que el matrimonio es una forma apta para constituir una familia (entre las varias existentes), pero que ni matrimonio ni familia son conceptos cerrados, sino que su significado evoluciona con el tiempo en función de los posibles cambios sociales. Esta misma circunstancia hace imposible una definición constitucional de familia universalmente válida en el tiempo, pues la evolución social y cultural posterior podrían modificarla. Cualquier definición, en realidad, sería una especie de “foto fija” más o menos aproximada a la concepción social existente en cada momento. Y de hecho el Tribunal Constitucional no ha definido en ningún caso a la institución familiar.

Sin embargo, como ya se ha apuntado, ello no significa que deba desistirse en el intento de extraer los parámetros o pautas fundamentales que derivan de la Constitución y permiten aproximarse a la familia y establecer los criterios esenciales que deben regir el tratamiento que las normas y los poderes públicos deben (o pueden) dar a la institución familiar. En términos estrictamente jurídicos, dichos parámetros podrían ser los siguientes:

- a) El matrimonio es una vía adecuada para fundar o crear una familia.
- b) Pero la familia no puede vincularse exclusivamente al matrimonio, pues del artículo 39 de deriva claramente la posibilidad de familias no matrimoniales, y la clara separación entre dicho artículo y el derecho fundamental a contraer matrimonio, reconocido en el artículo

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

32, así lo confirma, tal y como ha señalado con meridiana claridad el Tribunal Constitucional.³⁶⁵

- c) Del mismo artículo 39 parece derivarse que la familia presupone relaciones paterno-familiares, y quizás este tipo de parentesco constituye el núcleo y el supuesto más frecuente de familia, pero esto no excluye otro tipo de relaciones que también son objeto de la protección familiar, en especial entre otro tipo de ascendientes y descendientes (por ello es acertado que la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, parte de que la relación entre abuelos y nietos es objeto de protección constitucional dentro del ámbito de la familia).
- d) El criterio de igualdad debe presidir todo el tratamiento jurídico de la familia. Esta igualdad no solo actúa entre los distintos miembros de la familia (aunque debe ser compatible con la especial protección de los menores), sino también entre distintos tipos de familia, o entre los miembros de familias con características diferentes, según se deriva de los arts. 39, 32, 14 y 9.2 de la Constitución, entre otros.

De lo anterior se deduce que el concepto de familia objeto de protección constitucional no se funda necesariamente en el matrimonio pero protege esta relación y otras análogas, incluyendo las “parejas de hecho” (tanto las heterosexuales como las homosexuales);³⁶⁶ así como las relaciones de parentesco entre ascendientes, descendientes y colaterales, incluyendo las generadas por adopción.³⁶⁷ Aunque sea difícil precisar hasta qué grado de parentesco alcanza la protección constitucional de la familia, parece fuera de duda que incluye las que podrían considerarse parte de lo que ca-

³⁶⁵ Véase, por ejemplo, STC 222/1992, de 11 de diciembre, o STC de 6 de noviembre de 2012.

³⁶⁶ El TEDH, después de una jurisprudencia reiterada que consideraba que las parejas del mismo sexo estaban protegidas por el derecho a la “vida privada” pero no a la “vida familiar”, rectifica en la STEDH de 24 de junio de 2010, caso Schalk y Kopf contra Austria, párs. 93 a 95, afirmando que sí alcanza a este tipo de relaciones la protección de la “vida familiar”.

³⁶⁷ Véase, por ejemplo, STEDH de 26 de febrero de 2002, asunto *Frette c. Francia*, que recuerda que del convenio no deriva, como tal, un derecho a la adopción (pár. 32), y que el criterio esencial de la misma es “dar una familia a un niño, y no un niño a una familia” (pár. 42). Por ello todo procedimiento de adopción debe siempre considerar el interés superior del menor.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

bría denominar “familia nuclear” (uno o dos progenitores y sus hijos, así como las relaciones entre hermanos, todas ellas objeto central de las regulaciones del Código Civil), pero que se extiende en nuestro contexto social a las relaciones entre ascendientes y descendientes en cualquier grado, y en particular a las relaciones entre abuelos y nietos que como se ha indicado han sido objeto de protección legislativa específica al apreciarse que en ciertas situaciones esa misma relación podía estar amenazada o dificultada.

Lo anterior no excluye la consideración de otros elementos que la doctrina a veces ha apuntado como factores presentes en el concepto de familia, como la relación de afectividad y la convivencia entre sus miembros, habitualmente en un mismo domicilio. Estos factores no pueden, sin embargo, sustituir o suplantar el vínculo de parentesco (o conyugal o análogo al mismo) que está en la base de la relación familiar, lo que implica que las relaciones familiares basadas en el parentesco en los términos recién apuntados, aunque habitualmente vienen acompañadas de una relación afectiva con características propias, y de un mayor o menor grado de convivencia, se protegen en todo caso y con independencia de la existencia o no de esos otros elementos. El Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que “es evidente que la familia a la que manda proteger el art. 39.1 CE nada tiene que ver con el hecho físico de la convivencia entre los miembros que la integran, de modo que no es posible admitir que el progenitor que no vive con sus descendientes pero que mantiene, por imposición legal o judicial, la obligación de prestarles asistencia de todo orden, quede excluido por esa circunstancia del ámbito de protección que exige aquel precepto constitucional”.³⁶⁸

No obstante, la relación de convivencia o afectividad puede ser relevante en diversos aspectos, tanto para ampliar la protección de la institución familiar, en ciertos casos, a otras relaciones (por ejemplo, otros parentes como sobrinos que puedan convivir con la familia, o situaciones de mero acogimiento que en algún aspecto puedan merecer protección jurídica), como para modular las consecuencias jurídicas de la misma cuando falta alguno o ambos de los elementos citados (convivencia y afectividad), sobre todo en supuestos de conflicto o ruptura de la relación fundante de la familia.

³⁶⁸ STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Por lo demás, y por razones ya apuntadas, no resulta posible desde la perspectiva constitucional entrar en un mayor detalle o enumerar una ca-suística de situaciones eventualmente familiares, que siempre resultaría dudosa o controvertida en algunos casos. Pero sí puede deducirse de los parámetros apuntados que, junto a lo que a veces se denomina “familia tradicional”, que incluye el matrimonio y sus hijos, han de incluirse indudablemente en el concepto de familia formas habituales en nuestra sociedad y que deben recibir un tratamiento igual a las fundadas en el matrimonio, como las que tienen como origen una relación de convivencia de hecho análoga a la matrimonial (en lógica consecuencia, ya es usual en nuestro ordenamiento la extensión de algunos efectos jurídicos propios del matrimonio a quienes están unidos por “análoga relación de afectividad”); las llamadas familias “monoparentales”, o incluso a ciertos efectos determinadas formas de las llamadas “familias cruzadas”, en las que los hijos de una persona conviven habitualmente con su anterior cónyuge (o persona con la que estuvo unida por análoga relación) y con la pareja actual de este. En tales casos, es obvio que el ordenamiento debe siempre proteger la relación entre cada progenitor y sus hijos, pero no cabe descartar que la convivencia y el afecto justifiquen cierta protección de la nueva “vida familiar” que incluye la relación entre un miembro de una pareja y los hijos del otro.

5. LAS POLÍTICAS DE APOYO A LA FAMILIA: VALORACIÓN CONSTITUCIONAL

Como ya se ha indicado, la protección de la familia es constitucionalmente un principio rector de la política social y económica, lo que implica, entre otras consecuencias, que todos los poderes públicos, y especialmente el legislador y el ejecutivo, están obligados a hacer efectiva dicha protección, adoptando las medidas necesarias. Las medidas de apoyo a la familia son así un imperativo constitucional, pero la dirección e intensidad de las mismas pueden ser variadas. Aunque el Tribunal Constitucional ha apuntado algunas consecuencias de la protección constitucional de la familia (como por ejemplo la necesidad de preservar un mínimo vital de subsis-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tencia),³⁶⁹ lo cierto es que el margen de legislador es muy grande y, aunque con otras dimensiones, también lo es el del ejecutivo, tanto en la aplicación de la ley, como la gestación de iniciativas y políticas públicas de protección a la familia que, eventualmente, pueden implicar nuevas medidas legislativas.

En este momento interesa destacar que ese margen debe moverse dentro de los parámetros que derivan de la Constitución, que en algunos casos establece prohibiciones o límites, en otros impone actuaciones positivas, y en otros ámbitos permite ciertas medidas de fomento o favorecimiento que pueden estar orientadas a la consecución de cualquier fin público constitucionalmente legítimo, mientras no resulten lesivas de otros principios o derechos constitucionales. Para valorar la adecuación constitución de todos estos tipos de medidas o políticas públicas no solo hay que considerar como parámetro el artículo 39, sino también los demás preceptos constitucionales considerados al inicio de este trabajo. De este modo podrían distinguirse tipos de criterios constitucionales que toda política de protección a la familia debe considerar:

- a) En primer lugar, ciertas medidas constitucionalmente prohibidas, en particular todas las que puedan considerarse discriminatorias. En efecto, y como ya se ha apuntado, del artículo 39 deriva la prohibición de discriminar entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, y entre las madres por su estado civil. Pero más ampliamente, el artículo 14 impone la prohibición de cualquier forma de discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o de cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, lo que, en lo que ahora nos interesa, tiene consecuencias tanto en lo relativo al tratamiento que se pueda dar a personas por su posición o ubicación en una familia, o sus vínculos con la misma, o a las diferencias de tratamiento entre distintas familias por sus condiciones o circunstancias. Obviamente, hay que aclarar que la prohibición de discriminación no impide tratamientos diferentes a distintas personas o tipos de familia, pero para que dichas diferencias sean constitucionalmente admisibles, de acuerdo con la jurisprudencia del Tri-

³⁶⁹ Véase, por ejemplo, STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 4.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

bunal Constitucional, ha de haber una diferencia relevante entre los supuestos de hecho, y el tratamiento diferente ha de tener un fin constitucionalmente legítimo, adecuarse al mismo, y mantenerse dentro de los parámetros del principio de proporcionalidad.

b) En segundo lugar, hay medidas o tratamientos favorables a determinadas familias que derivan de imposiciones constitucionales, o al menos responden a fines constitucionalmente impuestos. Son muchos los preceptos que imponen la especial protección de determinados colectivos o minorías, lo que implicará medidas más favorables a los mismos que sin duda pueden tener repercusión en las políticas familiares. Cabe así mencionar la protección de la juventud, la tercera edad o las personas con minusvalías, que son objeto consideración por principios rectores constitucionales ya mencionados, y que pueden justificar el tratamiento más favorable a determinadas familias, en especial cuando las personas a las que se trata de proteger se encuentran en situación de dependencia. Mucho más ampliamente, el artículo 9.2 impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sea real y efectiva, lo que de una manera general puede justificar un gran conjunto de medidas para favorecer a aquellas familias que se encuentren en una situación de desventaja o preterición por las razones que sean. Y aunque el carácter genérico de este mandato puede dificultar la concreción de las medidas que el mismo justifica (o, en un sentido contrario, permitir su utilización para fundamentar casi cualquier trato desigual), puede pensarse en ciertos supuestos en los que su invocación tendría pleno sentido justificativo e medidas más favorables para determinados colectivos familiares, como los pertenecientes a alguna de las minorías configuradas por los criterios del artículo 14 (minorías raciales o religiosas, por ejemplo), o en general el especial apoyo a las familias que se encuentran en una situación de pobreza o de insuficiencia de recursos económicos (cabe recordar que el art. 35 de la Constitución y varios de los tratados internacionales citados aseguran una remuneración que permita el sustento familiar, de modo que allí donde esta no exista se requerirán las medidas de apoyo a esas familias).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

c) Aunque el carácter genérico y ambiguo de algunos mandatos constitucionales, como el principio de igualdad material que acabamos de mencionar, hacen que la frontera entre lo “constitucionalmente impuesto” y lo “constitucionalmente admisible” sea en muchos casos difícil de trazar, conviene separar del caso anterior aquellas políticas de apoyo familiar que, si bien no vienen directa o claramente exigidas por mandatos constitucionales, son perfectamente admisibles desde la perspectiva constitucional, y pueden venir recomendadas por muy diversas razones de interés general, de apoyo a situaciones de cierta dificultad (aunque no impliquen necesariamente que las familias estén en una situación de inferioridad o postergación), o de fomento de determinadas políticas para conseguir objetivos determinados. Aquí se pueden englobar las medidas de apoyo específico que incluyan un tratamiento más favorable a familias cuyas circunstancias permiten hacer presumir mayores dificultades, como las familias monoparentales o las familias numerosas, por ejemplo. Además en este último caso existe como argumento justificativo adicional el fomento de la natalidad, objetivo plausible de un Estado en las circunstancias actuales. Desde luego, al igual que en el supuesto anterior, estas circunstancias diferentes no otorgan automáticamente legitimidad constitucional a cualquier medida de favor a estas familias, pero permiten identificar supuestos de hecho diferentes que justificarían el trato diferente si se supera el “juicio de razonabilidad” en los términos ya apuntados. La diferencia con el caso anterior es que en este último supuesto hay que justificar la legitimidad del fin, que iría de suyo cuando se trata de una finalidad constitucionalmente impuesta.

6. LA FAMILIA COMO POSIBLE TITULAR DE DERECHOS

Aunque el reiterado carácter del artículo 39 de la Constitución como principio rector nos hace pensar en primer lugar en la familia como objeto de protección jurídico-constitucional, hay argumentos que permiten considerar también a la familia como sujeto colectivo titular de derechos, y eventualmente de deberes.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Por un lado, el enunciado de algunos de los textos internacionales anteriores mencionados parten precisamente de esa idea, y así los ya citados artículos 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirman que “la familia... tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, lo que constituye sin duda un enunciado en el que la familia adopta la posición de sujeto y no de objeto, a diferencia de lo que sucede en otros textos.

Por otro lado, hay derechos cuya misma esencia presupone a la familia, y que si bien hacia el exterior podrían ser invocados individualmente por cualquiera de sus miembros, pueden en realidad predicarse de la familia como conjunto. Tal es el caso por ejemplo de la intimidad familiar, como ha reconocido el Tribunal Constitucional (por ejemplo, STC 231/1988, de 2 de diciembre). Este derecho, en la forma amplia en que debe ser entendido de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos basada en la interpretación del artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (que reconoce el derecho a la “vida privada y familiar”), va mucho más allá de la estricta vida íntima de la familia, incluyendo la protección de las mismas relaciones paterno-familiares o la reunificación familiar.³⁷⁰ Por tanto, aunque este derecho pueda ser invocado por cada uno de sus miembros a título individual, podría entenderse que cabe predicarlo además de la familia en su conjunto.

Por lo demás, en el sistema constitucional otras entidades, cuya constitución o creación pueden ser consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales por personas individuales, pueden luego ser titulares de derechos como tales entidades colectivas. Tal sucede por ejemplo con las confesiones religiosas, las asociaciones o los sindicatos, producto respectivamente del ejercicio por un conjunto de individuos de la libertad religiosa, la libertad de asociación o la de sindicación, pero a la vez sujetos de tales libertades eventualmente de otras.

Obviamente, en el caso de la familia se encuentran peculiaridades que dificultan una consideración idéntica, como la ausencia de personalidad jurídica o el reiterado hecho de su tratamiento en un principio rector. Pero

³⁷⁰ Por ejemplo, SSTEDH de 6 de noviembre de 1999, caso *E.P. contra Italia* o de 11 de octubre de 2001, caso *Sommersfeld contra Alemania*.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ninguno de estas dos circunstancias le resta realidad como entidad con un sentido que trasciende al de cada uno de sus miembros, y que si bien es difícil sea titular de un derecho constitucional a su protección, sí puede serlo en el ámbito internacional, como ya se ha apuntado, así como en el ámbito jurídico interno si diversas normas le conceden esa consideración subjetiva y no solo objetiva.

En suma, cabe entender que, además de cada uno de sus miembros a nivel individual, la familia como entidad colectiva puede llegar a ser considerada por el ordenamiento también como sujeto titular de derechos, y no meramente objeto de protección jurídica.

7. LOS DEBERES INTRAFAMILIARES

Paralelamente su consideración como sujeto titular de derechos, cabe imaginar que la familia sea también sujeto responsable de deberes ante la sociedad o ante el Estado. Sin embargo, no parece que el ordenamiento haya concretado esa posibilidad en obligaciones concretas. Cabe señalar que la posibilidad existente en el ámbito tributario de que las rentas de los distintos miembros de la unidad familiar se sumen de cara a la tributación conjunta no es un deber u obligación, sino una alternativa en la que la consideración familiar es relevante y que se ofrece precisamente en beneficio de la familia, pero no como deber de esta. De hecho, la regulación anterior que imponía a los matrimonios la tributación conjunta fue declarada inconstitucional por vulneración del principio de igualdad, en este caso por discriminación entre distintos tipos de familia (STC 45/1989, de 20 de febrero), aunque no cabe descartar que en ciertos casos el legislador pudiera considerar a la familia como sujeto de deberes u obligaciones, siempre que no lo haga discriminando entre distintos tipos de familia.

Lo que sí ha establecido la Constitución son diversos deberes individuales predicables de distintos miembros de la familia e impuestos en interés de esta. Estos deberes han sido luego concretados por el legislador, en especial en el Código Civil.

Así, en primer lugar, encontramos el art. 32.2 de la Constitución, que remite a la ley la regulación, entre otros aspectos relativos al matrimonio, de “los derechos y deberes de los cónyuges”. Ello implica que la norma

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

fundamental reconoce la existencia de estos derechos y deberes, pero, a diferencia de lo que sucede con otros preceptos constitucionales que establecen deberes, aquí no se contiene ningún principio o criterio material que limite la configuración legal de las concretas obligaciones derivadas de este derecho, con la única excepción del necesario respeto al criterio de igualdad en el establecimiento de estos derechos y deberes, que deriva del reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio “con plena igualdad jurídica”. La regulación legal de estos deberes se encuentra en el capítulo V del título IV del libro I del Código Civil, que comienza con la proclamación de igualdad de derechos y deberes en el artículo 66. Los siguientes preceptos enuncian los deberes, que son: “respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia” (art. 67); “vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”, así como “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Aparentemente alguno de estos deberes se situarían más en el plano moral que en el jurídico; sin embargo, su incumplimiento no está exento de respuesta, en particular la sanción penal en supuestos de injurias, lesiones u otros más graves; e incluso se recogen como delitos específicos la violencia física o psíquica habitual contra el cónyuge, entre otras personas, o determinadas lesiones en los arts. 173.2 y 153.2 del Código Penal, si bien este último solo es aplicable si la víctima es mujer. Además, el art. 143 del Código civil incluye a los cónyuges entre los obligados recíprocamente a darse alimentos.³⁷¹ Si en el ámbito penal los preceptos citados aplican las mismas consecuencias jurídicas a los supuestos de convivencia extramatrimonial, cabe pensar en qué medida un criterio de analogía exigiría trasladar a esos supuestos algunas de las obligaciones civiles derivadas del matrimonio.

Por otro lado, también encontramos un deber constitucional fundamental en el ya citado artículo 39.3 de la Constitución, que encuentra su antecedente en el art. 43 de nuestra Constitución de 1931 y en otros textos más

³⁷¹ Nótese que el Código civil no recoge el que seguramente sería el principal deber “moral” en el matrimonio, como es el de amarse, porque en este caso sí resultaría imposible hacerlo jurídicamente exigible. En cambio, incluso el más ambiguo de los deberes expresamente recogidos, como es probablemente el de respetarse, puede generar las consecuencias jurídicas civiles o penales apuntadas en caso de que su incumplimiento alcance determinado nivel.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

recientes del constitucionalismo extranjero, cuyo texto dispone que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Se configura así un deber que, desde otra perspectiva, es un derecho para los hijos. Pero en cualquier caso requiere de un desarrollo legislativo para establecer las obligaciones (derechos de los hijos) concretas que de él derivan. A este respecto, el texto constitucional establece solo algunos criterios que ha de respetar el legislador: en primer lugar, que el deber se predica de forma igualitaria respecto a los hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de este (lo cual deriva también del art. 39.2 y del 14); en segundo lugar, que esta asistencia debe prestarse como mínimo durante la minoría de edad, aunque la ley puede establecer otros supuestos en los que se produzca la misma obligación; y en tercer lugar, el ámbito de la asistencia que debe prestarse se describe muy genéricamente en la Constitución como “asistencia de todo orden”, lo que parece implicar, el menos, la satisfacción de las necesidades materiales básicas (alimentos en sentido estricto, vestido, habitación, atención médica), así como la educación, que es un derecho fundamental según el art. 27 de la Constitución, y en cuyo ámbito los padres pueden elegir centros diferentes a los públicos, así como la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones (art. 27.3), aunque la garantía última de que este derecho de los menores se satisface corresponde a los poderes públicos.

El desarrollo legal de este deber se encuentra tanto en el Código Civil como en el penal. El primero de ellos señala que la patria potestad comprende el deber de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154), y permite privar al padre o a la madre total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (art. 170), e incluye entre los obligados recíprocamente a prestarse alimentos a los ascendientes y descendientes (art. 143). Por su parte, el Código Penal dedica la sección 3a. del capítulo III del título XII de su libro segundo al “abandono de familia, menores o incapaces”, y castiga en su art. 226 a quien “dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

descendientes, ascendientes o cónyuge”, y en su artículo siguiente a quien dejare de pagar las prestaciones económicas a favor de su cónyuge o hijos, establecidas en convenio aprobado judicialmente o en determinadas resoluciones judiciales que se mencionan. El artículo 229 establece el delito de abandono de menores, agravando la pena si el abandono se realiza por padres, tutores o guardadores legales.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

La bibliografía sobre la protección jurídica de la familia es amplísima. A continuación se va a destacar solamente una breve muestra de los trabajos que inciden en el tema desde la perspectiva constitucional o de los derechos humanos que aquí se han abordado.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Familia y Constitución”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 14, 2002.

COBREROS MENDAZONA, Eduardo, “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, 1987

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

ERRÁZURIZ, Cristina, “Sobre la protección internacional de la familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, núm. 2, 1994.

GIMÉNEZ GLUCK, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.

MARTÍN SÁNCHEZ, María, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “La familia en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000.

POLO SABAU, José Ramón, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de familia*, Madrid, Civitas, 2006.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, “La garantía europea de los derechos a casarse y a fundar una familia”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2007.

PUIG FERRIOL, Lluís, “Constitución y protección de la familia”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 40, 2002.

CAPÍTULO XII

REFLEXIONES SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (2015)

1. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN (TIC) Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: PANORAMA GENERAL

Hoy es común destacar los espectaculares avances que en muy pocas décadas han alcanzado las nuevas tecnologías destinadas a facilitar la comunicación entre las personas y el flujo de informaciones, y muy en particular el impresionante desarrollo que ha tenido Internet desde su creación relativamente reciente. Se trata de cambios de gran calado que se han producido de forma vertiginosa, planteando retos complejos y novedosos a nuestras sociedades en muy variados ámbitos.

Toda situación novedosa suele requerir una regulación jurídica, y por ello el acercamiento del Derecho a estas nuevas tecnologías es imprescindible. Pero aun dentro del ámbito jurídico, las dimensiones de análisis de este complejo fenómeno son muy amplias (civil, comercial, penal...). Aquí nos van a interesar las relativas a las implicaciones que para los derechos fundamentales tienen estos modernos avances. Se trata de consecuencias de gran trascendencia, y aunque recientemente han comenzado a ser objeto de tratamiento doctrinal, quedan aún muchas cuestiones por analizar, y está pendiente un análisis global que, más allá de las consecuencias específicas que pueden apreciarse en cada derecho concreto, ponga de relieve la trascendencia que estos fenómenos tienen sobre el

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

conjunto del catálogo de los derechos, y más allá de ello sobre la propia teoría de los derechos fundamentales, su concepto y su propia naturaleza.

Desde luego, el presente estudio no tiene unas pretensiones tan ambiciosas, pero sí pretende al menos llevar a cabo un acercamiento a los problemas más generales que se plantean en este terreno, así como apuntar algunos de los muchos aspectos específicos pendientes de afrontar y resolver. Dos ideas presiden el análisis: en primer lugar, la ambivalencia de las TIC en el ámbito de los derechos fundamentales, ya que las tecnologías a las que vamos a referirnos, que manifiestamente están pensadas para favorecer y facilitar el ejercicio de diversos derechos fundamentales (como las libertades de expresión en sentido amplio) suponen sin embargo una clara amenaza para otros, y en concreto para todos los vinculados a la vida privada, aunque acaso también esta visión (potenciación de la información, amenaza para la vida privada) sea demasiado simple y unidimensional. En segundo lugar, la idea de convergencia entre las tecnologías destinadas a la transmisión de la información y las que se orientan a facilitar la comunicación, que es bastante evidente desde la perspectiva de la tecnología, tiene acusadas consecuencias en el terreno de los derechos fundamentales.

Pero antes de entrar en el análisis de esos aspectos, conviene detenerse mínimamente en la definición y delimitación del amplio fenómeno al que nos venimos refiriendo. Suelen utilizarse las expresiones “tecnologías de la información y de la comunicación”,³⁷² “nuevas tecnologías de la información”, o simplemente “nuevas tecnologías”³⁷³ para referirse a un conjunto de instrumentos desarrollados en las últimas décadas para la comunicación y la transmisión de la información. En nuestra opinión, la distinción entre información y comunicación vendría dada porque la primera preten-de la libre difusión de datos de todo tipo, y tendencialmente es abierta, la

³⁷² Como aclaración puramente lingüística, conviene destacar que el Departamento de “Español al día” de la Real Academia Española respondió a una consulta planteada al efecto del siguiente modo: “La mayúscula no está justificada en el uso genérico de la denominación tecnologías de la información y de la comunicación: *El incremento de las tecnologías de la información y la comunicación repercute en el crecimiento económico*. En cambio, la sigla que le corresponde, TIC, debe escribirse con mayúsculas”.

³⁷³ La bibliografía sobre este tema es inabordable, al igual que los sitios web. Aquí se considerará exclusivamente la más relevante, entre los trabajos vinculados al ámbito jurídico, y en particular a la problemática constitucional de las TIC. Las expresiones “nuevas tecnologías” y “tecnologías de la información y la comunicación” (TIC) tienden a utilizarse como sinónimos.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

comunicación busca acercar a las personas y facilitar los contactos y la transmisión de todo tipo de mensajes y opiniones entre ellas, de modo que tendería más bien a un contexto más cerrado o privado. Con todo, se ha destacado acertadamente que el aspecto más interesante de las nuevas tecnologías es la convergencia entre la tecnología de las telecomunicaciones, la informática y la radiodifusión, de manera que “en el futuro inmediato ya no tendrá sentido entender el teléfono como algo diferente de la televisión y ésta como algo muy distinto de un periódico” (Fernández Esteban 1998, p. XX). Por tanto, cada vez es más difícil –y tiene menos sentido— distinguir entre la información y la comunicación, y ello aboga por una visión amplia y convergente de las nuevas tecnologías (García Mexía 2005, pp. 121 ss).

Desde esta perspectiva, y a efectos del presente trabajo, consideraremos como “tecnologías de la información y de la comunicación” o “nuevas tecnologías” (que en este contexto usaremos como sinónimos), y entre otros instrumentos de transmisión y recepción de comunicaciones e informaciones, la telefonía fija, el móvil, la radio y la televisión, el GPS, la informática y los ordenadores, el fax, la videoconferencia, los SMS y otros servicios de mensajería, el correo electrónico, el chat o mensajería instantánea, y ocupando un indiscutible protagonismo, Internet, que incluye hoy buena parte de las anteriores prestaciones.

Dada la amplitud de las infraestructuras, tecnologías e instrumentos utilizados, y a efectos de una mejor sistematización, cabría quizá distinguir las tecnologías según diversos criterios:

- 1) en función de la vía o canal de comunicación utilizado: cable telefónico, otros tipos de cables, tecnología telefónica inalámbrica, ondas hertzianas, satélite...
- 2) en función del tipo de aparato utilizado como receptor (y, en su caso, también emisor): televisor, teléfono fijo o móvil, fax, receptor GPS, ordenador, otros electrodomésticos...
- 3) en función del tipo de contenido de la comunicación: contenido audiovisual, mensajes de todo tipo, voz, archivos informáticos (que a su vez pueden incluir cualquiera de los anteriores contenidos, o bien otros...), otros datos...

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

4) en función del tipo de comunicación en sentido propio: televisión, radio, teléfono, páginas web, correo electrónico, chat...

