

LECCIÓN XIII

El Poder Constituyente

El poder constituyente es el poder creador de un texto constitucional. Por tanto, es ése poder que opera como agente a la hora de plasmar el articulado de las decisiones básicas para la convivencia política ordenada en normas jurídicas.

Cuando hablamos de poder constituyente nos tenemos que referir siempre a un principio de legitimación del poder, y ésta radica en que es el pueblo o la nación el titular del mismo. El pueblo soberano es igual a la nación soberana.

La diferencia entre pueblo y nación obedece a la nomenclatura que dan dos autores: **Montesquieu**, que nos habla de la nación como titular del poder constituyente y **Sièyes**, que patrocina esa teoría de la titularidad del poder constituyente partiendo del concepto rusioniano **pueblo**.

Un paso más para saber que el poder constituyente no es un hecho jurídico sino político. Es la actuación de ese poder que tiene el pueblo o la nación para decir lo que quiere. Eso en cuanto a lo político.

Características

- Es un poder **originario**. Lo tiene el pueblo o la nación sin depender de ningún otro poder.
- Es un poder **incondicionado**, es decir, no está ni formal ni materialmente sometido a límite alguno.
- Es un poder **permanente**, el pueblo lo tiene siempre; pero de uso discontinuo (no lo usa siempre).
- **Extraordinario**, el poder que tiene el pueblo para darse una constitución no es uno de los poderes normales.

Naturaleza del Poder Constituyente y su Justificación

La **legitimación**. La naturaleza del P.C. está en la máxima legitimación que puede tener un poder en sí mismo.

Ese poder, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es el poder ligado con la soberanía. Se dice pueblo soberano.

Clases de Poder Constituyente

En principio puede hablarse de dos tipos: el **originario**, el ya citado poder creador de la Constitución; y el otro tipo, creado por la doctrina italiana, que recibe el nombre de Poder Constituyente **Constituido**, conocido en términos más claros como **Poder de Reforma Constitucional**.

El Poder Constituyente no tiene límites, en cambio el P.C. Constituido sí que los tiene. Ej. La Constitución Alemana tiene entre sus cláusulas el no poder alterar la forma de Gobierno.

El Proceso Constituyente

Todo Poder Constituyente se integra en un Proceso Constituyente.

Se entra en proceso constituyente cuando se quiere establecer un nuevo principio de legitimidad política, esto es, antes había una legitimidad política y de repente se quiere adquirir uno nuevo.

Cuando se quiere adquirir un nuevo **principio de legitimidad**, lo normal es que se quiera romper con el anterior. Se puede llegar a él:

- Mediante **reforma**. La reforma trata de alcanzar un nuevo principio de legitimidad a partir de las bases del orden político precedente, desde dentro.
- Mediante **ruptura**. No se tiene para nada en cuenta lo precedente hasta el punto de hacer saltar las estructuras precedentes, romperlas, y hacer unas nuevas.

Indiscutiblemente, la segunda forma está muy cerca de los procesos revolucionarios.

Dicho esto, los **datos irrenunciables** para que haya un proceso son, además de un nuevo orden de legitimidad:

- El establecimiento de un **sistema de libertades públicas**. Porque si no hay un mínimo de libertades públicas que permitan al ciudadano la posibilidad de difundir sus ideas, difícilmente se puede entrar en un proceso constituyente.
- La promulgación de una **legislación electoral**. Se supone que en el sistema anterior no hay nada de esto. Este proceso de elección tendrá que desembocar en una **asamblea constituyente**.
- Que esa asamblea constituyente proceda a la elaboración de un **proyecto constitucional**, siempre en sede parlamentaria. Esa elaboración habrá de hacerse siguiendo un procedimiento público que permita a la opinión pública estar al tanto de los proyectos que se están realizando.
- El último paso es la **ratificación por referéndum**. Aprobación por parte del poder constituyente del texto constitucional.

LECCIÓN XIV

Mutación y Reforma Constitucional

El ajuste a la realidad sociopolítica de un país puede hacerse por dos vías: mediante **mutación constitucional** o mediante **reforma constitucional**.

- **Mutación Constitucional**. Consiste en que se opere un cambio en la configuración del poder político o de los mecanismos institucionales sin que tal cambio se refleje en el texto escrito de la Constitución.

La normativa establecida en la Constitución se modifica sin alterar una línea del texto.

La mutación se opera como consecuencia de la actividad de la legislación, de las leyes ordinarias, a través de la interpretación judicial, la costumbre e incluso a través de lo que se ha dado en llamar normas de cortesía constitucional.

En UK la mutación constitucional ha sido extraordinaria, esos usos constitucionales han dado lugar a unos cambios tremendos.

- **La Reforma Constitucional**. En la mutación no se toca el texto constitucional mientras que la reforma supone añadir, suprimir o cambiar uno o varios preceptos constitucionales. La reforma es necesaria como medio de ajustar el texto constitucional a los cambios sociales, políticos y económicos de un país.

La reforma tiene algo de intervención quirúrgica, por lo tanto es a lo último a lo que se llega (tiene que ser imprescindible). Dado que se trata de un procedimiento quirúrgico, se procura que en este procedimiento se

esté lejos de una excesiva facilidad para reformar.

Cuando se habla de reforma nos situamos en una situación de equilibrio. Los procedimientos para reformar la Constitución son:

- El poder de reforma es atribuido al órgano u **órganos legislativos** ordinarios.
- El poder de reforma se le confía al poder legislativo ordinario con alguna exigencia añadida. Ese añadido supone **rigidez constitucional**. Esos añadidos pueden ser:
 - Una mayoría parlamentaria **cualificada** (2/3) para aprobar tal reforma.
 - Que el poder legislativo ordinario adopte una **organización especial** (votar por separado las dos cámaras y luego conjuntamente).
 - Que el poder legislativo ordinario adoptase la reforma mediante **deliberaciones** y **votos sucesivos** entre las que medie un determinado período de tiempo que permita una **reflexión**.
 - Que el poder de reforma se confíe a una **asamblea** especialmente elegida para operar esa reforma. Este sistema ha dado mucho juego. Dentro de este sistema tendríamos que considerar la **revisión constitucional** vigente que, a través del art. 168, contempla la posibilidad de una reforma total de la Constitución.
- Hay que considerar la que institución del **referéndum** (apéndice de toda reforma) supone la intervención del pueblo, el cual confirma o rechaza el proyecto de reforma que ya ha sido discutido y aprobado por el Parlamento. El referéndum entra en muchas constituciones (española, alemana, francesa del 58).

Toda reforma tiene unos límites. Los más importantes son:

- Límites **temporales**. Una constitución puede prescribir que no se reforme en un período de tiempo. Este período puede ser objetivo (8 años, C.E. 1812) o abstracto.
- Límites de la **extensión de la reforma**, según se trate de una reforma total o parcial. Son pocas las constituciones que admiten una reforma total. Sólo la admiten la de Suiza y los EE.UU. La mayoría de las constituciones permiten solamente una reforma parcial.
- Límites **materiales**. Así una constitución puede establecer que determinados preceptos contenidos en ella no puedan ser objeto de modificación. La Constitución italiana de 1947 y la Constitución francesa de la 5ª República declaran que la forma republicana de gobierno no es susceptible de revisión. La Ley fundamental de Bonn prescribe que quedan prohibidas reformas contrarias al espíritu democrático y de derechos fundamentales.

LECCIÓN XVI. LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

Condiciones previas a la elaboración de la ce 78.