Este intento de clasificación pone de relieve que a un mismo tipo de comunicación puede accederse desde diferentes aparatos y por vías distintas, que a su vez son susceptibles de utilización para transmitir o recibir contenidos variados.³⁷⁴ Con este enfoque amplio podemos analizar, en términos generales, las implicaciones que estas nuevas tecnologías tienen sobre los derechos constitucionales.

Como se ha apuntado, las implicaciones de las TIC en los derechos fundamentales son enormes, de modo que en el contexto del presente trabajo sólo cabe describir brevemente el panorama de derechos y principios constitucionales afectados genéricamente por el impresionante desarrollo de todas las nuevas tecnologías.³⁷⁵

En este marco hay que destacar, entre los valores constitucionales, la incidencia de la dignidad de la persona, al servicio de la cual debe aplicarse toda la Ciencia y la Tecnología, que en ningún caso debe vulnerar este valor fundamental. Igualmente son aplicables en esta materia los valores de la libertad, la igualdad y el pluralismo político. El primero de ellos (con

³⁷⁴ Así, por ejemplo, puede accederse a una página web a través de cable telefónico, tecnología telefónica móvil, otro tipo de cable, utilizando un teléfono celular, un ordenador o un televisor, entre otros.

³⁷⁵ Existe ya abundante bibliografía sobre las implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías (como ya se apuntó, la relativa en general a este fenómeno u otras dimensiones del mismo es inabarcable). No hay tanta, en cambio, sobre su relevancia jurídico-constitucional. Sin perjuicio de las citas más específicas sobre Internet y Derecho, a las que nos referiremos más adelante, podemos mencionar ahora Pérez Luño 1987 y 1996. Igualmente puede reiterarse el ya citado trabajo de Fernández Esteban 1998; VV. AA. 2003, Villagrasa Alcalde 2003, Murillo Villar et al. 2005, Rodotà 1994.

Más específicamente, sobre las implicaciones y problemas jurídicos de la informática, puede destacarse Pérez Luño 1996, Madrid Conesa 1994; o Meján 1994, así como los *Encuentros sobre Informática y Derecho* coordinados por M. A. Davara Rodríguez y publicados anualmente por la Universidad Pontificia de Comillas y la editorial Aranzadi.

Igualmente hay que mencionar algunas publicaciones periódicas, como la *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, que se viene publicando desde el año 2003, así como *Derecho y Conocimiento. Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y el conocimiento*, editado por la Universidad de Huelva. En la web las referencias serían inacabables, pero quiero citar al menos la excelente página de la *Red Derecho TICs* <http://www.derechotics.com/>, con una gran cantidad de recursos y enlaces.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

su corolario el libre desarrollo de la personalidad, y los concretos derechos aplicables) juega un papel fundamental, pues las nuevas tecnologías, en cuanto que son instrumentos idóneos para la comunicación y la información, permiten y facilitan el ejercicio de esa libertad en sus diversas manifestaciones, al tiempo que deben estar regidas, en su acceso y en su funcionamiento, por el mismo principio de libertad. El pluralismo sería en este caso una consecuencia de esa libertad, en tanto que la misma posibilita el acceso y la utilización de las TIC por los diversos grupos políticos y sociales, de manera que las tecnologías muestran así la manifestación del pluralismo de la sociedad. En cuanto a la igualdad, su relevancia respecto a las nuevas tecnologías es igualmente muy elevada, porque este valor debe regir también el acceso y la utilización de las nuevas tecnologías, no sólo con el corolario de la prohibición de discriminación en este acceso, sino también con la consecuencia del deber para los poderes públicos de hacer “real y efectiva” esa igualdad en el acceso.

Respecto a los concretos derechos fundamentales que tienen incidencia en el tratamiento constitucional de las nuevas tecnologías, puede decirse que prácticamente todos ellos resultan de aplicación y tienen alguna manifestación concreta o consecuencia en este ámbito, e incluso, como veremos más detalladamente, puede hablarse de “nuevos derechos” directamente vinculados a las nuevas tecnologías. Entre los derechos principalmente aplicables tienen un papel protagonista los derechos vinculados a la libertad de expresión en sentido amplio, y los que protegen la vida privada. Ahora bien, con ser estos dos bloques de derechos los que más directamente se vinculan a las nuevas tecnologías, los mismos están muy lejos de agotar el catálogo de derechos implicados en este ámbito. Como hemos sugerido, prácticamente cualquier derecho muestra alguna implicación o dimensión vinculada a las nuevas tecnologías, o es susceptible de ejercicio utilizando éstas, que normalmente contribuyen a hacerlo más accesible.³⁷⁶

³⁷⁶ A título de ejemplo, y refiriéndome a los artículos de la Constitución española, puede mencionarse el derecho a no ser discriminado (art. 14 CE), que es aplicable en el acceso a la utilización de estas nuevas tecnologías; la libertad de ideología y religión (art. 16 CE), que puede ejercerse también mediante la utilización de estos modernos instrumentos; la libertad de reunión y manifestación (art. 21) y la libertad de asociación (art. 22 CE), que igualmente pueden servirse de éstas tecnologías como instrumento que facilite su uso, o incluso como ámbito en el que el mismo pue-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

De este modo, la incidencia de las nuevas tecnologías en los derechos constitucionales es verdaderamente amplia y compleja. Ello no debe extrañar pues las TIC son instrumentos hoy casi omnipresentes en nuestra “sociedad de la información”, en el seno de la cual ejercemos hoy en día todos nuestros derechos constitucionales. Por tanto, esta vinculación tan intensa por lo estrecho de la relación, y al tiempo tan extensa por la amplitud de las implicaciones y relaciones existentes, entre TIC y derechos constitucionales, no es sino una manifestación más de las relaciones entre Derecho y sociedad, y en particular una consecuencia de que los derechos constitucionales sólo existen en tanto se ejercen en el seno de esta sociedad. En los apartados sucesivos vamos a detenernos en algunas consecuencias e implicaciones más específicas.

2. LA CONVERGENCIA ENTRE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN Y LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN ENTRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

La convergencia entre las diversas tecnologías de la información y de la comunicación parece un fenómeno imparable. Ello va a provocar una dificultad creciente para delimitar los medios dedicados a la transmisión pública de información, y los dedicados a la comunicación privada; entre los

de ejercerse, aunque sea en un sentido “virtual”; los derechos de participación política, y en particular el sufragio activo (art. 23 CE) que, en el estado actual de desarrollo tecnológico, podrían utilizar para su ejercicio parte de las nuevas tecnologías; el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (art. 27 CE), que perfectamente pueden ejercerse utilizando íntegra o parcialmente los modernos instrumentos tecnológicos, al igual que le sucede al derecho de petición (art. 29), por mencionar sólo alguno de los derechos fundamentales en el sentido más estricto. La enumeración podría seguir con el resto de los derechos y deberes constitucionales, y así podrían citarse, a título de muestra, el sostentimiento a los gastos públicos (art. 31), la propiedad (art. 33), el derecho al trabajo (art. 35), el acceso a la cultura (art. 44), o la protección constitucional de la juventud (art. 48), los discapacitados (art. 49), la tercera edad (art. 50), y los consumidores y usuarios (art. 51), todos ellos sectores respecto a los que debe fomentarse la posibilidad de acceso a las nuevas tecnologías, y al tiempo protegerlos frente a posibles lesiones de sus derechos realizadas mediante el uso —o abuso— de estos instrumentos.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

“tradicionales” medios audiovisuales y los medios de telecomunicación.³⁷⁷ Por lo demás, cada vez es más necesario distinguir entre el “aparato”, la vía y el tipo de comunicación en sentido estricto, dado que, como ya he apuntado, un mismo instrumento puede utilizarse para la transmisión o recepción de informaciones abiertas o comunicaciones cerradas, a través de medios muy diferentes. Así, por ejemplo, hoy es perfectamente posible utilizar el teléfono móvil, medio destinado en principio a la transmisión de comunicaciones cerradas, para acceder a Internet, que es principalmente un medio de difusión de información en principio abierto. A la inversa, podemos emplear el aparato de televisión para leer el correo electrónico (medio de comunicación cerrado). En fin, Internet en sentido amplio actúa como el gran centro de toda esta confluencia, al aunar la informática, las telecomunicaciones y los medios audiovisuales “tradicionales” (Llaneza González 2000, García Mexía 2005, pp. 121-122): hoy podemos acceder a Internet sin utilizar un ordenador (a través de un teléfono, en el televisor, en el frigorífico, en el coche...); y sea cual sea el aparato utilizado para ese acceso, a través de la Red podemos ver la televisión, escuchar la radio, llamar por teléfono, enviar un fax, leer el correo electrónico, impartir o asistir a una videconferencia, por citar sólo algunas de las múltiples actividades imaginables.

Esta convergencia, acompañada quizá de una cierta confusión entre los medios, tiene consecuencias en el ámbito de los derechos fundamentales. Entre otras, puede destacarse la dificultad para delimitar el ejercicio de las libertades de expresión e información, por un lado, y la libertad de las comunicaciones —al servicio de la cual está el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones— por otro.

³⁷⁷ Esta difícil distinción tiene consecuencias jurídicas más generales, como la dificultad para articular un régimen jurídico diferente de las telecomunicaciones y del sector audiovisual, como todavía hace nuestro Ordenamiento. Véase al respecto García Mexía 2005, pp. 124-126, quien, para el caso de Internet, propone una nueva distinción, que separaría la regulación del acceso a la red, por un lado, y los contenidos de la misma, por otro. Sobre la llamada “convergencia multimedia”, véase por ejemplo Fernández Salmerón 2007, pp. 235 ss. Téngase en cuenta además el *Libro verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, Bruselas, Comisión Europea, 1997.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En efecto, como destacó el Tribunal Constitucional español desde las primeras sentencias dedicadas al tema, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, rectamente entendido, supone una consagración de la libertad de las comunicaciones, que es su bien jurídico protegido.³⁷⁸ Por lo demás, “en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo”.³⁷⁹ Se trata, por tanto, de la posibilidad de que las personas se comuniquen libremente entre sí a través de cualquier medio, sin temor a interceptaciones externas, ni por terceros ni por los poderes públicos, que puedan afectar al proceso comunicativo, al contenido de la comunicación, o a su soporte,³⁸⁰ siendo la protección del mensaje comunicativo el objetivo último del derecho.³⁸¹ El Tribunal Constitucional ha señalado que “el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación”.³⁸² La protección constitucional se proyecta sobre el proceso de la comunicación, cualquiera que sea la técnica utilizada;³⁸³ pero para entrar en el ámbito de esta garantía constitucional se requiere necesariamente la utilización de un medio o soporte determinado (sea o no tecnológico) apto para una comunicación privada cuyo secreto sea susceptible de mantenerse (Díaz Revorio 2006, pp. 125 ss.).

Y aquí es donde se produce la dificultad para delimitar, en ciertos supuestos, el ejercicio de este derecho con las libertades de expresión e in-

³⁷⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7. Esta jurisprudencia ha sido muy reiterada posteriormente.

³⁷⁹ STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5, y STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3.

³⁸⁰ Ciertamente, el Tribunal ha distinguido, señalando que el soporte no se protege de forma directa, sino indirecta, ya que su protección está al servicio de la del mensaje en él contenido (STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3).

³⁸¹ En efecto, la reciente STC 281/2006, de 9 de octubre, si bien referida al concepto de “comunicación postal”, que el Tribunal equipara al de “correspondencia”, da algunas pautas bien interesantes para delimitar los perfiles del derecho al secreto de las comunicaciones, acudiendo al concepto de “mensaje” para precisar el ámbito de protección del derecho.

³⁸² STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.

³⁸³ STC 70/2002, de 3 de abril.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

formación, teniendo en cuenta que, como ya hemos apuntado, cada vez son más los medios aptos tanto para una comunicación privada como para la difusión pública de la información o de opiniones. Como es obvio, esta delimitación es necesaria, y no como mero ejercicio teórico o dogmático, sino porque los requisitos constitucionales para la intervención, y las consecuencias de la misma, son bien distintas en uno u otro caso: mientras que en el caso del secreto de las comunicaciones es inadmisible la interceptación de las mismas y el conocimiento por terceros de su contenido, así como su difusión, salvo resolución judicial, cuando lo que se ejerce es la libertad de expresión y/o de información lo que prohíbe la Constitución es justamente el impedir la difusión de la información o las opiniones transmitidas (salvo el secuestro judicial previsto en España en el 20.5 CE). El secreto de las comunicaciones tiende a evitar el conocimiento y difusión de su contenido; las libertades de expresión e información, justamente al contrario, tienden a posibilitar la difusión de cualquier opinión o información. En el primer caso se protege una comunicación restringida, en el segundo una comunicación amplia o “de masas”.

Desde luego, las libertades de expresión e información sirven a una finalidad bien distinta, dado que son un instrumento que posibilita una comunicación *pública* libre, mientras el secreto de las comunicaciones es un instrumento al servicio de la libertad de las comunicaciones *privadas*, y éste debe ser, a mi juicio, el criterio fundamental para delimitar el ejercicio de ambos derechos. De este modo, cuando la comunicación se realice a través de un medio o soporte que, atendidas las circunstancias del caso, sea idóneo para una comunicación privada, estaremos ante un supuesto de ejercicio de la libertad de comunicaciones, con independencia de cuál sea el aparato utilizado para llevar a cabo ese proceso comunicativo. En cambio, cuando el medio permita en el caso una difusión abierta del contenido de la comunicación, estaremos ante la libertad de expresión y/o de información. Hay que atender, por tanto, al tipo de comunicación utilizado, y examinar si el mismo es, como tal, idóneo para una comunicación privada.³⁸⁴

³⁸⁴ Me parece preferible utilizar el adjetivo “privado” a “restringido”, pues una comunicación pública puede restringirse por diversas razones y no por ello le alcanza la protección del secreto de las comunicaciones (por ejemplo, televisión de pago, webs de acceso restringido).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cierto es que esta delimitación, aparentemente clara desde la perspectiva teórica, plantea supuestos más dudosos en la práctica, que parecen ir aumentando a medida que las TIC se desarrollan y avanzan hacia una mayor flexibilidad. Aun claramente dentro del ámbito del secreto de las comunicaciones, podemos encontrar supuestos en los que, por la propia naturaleza del proceso comunicativo, la comunicación no puede ser totalmente cerrada, sino que requiere o permite, según los casos, el conocimiento por algún tercero, de forma que el secreto admite grados dependiendo de las características técnicas del medio empleado para la comunicación (Díez-Picazo Giménez 2008, p. 324): así como, por ejemplo, una tarjeta postal incorpora un texto abierto, o al menos con el mismo nivel de accesibilidad que la misma dirección del destinatario, la empresa que proporciona el servicio de correo electrónico emplea un servidor propio por el que transitan todos los mensajes de sus clientes (o trabajadores), aunque ello no le da derecho para conocer o divulgar los contenidos de estas comunicaciones. A medida que vamos avanzando en el grado de “apertura” del medio, nos encontramos con supuestos más dudosos, como la videoconferencia o videollamada, las páginas web de acceso limitado o que difunden de forma restringida contenido audiovisual o sujeto a propiedad intelectual, o la televisión difundida de forma restringida a través del teléfono móvil. En todos estos casos será necesario valorar el tipo de comunicación (y no el contenido, ya que de éste sólo dependerá, en su caso, una vulneración de la intimidad)³⁸⁵ para determinar si estamos ante una comunicación privada o pública. Por ejemplo, la difusión a través de web apunta a una comunicación pública, aun cuando el acceso sea restringido, y la interceptación de su contenido no vulnera el secreto de las comunicaciones³⁸⁶ (lo que sí sucedería si el mismo contenido se difunde por vías “pri-

³⁸⁵ Pérez Ugena et al. (2003) afirman de manera ambigua que “el desarrollo de productos convergentes resta valor a esta clásica distinción entre soportes y nos hace acudir a los contenidos para determinar la aplicabilidad del régimen del secreto. Así, en Internet habrá que estar a la utilización del medio...” En mi opinión, como se expone en el texto, no es el contenido lo que ha de tenerse en cuenta, sino el tipo de medio o soporte y su idoneidad para la transmisión de mensajes privados.

³⁸⁶ Aunque lógicamente sí puede vulnerar la intimidad o, en su caso, derechos de contenido patrimonial vinculados a la propiedad intelectual. Puede destacarse que la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2007, asunto *Copland contra Reino Unido*, apunta la idea de que la navegación por Internet se encuentra protegida por el artículo 8 del Convenio,

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

vadas” como el correo electrónico); otro tanto sucedería con la televisión a través del móvil.³⁸⁷ En fin, en otros casos, como la videoconferencia, aun cuando en principio ésta es un medio idóneo para la transmisión de comunicaciones o mensajes privados, habrá que tener en cuenta el medio utilizado, y hasta el contexto, para determinar si existe o no protección por el derecho al secreto de las comunicaciones.³⁸⁸

En definitiva, siendo necesaria la delimitación entre los dos derechos, y dado el número creciente de supuestos conflictivos, no queda sino acudir a las ideas generales antes expuestas, que valoran el sentido y finalidad de cada uno de los derechos, para intentar resolver cada caso concreto.

3. EL ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: ¿UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL?

La mayor parte de las Constituciones no reconocen expresamente un derecho de acceso a las nuevas tecnologías, y aparentemente no es tan fácil en-

aunque no es muy explícita a la hora de determinar si la protección dispensada a la consulta de páginas web deriva de la protección de la vida privada, o de la “correspondencia”.

³⁸⁷ En principio, el teléfono celular es claramente un medio apto para la comunicación privada, y ése es su objetivo fundamental, lo que abogaría por entender que toda comunicación llevada a cabo a través del mismo está siempre protegida por el secreto de las comunicaciones. Sin embargo, el teléfono móvil es sólo un aparato receptor (o emisor), susceptible de ser utilizado para muchos fines, entre ellos el acceso a formas de telecomunicación, y a otras de información. En el primer caso (conversación telefónica en sentido propio, correo electrónico a través del móvil), estaremos ante un ejercicio de la libertad de las comunicaciones protegidas por el derecho al secreto de éstas; pero en el segundo, es decir, cuando el móvil se utiliza para el acceso a informaciones que se difunden, aunque sea con carácter restringido (por ejemplo, cuando se accede desde el móvil a Internet, o a contenido audiovisual como la televisión), estamos en realidad ejerciendo el derecho a comunicar y recibir información, o bien a la libertad de expresión, aunque por otras razones, habitualmente económicas, se pueda restringir el acceso. Obviamente, el conocimiento por terceros o la difusión no autorizada de ese contenido puede vulnerar otros derechos, desde la intimidad a derechos civiles vinculados a la propiedad intelectual, pero no el secreto de las comunicaciones.

³⁸⁸ En efecto, una videoconferencia a través de un teléfono móvil, o de Internet, realizada de forma restringida entre varias personas (con independencia del número de éstas), y sin acceso abierto al lugar de la transmisión o la recepción, estará protegida por el secreto de las comunicaciones. En cambio, una videoconferencia que se transmite a una sala abierta al público, a la que en principio puede acceder cualquier persona, o cualquiera perteneciente a un colectivo, pero en la que el número de asistentes no es cerrado, no estará protegida por este derecho.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

contrar una fundamentación directa y única para el mismo. Pero los desarrollos científicos y tecnológicos hacen que se sienta como una necesidad humana merecedora de satisfacción el acceso a aquellos instrumentos que hace no mucho tiempo eran inexistentes o se consideraban un lujo. En este contexto, algún autor se ha pronunciado ya a favor de un derecho fundamental de acceso a las nuevas tecnologías, en particular a la red (Díaz Pintos 2001, pp. 323 ss.). Y el Derecho, que suele ir incorporando el reconocimiento y garantía de esas nuevas demandas sociales (aunque lógicamente más tarde de que las mismas se produzcan), ha reconocido ya dicho derecho de acceso a las nuevas tecnologías, si bien sólo en algunos textos muy recientes. En el caso español, prácticamente todos los nuevos Estatutos de autonomía lo han incorporado a sus recién estrenados catálogos de derechos. Por su parte, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aun sin mencionarlo expresamente, da pie a entenderlo incluido en el derecho de “acceso a los servicios de interés económico general” (artículo 36).

Pero todo esto, aunque pone de relieve la reciente tendencia a la incorporación del acceso a las nuevas tecnologías como derecho, no supone necesariamente que el mismo encuentre reconocimiento implícito en aquellos textos constitucionales que no lo recogen expresamente. Para poder afirmar esta protección, habría que encontrar argumentos en el propio texto fundamental. Éstos, aunque se basen en valores más o menos comunes en el constitucionalismo actual, podrían ser parcialmente diferentes en cada caso. Si consideramos la Constitución española, los posibles argumentos (que, *mutatis mutandis* podrían trasladarse en parte a otros textos constitucionales) para entender reconocido un derecho de este tipo podrían ser los siguientes:

- 1) La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el artículo 10.1, requieren una interpretación evolutiva que, sin renunciar al contenido mínimo intangible de la dignidad, permitan incorporar en la misma las necesidades y exigencias que van surgiendo como consecuencias del desarrollo social, cultural, científico y tecnológico. En este sentido, cada vez resulta más plausible la idea de que el acceso a las nuevas tecnologías puede

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ser una manifestación de estos derechos reconocidos en el artículo 10.1.

- 2) Las TIC son un instrumento, y como tal pueden utilizarse para el ejercicio de los más variados derechos fundamentales, como ya se ha visto. En especial, las libertades de expresión e información en sentido amplio, y la libertad de las comunicaciones, que está al servicio del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, requieren del uso de las nuevas tecnologías.
- 3) En relación con lo anterior, dado que en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, eso implica, en el presente caso, poner los medios para facilitar a todos en iguales condiciones el acceso a las nuevas tecnologías.
- 4) Por último, el artículo 44.1 de la Constitución española, dentro de los principios rectores de la política social y económica, reconoce el derecho de acceso a la cultura. En la llamada “sociedad de la información” este acceso simplemente no es posible si no se dispone previamente de un acceso a las nuevas tecnologías, y en particular a las que permiten obtener información y opinión.

Desde nuestro punto de vista, los argumentos anteriores permiten entender que existe una protección constitucional para el acceso a las nuevas tecnologías, si bien habría que distinguir una doble dimensión del mismo:

- a) En su dimensión de derecho de libertad, el acceso a las nuevas tecnologías sería un derecho fundamental o, para ser más precisos, formaría parte del contenido de otros derechos fundamentales, dado que estas tecnologías son un instrumento (a veces imprescindible, otras muy conveniente, casi siempre necesario en la práctica) para el ejercicio de estos derechos, como la libertad de expresión o el secreto de las comunicaciones. De este modo, ni los poderes públicos ni terceros pueden impedir u obstaculizar la utilización de las nuevas tecnologías, y además el Estado debe garantizar que no hay injerencias en el ejercicio de este derecho a utilizar las TIC.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- b) Las facetas prestacionales que indudablemente tiene este derecho estarían también protegidas por la Constitución, pero no necesariamente formarían parte del contenido esencial de un derecho fundamental. Más bien, y al menos en línea de principio, estaríamos hablando, además de la protección que corresponde a un precepto de rango constitucional, de un mandato a los poderes públicos, que sólo genera derechos subjetivos concretos en la medida en que lo disponga la ley. Tal es, a nuestro juicio, la posición constitucional de los principios rectores de la política social y económica, de uno de los cuales (el acceso a la cultura) deriva al menos en parte, como hemos visto, la vertiente prestacional del derecho de acceso a las nuevas tecnologías. El papel de los artículos 1.1 y 9.2 en este caso no permitiría justificar una dimensión subjetiva de esas facetas prestacionales, aunque sí el deber de los poderes públicos de llevar a cabo esas prestaciones.
- c) Quedaría por determinar si el juego de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad permite justificar alguna dimensión subjetiva (aunque no como derecho fundamental, dado que estamos en el artículo 10.1 de la Constitución) y al tiempo prestacional, es decir, un derecho constitucional a que los poderes públicos posibiliten el acceso a las nuevas tecnologías. En tales términos generales, parece difícil justificar un derecho de prestación tan amplio (al que por lo demás difícilmente podría hoy hacerse frente de manera universal); sin embargo, creemos que ciertas facetas concretas del mismo, en tanto que directamente vinculadas a la dignidad de la persona, o estrictamente necesarias para hacer posible el libre desarrollo de la personalidad, pueden considerarse como derechos subjetivos constitucionales que los poderes públicos deben satisfacer. Claro está que la determinación concreta de esas facetas es una compleja labor, dado que además el nivel prestacional “mínimamente exigible” en el ámbito de las nuevas tecnologías va cambiando con el tiempo, incrementándose a medida que la utilización de éstas va resultando más imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad y para la protección misma de la dignidad

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

de la persona.³⁸⁹ Seguramente ya hoy una de esas dimensiones pres-tacionales irrenunciables sea el acceso a Internet.

4. INTERNET: SU INFLUENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN LOS VALORES CONSTITUCIONALES

A estas alturas podría parecer que resulta innecesario definir Internet. Sin embargo, el término no siempre se usa con toda propiedad ni en idéntico sentido, y de hecho en ocasiones se hace referencia a una “red mundial de redes” (Essebag et al. 1997, p. 29), y en otras a un “sistema de comunicación transnacional” (Llaneza 2000, p. 35). Desde luego, Internet es todo esto, pues su definición depende de la perspectiva que se adopte para su acercamiento. Para empezar, y desde el punto de vista “físico”, considerando como infraestructura, es en efecto una red de redes de ordenadores, una red de área amplia³⁹⁰ que utiliza diversas tecnologías (cable, línea telefónica, tecnología inalámbrica...) para interconectar las diversas redes, a través de un protocolo. Eso sería Internet en el espacio físico del “mundo real”. Pero Internet es también todo un “espacio virtual”, un medio de intercomunicación de terminales (y en definitiva, de personas) en el que confluyen multitud de servicios en sentido multidireccional:³⁹¹ 1) servicios de navegación, como World Wide Web, WWW o “la web” (quizá el más conocido de los servicios que se ofrecen a través de Internet, hasta el punto de que a veces se confunde con ésta misma, es un sistema de documentos de hipertexto o “páginas web” basadas en el protocolo http, y que pueden contener todo tipo de información), buscadores y “wikis” (sitios web colaborativos que pueden ser editados por varios usuarios); 2) servi-

³⁸⁹ Y también con el lugar, pues no puede obviarse el nivel de desarrollo económico y tecnológico de un Estado a la hora de determinar el nivel de las prestaciones que pueden ofrecerse. Las reflexiones aquí realizadas se centran en la actual coyuntura del sistema español.

³⁹⁰ Esta expresión (en inglés Wide Area Network, WAN) se utiliza para referirse a las redes que deben usar telecomunicaciones para conectarse entre sí, frente a las redes de área local (Local Área Network, LAN), que unen varios ordenadores próximos, por ejemplo en el mismo edificio.

³⁹¹ Para toda la terminología técnica y específica de Internet, aparte de usar la propia web, puede consultarse, entre tantos otros y como libro sencillo, Galo 2001.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cios de comunicación, mediante correo electrónico, listas de correo, “chats”, foros, CMS (sistemas de gestión de contenido), vpn (red privada virtual)...; 3) servicios de datos, a través de FTP (protocolo de transferencia de archivos), web hosting (alojamiento web), redes P2P (peer to peer, entre iguales, es decir, sin seguir el esquema servidor-cliente) o P2M (peer to mail, almacenamiento de archivos en cuentas de correo webmail); 4) servicios multimedia: teléfono VoIP (voz sobre IP, que es el protocolo Internet), televisión y radio, videoconferencia, juegos on line; 5) servicios comerciales, como comercio electrónico o banca electrónica; 6) servicios de acceso remoto, como telnet, o de obtención remota de información, como *gopher*.

De manera que Internet, que ha tenido un espectacular desarrollo desde que en 1969 se iniciara el proyecto ARPANET para unir universidades y redes de ordenadores de titularidad militar,³⁹² hasta los más de mil seis-cientos millones de usuarios alcanzados en 2009,³⁹³ ha llegado a ser todo un mundo virtual cuyo impacto afecta directamente a nuestras nociones de “tiempo” y “espacio”, constituyendo un “ciberespacio” sin entidad física como “lugar”, pero que crece de manera imparable y “alberga” –en sentido figurado— dimensiones importantes de la vida de millones de personas.³⁹⁴

Por ello Internet tiene también facetas políticas, económicas, culturales y sociales, habiéndose llegado a proponer una perspectiva sintética e integradora de Internet que reúna estas dimensiones y las tecnológicas (García Mexía 2005, pp.101 ss). Es, en alguna medida, una “sociedad” virtual, una

³⁹² No podemos detenernos en la interesante e ilustrativa historia de Internet, pero sí recomendar, entre otros, Llaneza González 2000, pp. 37 ss.; De Andrés Blasco 2005, pp. 30 ss.; o Castells 2001, pp. 23 ss.