- **Principio legitimador** que es la *Ley para la reforma política* y que tiende un puente entre un sistema y otro. Va a legitimar lo que se haga después. Lucas Verdú la denominó la *8ª Ley fundamental*. Va a prescribir el procedimiento a seguir para proceder a redactar la constitución y esta ley va a influir decisivamente en la estructura que se va a dar al Poder Legislativo: sistema bicameral.
- Esa ley, al reconocer la existencia de partidos políticos va a generar un **decreto** por el que se **institucionalizan** estos partidos quedando suprimida la organización del régimen franquista.
- **Normativa electoral** que permitirá la elección de los diputados y senadores de las Cortes que iban a hacer la CE. **Real Decreto Ley** de 18 de marzo de 1977 modificó la normativa franquista y posibilitó la elección de los diputados.

Consecuencia de las Elecciones.

Se observa en el Parlamento una bipolarización de fuerzas políticas. Un bloque es el constituido por el partido

de Adolfo Suárez UCD que agrupaba muchísimas tendencias. El otro gran bloque era de izquierdas y representado por el PSOE.

Una cuestión interesante es el cómo se podían calificar aquellas Cortes. Estas Cortes eran ordinarias, lo que sucede es que iban a llevar a cabo la tarea constituyente de hacer la CE 78. Esas Cortes, mientras se dedican a hacer la CE 78 tienen que estar legislando.

Caracteres.

- Es una **constitución popular** en el sentido de que obedece un sentido democrático, art. 1.2.
- La **corona** no participó en el Poder Constituyente.
- Es una constitución escrita en **un solo documento** (a diferencia de las Leyes Fundamentales franquistas).
- Es una constitución **rígida** a tenor de lo que se deduce del art. 167 y muy rígida a tenor de lo que se deriva del 168.
- Es una constitución **poco original**, es decir, está llena de influencias, todas ellas dispares. El mundo del Dº Internacional influye en la CE 78 (art. 10) y mucha influencia del constitucionalismo español histórico. Ej. El Título II está muy nutrido de lo que dice la de 1876. La *Ley para la reforma política* influye en que el parlamento es bicameral. El Dº Constitucional comparado influye decisivamente: la Constitución alemana (sobre todo en lo que se refiere a la preeminencia del presidente en relación al Gob., la moción de censura). La italiana del 47 influye a través de la *Cláusula Vasso*. La española recoge el art. 3 de la italiana en su art. 9.2.
- Después de la de Cádiz de 1812, la CE 78 es **la más larga** de la historia: un preámbulo, 169 arts. y las correspondientes disposiciones transitorias, derogatorias y finales.
- ¿Ideológica o utilitaria? Participa de las **dos tendencias**. La parte ideológica está en el art. 9 (influencia de la izquierda). Hay también una contrapartida ideológica de la otra tendencia en el art. 38 en donde se establece la economía libre de mercado. Sólo en este sentido es ideológica, en su conjunto es básicamente neutra.
- Es una constitución **autonomista** por lo que se refiere a la estructura territorial del Estado. Se aspiraba a tender un puente entre el unitarismo centralista y las tendencias federales que volvían a aflorar de nuevo; entonces se llegó a una posición intermedia. En la República se recurrió a un sistema integral.
- Es **Monárquica**, el jefe del Estado es el rey (forma política), y el apellido de esa monarquía es **Parlamentaria**, en cuanto a que las relaciones entre los poderes se producen a través de un poder muy nuclear que es el Parlamento.

Consenso.

Es una característica esencia. No es un acuerdo coyuntural sino estructural e institucional sobre cuestiones fundamentales.

El consenso en la CE 78 supone establecer unas bases mínimas que fueran adoptadas por todos como *reglas del juego* para lograr una convivencia social pacífica y que, a partir de esa convivencia social pacífica, pudiera avanzarse hacia el futuro ganando mayores potencialidades.

Ese consenso era necesario porque:

- Quien lo promueve, UCD, no tenía mayoría absoluta en el Parlamento, así pues tenía que llegar a un acuerdo con las demás fuerzas políticas.
- La CE 78 sale adelante gracias a muchas afinidades y a muchas renuncias.
- Como procedimiento, ¿se consensuó todo esto y mucho más en las Cortes, públicamente? Ése sería el procedimiento más razonable, pero no fue así. Y no fue así porque si se llega a consensuar en las Cortes no se hubiera podido llegar a buen puerto. Por lo tanto, se llevó a cabo a base de reuniones secretas donde no llegasen los medios de comunicación, gracias a eso se llegó al consenso.

LECCIÓN XVII.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE.

Fuentes de Derecho.

Por fuente podemos entender lo que es origen, causa, raíz de todo lo jurídico. Sería también algo así como el fundamento de la realidad del Ordenamiento Jurídico. Ése es un concepto muy general.

La **fuerza** son las fuerzas sociales que producen legítimamente y dentro de una organización jurídica los diferentes tipos de normas que constituyen el Ordenamiento. Ése es el concepto concreto.

Federico **De Castro** se refiere a la fuente en un sentido técnico – jurídico y la define como *cada fuerza social con potestad normativa creadora*. Podemos distinguir entre fuentes escritas y no escritas.

- **Escritas.**

- La CE. Somos tributarios de **Kelsen** al considerar la CE como norma referencial por excelencia. Sus disposiciones tienen carácter de fuente de Dº Constitucional y todas las normas del Ordenamiento Jurídico tienen que estar en sintonía con esa Constitución.

Así el Poder Constituyente sería la *potestas normandi*.

- La Ley, en su doble manifestación: ordinaria y orgánica. La *potestas normandi* es el Parlamento. En el caso español, también los de las CCAA.
- El Reglamento. La potestad reglamentaria tiene al Gobierno como *potestas normandi*.

- **No escritas.**

- Costumbre. No se puede hablar de una fuente de costumbre propiamente dicha.
- Principios generales del Derecho. Son principios, algo que viene a informar al Derecho. Son casi siempre de Derecho Natural.

Tipología del Sistema de Fuentes.

Antes de la CE 78 había una tipología y un sistema de fuentes únicamente informado por el CC (*art. 1*). A partir de la CE 78, se altera el sistema de fuentes. Los principios generales del Derecho son una manera de exteriorizarse el Derecho. Sin que esa exteriorización se encuentre materializada en una ley ni artículo concretos. Es algo que está en la conciencia jurídica si descender a materializaciones concretas y puntuales. Se usan como elemento **interpretativo** de la Ley y la costumbre.

- La CE 78 se va a superponer a cualquier fuente jurídica dentro del Ordenamiento Jurídico. Con la entrada en vigor de esta Constitución, aparece el Título IX, dedicado al *Tribunal Constitucional*. Ese Título va a tener su desarrollo legislativo en una **Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de Octubre de 1979**.

Así pues, hay que tener en cuenta la doctrina del TC, ya que entiende y resuelve los recursos de inconstitucionalidad y, de alguna manera, altera el sistema de fuentes ya que es un legislador negativo. No es una fuente rotunda pero sí una fuente especial, ya que tiene potestad para excluir del Ordenamiento Jurídico una norma que estime inconstitucional.

- **Los Tratados Internacionales.** Antes de la CE 78, se situaban dentro de lo dispuesto por el CC en su art. 1. El Tratado Internacional forma parte del sistema de fuentes a tenor de lo que la CE establece en el art. 9. En caso de conflicto entre un Tratado y 1 ley, si el Tratado reúne todos los requisitos y ha sido suscrito por el Estado Español, se van a imponer a la propia Ley. Se considera como parte del Ordenamiento Jurídico español.
- **Las CCAA.** Con motivo de la entrada en vigor de la CE se establece el Estado Autonómico. Un elemento de la CA es el **parlamento** con potestad legislativa. Una ley emanada de un Parlamento autónomo tiene la misma consideración que la emanada de Leyes Formales. Eso quiere decir que dentro del ámbito de su propia competencia es ésta la que prevalece.
- **La potestad reglamentaria del Gobierno.**
- **La costumbre y los principios generales del Derecho.**

La Constitución como norma.