³⁹³ Fuente: <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> En la fecha de la última consulta realizada ofrecía datos actualizados a 31 de mayo de 2008.

³⁹⁴ Una de las más recientes creaciones de la web, <http://secondlife.com/>, establecida en el año 2003, es exactamente eso, una segunda vida, una vida en un mundo virtual 3D en el que los usuarios pueden participar, mediante la creación de un “avatar” o imagen virtual propia, modificándolo y ejerciendo las más diversas dimensiones de la vida humana, desde circular, hasta comprar y vender (incluyendo tierras en el propio *second life*), o asistir a centros de enseñanza. Pero al parecer ya se han denunciado “violaciones virtuales”, como se refleja por ejemplo en <http://www.baquia.com/noticias.php?id=12334> o http://internetblog.emol.com/archives/2007/05/denuncian_viola.asp. En marzo de 2008, *second life* contaba ya con unos trece millones de usuarios registrados, de acuerdo con la información tomada de http://es.wikipedia.org/wiki/Second_Life

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

comunidad mundial. Y por supuesto, como todo fenómeno social —pero también como fenómeno tecnológico— tiene implicaciones en el ámbito jurídico. Éstas son, desde luego, muy numerosas, y aquí no resulta posible su análisis global.

Nos centraremos por ello en las implicaciones de Internet en el ámbito de los derechos fundamentales, aspecto al que comienzan a dedicarse algunos autores.³⁹⁵ Al respecto, puede darse por reproducido lo ya expuesto con carácter general en relación a las TIC y sus consecuencias respecto a los derechos fundamentales, dado que Internet, como ya se ha reiterado, ocupa un papel protagonista y central en el ámbito de las nuevas tecnologías. Pero por esa misma razón, hay algunas implicaciones específicas que suponen algunas peculiaridades de los derechos fundamentales cuando se ejercen a través de Internet o, en el extremo opuesto, son vulnerados o amenazados desde la Red de redes. En las páginas que siguen analizaremos las principales especialidades o peculiaridades.

5. INTERNET, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PRIVACIDAD

La vinculación más evidente e inmediata de Internet con los derechos fundamentales se produce con la libertad de expresión, entendida ésta en sentido amplio. En efecto, como medio de comunicación, Internet posibilita la transmisión de opiniones, ideas, informaciones, creaciones de todo tipo, a un número potencialmente ilimitado de receptores, aunque también, según los casos, a un número restringido de personas, o incluso a una sola. Sin embargo, conviene destacar las radicales diferencias entre Internet y cualquier otro medio de comunicación, con los cuales obviamente se relaciona y a los que afecta de forma notoria (Sánchez Rodríguez 1997), en el estado actual de desarrollo de la red:

³⁹⁵ De forma destacada, Fernández Esteban 1998, que es quizá la única monografía específica en la materia; y Fernández Esteban 2001; de gran interés por la variedad de implicaciones que se abordan y el tratamiento de los temas, Cotino Hueso 2007. También es recomendable el trabajo de Pérez-Ugena et al. 2003; amplio, completo y bien documentado es el magnífico estudio de Vera Santos 2005. Recomiendo también a Fernández Rodríguez 2002, Boix Palop 2002, y Pérez Luño 2005, pp. 11 ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- 1) La “audiencia potencial” es difícilmente superable, pues como ya se ha apuntado hay más de mil seiscientos millones de usuarios en todo el mundo. Y el crecimiento parece imparable.
- 2) La cantidad de información y opiniones accesibles no tienen tampoco parangón. Ningún otro medio puede ofrecer, ni por aproximación, tanta cantidad de información.³⁹⁶
- 3) Las anteriores diferencias, con ser importantes, ponen de relieve diferencias cuantitativas. Pero Internet posee también una trascendental diferencia cualitativa, caracterizada por la facilidad del acceso a la emisión de información y opiniones, lo que podríamos denominar “nivel de interactividad”. En efecto, si bien de cara a la recepción no hay diferencias significativas con otros medios como la televisión o la radio (y de hecho éstos pueden tener aún mayor implantación en muchos lugares), respecto a la emisión de informaciones, es decir, al ejercicio de la libertad de expresión, y de comunicación de información, Internet es con diferencia el medio más accesible que ha existido en la Historia. Ciertamente, es necesario tener acceso a la tecnología necesaria para la comunicación a través de Internet. Pero una vez que se dispone de ésta, la posibilidad de transmitir información y opiniones está, sin límites, a disposición de toda la persona.

De manera que Internet es, sin duda, el instrumento más formidable que jamás haya existido para el ejercicio “real y efectivo”—y por cualquier persona— de la libertad de expresión, en todas sus modalidades y ante una gigantesca comunidad de personas, a la que eventualmente puede sumarse cualquier ser humano del planeta. Y, más en general, en la Red pueden encontrar un desarrollo extraordinario todas las libertades públicas.

Por lo demás, sea por sus propias características, sea por la intención de sus creadores, los factores tecnológicos y jurídicos se conjugaron para que Internet fuera un medio dotado de una “arquitectura abierta” (Castells

³⁹⁶ Los datos varían constantemente. La wikipedia, en el artículo “www”, y citando fuentes para cada uno de los datos, refiere 550 millones de páginas web en 2001; 2024 millones en 2002; 11500 millones en enero de 2005. Téngase en cuenta que, como ya se ha destacado, las páginas web son sólo uno de los contenidos y servicios de Internet.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

2001, p. 40 ss.), y nacido en libertad. En principio no hay regulación y, por lo tanto, no hay límites. El carácter mundial de la red, la ausencia de un Derecho vinculante en ese mismo ámbito global, la misma dificultad para ubicar geográficamente una acción o un contenido desarrollado a través de Internet, y la dificultad para identificar a los emisores, contribuían de forma notoria a esa ausencia de respuestas jurídicas frente a todo lo que tuviera lugar en el “ciberespacio”.

Lógicamente, aunque toda libertad es buena, no lo es tanto cuando carece de límites, dado que las libertades entran fácilmente en conflicto con otros derechos y valores dignos de protección constitucional. Así sucede con la libertad de expresión —dentro y fuera de Internet— cuyo mayor riesgo de conflicto se produce con el honor y los derechos de privacidad, como veremos en el siguiente apartado. Pero además, la situación afecta también al cumplimiento de los mismos requisitos “intrínsecos” de las libertades de expresión e información, como lo es —al menos en el sistema constitucional español— el de la veracidad en relación con la libertad de información constitucionalmente protegida. La gran ventaja que supone la accesibilidad para la transmisión de informaciones, y la ausencia de control sobre las mismas, dificulta enormemente el cumplimiento del requisito de la veracidad. Ciento es que, estando prohibida la censura previa, el control sobre la veracidad es imposible *a priori*, y esta dificultad existe tanto en la red como en cualquier otro medio de comunicación. Sin embargo, las peculiares características de Internet, y su configuración, hacen que el riesgo de informaciones no veraces sea seguramente mayor, circunstancia a la que hay que añadir los problemas para que las respuestas jurídicas *a posteriori* funcionen adecuadamente, teniendo en cuenta las dificultades para proceder a la imputación de responsabilidad, así como para determinar la misma normativa aplicable a cada caso. Ese riesgo es, a su vez, una amenaza al derecho a recibir información veraz, que acaso pudiera entenderse también como un derecho a no recibir información inveraz o falsa.³⁹⁷

³⁹⁷ De nuevo sólo cabe dejar apuntada esta idea, cuyo desarrollo requiere un análisis más complejo y profundo de los perfiles y contenidos de la libertad de información. Lo cierto es que ésta casi siempre se ha desarrollado más desde la perspectiva del derecho a transmitir información, que desde la dimensión receptiva. La veracidad es un requisito interno de la información constitucionalmente protegida, luego no existe un derecho a transmitir (ni a recibir) información falsa. La

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por lo demás —y aunque esta cuestión supera ya la perspectiva de este análisis—, los mismos problemas existentes para preservar los límites a las libertades de expresión e información y los requisitos internos a la misma, se producen en general para conseguir la imposición de las sanciones o respuestas jurídicas procedentes frente a la comisión de delitos u otras infracciones legales a través de Internet.

Frente a esta situación, las medidas más interesantes giran en torno a dos ideas: el establecimiento de criterios para la atribución de responsabilidad por los contenidos de Internet, y los intentos de regulación específica. No es posible entrar en profundidad en estos aspectos, pero al menos cabe apuntar el problema que en ambos casos se produce. Comenzando por la atribución de la responsabilidad, hay que tener en cuenta la multiplicidad de sujetos que intervienen en la comunicación por Internet, entre otros, el autor de la información (que a su vez puede ser múltiple), el proveedor de acceso, o incluso en otros usuarios que pueden copiar esa información y difundirla.

No menos importante, y en cierta medida vinculada al anterior problema, es la cuestión de la regulación de Internet. Tras su inicial ausencia de regulación, han sido varios los intentos de establecer algún tipo de normativa que garantice el adecuado funcionamiento de la red e impida los abusos en el ejercicio de las libertades de expresión e información. Dado el carácter global de la red, cualquier regulación de la misma debería tener esa misma dimensión. Pero existen notorias dificultades, tanto políticas como jurídicas, para llevar a cabo con éxito una regulación de ese tipo. Por eso los principales intentos han sido de carácter estatal, o como mucho se han producido en el ámbito continental europeo. En todo caso, estas regulaciones han tropezado también con dificultades técnicas y jurídicas, y además de mostrar problemas de aplicación práctica, en algunos casos han supuesto una amenaza cierta para la misma libertad de expresión. Por ello se tiende a buscar formas de autorregulación, que resulten más eficaces, más fácilmente aplicables y, al tiempo, puedan superar las dificultades anexas a la limitación geográfica de toda norma estatal, y resulten menos lesivas de las libertades de expresión e información. Así, se ha defendido

pregunta que se deja aquí meramente planteada es si cabría justificar un derecho a no recibir información falsa.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

una regulación tanto a nivel nacional como internacional, partiendo de las ideas de libertad, seguridad y responsabilidad (Fernández Rodríguez 2002, pp. 114 ss.; puede verse también sobre la regulación de Internet, Moles et al. 2003; Muñoz Machado 2000).

En todo caso, las relaciones de Internet con la libertad de expresión están lejos de agotar la cantidad de derechos que pueden verse implicados en este fenómeno. Si Internet constituye un “mundo virtual”, donde es posible ejercer las más diversas actividades, la mayor parte de los derechos fundamentales pueden llevarse a cabo “a través de” la red, pero también “en” la red. Y, por la misma razón, esos derechos pueden verse amenazados y resultar vulnerados en Internet.

Entre todos los derechos que pueden ejercerse en y a través de Internet, quizás los que más amenazas pueden sufrir son los vinculados a la vida privada. No sólo porque a través de Internet se ejercen las libertades de expresión e información, y éstas tienden siempre al conflicto con los derechos de la vida privada, sino también porque las características de Internet como red en principio abierta y libre, así como la infinidad de recursos tecnológicos al servicio de esas características, hacen que las personas que participan en la misma estén expuestas a una mayor vulnerabilidad. Desde la primera perspectiva, y aparte de las peculiaridades ya mencionadas sobre la atribución de la responsabilidad en Internet y la ubicación geográfica de la acción para determinar el derecho aplicable, el conflicto no sería muy diferente al que entre ambos derechos se produce en otros ámbitos, y sobre todo no implicaría nuevas dimensiones para los mismos.

Sin embargo, el segundo aspecto, relativo a las peculiaridades técnicas y a la mayor exposición de la privacidad ante las mismas, requiere una mayor preocupación. Las nuevas tecnologías hacen necesario un concepto más amplio que el de intimidad, como sería el de vida privada o privacidad. Desde luego, en esta amplia dimensión de la vida privada se incluyen, aparte de la intimidad en sentido estricto, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos personales, derechos que desde luego deben ser preservados ante las amenazas que Internet puede suponer para los mismos; al respecto cabría aplicar las consideraciones ya realizadas al hablar en general de las implicaciones generales de las nuevas tecnologías. Por lo demás, la protección de la privacidad no sólo ha de ampliarse, sino también hacerse más intensa y rigurosa, buscando nuevos medios y ele-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

mentos para impedir que la omnipresencia de la red la haga convertirse en una especie de “gran hermano” que, acompañando a la persona en todo lugar, tienda a neutralizar cualquier dimensión de la vida privada. Algunas noticias recientes sobre manifestaciones de lo que ocurre en la red apuntan desde luego en esa línea, pues aunque en principio sea admisible la captación de la imagen de una persona privada como motivo accesorio de una imagen gráfica pública,³⁹⁸ ¿qué diríamos de la utilización pública de un programa que permite captar con significativo nivel de detalle toda la superficie del planeta?³⁹⁹ .

Pero ahora interesa destacar que la protección de la vida privada frente a Internet implica el reconocimiento de nuevas dimensiones de la misma, habitualmente no incluidas en la preservación de la intimidad. Se trataría, por así decirlo, de un derecho a la “privacidad informática” o “privacidad virtual”, aunque acaso hablaríamos más propiamente de una nueva dimensión de los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio de Roma. En consecuencia, toda la información incluida en un equipo, con independencia de su carácter íntimo o no en sentido estricto, formaría parte de la privacidad del usuario de ese equipo, y estaría protegida frente a cualquier acceso o conocimiento exterior no autorizado. Del mismo modo, el propio equipo quedaría protegido frente a injerencias no deseadas procedentes de Internet. Y aún cabría añadir la protección de los propios espacios privados o de acceso restringido en Internet, utilizados principalmente para almacenamiento, y que pueden contener una serie de datos personales más o menos sensibles (webs de acceso restringido, webmail, espacios persona-

³⁹⁸ Aproximadamente en este sentido se pronuncia el artículo 8.2 c) de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Aunque ni siquiera parece que la hipótesis estuviera cubierta por la excepción que contempla ese artículo, ya que el mismo se refiere a “la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesoria”, y no parece que sea “un suceso o acontecimiento público” la simple fotografía aérea de todo el suelo del planeta, aunque ello excluya en principio lugares privados.

³⁹⁹ Como es sabido, tal es el caso del programa Google Earth. Ya se han denunciado casos en los que el mismo programa ha captado (y ofrecido a todo el que quiera contemplarlas) a personas en sus domicilios (por ejemplo, en una terraza o azotea), en situaciones propias de su vida privada, como es el caso, entre tantos otros, de una mujer tomando el sol desnuda en su ático. Puede verse, por ejemplo, la noticia aparecida en <http://www.online.com.es/1629/google/google-earth-y-el-derecho-a-la-intimidad/>

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

les, espacios para almacenamiento de archivos ftp, etc.). El equipo y los espacios restringidos contienen nuestra personalidad virtual, “son” nuestro “yo virtual”, y como tal deben protegerse frente al conocimiento o la injerencia de terceros.

Al menos respecto a los equipos, esta protección ha encontrado acogida en la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, cuyo párrafo 24 dispone expresamente que “los equipos terminales de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas, así como toda información almacenada en dichos equipos, forman parte de la esfera privada de los usuarios que debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Pero creemos que la misma razón aboga por incluir también la información que el particular almacena en los espacios de Internet para los que tiene derecho de uso restringido.

Con todo, son muchas las prácticas que pueden poner en peligro esta “privacidad informática” de la persona y que como tal han de ser, según los casos, sometidas a requisitos estrictos, limitadas, restringidas o prohibidas.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ Muy interesantes son las Recomendaciones de la Agencia Española de Protección de Datos, en particular las *Recomendaciones dirigidas a usuarios de Internet*, 2006, publicadas en https://www.agpd.es/upload/Canal_Documentacion/Recomendaciones/Recomendaciones%20Internet%20mayo%202006.pdf. Las principales prácticas serían: 1) Los virus, gusanos y troyanos, que entran sin permiso en el equipo de una persona para realizar una función no deseada, y que forman parte de lo que más ampliamente suele denominarse “malware” (que incluiría también el “spyware”). Deben considerarse prácticas prohibidas. 2) Los “programas espía” o “spyware”, que se introducen en el equipo con la finalidad de conseguir información o rastrear las actividades del usuario. 3) Las “cookies” o chivatos, en realidad un tipo de spyware, que son un instrumento de obtención de información relativa a las visitas realizadas a las páginas web. Su utilización, al igual que en el caso anterior, sólo debe admitirse con fines legítimos y con el consentimiento informado del afectado. 4) Diversas formas de suplantación de la identidad de un tercero, cuya finalidad principal es obtener información sensible del usuario, y que constituyen obviamente prácticas fraudulentas e ilegales, como el llamado “phising” o el “pharming”. 5) El “spam” o “correo basura”, forma de definir al correo electrónico no deseado ni solicitado, y enviado normalmente con fines comerciales. En ocasiones el problema es más grave porque la dirección de envío se ha obtenido de un modo fraudulento (mediante programas que recopilan ilegalmente las direcciones de correo electrónico o “harvesting”), o porque los productos o servicios ofrecidos pueden lesionar la necesaria protección de la juventud y la infancia, como en el caso de materiales pornográficos de diverso tipo. La normativa europea y la legislación española han comenzado a tomar medi-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

6. INTERNET, IGUALDAD Y DEMOCRACIA: LA PARTICIPACIÓN DE TODOS EN LA VIDA POLÍTICA Y EL “VOTO ELECTRÓNICO”.

Dado el potencial y las dimensiones de Internet, no resulta difícil justificar su capacidad de actuar como un instrumento trascendental para hacer más fácil la participación de todos en la vida política, económica, social y cultural. En efecto, tal y como antes hemos sugerido respecto a la libertad de expresión, Internet ofrece un incuestionable potencial “igualador” en el acceso al ejercicio de los diversos derechos, y en general en cuanto a las posibilidades de participar en la vida pública. El diseño de la red hace que, en el seno de la misma, las relaciones se produzcan en términos de igualdad, pudiendo actuar cualquier persona al tiempo como transmisor y como receptor de informaciones, opiniones, ideas, documentos. Por ello es indispensable que los poderes públicos faciliten el acceso de todos a la red, lo que requiere medidas tendentes, por un lado a facilitar el acceso a la tecnología necesaria, y por otro a posibilitar el conocimiento y la información necesarios para manejar esa tecnología. De otro modo, se corre el riesgo de volver a sistemas oligárquicos de participación política y social. De todos modos, la accesibilidad a Internet es creciente en todo el planeta, y los procedimientos, mecanismos y dispositivos de acceso son cada vez más simples, baratos y fáciles de utilizar, tanto en lo relativo al *software* como al *hardware*.

Las posibilidades que se ofrecen son así enormes, en los terrenos político, económico, social y cultural, facilitando una democratización más real de los sistemas y de las sociedades, dado que la participación no se limita al ámbito de la elección de representantes políticos (aparte las concretas formas de participación directa que recogen los diversos sistemas), sino que se extiende a las más variadas dimensiones de la vida humana y social. Por lo demás, si en la democracia “institucionalizada” la participación se circunscribe al concreto ámbito geográfico del Estado o de las en-

das contra el “spam”, hasta el punto de que nuestra normativa establece un principio general de prohibición del mismo.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

tidades políticas de menor alcance territorial (además de las concretas y limitadas manifestaciones de participación en ámbitos regionales como el europeo), Internet se constituye como el primer –y hasta hoy casi el único— medio en el que la participación de las personas tiene un alcance universal, acorde con las dimensiones del fenómeno de la globalización y de la “sociedad de la información” en la que se enmarca la red de redes. Por ello se ha hablado de “democracia electrónica”, aunque hay quien prefiere referirse a “democracia electrónicamente influida” (Ruiz Miguel 2007, pp. 41 ss.)

Por supuesto, el concepto de democracia no puede reducirse al ejercicio del derecho de sufragio activo, pero tampoco cabe ignorar las posibilidades que Internet ofrece en este ámbito concreto. Se trataría de lo que, en términos concretos, podría denominarse “voto electrónico” o “e-voto”. En ocasiones se hace referencia, con un sentido similar, a las expresiones “ciberdemocracia”, “democracia virtual”, “democracia electrónica” o “democracia on line”, aunque, como acabo de sugerir, éstas tendrían un sentido más amplio, englobando no sólo la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio a través de la red, sino también la utilización de Internet para el ejercicio de otros derechos o manifestaciones de la participación política, o incluso, en el sentido más amplio, para englobar todo el conjunto de manifestaciones de la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural que pueden llevarse a cabo a través de la red, resultando potenciadas hasta el punto de posibilitar la profundización democrática del sistema.

Por lo que se refiere en concreto al voto electrónico, el mismo podría llevarse a cabo desde los dispositivos preparados al efecto y ubicados en las mesas electorales, o desde terminales propios del usuario, incluso desde su casa (o bien por ambas vías alternativamente). El sistema debe estar acompañado de fuertes mecanismos técnicos de seguridad, que impidan la posibilidad de votar dos veces, así como la de votar por otra persona.⁴⁰¹

⁴⁰¹ Sobre el procedimiento técnico del e-voto, puede verse el documento “Plataforma de voto para la democracia participativa”, elaborado por la Real Casa de la Moneda y la Dirección de Sistemas de Información e Ingeniería, Departamento Ceres, en <http://idluam.org/files/documentación/e-voto.pdf>. Como monografía sobre la materia puede consultarse González de la Zarza 2008. Entre la ingente documentación web pueden destacarse los observatorios <http://www.votobit.org/>, y <http://www.votoelectrónico.es/>

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Estos mecanismos suelen ser sistemas eficaces de “firma electrónica” o carnets de identidad electrónicos, que incorporan un chip que es leído por un lector de tarjetas incorporado al ordenador o a la máquina ubicada en la mesa electoral.

Las ventajas de un sistema de este tipo son incuestionables: mayor comodidad para el ejercicio del derecho de sufragio, menor gasto (sobre todo si en una última etapa se realizase directamente desde los terminales particulares), immediatez y mayor precisión del escrutinio.

Sin embargo, la implantación de este sistema es todavía muy escasa, tanto a nivel mundial como en España. A pesar de algunas experiencias piloto, de carácter muy parcial y en muchos casos sin valor jurídico (vera Santos 2005, pp. 241 ss.), parece que el voto electrónico, aunque técnicamente es posible, no avanza al mismo ritmo que otras aplicaciones de la llamada “Administración electrónica”. Seguramente son varios los motivos que explican esta lentitud en la implantación. En primer lugar, la necesidad de que haya un proceso previo de difusión del sistema y de implantación de los conocimientos necesarios para el proceso en la población. En segundo lugar, la posible existencia de fallos técnicos que invalidasen o dificultasen el proceso, así como posibles ataques de *hackers* que pretendieran alterarlo.

Sin embargo, a nuestro juicio ninguno de estos motivos justifica el retraso en la implantación del voto electrónico, o al menos el que no se den los primeros pasos firmes en este sentido. Respecto al primer motivo, no hay mejor modo de concienciar a los ciudadanos, y de difundir el sistema entre ellos, que experiencias que posibiliten el ejercicio efectivo del e-voto (siempre de forma parcial y voluntaria, y, según lo que resulte más apropiado en cada caso, con o sin validez jurídica). En cuanto al segundo, parece que la técnica puede estar hoy suficientemente avanzada para impedir esos fallos técnicos casuales o provocados. De hecho, las experiencias en otros ámbitos de la Administración ponen de manifiesto, desde hace algunos años, un funcionamiento carente de incidencias significativas en las comunicaciones electrónicas en ámbitos que también exigen absoluta seguridad, identificación de la persona y mecanismos para evitar las duplicaciones y suplantaciones. Por lo demás, también el sistema tradicional tiene sus riesgos, y sólo unos primeros pasos, seguros, prudentes y parciales,

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

hacia el voto electrónico, permitirían comprobar realmente la seguridad y eficacia de su funcionamiento técnico.

Por todo ello, cabe criticar la ausencia total de medidas para la implantación del voto electrónico, y defender la adopción de los pasos necesarios para una implantación segura y gradual del mismo, conviviendo en una primera fase con el sistema tradicional de voto.

7. REFLEXIONES FINALES

No es el objeto de este trabajo realizar un pronóstico de lo que el futuro nos puede deparar en cuanto a los avances tecnológicos relacionados con las TIC e Internet. No hay lugar para la ciencia jurídica-ficción. Sin embargo cabe apuntar, como cierre de este trabajo, algunos esbozos sobre futuras implicaciones o consecuencias jurídicas. Y ello porque no es siquiera necesario mirar al futuro para comprobar la realidad de ese “mundo virtual” que es Internet y, como hemos intentado exponer en las páginas anteriores, ya hoy es posible de alguna manera “vivir” una vida virtual en la red,⁴⁰² y ejercer, en el seno de la misma y a través de ella, la mayor parte de los derechos constitucionales.

Ello nos da un panorama en el que Internet actúa como un instrumento formidable para el ejercicio de los derechos, aunque también es una amenaza permanente para muchos de ellos. Seguramente los aspectos positivos son muy superiores en entidad y trascendencia a los problemas y ries-

⁴⁰² A través de la red las personas se relacionan entre sí, compran, venden, se comunican, y todo ello se basa en la confianza y la seguridad que se tiene ante la “imagen virtual” de otra persona. Por supuesto, plataformas como facebook o tuenti son buenos ejemplos de esta situación y constituyen fenómenos dignos de análisis, no solo desde la perspectiva sociológica, sino también desde el prisma de la “personalidad virtual” de los individuos, y sobre todo del ejercicio de los derechos los derechos fundamentales y las amenazas que los mismos pueden sufrir en el espacio virtual que constituye Internet. Por otro lado, en E-bay, seguramente la mayor página de subastas “on line”, la seguridad del tráfico de compras y ventas no se basa en la idea de que los tribunales sancionen a los incumplidores, sino en la imagen que se tiene de la otra parte con la que se entra en relación, basándose en las opiniones de otras personas que previamente la han valorado, creando así una “imagen virtual” de la misma, que acaso no tenga nada que ver con la real... Al igual que sucede en estos ejemplos, en las múltiples variantes de relaciones sociales que se llevan a cabo a través de la red, es la imagen y la “vida virtual” de los demás lo único que se conoce y lo único que cuenta.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

gos que se plantean, pero ello no nos autoriza a desentendernos de esos problemas, sobre todo cuando los mismos afectan de manera directa a los derechos constitucionales, y a la dignidad humana que es el valor en el que se sustentan todos ellos. Probablemente no se han cumplido las profecías sobre la intensidad y gravedad del riesgo que para la privacidad de las personas podía suponer la informática como ese “gran hermano” que imaginó Orwell en 1984; ni tampoco los avances tecnológicos han tenido consecuencias tan devastadoras sobre la cultura y la libertad como predijo Bradbury. Pero acaso si estas predicciones no se han cumplido, es en parte porque alguien avisó en su momento de los riesgos de la informática y las nuevas tecnologías.

Por ello, aunque no sabemos exactamente qué nuevos desarrollos nos aportará la tecnología, la informática e Internet, lo cierto es que los actuales desarrollos en estos terrenos nos deben prevenir ya de las amenazas que para los derechos constitucionales, y muy fundamentalmente para todos los vinculados a la privacidad, suponen estos avances. Es quizás poco probable que fábulas como la descrita en la película *Matrix* se hagan realidad (véase De Miguel 2005), pero lo cierto es que el mundo virtual parece crecer de forma imparable, y si no nos parece creíble que por culpa del mismo la persona llegue a perder su privacidad, sus derechos y su misma dignidad es porque la preocupación por estos valores está afortunadamente presente en la fase actual de desarrollo de estas ciencias, y a pesar de que Internet nació y se configuró como un ámbito de libertad casi absoluta, el Derecho ha comenzado a dar los primeros pasos para garantizar el respeto a los derechos y la protección de los más débiles (en particular la juventud y la infancia) en la red. Desde luego, ese respeto a los derechos incluye también la libertad de expresión, y por ello es necesario buscar el equilibrio entre los derechos en juego, así como fórmulas de regulación acordes con las peculiaridades de Internet, que es un medio sin precedentes ni parangón en ningún otro ámbito de la tecnología y las comunicaciones. En este sentido cobran gran importancia los fenómenos de autorregulación, y la utilización de la propia técnica como instrumento para preservar la privacidad de las personas.

En este contexto, creemos que cabe ser optimista e imaginar un futuro en el que la tecnología ofrezca nuevas posibilidades al ser humano, y los derechos de éste resulten favorecidos y fortalecidos por la misma. Por lo

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

demás, en ese futuro parece que los avances tecnológicos convergerán con los propios de la Biología, de manera que la relación entre el hombre y la máquina ocupará un papel central de la preocupación científica, ética y jurídica. De ahí la previsible importancia de la Cibernetica, como ciencia que estudia los seres vivos y las máquinas y tiene en cuenta sus relaciones. Pero para que estos avances, que sin duda nos seguirán impresionando, resulten positivos y respetuosos con el hombre, se requerirá sin duda una preocupación permanente por la protección de estos derechos, así como el reconocimiento decidido de aquellas nuevas dimensiones de estos derechos que resulten necesitadas de la protección y deriven de la dignidad y de los demás derechos y valores constitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOIX PALOP, A., “Libertad de expresión y pluralismo en la Red”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002.

BRADBURY, R., *Fahrenheit 451*, 1a. ed., traducción de F. Abelenda, Minotauro, 1996.

CASTELLS, M., *La galaxia Internet*, Barcelona, Areté, 2001.

COTINO HUESO, L., *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007

DE ANDRÉS BLASCO, J. “¿Qué es Internet?”, en P. García Mexía (dir.), *Principios de Derecho de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

DE MIGUEL, I., *Matrix. La humanidad en la encrucijada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

DÍAZ PINTOS, G., “En favor de un derecho fundamental de acceso a la red”, en *Persona y Derecho*, núm. 44, 2001

DÍAZ REVORIO, F. J., “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español”, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 2, 2006.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2008.

ESEBBAG BENCHIMOL, C., Martínez Valero, J., *Internet*, 5a. reimpr., Madrid, Anaya, 1997.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1998.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., “Internet y los derechos fundamentales”, en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núms. 6-7, 2000-2001.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., “En torno a las nuevas dimensiones de la libertad de expresión ante el fenómeno de Internet”, en *Pensamiento Constitucional*, año VIII, núm. 8, 2002.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., “Digitalización y convergencia multimedia. Desafíos jurídicos de la comunicación social ante el avance tecnológico”, en L. Cotino Hueso (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

GALO, I., *Diccionario de Internet*, Acento, Madrid, 2001.

GARCÍA MEXÍA, P., “El Derecho de Internet”, en P. García Mexía (dir.), *Principios de Derecho de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

GONZÁLEZ DE LA ZARZA, L. M., *Voto electrónico por Internet. Constitución y riesgos para la democracia*. Madrid, EDISOFER, 2008.

LLANEZA GONZÁLEZ, P., *Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Barcelona, Bosch, 2000.

MADRID CONESA, F., *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, 1994

MEJÁN, L. M., *El derecho a la intimidad y la informática*, Porrúa, México, 1994.

MOLES, R. J., y Plaza, R. J., *Derecho y control en Internet: la regulabilidad de Internet*, Barcelona, Ariel, 2003;

MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000.

MURILLO VILLAR, A., Bello Paredes, S. A., *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Universidad de Burgos, 2005.

ORWELL, G., 1984, 6a. ed., traducción de R. Vázquez Zamora, Barcelona, destinolibro, 1984.

PÉREZ LUÑO, A. E., “Internet y la garantía de los derechos fundamentales”, en A. Murillo Villar y S. A. Bello Paredes (coords.), *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, con*

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos, Universidad de Burgos, 2005.

PÉREZ UGENA, M., y Pérez Ugena, A., en “Implicaciones constitucionales de las nuevas tecnologías”, en *datospersonales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad e Madrid*, núm. 6, diciembre de 2003, en http://www.madrid.org/comun/datospersonales/0,3126,457237_457444_458301_0_12142500,00.html,

PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*, Madrid, Fundesco, 1987

PÉREZ LUÑO, A. E., *Manual de informática y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

RODOTÀ, S., *Tecnologie e Diritti*, Il Mulino, 1994.

RUIZ MIGUEL, C., “La libertad política en la democracia electrónicamente influída”, en L. Cotino Hueso (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J., “Las redes informáticas transnacionales: Internet y su impacto sobre los tradicionales medios de comunicación social”, en M. A. Davara Rodríguez (coord.), *X años de encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

VERA SANTOS, “Derechos fundamentales, Internet, y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación”, en P. García Mexía, *Principios de Derecho de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

VILLAGRASA ALCALDE, C. (coord.), *Nuevas tecnologías de la información y derechos humanos*, Barcelona, Cedecs, 2003.

VV. AA., *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, San Sebastián, Aranteko, 2003.

CAPÍTULO XIII

EVOLUCIÓN DEL AMPARO ESPAÑOL Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL (2012)

1. PLANTEAMIENTO: SOBRE EL AMPARO, LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El amparo es una institución jurídico-procesal de garantía de los derechos constitucionales, que México ha aportado al mundo. Es probable que poco más se pueda decir como característica común de los hoy tan variados y en ocasiones distantes procesos de amparo existentes en los sistemas constitucionales occidentales. Por ello la posible labor de comparación entre distintos ordenamientos o “modelos de amparo” resulta extremadamente delicada, y ha de hacerse conociendo las diferencias significativas entre cada uno de ellos, que a su vez obedecen a peculiares circunstancias históricas, políticas y culturales. Pero tampoco debería perderse de vista cuál es la esencia y finalidad común del amparo, que como acabo de apuntar radica en su finalidad de garantía procesal de los derechos constitucionales, y con ellos, en cierta medida, de la norma fundamental.

Desde luego, las presentes páginas no pretenden realizar un examen comparado del amparo en México y en España (lo que, por otro lado, ya han realizado de forma magistral algunos autores),⁴⁰³ ni siquiera en el as-

⁴⁰³ Por todos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y en España: un estudio de Derecho Comparado*, México, Porrúa, 2002.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

pecto más concreto referido a las reformas de su regulación que en los últimos años se han producido en ambos países. Más bien se tratará esencialmente de ofrecer un panorama de la regulación y funcionamiento del amparo en España desde la Constitución de 1978, refiriéndonos especialmente a la reforma de 2007 para valorar en qué medida la misma se mantiene en la línea de los parámetros esenciales y definidores de la institución, y de la evolución que los mismos han seguido en otros países como México, o se aparta de los mismos.

Con todo, para llevar a cabo este comentario, nos parece necesario ubicar el amparo en el ámbito de los procesos constitucionales, y estos en el de la “justicia constitucional” y, en su caso, en la “jurisdicción constitucional”. Ciertamente, la doctrina no es unánime a la hora de dar sentido a estos términos, y de hecho en ocasiones se utilizan con significados diferentes, o incluso se intercambian las palabras para referirse a las distintas ideas. Sin entrar en estos complejos detalles, a los efectos del presente trabajo podemos entender por “justicia constitucional” al conjunto de procedimientos, vías o mecanismos de garantía jurisdiccional de la Constitución. Se trataría, por tanto, de uno entre los diversos instrumentos de defensa constitucional;⁴⁰⁴ y de hecho, desde la perspectiva jurídica, del conjunto de instrumentos esenciales para que pueda hablarse de esa garantía, dado que hoy tiende a entenderse que una garantía jurisdiccional de la Constitución es imprescindible para que la misma pueda considerarse norma jurídica suprema. En este sentido puede llegar a decirse que no hay Constitución (al menos en sentido jurídico-formal) sin justicia constitucional, y de hecho los Estados que se han dotado de una norma jurídica suprema escrita han implantado en algún momento alguna forma de garantía jurisdiccional de esa superioridad normativa. De este modo, la justicia constitucional existe con independencia de que haya o no un órgano juris-

⁴⁰⁴ Sobre la materia es referencia clásica el trabajo de Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983, en particular pp. 27 ss., en las que se da un repaso de los mecanismos históricos de defensa constitucional. Téngase en cuenta que esta obra de Schmitt es un alegato en contra de la justicia constitucional como protectora de la Constitución, sosteniendo la tesis de que el Presidente del Reich es la figura más adecuada para llevar a cabo esa misión, gracias al “poder neutral” que ostenta. En la doctrina española, véase por ejemplo el libro de De Otto Pardo, Ignacio, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 11 ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

diccional específicamente encargado de la garantía constitucional, e incluso de que existan o no procesos constitucionales en el sentido estricto al que luego me referiré. De hecho, la justicia constitucional, entendida con el significado al que nos venimos refiriendo, nació en 1803 en los Estados Unidos, con la sentencia *Marbury v. Madison*, en la que el juez Marshall dedujo de la norma suprema que cualquier juez, enfrentado a una norma contraria a la Constitución, debe aplicar esta e inaplicar aquélla. No hay, por tanto, en este modelo de justicia constitucional que se ha dado en llamar “difuso”, ni Tribunal Constitucional ni procesos específicamente constitucionales, dado que se encomienda el control de constitucionalidad a los tribunales ordinarios en los distintos tipos de procesos.

En cambio, la idea de jurisdicción constitucional haría en cambio referencia al órgano u orden jurisdiccional específicamente encargado de la garantía de la supremacía constitucional. La jurisdicción constitucional así entendida,⁴⁰⁵ puede o no existir, dado que, como se ha apuntado, puede haber garantía jurisdiccional de la Constitución sin que exista un órgano jurisdiccional especializado en esa labor. De hecho, y a diferencia de la justicia constitucional, que en el sentido que hemos visto surgió prácticamente en los orígenes del constitucionalismo para dar respuesta a la necesidad de garantizar el carácter de norma suprema de la Constitución, la jurisdicción especializada en lo constitucional no surgió hasta el primer tercio del siglo XX, y desde luego no se extendió a la totalidad de los países con Constitución jurídica escrita. De hecho, frente a la “naturalidad” de que sea el Poder Judicial quien asuma la garantía de la supremacía constitucional, la creación de una jurisdicción constitucional (en concreto, de un Tribunal Constitucional) se ha llegado a considerar como “una anomalía histórica presente y con proyección de futuro”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Aunque, como ya se ha dicho, en ocasiones se prefiere reservar la expresión “justicia constitucional” para referirse a esta jurisdicción especializada (y en particular a los Tribunales Constitucionales) y, justamente al revés de lo aquí sugerido, se habla de jurisdicción constitucional para referirse a toda garantía jurisdiccional de la Constitución.

⁴⁰⁶ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 11a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 796. En sentido parecido, Requejo Pagés, Juan Luis, “El Tribunal Constitucional”, en Salustiano del Campo y José Félix Tezanos (dirs.), *La España del siglo XXI*, vol. II, *La política* (Manuel Jiménez de Parga y Fernando Vallespín, eds.), Madrid, Instituto de España y Fundación Sistema, 2008, pp. 245 ss., destaca que el Tribunal Constitucional supone “una excepción” en la lógica de la separación de poderes, resultando un “cuerpo extraño”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Porque, en efecto, la jurisdicción constitucional así entendida, nace en forma de un Tribunal Constitucional que, siguiendo los parámetros kelsenianos,⁴⁰⁷ queda fuera del Poder Judicial y de la clásica división tripartita de los poderes, actuando como un “legislador negativo”, y monopolizando la función de rechazo de las leyes contrarias a la Constitución, que serán expulsadas del ordenamiento con efectos *erga omnes* cuando el Tribunal Constitucional declare su contradicción con la norma fundamental. Pero actualmente puede decirse que esta no es la única forma de jurisdicción constitucional, pues en algunos sistemas constitucionales se han introducido órganos u órdenes jurisdiccionales específicamente constitucionales, dentro del Poder Judicial, como sucede con los sistemas de Sala Constitucional dentro de la Suprema Corte, habituales por ejemplo en Centroamérica.

Por otro lado, hay que destacar que no existe hoy correlación entre la existencia o no de una jurisdicción constitucional específica, y la implantación de un modelo concentrado de control de constitucionalidad. Aunque como se acaba de decir Tribunal Constitucional y modelo concentrado nacieron a la par, hoy casi ningún sistema responde de forma pura al modelo kelseniano, existiendo una gran cantidad de modelos mixtos. Y, sobre todo, la mayor o menor concentración de un modelo no depende de la existencia o no de un Tribunal Constitucional, ya que este puede existir en modelos mixtos con un grado más o menos alto de participación de los jueces ordinarios en el control de constitucionalidad, como sucede por ejemplo en Portugal o en varios países andinos). Y, a la inversa, un modelo puede ser más o menos concentrado sin que exista Tribunal Constitucional, bien porque existe Sala Constitucional en la Corte Suprema, o aunque ni siquiera exista tal Sala el más alto tribunal del Poder Judicial monopoliza determinadas funciones de control de constitucionalidad, como según entendemos viene sucediendo en México, cuyos elementos centralizadores

⁴⁰⁷ Puede verse, como mejor trabajo que sintetiza las ideas de este autor, Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988. En similar sentido, del mismo autor, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

en el control de constitucionalidad se han ido acentuando de forma notoria tras las últimas reformas.⁴⁰⁸

Como puede deducirse de lo hasta ahora dicho, de la distinción que venimos apuntando se derivan importantes consecuencias, que importa destacar si se quiere más tarde considerar las peculiaridades del amparo español, en relación al mexicano, dentro en el marco de los diversos sistemas de justicia constitucional de cada país:

- Es necesaria alguna forma de garantía jurisdiccional de la Constitución (justicia constitucional en el sentido amplio sugerido) para que pueda hablarse de esta como norma suprema de un Estado. En cambio, la existencia de un Tribunal Constitucional o de otra forma de jurisdicción específicamente constitucional es perfectamente prescindible, y de hecho su creación fue una anomalía histórica que trató de responder, en Europa, a la inactividad de los jueces ordinarios en materia de garantía de la Constitución y al recelo existente hacia el Poder Judicial.
- Sea cual sea el modelo de justicia constitucional que se adopte, y exista o no Tribunal Constitucional, todo juez participa en la función de garantía jurisdiccional de la Constitución, y en este sentido todo juez es juez constitucional, porque:
 - a) Prácticamente no quedan “modelos puros”, de modo que los jueces suelen desempeñar funciones más o menos relevantes que excluyen el absoluto monopolio del Tribunal Constitucional en el rechazo de las normas inconstitucionales (así, a veces los tribunales ordinarios asumen el rechazo de las leyes preconstitucionales o de las normas infráleales).

⁴⁰⁸ En América pueden encontrarse multitud de sistemas mixtos con una gran cantidad de variantes organizativas e institucionales. Es curioso que hoy algunos sistemas que tienen un grado relativamente alto de centralización, carecen sin embargo de Tribunal Constitucional. Así sucede en Costa Rica, que tiene Sala Constitucional, o en México, país en el que tras las reformas de los años 90 del siglo XX la Suprema Corte centraliza importantes funciones de control de constitucionalidad. Sobre la variedad de modelos en Iberoamérica, el interesante trabajo de Francisco Fernández Segado, “La obsolescencia de la bipolaridad «modelo americano-modoero europeo-kelseniano» como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 6, 2002, pp. 9 ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- b) Aun cuando el Tribunal Constitucional tenga el monopolio del rechazo de leyes inconstitucionales, en muchos sistemas existen vías incidentales de control (como la cuestión de inconstitucionalidad española o la vía similar italiana) en las que el papel de los jueces ordinarios es muy relevante.
- c) Más allá de los supuestos anteriores, y aun en el más centralizado de los modelos que pudiera imaginarse, el monopolio del Tribunal Constitucional se circunscribe al “rechazo” de las normas inconstitucionales, de manera que la interpretación de todo tipo de normas de conformidad a la Constitución es una misión no solo posible, sino imprescindible, que deben llevar a cabo los tribunales ordinarios en todo tipo de procesos. Y esta función forma parte de la de control de constitucionalidad, pues al interpretar un precepto de conformidad con la Constitución, se están rechazando, expresa o tácitamente, otras interpretaciones por considerarlas inconstitucionales.

Por las razones expuestas, además de en los procesos específicos de control de constitucionalidad, en todos los demás procesos (constitucionales u ordinarios) se lleva a cabo la función de garantía constitucional, y por tanto todos pueden servir a justicia constitucional como garantía jurisdiccional de la supremacía normativa de la norma fundamental. En lo que atañe al amparo, como antes hemos apuntado se trata de un proceso que tiene como finalidad específica la garantía de los derechos constitucionales, pero obviamente a través del mismo también se alcanza la función de garantía constitucional. Desde ambas perspectivas es, indudablemente, un proceso constitucional. De acuerdo con la terminología que venimos utilizando, el amparo es un instrumento idóneo para llevar a cabo la justicia constitucional, aunque estamos ante un proceso que nace separado de la jurisdicción constitucional si entendemos a esta como el órgano u órganos jurisdiccionales específicamente encargados de la garantía de la supremacía constitucional. En realidad, el amparo como proceso nace incluso antes que la jurisdicción específicamente constitucional (tribunales o salas constitucionales), pues esta nace en Checoslovaquia y Austria en 1920, aunque posteriormente, sobre todo en Europa, se unirá muy frecuentemente a la jurisdicción constitucional.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

mente a la misma, en tanto que proceso o recurso del que suelen conocer, aunque habitualmente de forma subsidiaria, los Tribunales Constitucionales.

Por estas razones, parece oportuno realizar alguna consideración que permita enmarcar el amparo en el ámbito de los procesos constitucionales.

2. EL AMPARO EN EL MARCO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Como venimos apuntando, aunque la garantía jurisdiccional de la Constitución puede llevarse a cabo a través de todo tipo de procesos, en muchos sistemas existen procesos que tienen dicha finalidad específica. Estos serían los procesos constitucionales, que se definirían como aquellos que tienen como objeto específico la garantía de la supremacía constitucional. Este concepto no alude, por tanto, al órgano ante el que se sustancian, de manera que puede haber procesos constitucionales que se sustancien ante los tribunales ordinarios (bien porque no haya Tribunal Constitucional en un sistema determinado, bien porque no se le haya encomendado a éste el conocimiento de todos los procesos constitucionales); y, a la inversa –aunque esto es menos usual— el Tribunal Constitucional puede conocer también de algunos procesos que no serían materialmente constitucionales, al no tener ese objeto específico de protección constitucional.

En todo caso, como se ve se habla de “procesos constitucionales” en plural, pues aun con el denominador común de la garantía constitucional, existen procesos cuya naturaleza y objeto pueden ser muy diferentes. Aunque no todos ellos existen en todos los sistemas de justicia constitucional, en una síntesis del derecho comparado podrían encontrarse los siguientes (dentro de cada grupo señalamos específicamente los procesos que existen en el sistema español como contexto para el lector mexicano):

- 1) Proceso de control de normas, cuyo objeto es determinar la adecuación de otros preceptos normativos a la Constitución. Se trata, obviamente, de los procesos constitucionales por autonomía, y allí donde existe jurisdicción constitucional específica, son competencia esencial y quasi definitoria de la misma (lo que no quiere decir que todos ellos deban sustanciarse necesariamente ante esa jurisdicción).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

dicción). Dentro de este tipo de procesos cabría distinguir proceso directos e incidentales; preventivos o represivos; o, según el rango de la norma objeto del proceso, procesos sobre leyes, sobre normas infralegales, o sobre tratados.⁴⁰⁹ El objeto de todos ellos es una norma, y su finalidad, la declaración de si la misma es o no conforme a la Constitución.

- 2) Los procesos de garantía de los derechos constitucionales, que por supuesto añaden a su dimensión de garantía objetiva de la Constitución, otra de preservación de los derechos subjetivos de la persona. Aunque puede existir una variedad de procesos de este tipo, el más conocido de ellos (aunque la denominación puede variar) es el proceso amparo. También cabe citar en este ámbito el *Habeas Corpus* o *Habeas Data*, entre otros.⁴¹⁰ El objeto de estos procesos puede venir constituido por normas o actos, y su finalidad es declarar si los mismos han vulnerado un derecho fundamental del recurrente y, en su caso, restablecer a este en la integridad de su derecho.
- 3) Los procesos de conflicto, cuyo objeto es la determinación de a qué órgano o institución corresponde una atribución o competencia. Dentro de ellos suele distinguirse entre conflictos orgánicos y territoriales, y entre conflictos positivos y negativos (según si ambas partes reivindican la misma competencia, o ninguna de ellas la proclama como propia).⁴¹¹ El objeto de los procesos de conflicto puede venir constituido por normas, actos u omisiones, y su finalidad es determinar a quién pertenece una competencia o atribución derivada de la Constitución, o si alguna de las partes se ha extralimitado de su ámbito competencial.

⁴⁰⁹ Como es conocido, en España los procesos de constitucionalidad son: el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad, el proceso de control previo sobre la constitucionalidad de los tratados, y las impugnaciones del título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁴¹⁰ En España existen diversos procesos de amparo ante los tribunales ordinarios (“amparos ordinarios”) además del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y el habeas corpus. Véase el cuadro final para los distintos procesos de garantía de los derechos.

⁴¹¹ En el sistema español podemos ubicar dentro de este ámbito los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales, los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o entre éstas, y el conflicto en defensa de la autonomía local, aunque se discute la naturaleza de este último, cuya dimensión depurativa del ordenamiento es incuestionable.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

4) Otros procesos, como los electorales o la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos.⁴¹²

La normativa reguladora de los diversos procesos constitucionales suele considerarse una rama del derecho procesal, y su estudio y análisis ha dado origen a una disciplina científica autónoma que, con origen en Kelsen, ha sido desarrollada sobre todo en Iberoamérica a partir de Fix-Zamudio, y que es denominada “Derecho Procesal Constitucional”, aunque en Europea tiende a utilizarse, con un sentido próximo aunque acaso no idéntico, la misma expresión “Justicia Constitucional”, aspecto este sobre el que no podemos aquí detenernos.⁴¹³

⁴¹² Cabe señalar que los procesos electorales pueden tener un carácter híbrido, pues aúnan una dimensión constitucional y otra ordinaria, dado que el ordenamiento que en los mismos sirve de parámetro no suele ser sólo la Constitución, sino también la legislación electoral, que en principio no forma parte del llamado “bloque de la constitucionalidad”. En España, como es sabido, existen diversos procesos específicamente electorales que se sustancian ante la jurisdicción ordinaria, y que en principio pueden considerar las infracciones de toda la legislación electoral, así como los llamados “amparos electorales”, cuyo parámetro sería la Constitución, y en particular el artículo 23 que recoge los “derechos políticos”. Por otro lado, conviene señalar que el proceso de declaración de ilegalidad de partidos políticos en España (previsto en los artículos 10 y ss. de la Ley Orgánica de Partidos Políticos), que se sustancia ante la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no sería (a diferencia de lo que sucede por ejemplo en Alemania) un proceso constitucional en sentido estricto, pues su parámetro es la ley de partidos políticos y éstos no son declarados inconstitucionales, sino ilegales. Me he referido con más amplitud a esta materia en mi trabajo *El control constitucional del Tribunal Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

⁴¹³ He hecho alguna referencia al tema en la introducción a mi libro *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, México, Porrúa, 2009. En todo caso, existe ya una muy amplia bibliografía sobre el Derecho Procesal Constitucional, sus perfiles propios y sus relaciones con el Derecho Procesal y con el Derecho Constitucional, así como su posible delimitación con la Justicia Constitucional. Sin pretensiones de exhaustividad, pueden mencionarse los trabajos de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, 5a. ed., 4 vols., México, Porrúa, 2006; Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coords., *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2007; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coords., *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, 12 vols., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008; Raymundo Gil Rendón, *Derecho Procesal Constitucional*, Querétaro, Funda, 2004; Domingo García Belaunde, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, 2a. ed., Lima, IDEMSA, 2009; García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001; Domingo García Belaunde, *De la jurisdicción constitucio-*

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN Y VALORACIÓN GENERAL

En las páginas sucesivas nos centraremos de manera directa en el análisis del amparo en España, su regulación jurídica y su evolución. Si bien, como se verá, en términos amplios el “amparo” no se vincula exclusivamente en España al Tribunal Constitucional, el hecho de que la Constitución de 1978 reserva el término “amparo” para referirse al llamado “recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”, y la misma circunstancia de que el amparo es una institución que nace de la Constitución al tiempo que el propio Tribunal Constitucional, hacen que esa relación entre amparo y Tribunal Constitucional, si bien no es exclusiva, sí es notoria. Hay que tener en cuenta que el llamado “amparo constitucional” existía ya en la Constitución de Austria de 1920 y en la española de 1931, y aunque algunos sistemas que tienen Tribunal Constitucional no le han dotado de esta competencia, en los que sí lo han hecho, el amparo ha pasado a ocupar un claro protagonismo entre los procesos constitucionales.

Es muy probable que lo que podríamos denominar “amparo constitucional europeo”, (que sin embargo otras constituciones distintas a la española denominan de otra manera) posea unos características netamente diferentes a las del amparo mexicano y a otros modelos latinoamericanos, y de hecho creemos que están pendientes de estudio los nexos entre el amparo austriaco (o el español de 1931) y el mexicano. Sin embargo, con independencia de que la referencia mexicana estuviera más o menos presente, parece claro que en los modelos europeos permanece la idea esencial de

nal al Derecho Procesal Constitucional, 4a. ed., Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003; Domingo García Belaunde y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006; César Landa, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Palestra, 2004; Gerardo Eto Cruz, *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2009; Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, México, Porrúa, 2007; Néstor Pedro Sagüés, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, As-trea, 2009.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

proceso específico de garantía de los derechos constitucionales, si bien el mismo se vincula en sus orígenes de forma principal, o incluso exclusiva, con los Tribunales Constitucionales, a diferencia de lo sucedido en América, donde en estas fechas ni siquiera existían tales tribunales.

Esta vinculación requiere a nuestro juicio que, con carácter previo al análisis del amparo en España, llevemos a cabo un breve apunte sobre el Tribunal Constitucional español, en su contexto más próximo, que es el europeo.

3.1. El Tribunal Constitucional español en el contexto europeo

El establecimiento de un Tribunal Constitucional en la Constitución española de 1978 es, sin negar los perfiles específicos de nuestro diseño constitucional, tributario de otros Tribunales Constitucionales europeos que le precedieron y de la evolución que la institución había seguido desde la segunda guerra mundial. Como es sabido, los primeros Tribunales Constitucionales en sentido propio fueron los previstos en las constituciones de Checoslovaquia y Austria de 1920, seguidos del Tribunal de Garantías Constitucionales previsto en la Constitución española de 1931.⁴¹⁴ Pronto los Tribunales Constitucionales cruzarían el Atlántico (suele considerarse que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales previsto en la Constitución de Cuba de 1940 fue el primero del continente americano),⁴¹⁵ pero fue tras la segunda guerra mundial cuando se produjo su mayor expansión en Europa occidental, para décadas después extenderse por varios países de Iberoamérica, Europa del Este y algunos países asiáticos y africanos.