La CE 78 nos sitúa a su propio contenido como pura norma que tiene valor y eficacia directos. Del art. 9.1 se deduce que la CE es una norma. Ése es el principio normativo de la CE, el *principio normativo kelseniano*.

Valor y efectos.

Se trata aquí de determinar si la CE es o no directamente invocable y aplicable por los ciudadanos y por todos los Poderes Públicos.

Volviendo al art. 9, podemos extraer diversas consecuencias:

- **La CE forma parte del ordenamiento jurídico.** Se deroga la *Octava Ley* y se deroga también el **Real Decreto de 25 de Octubre de 1839**, en lo que puede afectar a las provincias (del País Vasco), así como la **Ley de 21 de Julio de 1876**, en cuanto pudiera conservar alguna vigencia. Es decir, se derogó todo lo que fuese contrario a la CE.
- No toda la legislación anterior a la CE no está afectada de **inconstitucionalidad sobrevenida**. Puede hablarse de inconstitucionalidad porque el espíritu de las Leyes va en contra de la CE, pero no por el hecho de que la manera de aprobarse fuera contraria a las reglas constitucionales vigentes.
- Interesa saber si toda la CE es igualmente de **directa aplicación**. Hay que distinguir entre *artículos de aplicación directa* y de *programáticos o testimoniales*. Pero todos los artículos, con independencia de su aplicación, tienen el mismo alcance y la misma significación normativa, es decir, son normas. Hay dos bloques en la CE, de acuerdo con esto: la parte *dogmática* (derechos y libertades) y la *orgánica* (órganos constitucionales).
- **Parte dogmática.** El grado de aplicabilidad y aplicación constitucional viene determinado por el art. 53.1. El Capítulo V y Título I, arts. Del 15 al 29, *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. Son vinculantes para todos los poderes públicos y se han de desarrollar por Ley.

El art. 53.2. hace referencia al art. 14 (igualdad) y a la Sección I del Capítulo II, arts. del 15 al 29 (derechos y libertades).

Los arts. del 14 al 29 son lo que pueden ser invocados directamente y también aplicados directamente, por lo que son **privilegiados**. Si se lesionan estos artículos:

- Se puede acudir al TC, mediante un **recurso de amparo**.
- Hay un procedimiento específico para estos artículos (muestra de ese privilegio).

El resto de los artículos se aplica a través del desarrollo legislativo, es decir, tienen una aplicación **indirecta**.

Existen tres grados de jerarquía:

- **Arts. 14 al 29**, derechos y libertades fundamentales, vinculan a los poderes públicos y han de desarrollarse por Ley.
- **Arts. 30 al 38**, son de aplicación prácticamente directa.
- **Arts. 39 al 52**, principios rectores de la política social económica, informa la legislación positiva y sólo se pueden aplicar si la Ley que los desarrolla lo permite.
- **Parte orgánica**. También está regulada en la CE. Los órganos constitucionales están configurados de dos maneras:
 - Según sea la CE la que los configura, señala su composición y funciones: la Corona, las CCGG, el Gobierno, el TC, el Poder Judicial..., éstos son órganos **constitucionales**.
 - Según la CE se limite a señalar el papel que esas instituciones tienen en la organización del Estado, dejando a una Ley Orgánica su diseño, composición y funciones: Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, etc. son órganos de **relevancia constitucional**.

LECCIÓN XVIII.

La Ley

La expresión ley tiene tres significados según proyectemos un sentido amplio, estricto o según nos refiramos a un aspecto muy restringido.

- *Sentido Amplio*, ley equivale a norma jurídica. Hay que incluir todo lo que hemos comentado que pertenece al Derecho Objetivo.

Ley será igual a lo que se escribe y lo que no se escribe pero regula aspectos de la conciencia.

- *Sentido más restringido*, Ley es la norma positiva caracterizada por su origen estatal (es un órgano del Estado el que la produce), su forma escrita y solemne. En este sentido podemos hablar de Ley como una norma de Derecho dictada reflexivamente por la autoridad legítima del Estado.

Podríamos incluir incluso el Reglamento. Lo que sale del poder legislativo y lo del Ejecutivo podrían ser identificados.

- *Sentido estricto y técnico*. La Ley es una norma estatal y escrita que se diferencia de las demás normas estatales por su procedencia, ya que emana del órgano que tiene encomendada la función legislativa (el Parlamento).

En nuestro sistema jurídico – constitucional existen varias procedencias del producto Ley. De una parte las CCGG que, a su vez, se componen de dos cámaras: Congreso y Senado. También están los Parlamentos autonómicos (unicamerales). Los dos tipos de Asamblea generan Leyes. En algunos territorios históricos, las diputaciones forales tienen potestad normativa.

En algunos de nuestros textos legales se define lo que es Ley. Pero sólo en la CE se da una aproximación a lo que puede sugerir la Ley. El art. 66.2 de la CE dice que las CCGG ejercen la potestad legislativa del Estado... Hay que entender el concepto de Ley ampliando la posibilidad de que la Ley no sólo se produce en el Parlamento de la nación.

Titulares del Poder Legislativo

La CE nos describe un órgano originario que son las CCGG, eso es órgano originario (la voluntad parlamentaria). Pero, además, la CE de acuerdo con el principio establecido en el art. 2, ha previsto la posibilidad de poderes legislativos territoriales que serían poderes derivados: porque para poderlos llevar a cabo se precisa que los correspondientes Estatutos de Autonomía establezcan las correspondientes competencias en materia legislativa.

Contenido de la Ley

La Ley supone el reconocimiento de unos contenidos de tipo material, quiere decir que las Leyes, como normas jurídicas superiores, se destinan a regular unas determinadas materias.

Esto suele suceder cuando la CE sugiere o remite al Poder Legislativo y, por tanto, a las CCGG y a los Parlamentos Autonómicos, el que estos órganos dicten disposiciones con rango de Ley. Ej. Art. 11 "la nacionalidad", art. 13, art. 18.4 "la ley limitará el uso de la informática...".

Manifestaciones de la Ley

No hay clases de Ley, la Ley es 1. Existen manifestaciones de la Ley. Entonces, dentro de ese concepto unívoco de Ley como expresión de la voluntad general emanada de un órgano parlamentario, podemos distinguir dos manifestaciones de Ley: Ley Orgánica y Ley Ordinaria.

Ley Orgánica. Arts. 85, 81. Es toda una innovación dentro del Dº Constitucional Español. Es una innovación de la CE 78. La explicación de la existencia de Leyes Orgánicas en la CE 78 está en la intención de los constituyentes de ampliar el consenso, no sólo al período de elaboración de la CE 78, sino que quiso ampliarlo más allá de lo político para proyectarlo hacia lo legislativo de forma que disposiciones posteriores reflejasen ese consenso.

Ej. Art. 81 CE, "son Leyes Orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

En cuanto a los derechos y libertades de ese fragmento, los Constituyentes pensaron asignar Ley Orgánica al desarrollo legislativo de estos derechos y libertades. Pero no todos los derechos y libertades necesitan de Ley Orgánica, sólo los comprendidos en los arts. del 15 al 29.