En este contexto, los Tribunales Constitucionales europeos posteriores a la segunda guerra mundial más próximos al español serían fundamentalmente la *Corte Costituzionale* italiana (prevista en la Constitución de

⁴¹⁴ Un completo ensayo sobre estas primeras experiencias europeas, en Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

⁴¹⁵ Un interesante análisis del mismo, en Domingo García Belaunde, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1947), el *Bundesverfassungsgericht* alemán (establecido en la Ley Fundamental de Bonn de 1949), y en menor medida, el *Conseil Constitutionnel* francés (creado por la constitución de 1958), y el *Tribunal Constitucional* portugués (que, tras la creación por la constitución de 1976 del Consejo de la Revolución, sería establecido en la reforma constitucional llevada a cabo seis años más tarde). Ellos serían, junto al ya mencionado Tribunal Constitucional de Austria y el propio TC español, los grandes sistemas de jurisdicción constitucional del occidente europeo.⁴¹⁶ Aunque no siempre es fácil encontrar características comunes a todos estos sistemas, puede señalarse que los mismos se van apartando del modelo kelseniano, incorporando elementos más propios de sistemas difusos, y en definitiva adaptándose a las características propias de textos constitucionales cada vez más diferentes a los propios de la Europa de entreguerras. Sin pretensiones de exhaustividad (y reconociendo que en cada una de estas características podríamos encontrar algunas excepciones) podrían apuntarse como elementos propios de los sistemas europeos de jurisdicción constitucional posteriores a la segunda guerra mundial, los siguientes: 1) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se separan de los propios de la derogación que requería el diseño kelseniano. Aunque aquí hay gran cantidad de variantes, todas ellas se podrían inscribir en la idea de modular los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad, y la tenden-

⁴¹⁶ Obviamente, la bibliografía sobre estos Tribunales Constitucionales es amplísima. A los efectos de este trabajo ofrecemos alguna referencia que realiza un interesante análisis comparado: así puede hacerse referencia a la *VIIème Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, publicada en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987; Eliseo Aja, ed., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998; como trabajos generales de los que se puede obtener una idea básica de cada uno de los tribunales mencionados podemos citar a G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1988; Alessandro Pizzorusso, “La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto”, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional*, núm. 4, 2006, *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, pp. 237 ss.; Helmut Simon, “La jurisdicción constitucional”, en E. Benda et al., *Manual de Derecho Constitucional*, traducción de A. López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996; Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales-BOE, 2008; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes directeurs*, París, Editions STH, 1988; Jorge Miranda, “La justicia constitucional en Portugal”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 1, 1997, pp. 325 ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

cia —salvo en el propio sistema austriaco— a que dichos efectos pueden desplegarse hacia el pasado. 2) Pero por otro lado, la equiparación entre inconstitucionalidad y nulidad es rota a su vez con la incorporación de muy diversas técnicas que permiten retrasar o suspender, en ciertos supuestos, los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad.⁴¹⁷ 3) Entre las opciones de declaración de constitucionalidad e inconstitucionalidad surge una amplia tipología de “sentencias intermedias” que proceden a llevar a cabo sutiles formas de inconstitucionalidad parcial que, en muchos casos, dejan intacto el texto de la disposición impugnada, pero alteran por reducción o adición su contenido normativo.⁴¹⁸ 4) La participación de los jueces ordinarios en el control de la constitucionalidad se incrementa. Ya en Austria se amplió, mediante reforma constitucional, la legitimación para al acceso al Tribunal Constitucional mediante la vía incidental. En Alemania, Italia y España esta vía, que da un incuestionable protagonismo a todos los jueces ordinarios (que son quienes pueden plantear la cuestión al Tribunal Constitucional) ha cobrado una gran importancia. 5) Más allá del ámbito del control de la constitucionalidad, es característica más o menos frecuente la ampliación del ámbito de las competencias del Tribunal Constitucional. Desde luego, desde el punto de vista cuantitativo la ampliación más importante es la relativa al amparo constitucional. Si bien este proceso ya existía en la Constitución austriaca, su utilización se ha multiplicado, sobre todo en los sistemas que, como el alemán o el español, permiten interponerlo frente a resoluciones judiciales. Nos encontramos, por tanto, con que solo algunos Estados han incorporado un proceso de amparo constitucional entre las competencias del Tribunal Constitucional, pero en estos la utilización masiva de esta vía (que como es claro no es competen-

⁴¹⁷ Estas técnicas son, entre otras, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad o de “mera incompatibilidad”, que procede de Alemania; la “inconstitucionalidad constatada, pero no declarada”, utilizada a veces en Italia, o el otorgamiento de un plazo al legislador para que proceda a adecuar la regulación legal a la Constitución. He realizado un breve examen comparado de las mismas en el artículo F. Javier Díaz Revorio, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril 2001, pp. 81 ss.

⁴¹⁸ Sobre el tema, véase Giovanni A. Figueroa Mejía, *Sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado*, México, Porrúa, 2001. Sobre las sentencias interpretativas, en un sentido amplio que abarca un amplio grupo de esas llamadas “sentencias intermedias”, Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, México, Porrúa, 2011.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cia necesaria de los Tribunales Constitucionales) ha supuesto una alteración sustancial de las competencias, al menos desde el punto de vista cuantitativo, amenazando con colapsar a los Tribunales Constitucionales.

En cualquier caso, las características que venimos comentando pueden resumirse en la idea de la insuficiencia de los parámetros kelsenianos para explicar y justificar los actuales sistemas de jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional no puede ser ya un mero “legislador negativo” pues la necesidad de hacer efectivos los preceptos de constituciones plagadas de mandatos generales que implican una actuación positiva de los poderes públicos, con amplios catálogos de derechos, principios y valores, cuya ambigüedad es notoria; así como otras muchas dificultades prácticas para aplicar el modelo en toda su pureza teórica, hacen que sea imposible mantenerse estrictamente en los parámetros del binomio constitucionalidad-inconstitucionalidad, aplicando en este último caso siempre la derogación con efectos *erga omnes*. Todo ello aproxima las funciones de Tribunal Constitucional y legislador: este no puede ser ya un mero creador de derecho libre dentro de un marco constitucional, sino que tiende a asumir una función de desarrollo obligado (a veces de cuasi ejecución) de la norma suprema; por su parte, el Tribunal Constitucional deja de ser un mero aplicador o ejecutor de la norma fundamental, pues al interpretar sus valores y principios generales se ve abocado a crear derecho constitucional cuya observancia exigirá al resto de los poderes públicos. Por tanto, el legislador es cada vez menos creador y más aplicador; y, por el contrario, el Tribunal Constitucional pasa a ser menos aplicador y más creador de Derecho, tendiendo a la aproximación de sus funciones, lo que sin duda supone un cuestionamiento de la legitimidad del propio Tribunal para imponerse al legislador.⁴¹⁹

Por otro lado, y con referencia específica a los sistemas que se han dotado de amparo constitucional, en particular Alemania y España, hay que destacar el protagonismo cuantitativo y cualitativo que ha adquirido este proceso, que como luego veremos ha exigido los mayores esfuerzos de los tribunales, ocasionando problemas de saturación de asuntos a los corres-

⁴¹⁹ Sobre esta cuestión de la legitimidad de la justicia constitucional, es muy recomendable el magnífico trabajo de Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

pondientes Tribunales Constitucionales, tendiendo a convertirlos en “tribunales de casación” y al propio amparo en una última instancia procesal.

De acuerdo con los parámetros indicados, y con clara influencia de Italia y Alemania, la Constitución de 1978 establece un Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial (incluso es regulado en un título diferente), configurado como un órgano constitucional, de carácter jurisdiccional, compuesto por doce miembros.⁴²⁰ La norma fundamental establece la forma de designación de dichos miembros,⁴²¹ los requisitos para serlo, la duración del mandato y forma de renovación,⁴²² añadiendo algunos aspectos del estatuto jurídico de dichos magistrados (régimen de incompatibilidades, independencia e inamovilidad), y la forma de elección del Presidente. Igualmente se mencionan sus competencias, que serán, según el art. 161.1: el recurso de inconstitucionalidad, el recurso de amparo, y los conflictos de competencias. Otros preceptos constitucionales añaden otras competencias al Tribunal, y así el apartado 2 del mismo artículo 161 le encomienda el conocimiento de las impugnaciones que el Gobierno haga de las disposiciones y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas, el artículo 163 establece la cuestión de inconstitucionalidad, y el artículo 95.2 el control de la constitucionalidad de los tratados. Además, el artículo 162

⁴²⁰ La doctrina suele apuntar como características esenciales del Tribunal Constitucional el ser un órgano constitucional, de naturaleza jurisdiccional, y supremo intérprete de la Constitución (véase por ejemplo Francisco Caamaño Domínguez, *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 1 ss.). Si bien se mira, ninguna de ellas está explicitada en la propia Constitución, aunque en alguna medida todas ellas derivan de la configuración constitucional del Tribunal. La primera de ellas por la propia importancia que la Constitución da al Tribunal, dedicándole un título específico, y por la relevante posición de éste en el cuadro de los poderes del Estado. La segunda deriva también de la escueta regulación de los procesos constitucionales, y de la referencia del artículo 161.1 a que el YTC tiene “jurisdicción en todo el territorio español”. La última, que solo se menciona expresamente en la LOTC, sin embargo puede deducirse también de la mención del art. 123.1 al Tribunal Supremo como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. Sorprende en todo caso la parquedad de la regulación constitucional a la hora de establecer expresamente lo que son características esenciales del Tribunal Constitucional.

⁴²¹ El artículo 159.1 dispone, en efecto: “El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; 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”.

⁴²² Artículo 159.3: “Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cierra la legitimación para el recurso de inconstitucionalidad y el amparo, remitiéndose a la ley para el establecimiento de la legitimidad en los demás procesos constitucionales.⁴²³

3.2. *El diseño constitucional del amparo*

Como puede apreciarse, la Constitución está muy lejos de agotar la regulación del Tribunal Constitucional, y en particular del amparo constitucional, siendo destacable en el considerable grado de apertura que dejó el Constituyente en 1978. Con todo, de los preceptos mencionados se deriva que el amparo constitucional es una competencia necesaria del Tribunal Constitucional, y que la legitimación para interponer el mismo viene constitucionalmente cerrada en el artículo 162.1: “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”. Por tanto el legislador ordinario no podría suprimir el amparo constitucional, ni modificar la legitimación procesal constitucionalmente establecida.

Pero hay además otro precepto constitucional de capital importancia en relación al amparo y a la garantía judicial de los derechos fundamentales. Se trata del art. 53.2, que dispone literalmente: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Cons-

⁴²³ Conviene citar también otros preceptos constitucionales relativos al Tribunal Constitucional. El artículo 164 se dedica a los efectos de las sentencias del Tribunal, estableciendo en todo caso el efecto de cosa juzgada, predicando los efectos *erga omnes* sólo de algunas sentencias, en concreto las incluidas en la enigmática mención a “las que declarén 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”. En fin, el título IX se cierra con el artículo 165, que se remite a una ley orgánica para completar y desarrollar la regulación del Tribunal Constitucional. Esta cláusula abierta permite al legislador orgánico establecer nuevos procesos constitucionales si lo considera adecuado, y también aspectos fundamentales relativos a la organización y funcionamiento, incluso a la designación de sus miembros, quedan a disposición del legislador. A este respecto puede verse, por ejemplo, la STC 49/2008, de 9 de abril, sobre la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de designación de los magistrados propuestos por el Senado, aspecto este no previsto en la norma fundamental y que fue introducido por la reforma de la LOTC en 2007, siendo considerado conforme a la Constitución por el propio Tribunal Constitucional.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

titucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Por un lado, este precepto acota los artículos susceptibles de recurso de amparo constitucional (aunque acaso el legislador podría ampliarlos, pero nunca reducirlos). Pero por otro, el art. 53.2 impone también un proceso específico para la garantía de los mismos derechos (con la excepción del artículo 30, para el que no sería imprescindible) ante los tribunales ordinarios, y basado en los principios de preferencia y sumariedad. Esto es lo que parte de la doctrina ha denominado “Amparo Ordinario”, en tanto que se cumpliría la característica esencial del amparo, como proceso constitucional específico para la garantía de los derechos. De este modo, parece que el Constituyente quiso configurar el amparo constitucional como un recurso (de ahí la terminología de “recurso de amparo”) subsidiario respecto a un proceso preferente y sumario para la garantía de los derechos. Y ello apunta al carácter también extraordinario del amparo constitucional, frente al proceso denominado “amparo ordinario”.

En suma, cabría apuntar las siguientes características constitucionales del amparo: 1) es una institución procesal constitucionalmente impuesta, como proceso de garantía de ciertos derechos constitucionales; 2) tiene que haber un procedimiento preferente y sumario, que se tramitará ante los tribunales ordinarios, que debe proteger, como mínimo, los derechos contenidos entre los artículos 14 y 29; 3) tiene que haber un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que debe proteger, como mínimo, los derechos contenidos entre los artículos 14 y 30 de la Constitución;⁴²⁴ 4) estarán legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional cualquier persona que invoque un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

Es claro, sin embargo, que la Constitución de 1978 deja mucho margen abierto en la regulación de los amparos constitucional y ordinario, tanto en lo relativo a la propia configuración material de los procesos, como a los trámites procesales, como por ejemplo en cuanto a los efectos de las sen-

⁴²⁴ Si bien alguien ha sugerido que el inciso “en su caso” del art. 53.2 permitiría considerar el recurso de amparo constitucional como una institución potestativa para el legislador, creo que el art. 161 despeja toda duda al respecto, al considerar el recurso de amparo “por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”, como una competencia necesaria del Tribunal Constitucional.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tencias.⁴²⁵ Este amplio margen se ha ido cerrando sobre todo por el legislador y por la propia práctica de los tribunales, como vamos a tratar de describir.

3.3. El desarrollo legislativo y la evolución de “los amparos” en España: los “procedimientos preferentes y sumarios” y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

Si la Constitución perfilaba un “amparo ordinario” y un “amparo constitucional”, el legislador tuvo que desarrollar tempranamente ambos niveles para que dichos procesos pudieran implantarse. Para ello, como ha quedado apuntado, hubo de tomar diversas opciones importantes, dentro del margen constitucional.

Comenzando por el “procedimiento preferente y sumario”, el legislador tempranamente adoptó diversas opciones que se han mantenido posteriormente y que en alguna medida han marcado al “amparo ordinario”, desdibujándolo y relegándolo a un lugar secundario. Así, en la ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, fue desarrollado por primera vez el mandato constitucional del art. 53.2 (aunque la ley fue tramitada paralelamente a la propia Constitución), estableciendo, en contra de la literalidad de dicho precepto, diversos procesos (o especialidades procesales) en los ámbitos civil, penal y contencioso-administrativo. Aunque dicha ley está hoy totalmente derogada, se mantiene la multiplicidad de “procesos de amparo ordinario”, aunque algunos de ellos se diluyen casi por completo en otros procesos ordinarios o especiales tramitados ante los diversos órdenes jurisdiccionales.

Aunque no podemos detenernos en este punto, cabe apuntar brevemente cuáles son dichos procesos “preferentes y sumarios” en la actualidad⁴²⁶:

⁴²⁵ Lo único que parece deducirse de la Constitución en este punto es que la sentencia de amparo no parece tener efectos generales derivados de la Constitución, pues estos se predicen de “todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho” (art. 164.1 CE).

⁴²⁶ Sobre los procesos de “amparo ordinario” véase el cuadro final de este trabajo. En la bibliografía, destacamos los trabajos de Manuel Carrasco Durán, *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, y el inte-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

- 1) en el orden jurisdiccional civil, los procesos de tutela de los derechos fundamentales se subsumen en el procedimiento ordinario, estableciendo simplemente la ley que los mismos se tratarán con preferencia y sumariedad (Art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Diversas especialidades establecidas en la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen, no alcanzan a configurar un procedimiento específico.
- 2) En el orden jurisdiccional penal, en el que la ley 53/1978 establecía algunas peculiaridades, hoy no existe ninguna, ni ningún proceso específico (acaso porque se entiende que todo proceso penal es en alguna medida un proceso de garantía de derechos), quedando la protección de los derechos subsumida en los diversos procesos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 3) En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sí existe un auténtico “amparo ordinario”, aplicable a la protección de todos los derechos fundamentales, y con todas las características de un proceso autónomo establecido por la ley con perfiles propios, regulado en los arts. 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Para el derecho de reunión y manifestación existe una regulación específica en el artículo 112 de la misma ley. Por último, para los derechos político-electORALES la Ley Orgánica del Régimen Electoral General regula dos procesos específicos, que serían el existente frente a la proclamación de candidatos, y el que cabe interponer frente a la proclamación de electos (contencioso electoral), aparte la posible utilización de otros procesos contencioso-administrativos en otros momentos del proceso electoral.
- 4) En el orden laboral, los arts. 175 ss. de la Ley de Procedimiento Laboral regulan un procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical, que es aplicable a todos los derechos fundamentales. Sin embargo, el hecho de que ante este tengan prioridad, en caso de que

resante artículo de María José Majano Caño, “Una visión crítica sobre la protección de los derechos por los tribunales ordinarios en el sistema español: el procedimiento preferente y sumario”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 36, mayo 2004, pp. 121 ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

se den las circunstancias de uno y otro, diversos procesos laborales “especiales” (y entre ellos el de despido, que es en la práctica el más frecuente), resta mucha importancia el que podríamos denominar “amparo ordinario laboral”.

- 5) Como supuesto especial no encomendado a ninguno de los cuatro órdenes jurisdiccionales, puede destacarse la disolución o suspensión judicial de los partidos políticos, que se llevará a cabo a través de un procedimiento ante la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (el procedimiento se regula en los arts. 10 ss. de la Ley Orgánica de Partidos Políticos).
- 6) Aunque fuera de la jurisdicción ordinaria, no podemos dejar de mencionar que los arts. 518 ss. de la Ley Orgánica Procesal Militar establecen un procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

A pesar de que hemos tratado de simplificar y resumir la exposición anterior, creo que queda claro que no existe hoy en España “un” amparo ordinario, sino una multiplicidad de procesos en los distintos órdenes jurisdiccionales, que pueden servir a esa finalidad. A ello hay que añadir el carácter alternativo con el que la mayoría de ellos se han entendido (que en alguna medida se relaciona con su objeto limitado a la vulneración de un derecho fundamental, lo que implica que si en un proceso se quieren abordar otras cuestiones no se debe tramitar por la vía “preferente y sumaria”); y además debe tenerse en cuenta que la subsidiariedad que con carácter general se exige al amparo constitucional no implica la necesidad de haber seguido en las instancias previas un “amparo ordinario”, sino de haber agotado cualquier vía judicial, aunque no sea de garantía de los derechos. Por lo demás, dado que cabe el recurso de amparo constitucional frente a vulneraciones de derechos procedentes de sentencias u otras resoluciones del Poder Judicial producidas en cualquier instancia, en ocasiones el recurso de amparo constitucional se presenta sin que en la mayor parte de la vía judicial previa se haya podido analizar la vulneración del derecho (o incluso sin que esa posibilidad se haya dado en absoluto, cuando la vulneración denunciada procede de una sentencia que pone fin al proceso y no resulta recurrible en vía ordinaria).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

En consecuencia, creemos que los “procedimientos preferentes y suarios” no han tenido ni mucho menos el protagonismo que deberían, habiéndose diluido entre otros procesos ordinarios, y sin tener una configuración más o menos sencilla y unitaria, y en la práctica han sido objeto de una utilización relativamente escasa. Todo lo cual ha contribuido seguramente a provocar el desbordamiento del amparo constitucional que ha tenido al Tribunal cerca del colapso, provocando en algunos momentos muy excesivos retrasos en la resolución de los asuntos.

En cuanto al “amparo constitucional”, el mismo fue también tempranamente regulado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional,⁴²⁷ que contiene también una regulación mucho más detallada de los aspectos relativos a la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como de los restantes procesos constitucionales. En lo relativo estos últimos, la LOTC no solo detalló los aspectos más relevantes de los previstos en la Constitución y dio importantes pautas para la delimitación entre todos ellos, sino que introdujo algunos no mencionados en la norma fundamental.⁴²⁸ Por lo demás, la LOTC detalló también muchos otros aspectos solo someramente regulados en la Constitución, como el relativo a los efectos de las sentencias constitucionales (arts. 38 ss., 53 ss., 66, 70, 75 y 75 quinquies), aunque la vinculación de los jueces ordinarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en todo tipo de procesos (incluyendo por tanto el amparo) solo se explicitó en un momento posterior, en el art. 5.1 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial. Con posterioridad a su aprobación en 1979, la LOTC fue objeto de algunas reformas,⁴²⁹ que incidieron tanto en aspectos organizativos como procedimentales. Sin embargo, ha sido la propia práctica del

⁴²⁷ Como comentario útil y práctico a la LOTC, artículo por artículo, se recomienda Juan Luis Requejo Pagés, coord., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-BOE, 2001.

⁴²⁸ Así sucedió con el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales (capítulo III del título IV), y el conflicto en defensa de la autonomía local (capítulo IV del título IV), este último introducido tras la reforma de la LOTC producida en 1999. El control previo de la constitucionalidad, que en la redacción original de la ley se preveía para tratados internacionales y leyes orgánicas, fue suprimido para éstas en 1985.

⁴²⁹ Las leyes de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han sido las siguientes: LO 8/1984, de 26 de diciembre; LO 4/1985, de 7 de junio; LO 6/1988, de 9 de junio; LO 7/1999, de 21 de abril; LO 1/2000, de 7 de enero; y LO 6/2007, de 24 de mayo.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tribunal Constitucional la que ha servido como fuente fundamental para el desarrollo de la jurisdicción constitucional en España, a través de una amplia jurisprudencia que ha llevado a cabo una importante labor de interpretación y desarrollo de los derechos fundamentales —y del resto de preceptos constitucionales—, pero que también ha servido para poner de relieve algunos problemas y carencias fundamentales. Toda esta experiencia, con mayor o menor fortuna, ha sido considerada por el legislador en la trascendental reforma operada por LO 6/2007 (a la que luego nos referiremos), hasta el punto de que puede hablarse de un antes y un después de esa reforma.

Antes de entrar a apuntar los aspectos más relevantes de esa reforma, cabe apuntar ahora, de forma sintética, las principales virtudes y defectos que el Tribunal Constitucional español ha mostrado en sus casi tres décadas de funcionamiento, en especial en lo relativo al amparo y la garantía de los derechos. Entre las primeras, que resultaban muy necesarias en un Estado que acababa de volver a la democracia, cabe apuntar las siguientes:

- 1) El amplio desarrollo de los derechos fundamentales que el Tribunal llevó a cabo a través de su jurisprudencia, comenzando en muchos casos casi de cero la labor de delimitación y conceptualización de los derechos constitucionalmente previstos.
- 2) En particular, el TC consiguió modificar muchas prácticas procedentes del Poder Judicial que podían resultar contradictorias con la tutela judicial efectiva, interpretando las normas procesales de la manera más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, y rompiendo en muchos casos el acusado formalismo que caracterizaba a la práctica judicial. Siendo el Poder Judicial, en el momento inicial tras la aprobación de la constitución de 1978, básicamente el mismo de la época franquista, las inercias podían ser muchas y la labor del Tribunal Constitucional contribuyó sin duda a modernizar la práctica judicial.
- 3) Igualmente el Tribunal ha llevado a cabo una importante labor de interpretación y desarrollo de su propio ordenamiento regulador, tanto en lo relativo a su organización como en lo que afecta a los diversos procesos constitucionales, y por esta vía ha ido precisando y detallando dicha regulación, resultando hoy necesario acudir a su

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

jurisprudencia para comprender cabalmente muchos aspectos relevantes de dichos procesos.

- 4) Por último, y dejando a un lado aspectos específicos de otros procedimientos, hay que destacar que durante muchos años, la particular forma de designación de los magistrados del TC y su renovación parcial cada tres años, funcionó de manera bastante razonable, no sólo al permitir una evolución jurisprudencial carente de sobresaltos notorios o rupturas injustificadas (en lo que ahora nos interesa, en la interpretación y desarrollo de los derechos fundamentales), sino también porque la actuación de los magistrados, con independencia de la mayor o menor trascendencia política de sus decisiones y de las polémicas que eventualmente podían acompañar a las mismas, no permitía señalar una identificación constante con las posiciones de un Gobierno o de un partido político determinado, impidiendo así que en el seno del Tribunal pudieran delimitarse con precisión facciones o grupos de magistrados caracterizados por su mayor o menor proximidad a un partido determinado.

En la cruz del Tribunal, en cambio, habría que mencionar algunas carencias de gran relevancia:

- 1) La sobrecarga de asuntos del Tribunal llegó a ser apabullante, provocando un retraso espectacular en la resolución de muchos de ellos. Aunque esta sobrecarga vino provocada fundamentalmente por la cantidad de recursos de amparo que alcanzó a ingresar anualmente en el Tribunal Constitucional, los retrasos en la resolución han afectado en mayor o menor medida a todo tipo de procesos, generando al TC un grave problema.
- 2) También por la vía del recurso de amparo se ha producido otro de los graves problemas que ha aquejado al Tribunal Constitucional, como es el conflicto que el mismo ha mantenido con el Tribunal Supremo, y que ha resultado en ocasiones particularmente virulento y fuera de lugar. Este conflicto parece haberse generado en ocasiones como consecuencia de sentencias de amparo cuyos pronunciamientos podrían excederse de la función constitucional y legal que corresponde al TC, y no fueron aceptados por el Tribunal Supremo

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

(tal es el caso producido en el famoso asunto denominado habitualmente “caso Isabel Preysler”),⁴³⁰ aunque en otros casos ha venido por otra vía llegando a extremos lamentables, como la condena de los magistrados del Tribunal Constitucional a indemnizar con 500 euros cada uno a un recurrente de amparo cuya demanda fue inadmitida, llevada a cabo por la Sala 1a. del Tribunal Supremo.⁴³¹ Estos episodios ponen de relieve una grave “guerra entre tribunales” en España, que sin duda ha supuesto una crisis institucional de muy gran calado, a la que ambos tribunales han tenido que enfrentarse.⁴³²

- 3) Si bien es consustancial a la jurisdicción constitucional el tener que enfrentarse a la resolución de conflictos políticos, como antes he apuntado durante muchos años el TC ha venido funcionando de modo que no resultaba apreciable la identificación entre los magistrados y determinadas tendencias ideológicas o políticas. Sin embargo, en los últimos años la situación parece haber cambiado, de manera que diversos factores han provocado lo que en algunos casos parece una división interna del Tribunal de acuerdo con la ideología política de los magistrados o con la identificación con el partido que de uno u otro modo estuvo detrás de la propuesta. Y

⁴³⁰ Para poder seguir el desarrollo procesal de este conocido asunto, véanse las siguientes sentencias: STS (1a.) de 31 de diciembre de 1996 (1157/1996), que consideraba que la publicación de algunos aspectos personales de la señora Isabel Preysler, relacionados con sus abrigos, sus bolsos o los granos que le salían en la cara, no vulneraba su intimidad, dado que se trataba de “chismes de escasa entidad”. Conociendo de un recurso de amparo frente a dicha sentencia, la STC 115/2000, de 5 de mayo, entendió que dicha publicación sí vulneraba la intimidad, y anuló en consecuencia la anterior sentencia del TC. Pero la Sala 1a. del TS, en la sentencia de 20 de julio de 2000 (776/2000), aun acatando lo dicho por el TC, condenó a los responsables de la publicación a indemnizar a la señora Preysler con la ridícula cantidad de 25000 pesetas (hoy 150 euros). Un nuevo recurso de amparo permitió de nuevo al TC pronunciarse en sentencia 186/2001, de 17 de septiembre, volviendo a amparar a la recurrente, pero en este caso evitó devolver los autos al Tribunal Supremo, estableciendo en cambio la validez de la indemnización fijada en su día por la sentencia de la Audiencia Provincial, y que era de 10000.000 pesetas (hoy unos 60000 euros).

⁴³¹ Se trata de la STS (1a.) 51/2004, de 23 de enero. En respuesta a la misma, el Pleno del TC adoptó el Acuerdo de 3 de febrero de 2004, rechazando expresamente la sentencia del TS.

⁴³² Sobre este tema, puede verse Serra Rosario Cristóbal, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999; o F. J. Díaz Revorio, “¿Vuelve la guerra entre los Tribunales?”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 9, septiembre 2001, pp. 15 ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

aunque esta circunstancia no se produce solo ni principalmente en la resolución de los recursos de amparo, la mayoría de los cuales se resuelven al margen de cualquier polémica política o ideológica, incluso de forma unánime, no podemos dejar de mencionarla aquí, porque esa división aparentemente vinculada a posiciones políticas sí se ha producido en algunos procesos de amparo de especial trascendencia pública.

- 4) En el ámbito de los derechos fundamentales, y aparte los problemas del amparo que ya se han mencionado, puede destacarse que, así como la labor del TC ha sido muy importante en la interpretación y desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos, no cabe decir lo mismo respecto al reconocimiento o “creación” de “nuevos derechos constitucionales” derivados de los preceptos de la Constitución pero no explícitamente enunciados en la misma.⁴³³ Otros asuntos pendientes en este ámbito serían las dificultades existentes en ocasiones para la reparación del derecho vulnerado (lo que provoca a veces sentencias meramente declarativas, como sucede por ejemplo en muchos casos de dilaciones indebidas), o para la utilización del amparo para “preservar” los derechos y libertades, posibilidad prevista en el art. 41.3 LOTC que, sin embargo, el TC no ha desarrollado, impidiendo toda posibilidad preventiva en el amparo, y haciendo a veces que el mismo pierda su sentido.

4. LOS PARÁMETROS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA DEL AMPARO DE 2007

4.1. Diversos aspectos de la reforma

Los problemas fundamentales que hemos venido apuntando están en la base de la reforma de la LOTC que, tras un largo proceso parlamentario, vio finalmente la luz con la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo.