Las Leyes Orgánicas pueden ser captadas o definidas por dos características diferenciadoras de las Leyes Ordinarias:

- Por el fondo o contenido, art. 81.
- Por la forma o procedimiento que está en el art. 81.2 (aprobación o modificación).

Rango. Una ley orgánica está por encima de una ley ordinaria. La doctrina está dividida radicalmente.

Los básicamente administrativistas (R. Martín – Mateo) opinan que se trata de una nueva instancia normativa que vendría a situarse entre la CE y las leyes ordinarias, respecto de las cuales se encontraría en una relación de superioridad jerárquica. Garrido Falla ha llegado a decir que las Leyes Orgánicas son leyes **complementarias** de la CE; son cuasi – constitucionales. El argumento de estos autores tiene su peso. Consistiría en que los constituyentes delegan en el Poder Legislativo materias que al Poder Constituyente le hubiera gustado regular por sí mismo.

Defendiendo la tesis contraria están los constitucionalistas Rubio Llorente y García de Enterría (culmen del Dº Español) que se oponen a cualquier tipo de jerarquización. Defienden la naturaleza legal (de ley) de las Leyes Orgánicas y, por supuesto, rechazan la tesis cuasi constitucional. Los argumentos para no apostar por la

jerarquización son:

- El principio de jerarquía normativa exige para su aplicación una **diferente** calidad de los sujetos que producen las normas.
- El principio de jerarquía exige que las normas provengan de órganos diferentes y que, además, la actuación de la norma se realice sobre la misma materia.
- Hay que aceptar el principio de jerarquía como consecuencia de que existan diferentes procedimientos de producción y de elaboración.
- Se llega a la conclusión de que la única diferencia que puede haber entre Ley Orgánica y Ley Ordinaria es la que se refiere a las materias que regula.

Conclusión: el ámbito material no determina nunca jerarquía. Además, el Tribunal Constitucional (TC) en dos sentencias, STC de 13 de febrero de 1981 y STC de 6 de noviembre de 1986, establece este criterio:

Las Leyes Orgánicas y las Ordinarias no se sitúan en distintos planos jerárquicos. Así pues, cuando hablamos de la Ley, hablamos de la Ley y no de jerarquías.

Ley Ordinaria. De la Ley Ordinaria no hay una referencia concreta en la CE, sino que deducimos su existencia por el art. 75.2

Art. 75.2 «Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación».

Esto quiere decir que cuando hablemos de leyes ordinarias tendremos que referirnos a las leyes de comisión y a las leyes de pleno. Sin embargo, el art. 75.3. viene a reservar una serie de materias de ley de Pleno,

Art. 75.3 «Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado».

Dentro de las leyes ordinarias podríamos incluir algunas normas que tienen consideración de ley como son las llamadas Leyes Básicas; éstas se refieren a la legislación básica sobre una determinada materia (las bases que se sientan por ley). En el art. 149.1, 13ª, 16ª, encontramos una serie de ejemplos de legislación básica. 149.1, 13ª «Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica»; 149.1, 16ª «Patrimonio monumental del interés de la CC.AA. ».

Otro tipo de leyes ordinarias son las leyes marco, art. 150.1

Art. 105.1 «Las CCGG, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las CCAA la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las CCGG sobre estas normas legislativas de las CCAA».

Leyes de Armonización (art. 150 CE). Estas leyes armonizadoras tienen un carácter extraordinario según el TC. Poseen ese carácter extraordinario porque la ley armonizadora es aplicable sólo a aquellos supuestos en los que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de la potestad legislativa.

La Ley de las CCAA (otro tipo de ley ordinaria). La CE no atribuye a las CCAA una facultad expresa para que el Parlamento Autonómico desarrolle un Poder Legislativo. Ninguna norma de la Ce hace alusión a esa potestad y sólo la tienen a través de los correspondientes Estatutos de Autonomía.

En el seno de su correspondiente sistema normativo, la ley autonómica constituye el nivel normativo central, el más importante, con sólo dos límites: por arriba la CE, por debajo los Reglamentos de la propia CA. Esto significa que la ley autonómica tiene condiciones idóneas de rango para situarse dentro de la exigencia de jerarquía propia de aquéllos asuntos que exigen la reserva de ley. Por consiguiente, dentro del sistema general de fuentes, una ley autonómica, dentro del ámbito de su competencia estatutaria, tiene el mismo rango que una ley de las CCGG. La diferencia sería solamente el ámbito de su aplicación. En caso de conflicto decidirá el TC.

Disposiciones con Fuerza de Ley: Decretos Leyes y Decretos Legislativos.

Por imperativo del art. 66.2 de la CE las CCGG ejercen la Potestad Legislativa del Estado. Sin embargo, la CE, recogiendo una tradición bastante arraigada, prevé que, cuando se dan determinadas condiciones, el Gobierno, que es titular de la Potestad Reglamentaria (art. 97), puede dictar, con algunos límites, actos con fuerza de ley. Actos que no son ley *strictu sensu*, sino en sentido técnico. Las dos categorías básicas de estas disposiciones son los Decretos Leyes y los Decretos Legislativos.

- Los **Decretos leyes** están recogidos en el art. 86.

Art. 86.1 «En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título, al régimen de las CCAA, ni al Derecho electoral general».

La apreciación de extraordinaria y urgente necesidad es cosa del Gobierno. El Decreto-ley tiene carácter provisional, por eso en el 86.2 se establece que hay que darles un respaldo que las convierta en definitiva; respaldo que tiene que hacer el Congreso dentro de los 30 días siguientes de la promulgación del Decreto. Si el Congreso decide no convalidarlo, el Decreto deja de surtir efecto.

Art. 86.2 «Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario».

El problema que se plantea en este segundo supuesto es si los efectos pierden eficacia desde el momento o con carácter retroactivo. La mayoría de la doctrina se pronuncia en el sentido de la lógica jurídica, que rechaza el carácter retroactivo.

- **Decreto-legislativo.** Es una norma con rango de ley, no es una ley. Consiste en una técnica que permite al Gobierno dictar normas con rango de ley, según prescribe el art. 85 de la CE.

Art. 85. «Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos».

Llamamos *legislación delegada* a aquélla en la que el Parlamento (las CCGG) faculta al Gobierno para que desarrolle con fuerza de ley los principios contenidos en una ley de bases, y a la que autoriza al Gobierno para refundir el contenido de otras leyes en un único texto. Si la delegación se efectúa a través de una ley de bases, el Gobierno legislará textos articulados; si las Cortes autorizan mediante una ley para refundir, el Gobierno producirá un Decreto-legislativo para textos refundidos. Muy representativo es el aforismo inglés *Gobernar es legislar*.

Requisitos de la Delegación legislativa. Arts. 82 y 83 de la CE.

- Esa delegación ha de hacerse, bien por una ley de bases, cuando su objeto sea la formación de textos articulados, bien por una ley ordinaria de autorización, cuando se trate de refundir textos.
- La delegación puede comprender cualquier materia que las Cortes estimen oportuna; solamente se establecen unas excepciones que son las propias de que no puede regularse en virtud de delegación todo aquello que tenga que ser objeto de Ley orgánica.
- La delegación debe hacerse de forma expresa y, además, hay que fijar un plazo para el ejercicio.
- La aprobación de los Decretos legislativos ha de hacerse observando las reglas de la Ley de procedimiento administrativo de 26 de noviembre de 1992.
- Además de los trámites que exige esta ley, y antes de que el Decreto legislativo se apruebe por el Consejo de Ministros, tiene que haber un dictamen favorable del Consejo de Estado.

La Potestad Reglamentaria

Se atribuye al Gobierno por la CE, pero al hablar de potestad reglamentaria se refiere también a ella aludiendo a la Administración. En este sentido reza la siguiente definición de Reglamento:

«Toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración y con valor subordinado a la Ley». Garrido Falla.

De esta definición podríamos extraer las siguientes características del Reglamento:

- Disposición de carácter general subordinada a la Ley.
- Emana de los órganos de la Administración, en cualquiera de sus manifestaciones.
- Los órganos de la Administración que dicten los Reglamentos han de hacerlo ejerciendo una competencia que les sea propia.
- El contenido del Reglamento ha de referirse a materias y servicios de las Administraciones públicas: Administración Central del Estado, Autonómica, etc.

La justificación del Reglamento nos viene dada por un principio que se ha producido en todos los países desde la Revolución Francesa, y es que la Administración puede hacer todo lo que la ley no le prohíba; justificación que afecta también a España.

La Administración no puede disfrutar sino de aquellas facultades que le son concedidas especialmente por una Ley.

Poder Reglamentario y Jerarquía Normativa

El art. 51 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo de 26 de noviembre de 1992, dispone lo siguiente:

«Las disposiciones administrativas no pueden vulnerar la CE o las leyes, ni pueden regular aquellas materias que la CE o los Estatutos de Autonomía reconocen como competencia de las Cortes o de las Asambleas legislativas de las CCAA».

«Ninguna disposición administrativa puede vulnerar preceptos de otra de rango superior».

«Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes».

La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (preconstitucional, 1957) en su art. 23 establece una jerarquía interna dentro del Poder Reglamentario. Esa jerarquía se establece de la siguiente forma:

- **Decretos.** Un Decreto es una resolución que se acuerda en el Consejo de Ministros, que firma el Jefe del

Estado y que refrenda el ministro al que compete el Decreto.

- Las **Órdenes** acordadas por las comisiones delegadas del Gobierno.
- **Órdenes Ministeriales**.
- **Disposiciones** de autoridades y órganos inferiores.

Clases de Reglamento existente. Los criterios que podemos seguir son:

- Por su procedencia, tenemos **Reglamentos del Estado** y **Reglamentos de las CCAA**. En el caso del Reglamento de Estado, el titular es el Gobierno del Estado, de las CCAA, el Consejo de Gobierno de las CCAA.
- Por sus efectos, tendríamos **Reglamentos normativos**, que regulan cuestiones relacionadas con todos los ciudadanos en general; y los **Reglamentos de organización**, que son aquéllos que se refieren a la manera en que una determinada institución se autoregula.
- Por su relación con la Ley podemos hablar de **Reglamentos ejecutivos, independientes y de necesidad**.

El **ejecutivo** es aquél que se da cuando una ley remite la regulación pormenorizada de una materia al Reglamento propiamente dicho. Ej. La ley del deporte remite a un reglamento ejecutivo, la regulación del fútbol.

El **Reglamento de necesidad** (*contra legem*, según García de Enterría). Como su nombre indica, son aquéllos que sólo son posibles cuando se declara una situación de emergencia nacional. Queda contemplado en el art. 116 de la CE y sólo hace referencia al Estado de Excepción. Por otra parte, el art. 116 es el que regula los Estados de alarma, de excepción y de sitio; y se relaciona con la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio en la que se autoriza al Consejo de Ministros para que acuerde por Decreto el contenido de la autorización del Congreso sobre la Declaración del Estado de Sitio. Sucede que ese Decreto va a chocar, necesariamente, con leyes que están funcionando en el ámbito jurídico en el que se desarrolla el Estado. Ese Decreto de rango inferior a la ley puede revelarse contra el contenido de cualquier ley.

Los Tratados Internacionales

Un Tratado Internacional firmado por España tiene el mismo rango que la Ley. Un Tratado Internacional se produce en el momento en el que se publica en el BOE; pero no por ello se convierte en una ley. Lo importante es saber que el contenido de ese Tratado puede estar en perfecta sintonía con las leyes del país. Pero puede ocurrir que un Tratado Internacional suscrito por España contradiga determinadas normas, leyes, Decretos. Si un Tratado Internacional contradice una ley habrá que acudir al espíritu de la CE; pero puede ocurrir que cuando acudamos a ella, ese espíritu esté también en contradicción con el Tratado Internacional. La respuesta la tenemos en el art. 95.

Art. 95. «1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la CE exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción».

Por tanto el procedimiento a seguir es la revisión constitucional, antes de firmar el tratado. Se trata, pues, de pedir al TC un dictamen para ver si es necesario modificar o no la CE.

La Costumbre

En ausencia de ley, y según el art. 1 CC, la fuente subsidiaria primera es la costumbre. Es preciso valorar o examinar la importancia que puede tener la costumbre. En el ámbito del Derecho privado mucha. En el del Derecho Público depende: mucha en el caso del Derecho inglés. Pero dentro del Derecho Continental y en el

ámbito del Derecho Constitucional, la costumbre juega un papel irrelevante.

Puede llegar, sin embargo, a jugar un papel pero no en el orden que establece el CC, sino en un orden que se denomina Derecho Parlamentario. Entendemos por tal, el conjunto de normas y reglas que determinan el funcionamiento de un país. Aquí sí tiene una enorme importancia. Así, muchísimas lagunas de los Reglamentos de las Cámaras (que tienen consideración de leyes) son Reglamentos organizativos.

El Reglamento del Congreso o del Senado tiene muchas lagunas, entonces, ante un determinado vacío, los Reglamentos de las Cámaras, prácticamente en todos los países, acuden a la costumbre constitucional. La costumbre constitucional parlamentaria tiene una cantidad de referencias que cubren todas esas lagunas; de esta forma podemos establecer la igualdad entre Costumbre parlamentaria, Reglamento parlamentario y la consideración de ley. Eso sí, esta costumbre tiene que ser siempre *extra legem* nunca *contra legem*.

Los Principios Generales del Derecho

A falta de ley y de costumbre, entran los principios generales del Derecho. Sobre esta materia tenemos a los partidarios del Derecho Natural (ius naturalistas) y a los ius positivistas.

Para los ius naturalistas, serían principios situados más allá del Derecho Positivo. Para los ius positivistas serían aquellos principios que, de una manera más o menos explícita, están en el ordenamiento jurídico de un país. No obstante, estos principios no serían rechazados por los ius naturalistas:

- a) Igualdad ante la ley.
- b) Justicia.
- c) Libertad.
- d) Seguridad jurídica.

Los principios generales del Derecho son unos principios generales que están en la CE y que informan el Ordenamiento Jurídico general. Son unos principios que no tienen un lugar fijo en el sistema general de fuentes porque valen antes, en y después de la ley. Son principios inmanentes.

No podemos invocar esos principios si no es en relación con el resto de las normas del Ordenamiento Jurídico. Son los elementos que sirven para una adecuada interpretación, no sólo de los preceptos constitucionales, sino de las normas jurídicas.

La Jurisprudencia

La jurisprudencia no es fuente de Derecho nunca. Sin embargo, el CC la incluye en el apartado de fuentes por ser ésta un complemento.

Jurisprudencia es decir el Derecho. Desde un punto de vista técnico, es la doctrina que, de un modo reiterado establece el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. En un sentido amplio, no hay inconveniente en que podamos referirnos a jurisprudencia de determinados Tribunales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no es fuente generadora, sino complementadora. Ahora bien, con la llegada y la entrada en vigor de la CE 78, entra en funcionamiento el TC. Este Tribunal produce una especial jurisprudencia que denominaremos *doctrina* (del TC). Es el único órgano constitucional que puede determinar a través de sus autos y sentencias el contenido de la voluntad constituyente.