⁴³³ Sobre este tema, F. Javier Díaz Revorio, “Tribunal Constitucional y derechos constitucionales no escritos”, en *La justicia constitucional en el Estado democrático*, coords. E. Espín Templado y FJ Díaz Revorio, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En los años anteriores se venía produciendo un intenso debate doctrinal sobre la conveniencia de la reforma, centrado particularmente en el ámbito del recurso de amparo,⁴³⁴ y con el telón de fondo de la reforma del mismo llevada a cabo en Alemania en los años 90. Finalmente, el texto aprobado procede a llevar a cabo una reforma de calado que afecta a distintos aspectos de la ley, aunque por otro lado en la tramitación parlamentaria se “perdieron” algunos otros aspectos que estaban en el proyecto y acaso hubiera sido interesante mantener.

Si bien no es posible llevar a cabo un análisis minucioso de los importantes contenidos de esta reforma, procede al menos apuntar las novedades más relevantes que la misma llevó a cabo en los diversos ámbitos, realizando una valoración de las mismas.⁴³⁵

Por un lado, la necesidad de agilizar el trabajo del Tribunal para superar los enormes retrasos en la resolución de los asuntos ingresados, así como el deseo de superar las tensiones y abiertos enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, están en la base de algunas modificaciones importantes en el terreno organizativo e institucional, en el que pueden destacarse las siguientes novedades:

- 1) Se permite el conocimiento de más asuntos por parte de las Salas, posibilitando que éstas conozcan de los recursos de inconstitucionalidad cuando en los mismos se trate de mera aplicación de doctrina, de las cuestiones de inconstitucionalidad que el Pleno no se reserve, y de los conflictos de competencia, impugnaciones del artículo

⁴³⁴ Pueden citarse, como trabajos de referencia en ese momento, Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; Pablo Pérez Tremps, *El recurso de amparo*, Valencia, tirant lo Blanch, 2004; G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Madrid, Fundación Alternativas, 2005, además de las obras citadas más adelante que abordan en general la reforma y que fueron publicadas durante la tramitación de ésta.

⁴³⁵ Existe ya alguna bibliografía interesante sobre esta reforma, aunque en algunos casos se trata de trabajos que fueron publicados antes de que el texto definitivo entrase en vigor. Puede mencionarse Eduardo Espín Templado, *et al.*, *La reforma de la justicia constitucional*, Madrid, Thomson, 2006, o P. Pérez Tremps, coord., *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. Ya con el texto legal aprobado, es de interés el trabajo de Fernández Farreres, Germán, *et al.*, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional: estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

161.2 CE y conflictos en defensa de la autonomía local que se atribuyan a la Sala que corresponda en trámite de admisión (art. 10 LOTC).

- 2) Se posibilita que las secciones conozcan de los recursos de amparo, incluso sobre el fondo del asunto, cuando para su resolución pueda aplicarse doctrina consolidada del Tribunal (arts. 48 y 52 LOTC).
- 3) Se lleva a cabo una nueva regulación de los letrados, contemplándose al fin expresamente la figura de los letrados de adscripción temporal, que venían existiendo hasta el momento sin cobertura legal expresa (art. 97 LOTC).
- 4) Se introducen algunos preceptos destinados claramente a preservar la posición y funciones del TC ante el Poder Judicial, tratando de evitar conflictos como los que se produjeron entre el TC y el Tribunal Supremo. En este ámbito pueden entenderse las anulaciones en defensa de la jurisdicción y la prohibición de que las resoluciones del Tribunal Constitucional sean enjuiciadas por ningún otro órgano jurisdiccional del Estado (arts. 4 y 10 LOTC).⁴³⁶
- 5) Por el contrario, y acaso para tratar de equilibrar las posiciones de una y otra parte en ese potencial “conflicto entre tribunales”, se dispone que el Tribunal Constitucional se limitará a declarar la vulneración de derechos, absteniéndose de otras consideraciones sobre la actuación de los órganos judiciales (art. 54).
- 6) Se dispone que los magistrados nombrados 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” (art. 16.1). Este precepto ha

⁴³⁶ El artículo 4 dice textualmente: “En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.

2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.
3. Cuando el Tribunal Constitucional anule un acto o resolución que contravenga lo dispuesto en los dos apartados anteriores lo ha de hacer motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

sido expresamente declarado constitucional por el TC en la sentencia 49/2008, de 9 de abril.

- 7) Se establece que los candidatos elegidos por el Senado o el Congreso deben comparecer previamente ante las correspondientes comisiones de la Cámara respectiva (art. 16.2).
- 8) Se explicita en la ley algo que venía produciéndose en la práctica, como es la *prorrogatio* del Presidente y Vicepresidente en sus cargos en el caso de que, transcurrido el período de tres años para el que fueron elegidos, no se hubiera llevado a cabo la correspondiente renovación parcial del Tribunal (art. 16.3). También fue rechazada la impugnación sobre la constitucionalidad de este precepto, en la misma sentencia 49/2008.
- 9) En el ámbito de otros procesos constitucionales diferentes al amparo, cabe destacar una nueva regulación de algunos aspectos relativos a la cuestión de inconstitucionalidad, dando un mayor protagonismo a las partes y al órgano judicial que la plantea, y en definitiva acentuando su carácter indirecto e incidental en que gana protagonismo el proceso *a quo*. De este modo la cuestión se convierte en un proceso indirecto y concreto en todas sus fases procesales, excepto en la sentencia, que debe mantener su objeto central consistente en la contrastación general y abstracta entre un precepto legal y la Constitución, y por supuesto sus efectos *erga omnes*. En este contexto, las principales modificaciones que afectan a la cuestión de inconstitucionalidad son las siguientes:
 - a) En el trámite de alegaciones que a las partes se les da en el proceso *a quo* por diez días, antes de adoptar mediante auto la resolución sobre el planteamiento de la cuestión, se permite a las partes alegar no solo sobre la pertinencia de plantear la cuestión (como antes de la reforma) sino también sobre el fondo de la misma (art. 35. 2 y 3).
 - b) Quizá el aspecto más relevante es la posibilidad que, tras la reforma, se da a las partes de personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a la publicación en el BOE de la admisión a trámite, para formular alegaciones en el plazo de otros 15 días (art. 37.2). Se trata de una exigencia derivada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

de Derechos Humanos, desde la sentencia de 23 de junio de 1993 (asunto *Ruiz Mateos contra España*), pero aunque el Tribunal debía admitir desde entonces esa posibilidad de casos de leyes singulares, la misma carecía de previsión legal y del alcance general que ahora se le otorga.

- c) Se introduce la previsión expresa de la suspensión del proceso *a quo* tras el planteamiento de la cuestión (art. 37.3), primariamente con carácter provisional hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la admisión y, en caso de que ésta se produzca, hasta la resolución definitiva del TC. Aunque en todo caso los efectos del planteamiento eran suspensivos antes de la reforma, faltaba esta previsión específica.
- d) En las llamadas “autocuestiones de inconstitucionalidad” que son las que plantea la Sala (o, en su caso, la Sección) que resuelve un recurso de amparo, al entender que la vulneración del derecho procede de una ley, el planteamiento de la cuestión implica, tras la reforma de 2007 y a diferencia de la situación anterior, la suspensión del plazo para dictar sentencia de amparo (art. 55.2 LOTC).

4.2. *La reforma del amparo*

Sin duda se trata del ámbito en el que más ha incidido la reforma. Como se apuntó, una de las claves de la misma radicaba en que la labor de establecimiento de una doctrina jurisprudencial del Tribunal en materia de derechos fundamentales no parecía ya tan necesaria, dado que la doctrina previamente elaborada es habitualmente seguida por los tribunales ordinarios, que razonablemente funcionan como garantes habituales de los derechos fundamentales. Por ello se ha llegado a decir que “en este ámbito el Tribunal Constitucional ha cumplido su cometido histórico y que acaso haya llegado el momento de que, agotada su función, sencillamente la abandone o, al menos, la dote de un nuevo contenido”.⁴³⁷ En estos parámetros se movió el debate previo a la reforma, llegando a plantearse la po-

⁴³⁷ R Juan Luis Equejo Pagés, “El Tribunal Constitucional”, *op. cit.* Añade a continuación este autor: “Su éxito sería, al cabo, el principio del fin de la razón de su existencia, únicamente justificada,

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

sibilidad de suprimir o reducir drásticamente el ámbito del amparo constitucional, lo que (salvo propuesta de reforma constitucional) requeriría plantear la cuestión de si este recurso es un instrumento en todo caso exigido por la Constitución para la defensa de todos los derechos mencionados en el artículo 53.2 de la misma.

Finalmente, el legislador optó por una reforma del amparo que incide de forma significativa en dos ámbitos: por un lado, el llamado “amparo ordinario” se transforma con la introducción del incidente de nulidad de actuaciones como mecanismo de garantía de los derechos; por otro, el recurso de amparo constitucional, aparte de lo ya dicho respecto a la posibilidad de conocimiento del mismo por las propias secciones, sufre una muy relevante modificación en lo que afecta al trámite de admisión.

Comenzando por lo primero, como ya se ha señalado el llamado “amparo ordinario” es en realidad un conjunto de procesos (o en algunos casos, meras especialidades en los procesos ordinarios) cuya trascendencia como vía previa para el amparo constitucional era más bien modesta, de manera que acaso solo en lo contencioso-administrativo podemos hablar de un verdadero proceso de amparo ordinario con la importancia y el protagonismo que el mismo requiere. En este contexto, la mayor parte de los recursos de amparo que llegan al Tribunal Constitucional no son subsidiarios de un proceso “de amparo ordinario”, sino de cualquier proceso ordinario sin más, de modo que los “amparos ordinarios” no vienen funcionando como auténtica vía previa al amparo constitucional.

De ahí que la reforma haya establecido el incidente de nulidad de actuaciones como vía adecuada para la garantía de los derechos ante los tribunales ordinarios, y por tanto vía previa al amparo constitucional, mediante la reforma del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,⁴³⁸ que ofrecería así a las partes en el proceso un cauce procesal para la repa-

en su origen, como una excepción (típicamente europea) a la lógica de la garantía judicial de la Constitución”.

⁴³⁸ Cuya nueva redacción es la siguiente: “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.”

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ración de sus derechos vulnerados, antes de acudir al amparo constitucional. Queda por ver si este “filtro” resulta realmente eficaz, sobre todo teniendo en cuenta que frente a la resolución judicial que deniegue la nulidad de actuaciones cabrá en todo caso un posterior amparo constitucional, lo que dado que el incidente puede tramitarse ante órganos judiciales de primera instancia o nivel inferior, puede producir un efecto multiplicador del número de resoluciones susceptibles de ser impugnadas ya directamente ante el Tribunal Constitucional.

En lo relativo al recurso de amparo constitucional, la reforma procede a una muy novedosa regulación del trámite de admisión.⁴³⁹ En síntesis, se altera el principio general según el cual, antes de la reforma, las demandas de amparo se admitían salvo que concurriera una causa de inadmisión de las específicamente mencionadas en la ley, para pasar a un principio general de inadmisión, de manera que solamente serán admitidas las demandas que, además de cumplir el resto de requisitos procedimentales previstos en la ley, justifiquen “una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional”, apreciada por unanimidad de la sección.⁴⁴⁰

La definición de lo que sea “especial trascendencia constitucional” cobra así una elevadísima relevancia. Tratándose de un concepto amplio y de notoria ambigüedad, es necesario establecer sus perfiles y los parámetros que deberá cumplir un asunto para que pueda entenderse cumplido este requisito. El legislador, la jurisprudencia del propio TC y la doctrina han comenzado a desarrollar esa importante labor de concreción del concepto.⁴⁴¹

⁴³⁹ Aunque se modifican diversos artículos, el eje central radica en la nueva redacción dada al artículo 50 LOTC, que es la siguiente: “1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurran todos los siguientes requisitos:

- a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49.
- b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

⁴⁴⁰ Según el art. 50.2 “cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución”.

⁴⁴¹ En el ámbito doctrinal, y entre otros artículos y comentarios, puede destacarse el trabajo de Francisco Javier Matía Portilla, “La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para empezar, hay que señalar que la propia LOTC reformada, tras referirse al concepto de “especial trascendencia constitucional”, añade que la misma 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”. Estos criterios apuntan a una clara objetivación del recurso, pues ninguno de ellos se refiere a los derechos fundamentales del ciudadano o a la intensidad de la lesión de los mismos.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de ir perfilando el concepto de “especial trascendencia constitucional”. Tras los Autos 188/2008, de 21 de julio; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre, han sido las sentencias 70/2009, de 23 de marzo y, muy especialmente, 155/2009, de 25 de junio, las que han detallado los supuestos de “especial trascendencia constitucional”. En particular, la sentencia citada en último lugar específica, con clara proyección hacia el futuro, los motivos por los que el Tribunal apreciará el cumplimiento de este requisito, y que serán los siguientes:

a) el de un recurso que plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental trae causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho funda-

de amparo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009, pp. 343 ss.; y el de Manuel Pulido Quecedo, “La especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009, pp. 73 ss.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

mental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desnocéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plante una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

Esta enumeración tiene la inquestionable virtud de ir clarificando el concepto al señalar parámetros o estándares más o menos concretos y específicos aplicables a los supuestos en los que se entenderá cumplido el requisito de la especial trascendencia constitucional. Aunque, como reconoce el Tribunal Constitucional, no se trata de una lista cerrada, sino que podrán incorporarse nuevos supuestos en el futuro (aparte de la notoria apertura que supone el último de los supuestos establecidos en la cita transcrita), el establecimiento de estándares o parámetros de admisión debe valorarse positivamente por lo que tiene de clarificación de un concepto demasiado ambiguo. Ello no obsta para que, desde luego, algunos de los motivos señalados por el Tribunal sean susceptibles de crítica (en particular la referencia a la trascendencia política o económica del caso).

5. VALORACIÓN Y PERSPECTIVAS

Aunque el amparo es un proceso constitucional que nace al margen de la jurisdicción constitucional, e incluso antes de la propia existencia de los Tribunales Constitucionales, en Europa el mismo se ha vinculado generalmente con las competencias del Tribunal Constitucional, de tal manera que, aunque no sea un proceso constitucional imprescindible o esencial (ya que hay ordenamientos en los que no existe), ha cobrado un gran pro-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tagonismo allí donde se ha implantado como competencia del Tribunal Constitucional, llegando a ser cuantitativamente el más importante de los procesos constitucionales. En todo caso, y a diferencia de otros procesos constitucionales centrados en la garantía objetiva de la supremacía constitucional, la esencia del amparo es la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, aunque la misma venga ineludiblemente unida a una dimensión objetiva de garantía constitucional, que sin embargo no parece ser la primigenia y original función del amparo.

En el caso español el amparo constitucional coexiste con un amparo “ordinario”, que en la práctica consiste en un conjunto de procesos que se tramitan en los distintos órdenes jurisdiccionales, y que tienen por objeto específico la tutela de los derechos constitucionales. Acaso esta dispersión, su carácter alternativo y su frecuente falta de perfil propio, diluyéndose entre otros procesos ordinarios, hayan estado en la base de una menor utilización y utilidad de estos procesos en España, que a su vez puede haber sido una de las varias causas que han podido contribuir a la “hipertrofia” del amparo constitucional.

Lo cierto es que el este instrumento, que cumplió un papel fundamental en los años posteriores a la aprobación de la Constitución y el establecimiento del Tribunal Constitucional, dos décadas después había empezado a convertirse en uno de los principales problemas del propio Tribunal, amenazando a este de colapso, retrasando enormemente la resolución de todos sus asuntos, y generando duros enfrentamientos con el Tribunal Supremo como consecuencia de la solución de algunos recursos de amparo frente a sentencias de este.

Se explica, por tanto, la necesidad de una reforma de la regulación del amparo que, junto a otros aspectos también importantes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se materializó finalmente en 2007. La reforma intenta con buen criterio mejorar la distribución del trabajo en el Tribunal de cara a agilizar los asuntos, incide en otras cuestiones organizativas, procura establecer criterios para evitar nuevos enfrentamientos entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, y modifica también algunos preceptos relativos a otros procedimientos. En lo que se refiere a lo que podríamos denominar “amparo ordinario”, impone la utilización del incidente de nulidad de actuaciones cuando se alegue vulneración de derechos fundamentales, como trámite previo al recurso de amparo constitucional.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Pero quizá el aspecto más relevante sea la reforma del trámite de admisión del recurso de amparo constitucional, cuyas referencias más próximas han sido la reforma llevada a cabo en Alemania en 1993, y —de forma más remota— el modelo del *certiorari* norteamericano. Esta modificación supone una radical transformación en los principios aplicables a la admisión de las demandas de amparo constitucional. Responde sin duda a una necesidad, como es agilizar el trabajo del Tribunal Constitucional, tratando de evitar la acumulación de asuntos, y trasladar el protagonismo de la garantía jurisdiccional de los derechos a los tribunales ordinarios, pero sin suprimir esta competencia del Tribunal Constitucional (que se reserva sin embargo para supuestos novedosos o de trascendencia general). Se trata de finalidades no solo razonables sino que venían resultando ya imperiosas en nuestro sistema de garantías constitucionales. Por lo demás, y si bien no puede hacerse una valoración definitiva en este aspecto, parece que el retraso en la resolución de los amparos ya ha comenzado a decrecer de forma notoria desde la aplicación de esta reforma legal a los nuevos recursos de amparo.

Sin embargo, pueden hacerse a la misma algunas críticas, fundamentalmente porque la reforma procede a una objetivación prácticamente total del recurso (confirmada en la jurisprudencia constitucional), de cuya fase de admisión desaparece toda consideración a la lesión del derecho fundamental o a la intensidad de la misma. Incluso la reforma alemana, que como se ha dicho ha sido la referencia más próxima del legislador español, mantiene junto al criterio puramente objetivo de admisión, otro de carácter subjetivo referido a la especial intensidad en la lesión del derecho. La cuestión es si esta objetivación total, que resulta incuestionable tras la aprobación de la ley y las primeras sentencias que vienen a aplicarla, es compatible con la configuración constitucional del recurso de amparo. Aunque es difícil pronunciarse sobre este tema, sobre todo ante la parquedad ya destacada de los artículos 53.2 y 163.1 b), parece que el Constituyente quiso un recurso de amparo para la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, y no solo para la defensa objetiva del ordenamiento constitucional de los derechos fundamentales, objetivo que puede verse cumplido a través de otros procedimientos. Por lo demás, esa doble configuración, subjetiva y objetiva, se confirma en el derecho histórico y comparado, de manera que desde los orígenes de este proceso en el derecho

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

mexicano, a su incorporación en algunos sistemas constitucionales europeos, el mismo se configura como un instrumento que sirve tanto a la garantía de la Constitución como a la tutela de los derechos individuales, y que desde luego pierde sentido sin su dimensión subjetiva.

Por lo demás, y aunque probablemente la reforma ha contribuido a un mejor funcionamiento del Tribunal y menor retraso en la resolución de los amparos, creo que quedan pendientes algunos aspectos importantes en el funcionamiento del Tribunal Constitucional y en la garantía de los derechos. Así, la regulación de la tipología y efectos de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad, aspecto que estaba en el proyecto de la reforma que hemos comentado y se abandonó en la tramitación parlamentaria. O la adopción de medidas que permitan al Tribunal disminuir notoriamente el retraso a veces escandaloso con el que se pronuncia sobre la constitucionalidad de algunas leyes impugnadas. O el establecimiento de fórmulas que de algún modo obligasen a los sujetos que han de proponer la renovación de los magistrados, a que esta se produzca en tiempo y forma, y no acumulando retrasos que resultan incomprensibles para la mayoría de los ciudadanos y perniciosos para el prestigio del Tribunal. O, en lo que tiene que ver la garantía de los derechos, la recuperación de una cierta dimensión subjetiva en el amparo constitucional, compatible con la restricción del acceso a este. Ello requeriría, en nuestra opinión, la posibilidad de admitir los recursos de amparo cuando exista una particular intensidad en la lesión de un derecho fundamental, aun cuando no se dieran las razones objetivas que justifiquen la “especial trascendencia constitucional”. Pero sobre todo, una reforma de los procesos preferentes y sumarios para establecer un auténtico “amparo ordinario” que convierta a los tribunales ordinarios en los garantes habituales de los derechos a través de una vía específicamente adaptada a esta finalidad, y que, al tiempo que permita reparar cabalmente las vulneraciones de los derechos en la vía ordinaria, sirva de “filtro” que justifique que la mayor parte de las vulneraciones de derechos fundamentales no tengan finalmente acceso al Tribunal Constitucional.

En fin, cuatro años después de la reforma del amparo en España, y en el mismo año en que México ha emprendido otra trascendental modificación de su amparo, cabe plantearse si las tendencias del amparo en Europa y América van en la misma línea. Mientras parece que en algunos sitios se busca “ampliar la cobertura” del amparo, el acceso a este proceso, y las

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

garantías que el mismo dispensa, en otros (es el caso de España) se restringe el acceso al amparo constitucional, desfigurando la naturaleza del mismo hasta el punto de que cabe preguntarse si sigue siendo un auténtico amparo, sobre todo cuando paralelamente no se fortalece un verdadero “amparo ordinario” que debería constituir la instancia habitual de garantía procesal de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales-BOE, 2008.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Justicia Constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, México, Porrúa, 2007.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw Hill, 2000.

CARRASCO DURÁN, Manuel, *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

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

DÍAZ REVORIO, F. Javier, ”Tribunal Constitucional y derechos constitucionales no escritos”, en *La justicia constitucional en el Estado democrático*, coords., E. Espín Templado y F. J. Díaz Revorio, Valencia, Tírant lo Blanch, 2000.

DÍAZ REVORIO, F. Javier, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril 2001.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

DÍAZ REVORIO, F. Javier, ”¿Vuelve la guerra entre los Tribunales?”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 9, septiembre 2001.

DÍAZ REVORIO, F. Javier, “Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la LOTC”, en Pablo Pérez Tremps (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, México, Porrúa, 2009.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *El control constitucional del Tribunal Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, México, Porrúa, 2011.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, *et al.*, *La reforma de la justicia constitucional*, Madrid, Thomson, 2006.

ETO CRUZ, Gerardo, *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Madrid, Fundación Alternativas, 2005.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *et al.*, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional: estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La obsolescencia de la bipolaridad «modelo americano-modelo europeo-kelseniano» como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 6, 2002.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, 5a. ed., 4 vols., México, Porrúa, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, coords., *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, coords., *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estu-*

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

dios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, 12 vols., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y en España: un estudio de Derecho Comparado*, México, Porrúa, 2002.

FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., *Sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado*, México, Porrúa, 2011.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4a. ed., Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, 2a. ed., Lima, IDEMSA, 2009

GARCÍA BELAUNDE, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006.

GENEVOIS, B., *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes directeurs*, París, Editions STH, 1988.

GIL RENDÓN, Raymundo, *Derecho Procesal Constitucional*, Funda, Querétaro, 2004.

KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988

KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, traducción de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

LANDA, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra, Lima, 2004.

MAJANO CAÑO, María José, “Una visión crítica sobre la protección de los derechos por los tribunales ordinarios en el sistema español: el procedimiento preferente y sumario”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 36, mayo 2004

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier, “La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009.

MIRANDA, Jorge, “La justicia constitucional en Portugal”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 1, 1997, pp. 325 ss.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 11a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2007

PÉREZ TREMPS, Pablo, *El recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004

PÉREZ TREMPS, Pablo, coord., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004

PÉREZ TREMPS, Pablo, coord., *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007

PIZZORUSSO, Alessandro, “La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto”, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional*, núm. 4, 2006, *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, pp. 237 ss.

PULIDO QUECEDO, Manuel, “La especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, coord., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-BOE, 2001.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “El Tribunal Constitucional”, en Salustiano del Campo y José Félix Tezanos, dirs., *La España del siglo XXI*, vol. II, *La política* (Manuel Jiménez de Parga y Fernando Vallespín, eds., Madrid, Instituto de España y Fundación Sistema, 2008

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2009

SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983

SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *la guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999

SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en E. Benda *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, traducción de A. López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

VV. AA., *VIIème Conférence des Cours constitutionnelles européennes*,
publicada en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol.
III, 1987.

ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, Il Mu-
lino, 1988.

CAPITULO XIV

HACIA UNA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA: LUCES Y SOMBRA EN LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2011)

1. REFLEXIONES PREVIAS SOBRE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y SU GARANTÍA

No deja de resultar en cierto sentido paradójico que los derechos que dieron en llamarse “universales” y predicarse de “todos los hombres” na- cieran vinculados a concretos estados y a sus constituciones. En efecto, si bien el iusnaturalismo racionalista que subyace en las primeras declaracio- nes tiende a la universalidad de los derechos y su vinculación a todo ser humano con independencia de su nacionalidad, la relación de esas declara- ciones con el origen de nuevos estados (independencia norteamericana) o con estados que rompían con el anterior modelo absolutista (revolución francesa) hizo que los derechos se vinculasen en su origen con los diferen- tes estados-nación.

Por eso, cuando se habla de internacionalización de los derechos hay que ser consciente de que la Historia de éstos (en el sentido moderno del término) es relativamente breve y se ha iniciado en tiempos recientes, vin- culándose en su origen a los conceptos de Estado y Constitución (o, si se prefiere, al Estado constitucional). Dejando a un lado antecedentes remo- tos, así como otros más próximos en Inglaterra, podría afirmarse que las primeras declaraciones de derechos se producen de forma más o menos

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

simultánea durante la Revolución francesa y la independencia norteamericana, justamente en los orígenes de lo que solemos denominar Edad Contemporánea.

De este modo, la internacionalización de la proclamación y garantía de los derechos no nació con los mismos, sino que más bien tardaría bastante en llegar. En efecto, ha sido sólo en el siglo XX, y en especial tras la segunda guerra mundial, cuando se han empezado a adoptar textos internacionales que han recogido los derechos con pretensión de alcance universal, si bien la garantía jurídica de los mismos sólo se ha realizado en ámbitos geográficos más restringidos. La internacionalización de los derechos es, por tanto, un proceso que, sin perjuicio de algunos antecedentes (entre los que puede destacarse la Convención Internacional sobre la abolición de la esclavitud y el comercio de esclavos, de 1926, auspiciada por la Sociedad de Naciones), solo se inicia de forma clara tras la segunda guerra mundial.

En el año 1945 se aprueba la Carta de las Naciones Unidas, por la que se constituye la O.N.U., cuyo art. 1.3 establece, entre los propósitos de esta organización, “realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. A partir de ahí, y en los años sucesivos, las Naciones Unidas aprobaron textos y auspiciaron la firma de tratados cuyo objeto fue el reconocimiento y garantía de los derechos humanos. El primero y más importante de estos textos es, sin duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, por 48 votos a favor y 8 abstenciones. Pero hay que mencionar también los muy numerosos tratados y convenios auspiciados por Naciones Unidas, entre los que ocupan un lugar muy destacado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos establecidos en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.⁴⁴²

⁴⁴² También podrían citarse, entre otros muchos, el Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio (1948), la Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951), el Convenio sobre los derechos políticos de la mujer (1952), la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención contra la tortura y otros tratos o pe-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Sin embargo, el principal problema de estos textos, cuya trascendencia en el proceso de internacionalización de los derechos es sin duda indiscutible, es su falta de garantía jurídica. La Declaración Universal de Derechos Humanos no es siquiera un tratado internacional, y aunque después de más de sesenta años podría incluso considerarse que sus contenidos gozan de la condición de principios generales del Derecho internacional, lo cierto es que no hay sanción jurídica ante la violación de sus preceptos. Los Pactos Internacionales sí son tratados internacionales, y desde esa perspectiva podrían considerarse jurídicamente vinculantes como parte del Ordenamiento internacional, y del de los estados firmantes, pero sus textos no ofrecen mecanismos de garantía jurídica en sentido estricto, sino solamente ciertos medios de control basados más en la publicidad que en la respuesta jurídica.