El TC produce autos y sentencias, esas resoluciones sí que son auténtica fuente de Derecho. Si el TC, al resolver un recurso de inconstitucionalidad, puede anular una ley, esto supone que la interpretación y la decisión del TC prima sobre la disposición del Poder Legislativo. Luego es un legislador en negativo, no produce leyes pero si las excluye del O.J.

Hay quien sostiene que las resoluciones del TC, que son fuente de Derecho, hay que ponerlas a la altura de la CE. La CE habla del TC; le atribuye el rango de intérprete supremo. En cualquier caso, estaría por debajo de la CE, aunque por encima de las demás fuentes.

LECCIÓN XIX

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Ubicación

Se encuentran situados básicamente en el Título Preliminar de la CE 78 (9 arts.). Esos principios vienen a representar la síntesis política de la CE. El hecho de que estén ubicados en ese título les dota de un blindaje especial en cuanto a su preservación.

El art. 168 contiene un procedimiento agravado de cara a la reforma de ese título. Esto significa que si les ha colocado en ese título con ese blindaje, tiene una importancia singularísima.

Art. 168. «1. Cuando se propusiere la revisión total de la CE o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo II, Sección 1ª del Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación».

El art. 1.1 de la CE dice que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». No se nos da una afirmación dogmática (es) dice "se constituye en". La diferencia sería que ésta supone un "querer ser", es decir, el deseo de ir alcanzando cada vez mayores cuotas dentro de lo que supone un Estado de Derecho, un Estado Democrático de Derecho y un Estado Social de Derecho. Esto denota una gran prudencia política, considerando la situación en la etapa constituyente.

Estado de Derecho

El Estado de Derecho en la CE 78 implica:

- El reconocimiento de una serie de derechos y libertades.
- El establecimiento de una serie de mecanismos a través de los cuales se garantiza la eficacia de los derechos.
- Esa eficacia se traduce en el sometimiento de los poderes del Estado a la ley. Esto supone la prohibición de actuar arbitrariamente.
- La creación de diferentes órganos con diferentes funciones cuya misión sea establecer un sistema de controles entre los órganos.

Situándonos en nuestra actual Constitución, hay que subrayar que el propio Preámbulo establece como una de las finalidades de la CE "consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular". Pero, además, hay otra serie de mecanismos de garantía como son el que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y al resto del Ordenamiento Jurídico. Otro mecanismo de garantía es la división de poderes consagrada en la CE. Esto sería el reflejo de lo que es un Estado de Derecho en la CE 78.

Democrático y Social

Un Estado Democrático sería aquél que obliga a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos; ya sea directamente o mediante representación. La CE 78 implanta el principio de la soberanía popular que se materializa a través del sufragio universal para elegir a los representantes del pueblo español en el Congreso y en el Senado.

En el funcionamiento de un Estado democrático juegan un papel muy importante los partidos políticos hasta el punto de ser el cauce fundamental para la participación política.

Ese Estado Social que preconiza la CE se relaciona con el principio de igualdad, pero entendida como igualdad real y efectiva y garantizada por el propio Estado. Y precisamente es ése Estado al que invoca la CE en el art. 9.2. Este artículo es un mandato dirigido a los poderes públicos.

Art. 9.1. «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Es por tanto un gran impulso a la justicia social. Se refiere a varios ámbitos: político, económico, cultural y social. Este artículo está íntimamente relacionado con el 3.2 de la Constitución italiana del 47.

En nuestro ordenamiento, el Estado Social de Derecho se proyecta en:

- El artículo que, reconociendo el Derecho a la propiedad privada y a la herencia, establezca que el contenido de esos derechos queda delimitado por la función social de los mismos.

Art. 33. «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

- El art. que declara la riqueza del país (sea quien sea su titular) subordinada al interés general.

Art. 128. «1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

- También se proyecta en aquel art. que permite al Estado planificar la actividad económica.

Art. 131. «1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las CCAA y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley».

- Una serie de Principios que la CE denomina *rectores* de la política social y económica.

Soberanía Popular

Relacionado con el Estado de Derecho en general, está el concepto de soberanía popular. La soberanía popular se refiere a lo que el propio art. 1.2 establece

Art. 1.2 «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado».

Este principio se encuentra recogido en diferentes artículos de la CE, como son el reconocimiento del sufragio universal (68 y 69); en el dº de participación (23); en el establecimiento de los partidos políticos como instrumento fundamental para la participación política (6); obligación de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (9); y, por último, referido a las diferentes modalidades de referéndums que prevé la CE en el art. 92.

Monarquía Parlamentaria

En un principio, el monarca tenía concentrados todos los poderes del Estado en su persona. Eso es consecuencia de un sentido divino de la monarquía.

Un paso adelante supondrá la llamada *Monarquía Limitada*. Ésta se institucionaliza a partir de la *Revolución Francesa* (1789), cuyos principios revolucionarios van a propiciar la autolimitación de los poderes reales. Así, el rey podrá ejercer todos los poderes excepto los que le han sido substraídos expresamente por el Ordenamiento Constitucional para confiarlos a otros órganos del Estado.

El paso siguiente sería la *Monarquía Constitucional*. Que no es lo mismo que la monarquía limitada. Nos estamos refiriendo al paso de la Monarquía Limitada a la Parlamentaria. Esto se viene a producir en Europa hacia 1830. Esto significa que el rey es el órgano supremo del Estado, pero queda sometido a la Constitución; Constitución que debe ser considerada como un pacto entre el Rey y el Parlamento.

El último tipo de monarquía es el de la *Monarquía Parlamentaria*. Es la forma que adopta nuestra Constitución en su art. 1.2 y 1.3. En la Monarquía Parlamentaria dirección política del país corresponde al Gobierno pero, a su vez, el Gobierno tiene que contar con el apoyo del Parlamento.

Estado Autonómico (lección XII).

Es una manera de vertebrar territorialmente el Estado (art. 2 y en el Título VIII).

PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sirven, además de construir principios, de soporte al ordenamiento jurídico. Se encuentran recogidos básicamente en el art. 9.3 de la CE.

Art. 9.3. La CE garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Estos principios son una consecuencia inmediata de los valores superiores del ordenamiento jurídico, a los que hace referencia el art. 1.1 de la CE.

Art. 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Principio de Legalidad

Supone un sometimiento del Poder Público al Derecho. Esto representa, desde el punto de vista del ciudadano una garantía frente a la arbitrariedad en la toma de decisiones del Poder.

- Este principio es una consecuencia lógica de lo que dice el Preámbulo de la CE.
- Este principio de legalidad debe conectarse con lo establecido en el art. 9.1.

Art. 9.1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y al resto del ordenamiento jurídico.

- El principio de legalidad cobra especial importancia en el ámbito de la Administración. Al implicar que las facultades de ésta no son ilimitadas.

Principio de Jerarquía Normativa

Este principio supone que las disposiciones de rango superior han de prevalecer, en todo caso, sobre las de rango inferior. Para determinar el rango jerárquico hay que contemplar dos supuestos:

- Tener en cuenta el órgano que crea a la norma.
- El poder constituyente es más alto de todos los poderes, así, la disposición normativa que produzca (la CE) será la de más alto rango.

Principio de Publicidad de las Normas

Este principio no es constitucional sino que tiene su base en el art. 2 Cc. Exige la publicación de las leyes en el BOE. Esta exigencia se extiende a todas las normas del Dº Escrito. Los destinatarios de las normas jurídicas tienen la oportunidad de conocerlas, gracias a ello. Y ésta, indiscutiblemente, es una garantía.

Irretroactividad

Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos. Esto viene a significar que la CE prohíbe que una norma que se dicta con efectos futuros afecte a situaciones jurídicas que ya existían anteriormente. Esta previsión de irretroactividad no produce efectos siempre, sino únicamente en los dos supuestos siguientes:

- Cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables. Esto quiere decir que la CE sí garantiza la retroactividad cuando se trate de una ley penal favorable.

- Las disposiciones serán restrictivas de derechos individuales.

Seguridad Jurídica

En virtud de este principio podemos y debemos tener la posibilidad de conocer el ordenamiento jurídico, así como los intereses jurídicamente protegidos. Por eso este principio de seguridad jurídica viene a ser como la síntesis de todos los principios.

Una STC de 1990 dice que el legislador debe huir de provocar situaciones confusas.

Responsabilidad de los Poderes Públicos.

Los poderes públicos son responsables por los daños causados en el ejercicio de su actuación. Ello supone que los ciudadanos tienen derecho a ser indemnizados por esos daños.

Art. 106.2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Esta misma responsabilidad es exigible a la Admón. de Justicia.

Art. 121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.

La Interdicción de la Arbitrariedad

(Por parte de los poderes públicos). Lo arbitrario es lo que no se adecua a la legalidad. Por tanto, ante una actividad regulada, la arbitrariedad significaría una infracción de la norma. Nuestra CE prohíbe la arbitrariedad refiriéndola, básicamente, a la Admón. Art. 103. Sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Art. 103. 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

En la Administración de Justicia, la arbitrariedad se produce si a la hora de redactar la sentencia ésta no está motivada. No obstante, la ley puede ser injusta, pero al juez no se le permite que salga de la ley, aunque la arbitrariedad pudiese tener un carácter ético.

Una arbitrariedad también sería la no vinculación al propio precedente, es decir, que un juez, en un determinado momento y en una determinada materia dicta sentencia, y, al cabo del tiempo, dicta ante un caso similar una sentencia diferente.

Cuando una ley genera desigualdad estamos ante un caso de arbitrariedad en el Poder Legislativo.

VALORES SUPERIORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Cuando se habla de valores, históricamente se hace alusión a la filosofía del s. XIX. Filosofía que enlaza ética y derecho. En el mundo de los valores hay un punto de referencia que es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*, que apuesta por referirse a determinados valores.

En el art. 1.1. CE se dice «(...) la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Por tanto, para el constituyente, éstos son los valores.

Los valores son conceptos jurídicos indeterminados que se concretan a través de los diferentes preceptos constitucionales y, sobre todo, a través de la interpretación. La mejor concreción de los valores del 1.1 es la hace el propio TC.

El hecho de que los valores sean indeterminados no es obstáculo para que esos valores tengan carácter normativo. Y en este sentido son la base del Ordenamiento Jurídico. Otro dato de interés es que los valores del 1.1 no son fuente de Derecho como tales, a diferencia de los principios que hemos citado.

Sin embargo, aunque no sea fuente de Derecho, esos valores obligan a los poderes públicos porque éstos están sometidos a la CE y al resto del ordenamiento jurídico (9.1). La relación entre un principio y un valor (la diferencia) reside fundamentalmente en razón de la eficacia. La eficacia de los valores es menos efectiva que la de los principios.

Libertad

El art. 1.1 habla de libertad como valor. Para que este valor tenga eficacia plena hay que verlo en artículos concretos: art. 17 toda persona tiene dº a la libertad y a la seguridad...; art. 19 los españoles tienen dº a elegir libremente...; art. 20 se reconocen y protegen los derechos a....

Igualdad

Se concreta a lo largo de la CE a través de 2 expresiones: igualdad jurídica formal e igualdad material o real.

- **Igualdad jurídica formal.** Manifestada en el art. 14 CE.

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

Esta igualdad ha de imperar tanto ante la ley como en la aplicación de la ley. Ese ante la ley supone un límite al legislador, que no puede establecer desigualdades a la hora de crear las normas jurídicas.

En cuanto a la aplicación, la doctrina del TC establece que los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio ha sido adoptado con intención de ser aplicado en el futuro con carácter sistemático.

Así pues, lo que se prohíbe es el cambio irreflexivo o arbitrario, no el razonable.

- **Igualdad material.** Es la que se siente. Tiene que satisfacer una serie de necesidades de carácter básico. Esta igualdad se plasma en el art. 9.2. de la CE.

Art. 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La proyección del valor igualdad, tanto en el aspecto formal como material de la CE, tiene las siguientes referencias:

- Igualdad formal: 23.2, 32.1, 39.2.
- Igualdad material: todo artículo en el que se haga referencia al Estado social de Dº.

La igualdad formal y la material encarnan dos ideales, pero la que realmente interesa es la material, porque la formal es normal en una democracia.

Pluralismo Político

Ésta es una referencia concreta y puntual que hace la CE en su art. 1.1. Sin embargo, dentro de este valor se integran otros pluralismos, por eso debe interpretarse en un sentido amplio, es decir, en un sentido en el que quepan todas las opciones sociales. Así, el pluralismo político está representado por los partidos; el social los sindicatos; el territorial por los diferentes territorios.

Kelsen dijo «salvo por dolo u ofuscación, no puede defenderse una democracia sin la existencia de los partidos políticos». Así, D. Manuel García Pelayo, ex presidente del TC, hablaba de *Estado de partidos*. La CE, siguiendo a otras, dedica el art. 6 a los partidos políticos. Además de lo visto en temas anteriores sobre partidos políticos, el TC las declara «asociaciones privadas que se constitucionalizan y que, por tanto, adquieren reconocimiento público y desarrollan funciones públicas».

Art. 6. Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la CE y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Así pues, las **funciones** del partido político, art. 6 CE, son:

- **Expresar el pluralismo político**, por lo que hacen llegar y representan las diferentes opciones políticas emanadas de la sociedad.
- **Concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular**, en este sentido siempre son intermediarios entre la voluntad del ciudadano y su plasmación final.
- Se configura como un **instrumento fundamental de participación política**. Con ellos se consigue la composición de los órganos de gobierno y también de una oposición.

Se **regulan** los partidos políticos a través de dos normas: la **Ley 54/1978 de 4 de diciembre** (Ley de Partidos políticos) y la **Ley Orgánica 3/1987 de 2 de julio**, que regula su financiación. La 1ª establece un conjunto de contenidos básicos que afectan al nacimiento, desarrollo y demás etapas de los partidos. Estos aspectos se plasman en:

- **Creación de partidos políticos**. La ley, en sus artículos 1 y 2 establece que los partidos podrán libremente constituirse por ejercicio del derecho de asociación.

Los partidos adquieren personalidad jurídica desde que son inscritos y, en todo caso, ésta se conocerá a los 21 días de ser registrados. Prácticamente no va a haber ningún tipo de obstáculo por parte del registro, salvo que hubiera indicios razonables de ilicitud penal (delito).

- **Organización de partidos políticos**. A tenor del art. 6 CE y del u de la Ley de partidos, sabremos que su estructura y funcionamiento internos deben ser democráticos. En los criterios para establecer si lo son o no se toma en cuenta: si la admisión de miembros es libre, si hay igualdad de derechos, libertad de expresión, si los miembros pueden participar en la toma de decisiones, si las bases del partido tienen derecho a

designar candidaturas, etc.