Este somero repaso pone de relieve a nuestro juicio —aunque cualquier generalización requeriría quizás de algunos matices y precisiones— la falta de garantía jurídica de los derechos en el ámbito universal, y desde luego la imposibilidad para las personas que ven vulnerados sus derechos, de acudir a una instancia jurisdiccional universal para obtener una respuesta o sanción jurídica para el Estado responsable de la vulneración. La única excepción que podría mencionarse, que es la Corte Penal Internacional, solo lo sería de forma parcial y relativa. Por tanto, la garantía jurisdiccional de los derechos en el ámbito universal es una tarea pendiente e irrenunciable en el mundo globalizado del siglo XXI. Quizá por ello, y de momento, hablar de una jurisdicción supranacional de garantía de los derechos implica centrarse en ciertos ámbitos regionales, en los que sí existen ya experiencias valiosas de este tipo.

nas crueles, inhumanas o degradantes (1984), o la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). En fin, más recientemente, y también de ámbito universal (aunque con ausencias notables en su ratificación), hay que destacar el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, que entró en vigor el año 2002, y debería permitir la sanción internacional de determinados crímenes especialmente graves que en buena medida suponen vulneración de derechos humanos.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2. SEIS DÉCADAS DE GARANTÍA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS EN EUROPA: EL PAPEL DEL CONSEJO DE EUROPA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

En efecto, la garantía jurisdiccional internacional de los derechos se ha ido abriendo camino en ciertos ámbitos regionales, y en particular en Europa y en América. En el ámbito europeo podemos incluso encontrar avances muy notorios en la consideración del individuo como sujeto de derechos en el plano internacional, con capacidad para acudir a instancias internacionales para obtener una respuesta frente a la vulneración de sus derechos imputable a un Estado. En esta línea hay que destacar la gran labor llevado a cabo por el Consejo de Europa, organización internacional creada el 5 de mayo de 1949 entre varios países de Europa occidental (y a la que posteriormente se han incorporado estados de la Europa del Este), como comunidad política cuyos valores fundamentales son la defensa de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. En este ámbito pueden destacarse varios convenios auspiciados por esta organización, y en particular el Convenio para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y dedicado fundamentalmente a los derechos civiles y políticos (en adelante, “Convenio de Roma”, “Convenio europeo” o, simplemente, “el Convenio”), y la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, que recoge sobre todo derechos del ámbito social y económico.

Como antes apuntábamos, este modelo de reconocimiento y garantía de los derechos en un ámbito geográfico limitado ha sido posteriormente utilizado en otros continentes, siendo de destacar la protección alcanzada en América, a través de un sistema que presenta no pocas semejanzas con el europeo.⁴⁴³

⁴⁴³ En efecto, en el seno de la Organización de estados Americanos (cuya Carta fue firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948) se auspició la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y que, además del reconocimiento de una serie de derechos, crea la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, y la Corte Interamericana. Este sistema, que como digo tiene un acusado paralelismo con el que ha funcionado en Europa en virtud del Convenio de Roma (sobre todo hasta la década de los noventa), se estudia en los apartados correspondientes de esta obra. En fin, también puede citarse, posteriormente, la

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

Centrándonos en el Viejo Continente, desde el punto de vista de la garantía jurídica de los derechos, el instrumento que realmente ofrece más relevancia es el citado Convenio de Roma de 1950, que entró en vigor en septiembre de 1953.⁴⁴⁴ Este texto estableció como órganos de garantía de los derechos que contiene, la Comisión Europea de los Derechos Humanos, establecida en 1954, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecido en 1959. Además participaba en los procedimientos de garantía el Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano establecido en el Estatuto fundacional de esta organización. Como veremos, el Protocolo número 11 modificó este sistema de protección, asumiendo todo el protagonismo de la misma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo.

Desde la aprobación del Convenio se han adoptado además quince nuevos protocolos, reconociendo nuevos derechos, o bien modificando aspectos procesales o los sistemas de garantía. Han de destacarse el Protocolo número 11, que reestructura de forma prácticamente global el sistema de garantías y modifica el texto del Convenio y algunos los protocolos anteriores, así como el 14, que incide en la reorganización interna del Tribunal para darle más agilidad en la solución de las cada vez más numerosas demandas. Desde el punto de vista geográfico, es reseñable el gran desarrollo logrado por el Convenio, pues a día de hoy cuarenta y siete estados han firmado su texto, superando con creces, como se ve, a los veintisiete miembros actuales de la Unión Europea (aunque todos ellos son a su vez estados signatarios del Convenio).

Sin duda, gran parte de la trascendencia adquirida por el Convenio es debida a su sistema de garantía, y en particular al papel llevado a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal ha tenido acceso a las diversas demandas de los ciudadanos que alegaban vulneración de los derechos del Convenio por los estados firmantes; e incluso, desde el

Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, adoptada en Nairobi el 24 de junio de 1981 por la Asamblea de la Organización de la Unidad Africana.

⁴⁴⁴ Hay que tener en cuenta que la Carta Social Europea no prevé ningún mecanismo de garantía jurisdiccional, y en sentido estricto no prevé garantía alguna, sino más bien un cierto procedimiento de control que puede concluir con simples recomendaciones del Comité de Ministros (art. 29). Incluso los estados pueden no considerarse obligados por la totalidad de la Carta, sino sólo por un número determinado de artículos, según se prevé en el art. 20.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Protocolo número 11, este acceso ha sido directo y dependiente de la voluntad del propio ciudadano demandante (sin perjuicio del examen de admisibilidad llevado a cabo por el Tribunal), con lo que ello supone de avance desde la perspectiva de la consideración del individuo como sujeto del Derecho internacional. El Tribunal, desde que fue constituido en 1959, ha ido interpretando y desarrollando los diversos preceptos del Convenio, creando jurisprudencia sobre los distintos derechos humanos. Sus decisiones han adquirido una gran trascendencia, primero por el carácter obligatorio de las mismas para los estados firmantes, con la posibilidad de establecimiento de una “satisfacción equitativa” en forma de indemnización económica; y segundo, porque en general los Tribunales Constitucionales o Supremos de los diversos estados han ido aceptando e incorporando esa jurisprudencia a sus propias decisiones. Esta “incorporación” puede explicarse jurídicamente teniendo en cuenta que el Convenio forma parte también del Derecho interno de los estados que lo han ratificado (incluso en algún caso la propia Constitución impone la interpretación de los derechos constitucionales de acuerdo con éste y otros textos internacionales);⁴⁴⁵ pero a la misma no es ajeno el hecho de que las propias sentencias de los Tribunales Constitucionales y Supremos, y la jurisprudencia en ellas contenida, pueden ser “corregidas” o “rectificadas” (si bien no anuladas) por las del Tribunal Europeo, si es que éste decide en sentido contrario a como lo hicieron los Tribunales nacionales, gozando esta decisión de efecto vinculante. Y tampoco hay que dejar de considerar el hecho del prestigio adquirido por esta institución continental, a la hora de valorar el respecto y seguimiento general que suelen alcanzar sus decisiones por parte de los estados miembros y de sus Tribunales.

⁴⁴⁵ Es el caso del art. 10.2 de la Constitución española, que proclama 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 materias ratificados por España”. Entre estos tratados está, obviamente, el Convenio de Roma, y si el texto de éste (además de formar parte del Derecho interno español) ha de tenerse en cuenta para la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución española, parece claro que la interpretación del Convenio llevada a cabo por el Tribunal de estrasburgo adquiere también una muy especial función en la propia interpretación de los derechos constitucionales reconocidos en España.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

En cualquier caso, este más de medio siglo de funcionamiento del Tribunal ha permitido, en primer lugar, mejorar la garantía de los derechos en el plano subjetivo o individual, pues el individuo ha contado con una nueva instancia internacional para reparar las posibles vulneraciones de sus derechos humanos. Pero además, en el plano más objetivo, la jurisprudencia ha permitido ir aproximando la interpretación de los derechos en Europa, con lo que ello tiene también de acercamiento de los Ordenamientos nacionales, y de paso hacia la universalización de los valores contenidos en estos derechos. Se han establecido importantes criterios de interpretación que han sido adoptados por muchos tribunales nacionales, como por ejemplo, entre tantos otros, los relativos a los conceptos de tratos inhumanos y degradantes, a las privaciones y restricciones de libertad admisibles, a las garantías del proceso, o a los requisitos para que una injerencia en ciertos derechos sea admitida por el Convenio (previsión legal, finalidad prevista en el Convenio, necesidad de la medida en una sociedad democrática); incluso el Tribunal ha llegado a “crear” algunos nuevos derechos aparentemente no previstos de forma expresa en el Convenio, como la protección frente a la contaminación acústica o por olores, o la identidad sexual.

El papel del Convenio Europeo, y en particular del Tribunal de Estrasburgo, en la garantía internacional de los derechos ha sido, por tanto, decisivo, pudiendo afirmarse que en este medio siglo esta garantía ha dado un auténtico salto cualitativo. Desde luego, este avance no sólo se ha producido en el ámbito europeo, pero es quizá en el Viejo Continente donde la protección internacional ha alcanzado un mayor nivel, ya que a partir del Protocolo número 11 el individuo tiene acceso directo al Tribunal, pasando a adquirir de forma plena la condición de sujeto activo en el plano del Derecho internacional.

Sin embargo, sería incompleta una visión meramente positiva y autocoplaciente del funcionamiento del Tribunal, pues no son pocos los problemas actualmente existentes: el crecimiento imparable de las demandas y asuntos ingresados amenaza con desbordar la capacidad del Tribunal, aun después de la reforma; la actual división en Salas puede dificultar la coherencia y necesaria uniformidad de la jurisprudencia; la dispar procedencia de los jueces, y sus culturas jurídicas a veces bien diferentes, también son un obstáculo a la creación de una jurisprudencia común europea;

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

los actuales mecanismos procesales son excesivamente complejos y pueden resultar demasiado prolongados, incluso con la posibilidad de una doble instancia; y, sobre todo, la articulación con otras instancias europeas, y con las propias nacionales, sigue presentando algunas dificultades.

En particular, conviene detenerse brevemente en la cuestión de la protección de los derechos en el ámbito de la Unión Europea, cuyas relaciones con el Convenio de Roma y el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son incuestionables. Desde luego, no es posible en este lugar analizar en detalle la evolución del papel de los derechos humanos en la Unión Europea, pero cabe al menos apuntar que dicha evolución describe un proceso que va desde la práctica ignorancia o desinterés, al reconocimiento y garantía desde una ubicación principal en el Ordenamiento de la Unión. En efecto, los tratados originarios que crearon las entonces llamadas “comunidades europeas” no contenían carta o declaración de derechos, ni reconocimiento de los mismos salvo alguna mención aislada. Pero el Tribunal de Justicia de la Unión, en un lento proceso que comenzó en los años sesenta del siglo XX,⁴⁴⁶ fue estableciendo la idea de que los derechos humanos forman parte del Derecho de la Unión, señalando incluso cuáles eran las fuentes de los mismos. Esta labor fue enormemente trascendente, pues a partir de las reformas de los tratados de 1992 mediante el Tratado de la Unión Europea, se fue explicitando dicho reconocimiento y

⁴⁴⁶ La sentencia *Stauder* (Asunto 26/69, Rec. 1969, p. 425) fue la primera que afirma que los derechos fundamentales de la persona están contenidos en “los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario, cuyo respeto ha de asegurar el Tribunal”. Un año después, el caso *Internationale Handelsgesellschaft* (Asunto 11/70, Rec. 1970, p. 1134) reitera la doctrina anterior añadiendo que los principios generales que exigen el respeto a los derechos fundamentales han de inspirarse en las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”. La sentencia *Nold* (Asunto 4/73, Rec. 1974, pp. 491 ss.), añade que “los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre a los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario”. En fin, en la sentencia *Rutili* (Asunto 36/75, Rec. 1975, p. 1232) se utilizan por primera vez de forma explícita preceptos concretos del Convenio europeo a la hora de interpretar un derecho fundamental (en concreto, la libre circulación). La doctrina expuesta se ha mantenido en casos posteriores (por ejemplo, sentencias *Defrené III*, asunto 149/77, Rec. 1978, pp. 1379 ss., sobre la discriminación basada en el sexo; *Hauer*, asunto 44/79, Rec. 1979, pp. 3727 ss., en relación con el derecho de propiedad, o *National Panasonic*, asunto 136/79, Rec. 1980, pp. 2033 ss., en torno al respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia, y fundamentada en el art. 8 del Convenio de Roma).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

su fundamentación. Precisamente de cara a ésta, el papel del Convenio de Roma es esencial, pues las mencionadas reformas de los tratados lo reconocieron, junto a las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros, como fuente de los derechos, vinculando así a la Unión Europea con toda la experiencia derivada del Convenio de Roma y su aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, la aprobación de una Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, adoptada en el año 2000 pero que hasta 2009 no ha adquirido el valor jurídico de los tratados originarios,⁴⁴⁷ ha supuesto el hito más importante en el reconocimiento y garantía⁴⁴⁸ de los derechos en el ámbito de la Unión, al dotarle de una carta propia. Pero a su vez la relación entre dicha Carta y el convenio de Roma, y por extensión entre el Tribunal de Justicia de la Unión, y el Tribunal de derechos de Estrasburgo, al que venimos refiriéndonos, se ha ido haciendo más compleja. De hecho, la referencia en los mismos tratados de la Unión al Convenio de Roma, y el mandato que se hace en el Tratado de Lisboa para que la Unión finalmente se adhiera al mismo, apuntan hacia una situación compleja en la que de algún modo habrá una doble instancia europea (y un doble parámetro) en materia de derechos.⁴⁴⁹ Desde luego, la propia Carta de los derechos contiene algunos criterios o pautas para evitar posibles conflictos o contradic-

⁴⁴⁷ En efecto, si bien la Carta de los derechos fundamentales fue aprobada en el año 2000, no se le reconoció en ese momento alcance jurídico. La incorporación de su texto al tratado por el que se establece una Constitución para Europa en 2004 debería haber dotado a la Carta del máximo rango jurídico, pero el abandono de la constitución antes de su entrada en vigor frustró esa expectativa. El tratado de Lisboa de 2007 utilizó una técnica diferente, pues en lugar de incorporar la totalidad del texto de la Carta, se refirió a éste dotándole del valor jurídico de los tratados (art. 6 del Tratado de la Unión tras su reforma por el tratado de Lisboa), de modo que ha sido la entrada en vigor del propio tratado de Lisboa en diciembre de 2009 la que ha dotado de rango jurídico de tratado a la Carta.

⁴⁴⁸ La Carta contiene, en efecto, algunos mecanismos de garantía de los derechos, y así el artículo 52 reconoce la reserva de ley, el respeto al contenido esencial de los derechos, y el principio de proporcionalidad, así como la garantía jurisdiccional de los derechos. En todo caso, conviene apuntar que esta garantía jurisdiccional de la Carta ha sido rechazada por Polonia y el Reino Unido (véase el *Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales a Polonia y al Reino Unido*).

⁴⁴⁹ Instancias y parámetros que, junto a las declaraciones contenidas en las constituciones nacionales, darán lugar a una triple instancia; que incluso podría ser cuádruple en aquellos estados federales o descentralizados que incluyen declaraciones de derechos en las constituciones o estatutos de los estados miembros o regiones...

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ciones entre los textos aplicables,⁴⁵⁰ pero en todo caso no es descartable esa colisión en la aplicación a los casos concretos de textos que, aun inspirados en los mismos principios y valores, contienen regulaciones diferentes y han sido redactados con una diferencia de medio siglo.

En suma, contemplada la protección internacional de los derechos como algo necesario, podría decirse que el actual sistema europeo supone el más avanzado y completo mecanismo existente en el mundo para este fin; sin embargo, este mecanismo es además particularmente complejo, sobre todo desde la aparición de dos instancias supranacionales que no solo han de actuar de manera coordinada con las nacionales, sino también entre ellas. Lo cual plantea todavía dificultades de hondo calado. Y sobre todo, contemplada la evolución de los derechos y el proceso de internacionalización de los mismos, en un mundo globalizado social y económica-mente, la garantía internacional de ámbito regional no es sino un pequeño paso en el necesario proceso de universalización de las instancias políticas decisorias y de garantía de los derechos humanos. En las páginas que si-guen describiremos brevemente el funcionamiento del sistema de garan-tías del Convenio, y desarrollaremos las aportaciones que nos ofrece y los problemas que nos plantea.

3. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL CONVENIO EUROPEO HASTA FINALES DEL SIGLO XX

Como ya se ha indicado, en su redacción original, el Convenio establecía un sistema de garantía que giraba en torno a tres órganos: La Comisión Europea de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Hu-manos, y el Comité de Ministros; los dos primeros fueron creados en el propio Convenio, siendo el tercero un órgano del Consejo de Europa establecido en su Estatuto. Pero sólo el Tribunal podía considerarse un órgano propiamente jurisdiccional. El problema fundamental es que no todas las

⁴⁵⁰ No podemos detenernos en este punto, pero cabe al menos mencionar principios de articulación: a) los derechos reconocidos tanto en la Carta como en el Convenio tendrán igual sentido y alcan-ce en ambos, aunque en la Carta puede haber más extensión de la protección (art. 52.3); b) prin-cipio de interpretación de los derechos de conformidad con las tradiciones constitucionales comu-nes (art. 52.4); c) principio de la norma más favorable (art. 53).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

demandas ciudadanas llegaban a éste, y en definitiva no dependía del propio individuo que su asunto fuera estudiado o no por el Tribunal: las demandas se presentaban siempre ante la Comisión y, terminaban siendo decididas, bien por el Comité de Ministros como órgano político, bien por el Tribunal con criterios jurisdiccionales, sin que el individuo pudiera optar por una u otra vía. Pasamos a describir someramente cada uno de los tres órganos y su papel en el sistema de garantías del Convenio.

La Comisión (regulada en los antiguos artículos 20 y ss.) estaba compuesta por un número de miembros igual al de estados que hubieran ratificado el Convenio, sin que pudiera haber dos miembros del mismo Estado. Eran elegidos por mayoría absoluta del Comité de Ministros, de una lista de nombres elaborada por la Mesa de la Asamblea Consultiva, por un período de seis años. La Comisión conocía de las vulneraciones del Convenio denunciadas por cualquiera de los estados miembros (antiguo art. 24), o por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considerase víctima de una violación y hubiera presentado demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa (antiguo art. 25). Pero en este segundo caso la Comisión sólo tenía competencia si había previamente un reconocimiento de la misma por parte del Estado demandado, por acto expreso independiente de la ratificación o adhesión al Convenio. Por lo demás, las demandas del art. 25 debían superar además los requisitos de admisibilidad del antiguo art. 27.⁴⁵¹

Pero la Comisión no actuaba de acuerdo con criterios jurisdiccionales, situándose sus funciones en el ámbito de la investigación de los hechos, la posible conciliación y la elaboración de un informe o dictamen no vinculante. En efecto, una vez tomada en consideración de la demanda, la Comisión procedía a un examen contradictorio de la misma y, en su caso, a una investigación con el fin de determinar los hechos; debía además ponerse a disposición de los interesados para intentar un arreglo amistoso del asunto, si bien el mismo habría de inspirarse en el “respeto a los derechos tal como los reconoce el presente Convenio” (antiguo art. 28). Si el arre-

⁴⁵¹ El mismo establecía que la Comisión no tomaría en consideración la demanda si ésta era anónima, o esencialmente la misma que una demanda anteriormente examinada, o si la estimaba incompatible con las disposiciones del Convenio, manifiestamente mal fundada o abusiva, así como si no se habían agotado los recursos internos o se había superado el plazo de seis meses desde la resolución interna definitiva.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

glo amistoso se lograba, la Comisión redactaba un informe exponiendo los hechos y la solución alcanzada. En caso de que no fuera posible tal acuerdo, la Comisión redactaba un informe haciendo constar los hechos, y formulaba un dictamen señalando si los mismos suponían a su juicio violación del Convenio por parte del Estado demandado. Sin embargo, este informe no era vinculante, pues la decisión última correspondería, según los casos, al Comité de Ministros o al propio Tribunal.

En efecto, la Comisión debía remitir su informe al Comité de Ministros, que decidía finalmente si en el plazo de tres meses el asunto no era llevado al Tribunal por los únicos sujetos legitimados para hacerlo: la propia Comisión, el Estado de la nacionalidad de la víctima, el Estado demandante o el Estado demandado (antiguo art. 48). Para el conocimiento del asunto por el Tribunal era preciso, además, un reconocimiento expreso de la obligatoriedad de la jurisdicción del Tribunal por parte de los estados interesados (art. 46). Por lo tanto, fuera de estos supuestos, el asunto era resuelto por el Comité de Ministros, órgano de naturaleza política, que decidía por el voto mayoritario de dos tercios. Si el Comité entendía que se había producido violación, fijaba un plazo para que el Estado demandado adoptase las medidas que se derivasen de su decisión, y de no hacerlo, decidía por la misma mayoría las consecuencias que debían derivarse de su decisión. La decisión del Comité era en todo caso obligatoria.

Por tanto, sólo a instancias de los sujetos legitimados (entre los cuales, como hemos visto, no se incluía a los individuos o grupos), dentro del plazo y cumpliendo los requisitos mencionados, podía actuar el Tribunal y resolver el asunto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (regulado en los antiguos artículos 38 y siguientes) se componía de un número de magistrados igual al de miembros del Consejo de Europa, no pudiendo haber dos magistrados de un mismo Estado. Estos magistrados eran elegidos por la Asamblea Consultiva entre una lista de personas presentada por los miembros del Consejo de Europa. Su mandato era de nueve años, siendo reelegibles. Para el examen de cada asunto, el Tribunal se constituía en una Sala de siete miembros, de la que formaban parte los magistrados de la nacionalidad de los estados interesados, siendo extraídos los demás por sorteo. El Tribunal resolvía mediante sentencia motivada (a la que podían adjuntarse opiniones individuales) y definitiva, comprometiéndose los estados a conformarse con las decisiones del Tribunal en los litigios en que

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

fueran parte. Sin embargo, si la decisión del Tribunal declaraba que una resolución o medida adoptada por autoridades (judiciales o de otro tipo) de un Estado miembro era contraria al Convenio, no se producía la nulidad de la misma, sino que era preciso comprobar si el Derecho interno del Estado afectado permitía reparar las consecuencias de esa resolución o medida; y en caso de que esa reparación sólo fuera posible de manera imperfecta, la decisión del Tribunal concedería una satisfacción equitativa (antiguo art. 50), que normalmente adoptaba la forma de indemnización económica. Esto era lo que habitualmente procedía a hacer el Tribunal en la mayoría de las sentencias estimatorias.

En suma, el sistema de protección establecido originariamente en el Convenio de Roma supuso un importante avance en la garantía internacional de los derechos, permitiendo el acceso de los individuos y grupos al sistema de protección previsto, e incluyendo en este sistema un órgano jurisdiccional internacional, cuyas decisiones se comprometían a acatar los estados miembros. Sin embargo, los individuos no podían acceder directamente a este Tribunal, sino sólo a la Comisión, perdiendo a partir de ahí el control sobre el *iter* que habría de seguir el asunto. Porque tras el dictamen de la Comisión, si ningún sujeto legitimado (y los individuos no lo estaban) llevaba el asunto al Tribunal, conocería finalmente el Comité de Ministros, órgano de naturaleza política, que resolvía el asunto con criterios no jurisdiccionales, aunque sus decisiones fueran igualmente obligatorias. Con todo, en el período de aplicación de este modelo de protección, el Tribunal Europeo tuvo ocasión de ir estableciendo una importante jurisprudencia sobre los más diversos aspectos relativos a los derechos del Convenio, cuya trascendencia ha sido muy elevada.

4. EL SISTEMA DEL PROTOCOLO NÚMERO 11

A pesar del mencionado avance que supuso el sistema de garantías del Convenio, con el transcurso de las décadas varios factores hicieron muy recomendable una reforma de cierto calado en el mismo. Entre ellos podemos destacar:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- a) El notable incremento de los asuntos que llegaban a conocimiento de las instituciones del Convenio, particularmente desde la década de los 80. Así, de las 404 demandas presentadas en 1981 se pasó a 4750 en 1997 (año anterior de la entrada en vigor del Protocolo número 11).⁴⁵² Las demandas que llegaron al Tribunal crecieron proporcionalmente en el mismo período, pasando de 7 en 1981 a 119 en 1997. Todo ello aconsejaba una mejor organización del Tribunal en Salas y Secciones y una más adecuada distribución de los asuntos.
- b) Paralelamente, y sobre todo a partir de la década de los 90, tras la caída del muro de Berlín, fue incrementándose notablemente el número de estados que ingresaron en el Consejo de Europa y ratificaron el Convenio. Quince estados habían ratificado el Convenio en 1970, cifra que aumentó sólo hasta 22 en 1990. En la última década del siglo XX las ratificaciones se multiplicaron, alcanzándose los 30 estados en 1994, 39 en 1998, hasta llegar a la cifra actual de 47. Este incremento de estados tendría su reflejo en la composición de sus instituciones de garantía, cuyos miembros irían también aumentando, lo que aconsejaba, unido al anterior factor, una reorganización de las mismas.
- c) Parecía conveniente profundizar en los mecanismos de garantía del Convenio, permitiendo a los individuos acceder directamente al Tribunal, que se había revelado en sus años de funcionamiento como la mejor garantía jurídica de los derechos. Ello supondría además un decisivo paso en la línea de considerar al individuo como sujeto del Derecho internacional. Pero para dar este paso, teniendo en cuenta los factores anteriores, era precisa una profunda reorganización del propio Tribunal, unida a una fase de admisión más flexible para el Tribunal (o más rígida para el demandante). Por lo demás, la supresión de la Comisión aconsejaba, a juicio de algunos estados, un sistema que permitiera la doble instancia en ciertos supuestos, posibilitando la revisión de las decisiones adoptadas.

⁴⁵² Este dato, al igual que los demás aquí ofrecidos, se toma de la página web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (www.echr.coe.int), que refleja algunos de estos datos en el apartado “Historical background, organization and procedure”. Los datos más recientes se contienen en el “Survey of activities 2003”, que aparece en “Case Law Information Notes”. Ambas informaciones dentro del apartado del menú principal “General Information”.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

A nuestro juicio, los elementos mencionados fueron decisivos para la adopción del Protocolo número 11, que reformó profundamente el sistema de garantías del Convenio, al tiempo que dio un título a todos sus artículos. Este Protocolo, adoptado en 1994, entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. A partir de este momento, todo el sistema de garantías giró en torno a un único órgano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que llegan directamente todos los asuntos, y cuya organización y funcionamiento se modifican notablemente.

La nueva regulación del Tribunal se contiene en el título II del Convenio (arts. 19 a 51). Funcionará de forma permanente, y se compondrá de un número de jueces igual al de estados firmantes del Convenio. Los jueces se elegirán por mayoría absoluta de la Asamblea Parlamentaria, entre una terna presentada por cada Estado. El mandato pasa a ser de seis años, siendo reelegibles. Un Juez sólo puede ser relevado si los demás jueces, por mayoría de dos tercios, deciden que ha dejado de reunir las condiciones requeridas para serlo.⁴⁵³

Es importante destacar que el Pleno no asume competencias propiamente jurisdiccionales, siendo sus funciones (art. 26): elegir al Presidente y uno o dos Vicepresidentes; constituir las salas y elegir a sus Presidentes; aprobar su Reglamento; y elegir al Secretario y a uno o varios Secretarios adjuntos. Para el conocimiento de los asuntos, el Tribunal se reestructura profundamente, dividiéndose en Comités de tres Jueces, Salas de siete Jueces, y una Gran Sala de diecisiete Jueces (recordamos que en el sistema anterior el Tribunal se constituía únicamente en una Sala de siete miembros para el examen de cada asunto).

Los Comités se encargan de la admisibilidad de las demandas individuales, pudiendo declarar por unanimidad la inadmisibilidad, o eliminar la demanda del orden del día, “cuando pueda adoptarse tal resolución sin tener que proceder a un examen complementario”. La resolución en este sentido será definitiva (art. 28). Si bien, como veremos, se mantiene en el nuevo texto del Convenio la regulación de las causas de inadmisión previstas en la redacción original, esta competencia de los Comités parece

⁴⁵³ Estas condiciones, contenidas en el art. 21.1, se mantienen respecto a la regulación anterior, y son: gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

permitir una declaración de inadmisibilidad de forma más flexible para el Tribunal, pues aparentemente puede procederse a la misma con un examen somero de la demanda (“sin tener que proceder a un examen complementario”), aunque para ello se requiere la unanimidad de los tres miembros del Comité.

En cualquier caso, si el Comité no declara inadmisible la demanda individual, la Sala conoce de la admisibilidad y del fondo del asunto, lo que hará también siempre en el caso de las demandas presentadas por estados. Como regla general la decisión sobre la admisibilidad se adopta por separado (art. 29).

Por su parte, la Gran Sala conocerá de los asuntos por inhibición de cualquiera de las Salas, o en vía de remisión del asunto tras la sentencia de la Sala (lo que podría considerarse una especie de “recurso”); corresponde también a la Gran Sala pronunciarse sobre las solicitudes de emisión de opinión consultiva presentadas por el Comité de Ministros.

El supuesto de inhibición puede producirse si, a juicio de la Sala, el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal. Esta inhibición puede realizarse en cualquier momento antes de dictar sentencia; ahora bien, el Convenio permite a cualquiera de las partes oponerse a la misma, imposibilitándola en tal caso (art. 30). Ello se puede explicar teniendo en cuenta que el primero de los motivos que posibilitan la inhibición (cuestión grave sobre el Convenio) es sustancialmente igual al que permitirá posteriormente a las partes remitir el asunto a la Gran Sala tras la sentencia de la Sala (en vía que podríamos denominar de “recurso”, art. 43). Hay que tener en cuenta que, de producirse la inhibición, las partes perderían luego la posibilidad de ese “recurso”. Sin embargo, no deja de resultar una cierta contradicción en la actitud de la parte, el oponerse primero a la inhibición, lo que implica de alguna manera negar que el asunto plantea una cuestión grave de interpretación del Convenio, para después de la sentencia llevar el asunto a la Gran Sala alegando precisamente que al asunto plantea dicha cuestión grave. En cualquier caso, si la Sala llega a dictar sentencia (supuesto que será el más frecuente), como se ha dicho cualquiera de las partes podrá remitir el asunto a la Gran Sala alegando el indicado motivo, en el plazo de tres meses desde la sentencia; esta posibili-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

dad es considerada sin embargo excepcional por el Convenio. Ese “recurso” (o “demanda de remisión” en la terminología del Convenio) será estudiado por un colegio de cinco jueces de la Gran Sala, que lo aceptará si plantea, como ya se ha dicho, una cuestión grave (art. 43). De no producirse esa remisión en el plazo de tres meses, o si las partes declaran antes que no la solicitarán, o en caso de inadmisión de tal solicitud de remisión por el colegio de cinco jueces, la sentencia de la Sala será definitiva (art. 44).

Una vez explicada sucintamente la organización y reparto de competencias del Tribunal derivados del Protocolo número 11, podemos describir de forma breve el procedimiento existente ante el Tribunal. El mismo no implicaba un cambio radical respecto al sistema anterior, si bien fueron necesarios diversos ajustes dado que con la desaparición de la Comisión sus funciones fueron también asumidas por el Tribunal. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el Protocolo 14, mucho más reciente y de inminente entrada en vigor, modifica algunos aspectos relativos al procedimiento y organización interna, en los términos que explicamos un poco más adelante.

El procedimiento puede iniciarse por cualquier Estado parte (art. 33), o mediante demanda individual (art. 34). A continuación se examinarán normalmente las condiciones de admisibilidad por el Comité o por la Sala en los términos apuntados; las causas de inadmisibilidad vienen establecidas en el art. 35, y con el protocolo 11 eran básicamente las mismas que en la regulación inicial.⁴⁵⁴ La declaración de inadmisibilidad se puede producir en cualquier fase el procedimiento. Si la demanda se declara admisible, el Tribunal –al igual que hacía anteriormente la Comisión— procede al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, en su caso a una indagación, poniéndose además a disposición de las partes a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso (art. 38) que, en el supuesto de conseguirse, provocará la cancelación del asunto en el registro de entrada mediante resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos

⁴⁵⁴ Falta de agotamiento de los recursos internos o, en el caso de demandas individuales, el ser anónimas o sustancialmente la misma que otra demanda examinada anteriormente por el Tribunal u otra instancia internacional; también se declararán inadmisibles las demandas incompatibles con las disposiciones del Convenio, manifiestamente mal fundadas o abusivas.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

y de la solución adoptada (art. 39). En el proceso, bien presentando observaciones por escrito o bien participando en la vista, además del demandante y del Estado demandado, puede intervenir siempre el Estado cuyo nacional sea demandante y, mediante invitación del Presidente del Tribunal, cualquier otro Estado o persona interesada (art. 36). La vista será pública, salvo que en circunstancias excepcionales el Tribunal decida otra cosa (art. 40).

La sentencia del Tribunal será definitiva —en los términos y circunstancias vistas en el caso de las Salas, y siempre cuando sea dictada por la Gran Sala—, pública y motivada, y se mantienen las prescripciones previstas en la regulación anterior sobre su fuerza obligatoria (compromiso de los estados de acatar las sentencias definitivas, art. 46), y sobre la posibilidad de establecer una satisfacción equitativa cuando el derecho interno del Estado sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de la violación del Convenio (art. 41).

En suma, el procedimiento diseñado en el Protocolo número 11 era muy similar al existente en la regulación inicial del Convenio, pero una organización y reparto competencial bien diferentes: desaparecida la Comisión, todas sus funciones de investigación, posibilidad de arreglo amistoso y examen de admisibilidad son asumidas por el propio Tribunal (correspondiendo la admisibilidad al Comité o a la Sala en los términos explicados), que adopta también siempre la decisión definitiva del asunto (correspondiendo según los casos a las Salas o a la Gran Sala). El Tribunal se reorganiza para atender mejor las demandas presentadas, posibilitándose la inadmisión por el Comité sin necesidad de examen complementario. Al tiempo, se contempla una especie de doble instancia al permitir la revisión de la sentencia de la Sala a iniciativa de las partes en el proceso.

De esta forma, la redacción del Protocolo 11 parecía pretender un funcionamiento más ágil, pero al tiempo una mayor garantía de los derechos del ciudadano. La mayoría de los asuntos ingresados terminan con una declaración de inadmisibilidad, habitualmente llevada a cabo por parte de los Comités, que constituyen así un importante “filtro” de los asuntos que llegan a las Salas. Como regla general, presumiblemente las Salas decidirán el asunto en el fondo de forma definitiva, pero la intervención de la Gran Sala en los asuntos más relevantes para la interpretación del Convenio

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

debe dotar de la suficiente coherencia y uniformidad a la jurisprudencia del Tribunal.

5. LAS ÚLTIMAS REFORMAS

El sistema del Protocolo 11 resulta quizá demasiado complejo y puede conducir a procesos excesivamente prolongados cuando se utilicen todas las vías previstas en el Convenio. Pero sobre todo, y como se demostró enseguida, la nueva organización del Tribunal no le permitió a éste resolver con la razonable celeridad (pero al tiempo con el necesario rigor y profundidad en su examen) los asuntos que llegaban a él en número espectacularmente creciente. Es muy significativo a este respecto el aumento del número de las demandas que han ido llegando al Tribunal tras la entrada en vigor del Protocolo número 11. En 1997 llegaron 14166 asuntos al Tribunal, frente a los 38435 del año 2003 (año previo al Protocolo 14); dichos asuntos dieron lugar a 3777 decisiones en 1997; el número de las mismas ascendió a 18034 en 2003. En fin, en 1997 se dictaron 106 sentencias, mientras que en 2003 se alcanzó la cifra de 703, que incluso había sido superada en los dos años previos.

Ante esta situación, y a pesar de los pocos años transcurridos desde la entrada en vigor del Protocolo 11, pronto se hizo aconsejable (entre otras medidas que también se consideraron convenientes) una nueva reforma que permitiera al Tribunal resolver los asuntos con más agilidad y celeridad, sin merma de la necesaria garantía de los derechos. La misma se ha llevado a cabo a través del Protocolo 14, adoptado el 13 de mayo de 2004 y que, tras sucesivos retrasos, entrará en vigor el 1 de junio de 2010.

Aunque el Protocolo 14 incide en diversos aspectos, el aspecto más importante que se reforma es el relativo al trámite de admisión. A las causas de inadmisión antes mencionadas se añade una nueva, consistente en que el demandante no haya sufrido un perjuicio significativo. Sin embargo, para evitar restricciones injustificadas del derecho a acceder al Tribunal, el artículo 35.3 b) incluye dos cláusulas de salvaguarda, en forma de excepciones al criterio de inadmisibilidad cuando no haya perjuicio significativo. De este modo, a pesar de que no hubiera perjuicio significativo, se admitirán las demandas si: a) el respeto a los derechos definidos en el

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

convenio y los protocolos justifica una decisión sobre el fondo; b) si el caso no ha sido debidamente considerado por un tribunal doméstico.

Se trata, por tanto, de un nuevo filtro que pretende impedir la saturación de asuntos en el Tribunal. Pero, a diferencia de los sucedido en algunas reformas del acceso a tribunales constitucionales nacionales, que han ido en la línea de la objetivación del procedimiento, en este caso el criterio fundamental es el subjetivo (la intensidad de la lesión), y además se establecen criterios para asegurar el acceso de los demandantes al tribunal en aquellos casos que lo requieran por su contenido, o por la ausencia de examen en el ámbito interno.

Por otro lado, el Protocolo 14 contiene también otras importantes reformas del convenio, en particular en lo relativo a la organización interna del Tribunal, tendentes a la misma finalidad de dar más agilidad a éste en su funcionamiento. Sin que quepa en este lugar llevar a cabo un examen detallado de las mismas, pueden al menos mencionarse los siguientes aspectos:

- a) Se extiende la competencia de los comités de tres jueces al conocimiento, tanto en la admisión como sobre el fondo, de los asuntos reiterativos sobre los que ya es clara la jurisprudencia del Tribunal (art. 28).
- b) Se introduce el juez individual entre la lista de los órganos de actuación del Tribunal, si bien no podrá actuar como tal en los casos que afectan al Estado que lo eligió. El papel de los jueces individuales estaría en la inadmisión o eliminación de la lista de los casos en los que tal decisión puede adoptarse sin examen adicional (art. 26). Esta medida puede agilizar notablemente el funcionamiento del tribunal en la fase de admisión.
- c) Se amplían los supuestos de decisión simultánea sobre admisión y fondo (art. 29).
- d) El Comité de Ministros puede decidir por dos tercios trasladar el asunto a la Gran Sala, cuando un Estado haya incumplido su obligación de cumplir una decisión del Tribunal (art. 31).
- e) Se favorecen más los arreglos amistosos (art. 39).
- f) El mandato de los jueces se vuelve a ampliar a nueve años, pero sin posibilidad de reelección (art. 23).

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

g) Se prevé la posible adhesión de la Unión Europea al convenio (art. 59).

Dada la trascendencia de las reformas introducidas por el Protocolo 14, y la situación de sobrecarga del Tribunal, cuyo riesgo de bloqueo es apreciable, los estados se comprometieron en 2004 a ratificar este protocolo en un plazo de dos años. Pero no fue así, de modo que la prolongación de la saturación ha supuesto un riesgo de paralización que ha empujado a buscar medidas urgentes de actuación. A esta idea responde el Protocolo 14 bis, adoptado el 27 de mayo de 2009, y que busca adelantar la entrada en vigor de algunos de los aspectos del Protocolo 14. En concreto, este Protocolo se limita a avanzar la aplicación de la figura del juez individual, y de la competencia extendida de los comités de tres jueces. Y a diferencia del Protocolo 14, que requería la ratificación de todos los estados que ratificaron el convenio para su entrada en vigor, el Protocolo 14 bis establecía como criterio para la entrada en vigor el contar con tres ratificaciones, de modo que dicha vigencia se produjo el 1 de octubre de 2009.

En suma, los protocolos 14 y 14 bis implican un reconocimiento de que el Tribunal está saturado y no es capaz de dar salida a la ingente cantidad de demandas que cada año recibe, de modo que este Tribunal, que como hemos apuntado representa uno de los más notables avances en la garantía internacional de los derechos, sufre un claro riesgo de “morir de éxito”. Solo el tiempo dirá si estas reformas combinan la necesaria eficacia en la tramitación de las demandas, con el mantenimiento de las garantías de los derechos individuales de los demandantes, que es sin duda el objeto fundamental que justifica la existencia del propio Tribunal.

En las páginas que siguen, partiendo de una consideración dinámica y evolutiva de la actuación del Tribunal en el último medio siglo, intentaremos llevar a cabo una valoración global, evaluando las grandes aportaciones o ventajas del sistema establecido en el Convenio y en sus posteriores reformas, así como los problemas serios e incertidumbres que todavía plantea el funcionamiento del Tribunal de Estrasburgo.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

6. LAS APORTACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Creemos que de la lectura de las páginas precedentes pueden deducirse las ventajas del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Si la garantía internacional de los derechos es algo cada vez más necesario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, junto a la Corte Interamericana, el mecanismo más avanzado que hoy existe en el mundo con esta finalidad, contando además con la ventaja adicional, desde la aprobación del Protocolo número 11, de permitir el acceso directo de los individuos a su jurisdicción. Como mínimo podría decirse, valorando el papel realizado por el mismo, es que la situación de los derechos en Europa en las últimas décadas, y su garantía, ha sido mejor gracias a la existencia del Tribunal de Estrasburgo: mejor, por tanto, con él que sin él. Sistematizando las grandes aportaciones del Tribunal, podrían apuntarse las siguientes:

- a) Ha resuelto numerosos casos, amparando a los individuos que habían visto vulnerados sus derechos humanos por los estados firmantes del Convenio.
- b) Cuando otra reparación no ha sido posible (lo que sucede con relativa frecuencia), ha concedido a los individuos indemnizaciones económicas, si bien este sistema es siempre un tipo de solución imperfecta, el carácter vinculante de sus decisiones ha hecho que esas indemnizaciones sean efectivas.
- c) Ha funcionado con criterios y fundamentos jurídicos, actuando como una auténtica instancia jurisdiccional de garantía internacional de los derechos.
- d) Ha contribuido decisivamente a la interpretación y desarrollo de los derechos humanos en Europa.
- e) Ha sido modelo y referencia para otros sistemas de protección internacional de derechos en otros ámbitos geográficos.
- f) Ha sido una referencia permanente en el ámbito más restringido de la Unión Europea, cuyos tratados finalmente han incorporado la referencia al Convenio de Roma, imponiendo la futura adhesión de la Unión al mismo.

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

- g) Ha influido de forma significativa en varios Tribunales Constitucionales y Supremos de los estados miembros, que han ido adoptando algunos de los criterios e ideas esenciales en su jurisprudencia.
- h) Ha sido un factor importante de aproximación de los ordenamientos nacionales, mediante esa influencia en las jurisprudencias y en las legislaciones nacionales, y mediante el establecimiento de ese *corpus jurisprudencial* común a los principales estados europeos.
- i) Ha contribuido también a una mayor integración política al señalar los derechos humanos como valores esenciales comunes a los estados europeos. Tras la caída del muro de Berlín, la inmensa mayoría de los estados europeos han ratificado el Convenio y aceptado la jurisdicción del Tribunal, lo que sin duda ha permitido una mayor aproximación de todos los sistemas políticos de Europa en torno a las ideas de libertad, derechos humanos y democracia.
- j) Ha ayudado a evitar que algunos estados, que por sus tradiciones o su cultura política o religiosa podrían encontrarse algo más apartados de ese patrimonio común, se alejen más del objetivo fundamental de la protección de los derechos.

7. LOS PROBLEMAS DEL SISTEMA

Creemos por tanto que hay que partir de esta valoración general positiva. Pero la misma no debe ocultarnos los problemas, deficiencias y lagunas que plantea el funcionamiento actual del Tribunal, y que deberían intentar corregirse en el futuro, aunque en algún caso la solución se antoja difícil. A algunos de ellos ya nos hemos referido en páginas anteriores, pero en todo caso creo que merecen alguna mayor reflexión. Pasamos por tanto a sistematizarlos y, en su caso, a profundizar algo en su análisis:

- a) El crecimiento de los asuntos ingresados parece imparable, y en la misma línea el de las sentencias pronunciadas. Como ya he destacado, el Protocolo número 11, aunque probablemente ha procedido a una mejor organización del Tribunal, no ha conseguido frenar las demandas presentadas, ni las admitidas, ni las sentencias emitidas.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En esta situación, las perspectivas de examen riguroso de los asuntos y en un tiempo razonable son cada vez más difíciles, como también lo son las posibles soluciones, pues no cabe pensar ya en una ampliación significativa de los jueces ni en una mayor división en Comités o Salas. El Protocolo 14 intenta dar respuesta a esta delicada situación, dando un papel a los jueces individuales y ampliando las posibilidades de inadmisión. Queda por ver si el mismo logra de manera apreciable el objetivo perseguido.

- b) El procedimiento diseñado parece excesivamente complejo y prolongado. La posibilidad de una revisión de la decisión, que aunque se considera excepcional parece que se trata de salvar —como tal posibilidad— a toda costa, no parece ofrecer más ventajas que inconvenientes. Todo ello contribuye a hacer más costoso el acceso al Tribunal y a demorar en exceso los procedimientos.
- c) La relación entre el Tribunal Europeo y los tribunales nacionales no resulta pacífica. El principio general, establecido en el Convenio, de la vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal, no siempre tiene fácil aplicación, porque con demasiada frecuencia los ordenamientos nacionales no prevén recursos o procedimientos para hacer efectivas las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, y por su parte éstas no pueden anular las sentencias de los Tribunales nacionales que vulneren derechos. Como hemos apuntado, el Convenio prevé la posibilidad de establecer una satisfacción equitativa, cuando la reparación que posibilite el Derecho interno sea imperfecta. Pero esta solución, en la práctica la más frecuente, no es la mejor, y a veces se muestra claramente insuficiente.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ El Tribunal Constitucional español, enfrentándose a este problema, ha afirmado que el carácter obligatorio de las sentencias del Tribunal Europeo implica que, si éste constata una lesión de derechos, la misma debe ser reparada en el ordenamiento interno. Este Derecho interno debería prever mecanismos o procedimientos para hacer efectivas esas sentencias, pero el Tribunal Constitucional constata que ello no se produce en el caso español. Por ello el Tribunal señaló que, caso de no existir esos procedimientos o de denegarse el acceso a los mismos, sería él mismo, en vía de amparo, quien reconociera el Derecho vulnerado y adoptase las medidas necesarias para su restablecimiento, incluyendo, en su caso, la anulación de las sentencias que lo vulneraron (STC 245/1991, caso *Bultó*). Con todo, esta solución, probablemente la mejor en el caso concreto, no es plenamente adecuada, ya que sería preciso el establecimiento de procedimientos específicos en el

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

d) En relación con el problema anterior está el de la divergencia de ordenamientos. Por un lado, entre los propios estados firmantes, que si bien comparten la esencia del reconocimiento de los derechos humanos, presentan notables diferencias en su regulación y garantía concreta; esas diferencias dificultan una mayor integración, y tienen reflejo además en la propia formación del Tribunal, que como hemos señalado está compuesto por un juez de cada nación-lidad.

Pero estas divergencias existen también entre cada Constitución y el propio Convenio. Ello supone un doble reconocimiento de derechos y una doble instancia de garantía, pero la falta de coincidencia de las declaraciones (aunque haya una aproximación sustancial entre ellas) puede plantear no pocos problemas. El Convenio trata de evitar estos conflictos con el principio de la “norma más favorable”, que hace prevalecer la protección nacional si ésta es superior,⁴⁵⁶ pero ello no resuelve todos los problemas. Porque las interpretaciones diversas de los mismos derechos siempre son posibles, sin que en todos los casos sea fácil determinar la “más favorable”. Y esa pluralidad de interpretaciones (además de la diferente redacción de los textos a considerar) permite que un Tribunal Constitucional vulnere o no satisfaga los derechos del Convenio sin que se produzca vulneración alguna de la Constitución nacional. En fin, hay que tener en cuenta además que el Convenio forma también parte de los ordenamientos internos, pero normalmente éstos no reconocen a los tratados internacionales valor constitucional ni supraconstitucional, sino que se encuentran sometidos a la Norma fundamental del Estado, de manera que los posibles conflictos con ésta no tienen fácil solución.

plano interno. Además, hay que tener en cuenta que la no coincidencia total entre los derechos del Convenio y los reconocidos en la Constitución no siempre permitiría este tipo de reparación.

⁴⁵⁶ El artículo 53 del Convenio señala: “Protección de los derechos humanos reconocidos.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

e) En fin, también resulta muy compleja, y en el futuro lo será más, la articulación con otras instancias internacionales, y en particular con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. Como ya hemos apuntado, este posible conflicto no se presentaba en los orígenes de ambas instituciones de manera tan acuciante como ahora, ya que la Comunidad Europea no nació esencialmente como organización destinada a la garantía de los derechos, sino más bien como organización de integración económica, a la que luego se fueron uniendo otros ámbitos. Pero la evolución descrita, sin duda positiva por lo que tiene de incorporación de los derechos al “acervo comunitario”, crea una situación bastante más compleja. En efecto, si bien el Tribunal de Luxemburgo no tiene como función específica y primordial la garantía de los derechos, éstos forman parte del Ordenamiento comunitario, tanto en la redacción del Convenio de Roma –que expresamente se menciona— como en la específica Carta de Derechos de la Unión. Ello provocará seguramente no pocos conflictos, colisiones y dificultades entre dos jurisdicciones que actúan “en paralelo”, en principio en planos diferentes, sin que las decisiones de uno de ellos puedan ser impugnadas ante el otro, y sin que pueda otorgarse primacía a una de ellas (salvo cuando la Unión como tal ratifique el Convenio de Roma, en cuyo caso parece que se reconocerá una cierta primacía al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien sólo en el ámbito del Convenio de Roma...).

8. PERSPECTIVAS DE FUTURO

En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha supuesto un hito fundamental en la evolución del reconocimiento y garantía internacional de los derechos humanos, realizando una labor absolutamente necesaria. Pero su funcionamiento actual plantea, como hemos visto, algunas lagunas, dudas y problemas que habrán de resolverse en el futuro, no sin ciertas dificultades.

Pero si contemplamos el proceso aquí analizado con la suficiente perspectiva, podremos advertir que estamos sólo ante un paso más en una lar-

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ga evolución. La superación del marco estatal en todos los ámbitos ha sido un hecho a lo largo del siglo XX, y muy particularmente desde la segunda mitad del mismo. Pero la instauración de un nuevo marco político está lejos de lograrse, y sólo se han obtenido frutos, de forma muy trabajosa, difícil y parcial, en ámbitos geográficos relativamente limitados. En esta línea, puede destacarse el proceso de integración europea que ha dado lugar a la instauración de la Unión Europea, que ahora está a punto de darse de un texto denominado “Constitución”, pero en este proceso quedan aún muchos pasos por dar.

Por lo que se refiere a la internacionalización de los derechos, han sido muy significativos los pasos dados en el seno del Consejo de Europa, tomando como marco el Convenio europeo. En este ámbito se ha conseguido establecer una auténtica jurisdicción internacional de garantía de los derechos, que se suma a las nacionales y contribuye a su integración, aunque no está exenta de dificultades de coordinación con otras instancias.

Pero el proceso de globalización parece imparable, y avanza muy rápidamente en los terrenos económico, social, científico y tecnológico. Al igual que el surgimiento del Estado como entidad política fue precedido de ciertos factores económicos, sociales y culturales, hoy podemos ya contemplar los elementos y factores que configuran un nuevo marco universal. La organización política y el Derecho van, sin embargo, muy por detrás de esos fenómenos, no ofreciendo a día de hoy respuesta satisfactoria a los mismos. Por ello urge avanzar de forma decisiva en el establecimiento de una organización política universal que verdaderamente dé respuesta a estas nuevas circunstancias, así como en la creación de un Ordenamiento del mismo alcance, basado en los valores comunes de democracia y respeto a los derechos.

En el ámbito de estos derechos humanos, este proceso debería conducir a la instauración de mecanismos jurídicos e institucionales de garantía, que actúasen en el plano universal. Hoy estos mecanismos son prácticamente inexistentes, pues las declaraciones y tratados universales adolecen de una falta casi total de garantías jurídicas.⁴⁵⁷ Hay, por tanto, una enorme tarea pendiente, que no puede esperar más. Mientras tanto, habrá que con-

⁴⁵⁷ Por su parte, el Tratado de la Corte Penal Internacional, aunque debe valorarse positivamente, supone sólo una respuesta parcial e incompleta a un ámbito muy concreto de problemas.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

formarse con los mecanismos e instituciones existentes en diversos ámbitos regionales, que han sido objeto de un desarrollo aceptable, aunque las mismas plantean también no pocos problemas y desajustes que han de ir superándose para que, al menos en esas áreas geográficas, la garantía internacional de los derechos llegue a ser plenamente eficaz.

9. BREVE ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Es ya muy abundante la bibliografía sobre el Convenio europeo y su sistema de garantías, y en particular sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Incluso limitándonos a los trabajos en lengua castellana, la pretensión de una cita exhaustiva sería inalcanzable en un trabajo de estas características. Nos limitaremos por ello a recomendar algunas obras importantes, que abordan de forma general los temas tratados en este estudio. Hay que tener en cuenta, con todo, que las reformas del sistema de protección del Convenio hacen perder actualidad a los trabajos anteriores al Protocolo número 11, al menos en lo que se refiere a los órganos de garantía y su estructura.

En todo caso resultan de interés algunos de los estudios ya casi “clásicos” en la bibliografía española, publicados en la década de los 80, como el de Eduardo García de Enterría *et alii*, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1983; José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, Barcelona, Bosch, 1985; Marc André Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985; María T. Fernández de la Vega Sanz, *Derechos Humanos y Consejo de Europa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985; o José Morenilla Rodríguez, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: ámbito, órganos y procedimientos*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985. Aunque con un ámbito de estudio más amplio, merece la pena reflejar el importante trabajo de P. Nikken, *La protección internacional de los derechos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1987.

Como trabajos más próximos pueden mencionarse los de Carlos Ruiz Miguel, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el Derecho nacional y el in-*

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EN EUROPA

ternacional, Madrid, Tecnos, 1997; María Encarna García Jiménez, *El Convenio de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998; J. Antonio Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003; F. Javier Díaz Revorio, comp., *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Lima, Palestra; 2004 (trabajo que incluye las sentencias más relevantes del TEDH, así como dos estudios preliminares); J. García Roca y Pablo Santolaya (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; Aurelia Queralt Jiménez, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, o Sergio Salinas Alcega, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, 2Iustel, 009. Una interesante valoración de la reforma operada por el Protocolo número 11 puede encontrarse en Fernando Álvarez Osorio Micheo, “Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, Mayo-Agosto 1999. Hay que referirse también a los dos números monográficos relativos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Revista *Cuadernos de Derecho Judicial*, editada por el Consejo General del Poder Judicial; se trata del número 11 de 1993, y el número 10 de 1995.

Otros análisis se centran más en la perspectiva española, pero creo que su cita merece la pena, porque abordan temas de interés: así, Pablo Pérez Tremps “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 10, 1992; Carlos Fernández de Casadevante Romaní, *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Madrid, Tecnos, 1988; Lorenzo M. Lu-josa Vadell, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento español*, Madrid, Tecnos, 1997; Miguel Aguado Zamora, *El Tribunal Constitucional y el Convenio de Derechos Humanos*, Universidad de Córdoba, 2002, o Santiago Ripoll Carulla, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Aletier, 2007. El trabajo de José Garberí Llobregat y Pablo Morenilla At-

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tard, *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*, Barcelona, Bosch, 1999, contiene además todas las sentencias relativas a España hasta el momento de su publicación.

En fin, la información y documentación más actualizada, el texto del Convenio y del Reglamento, así como las sentencias, pueden encontrarse en la página web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: www.echr.coe.int. Es una web muy completa, si bien sólo en inglés y francés. También es útil la consulta de la web del Consejo de Europa (www.coe.int), donde, entre otra información, pueden verse todos los convenios auspiciados por esta organización (incluyendo el Convenio europeo y sus Protocolos), con sus fechas de ratificación.

Estudios sobre los derechos y sus garantías en el Sistema Constitucional Español y en Europa, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en octubre de 2015 en los talleres de GVG GRUPO GRÁFICO, S. A. de C. V. Leandro Valle núm. 14-C, Col. Centro, C. P. 06010, Delegación Cuauhtémoc, México, D. F.

El tiraje consta de 4,000 ejemplares.

Presidente
Luis Raúl González Pérez

Consejo consultivo
Mariclaire Acosta Urquidi
María Ampudia González
Mariano Azuela Güitrón
Jorge Bustamante Fernández
Ninfa Delia Domínguez Leal
Rafael Estrada Michel
Marcos Fastlicht Sackler
Mónica González Contró
Carmen Moreno Toscano
Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General
Ismael Eslava Pérez
Segundo Visitador General
Enrique Guadarrama López
Tercera Visitadora General
Ruth Villanueva Castilleja
Cuarta Visitadora General
Norma Inés Aguilar León
Quinto Visitador General
Edgar Corzo Sosa
Sexto Visitador General
Jorge Ulises Carmona Tinoco
Secretario Ejecutivo
Héctor Daniel Dávalos Martínez
Secretario Técnico del Consejo Consultivo
Joaquín Narro Lobo
Oficial Mayor
Manuel Martínez Beltrán
Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos
Julieta Morales Sánchez