El órgano supremo de los partidos políticos es la asamblea general, compuesta por el total de los miembros, quienes podrán acudir a ella directamente o a través de compromisarios.

- **Disolución de partidos políticos.** Hay dos formas de hacerlo:
- Ante supuestos de **ilicitud penal**. Esta situación se produce cuando el partido incurre en supuestos que están tipificados en el Código Penal tales como tener por objeto la comisión de un delito. Otra variante de este supuesto es que no incurran en éste pero sí que promuevan la comisión de delitos. Otro supuesto de ilicitud penal es aquel de los partidos que, teniendo un objetivo lícito, utilizan métodos violentos para su consecución. También son ilícitas aquellas agrupaciones clandestinas o paramilitares que promuevan la segregación racial.
- Cuando la autoridad judicial considere que las actividades del partido **no cumplen principios democráticos**.
- **Administración de los partidos políticos.** La Ley de financiación de los partidos políticos, L.O. 3/1987, de 3 de julio, establece diferencias entre admón. pública y privada.
- **Admón. Privada.** Dentro de ésta última se admiten las aportaciones de los afiliados y los rendimientos que dependen del patrimonio del propio partido. La admón. está limitada por la ley, así, por ejemplo, si una persona jurídica quiere aportar dinero a un partido, tiene que haber constancia por el órgano social competente. Otro límite es que en una donación no se pueden rebasar los 10 MM ptas. al año. En la admón. privada hay también que contar las herencias o legados que reciba un partido político.
- **Admón. Pública.** Es de tres clases:
 - *Ordinaria.* Sirve para atender los gastos ordinarios, es decir, los que no son consecuencia de campañas electorales. Aparece consignado en los presupuestos generales del Estado y se distribuye en función del número de escaños y de votantes obtenidos en las últimas elecciones generales.
 - *Parlamentaria.* Su regulación se da en los reglamentos de las Cámaras, tanto estatales como autonómicas. El fin de esta financiación es sufragar los gastos que el grupo parlamentario necesita para desarrollar su labor.
 - *Electoral.* Su funcionamiento se basa en que siempre que el partido político obtenga representación parlamentaria obtiene 2 MM ptas. por escaño obtenido, tanto en el Congreso como en el Senado y también 75 o 30 ptas. Por cada voto obtenido. Dentro de esta financiación se comprende el gasto del buconeo.

De este modo, en un principio, administración pública y privada están equilibradas pero ahora hay un debate sobre cual de las dos debe prevalecer.

Volviendo al pluralismo político, debemos mencionar el **pluralismo social**, representado por el art. 7, que debe relacionarse con el art. 28.1 CE, sobre la libertad sindical.

Art. 7. Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la CE y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Art. 28.1. Todos tiene derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

FUNDAMENTOS DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

Encabezando el Título I de la CE, donde se recogen derechos y deberes fundamentales, está el art. 10.1. Este art., de gran importancia para la interpretación, contiene una declaración general que precede a los derechos de la persona.

Ese art. hace referencia a la dignidad de la persona. Este conjunto de referencias del art. 10 es el llamado **fundamento del orden constitucional**.

Art. 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

LECCIÓN XX.

PARTE DOGMÁTICA DE LA CE VIGENTE

Antecedentes

Todo lo que se hace para garantizar unos derechos frente al Estado viene a representar la lucha para controlar la arbitrariedad del poder político. El acontecimiento más notorio en esta lucha se produce en el 1188 en las **Cortes de León**, donde se consigue que Alfonso IX referente una serie de derechos entre los que los más significativos eran el derecho del acusado a disponer de un proceso legal, el derecho a la vida, al honor, el de la inviolabilidad del domicilio y el de propiedad.

Dentro del Derecho histórico español, en el s. XIV tenemos al **Justicia Mayor de Aragón**, funcionario que tenía por misión controlar el ejercicio del poder y garantizar la legalidad de los procesos.

A partir de la **Carta Magna Inglesa de 1212**, que pretende limitar los excesos de la Corona, va a surgir en el s. XVII una ampliación gracias al *Habeas Corpus*, institución garantista que supone la entrega de un individuo a un juez para que instruya.

En el s. XVIII los derechos fundamentales se desarrollan fundamentalmente en Francia (1789) y en las colonias norteamericanas (**Declaración del Buen pueblo de Virginia**), que van a generar un bloque de derechos y libertades muy ligado a los derechos del hombre.

Trato en las Constituciones Españolas a los derechos y deberes fundamentales

En la CE 1812 se contemplaba ampliamente esta cuestión.

En la CE 1837 se observa una metodología de división, es decir, una parte orgánica y otra dogmática. Dentro de esta última se concentran derechos y libertades contenidos en el Título I.

La CE 1845 es de corte conservadora y limita algunos derechos y libertades como el de la libertad de prensa (e imprenta).

La CE 1869 presta más atención a los derechos y libertades encuadrándolos dentro del Título I *De los españoles y sus derechos y libertades*.

La CE 1873, que se quedó en proyecto, era prácticamente un reflejo de la de 1869.

La CE 1876, es la de la Restauración y posee un marcado tinte conservador. Reconoce de una manera más reservada los derechos y libertades. La CE 1931 reconoce ampliamente derechos y libertades en su Título III, y se regulaban de forma que eran derechos y deberes de los españoles y es la primera que recoge los derechos referentes a la familia, a la economía y a la cultura.

Estructura actual

El Constituyente de 1978 se planteó la conveniencia de optar por una de estas dos alternativas:

- Configurar una tabla de derechos y libertades.
- Referir la protección de los derechos y libertades fundamentales a aquellos a los que la normativa internacional se refiera o pudiera hacerlo en un futuro.

Al final se adoptó una solución intermedia que consiste en incluir en la CE las dos posibilidades. Esta integración se produce de la siguiente manera:

Nos encontramos ante un catálogo de derechos y libertades que están en el Título I. Pero, además, el art. 10.2 incluye la segunda posibilidad, ya que es una «cláusula para interpretar los derechos y libertades fundamentales», invocando, por ejemplo, la *DUDH*. Ésta última fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 (su art. 1 establece la igualdad).

Otros Tratados Internacionales son: el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* (Roma, 4 noviembre 1950, ratificado por España el 26 septiembre 1979), el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* y el de *derechos sociales, económicos y culturales* (ONU, 19 diciembre 1966; ratificado por España el 29 Abril 1980).

Propuestas Clasificarais de los Derechos Fundamentales

Los derechos y libertades fundamentales no sólo están incluidos en el Título I, sino que están dispersos a lo largo de la CE. Así el Título I, titulado *De los derechos y deberes fundamentales*; el art. 3 en el Título Preliminar es un derecho – deber mal situado; el art. 121 (Título IV) también está mal situado.

Dentro de esta sistemática, no todos los derechos que están dentro del Título I (arts. 10 – 55) aparecen configurados como tales. Así el art. 10 no aparece configurado como un derecho. El Capítulo I del Título I (arts. 11 – 13) no se configura básicamente como un conjunto de derechos sino como unos presupuestos de los que dependen los derechos.

Una clasificación que se propone sería la de estructurar la parte de los derechos y libertades atendiendo a una serie de criterios:

- En razón de su **contenido** se puede hablar de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Los civiles serían aquéllos cuyo contenido es privado; los políticos son los que le corresponden al hombre como ciudadano; los económicos, sociales, y culturales serían aquéllos que son propios de una sociedad que tiene que superar el individualismo de otras constituciones pasadas.
- En razón del **sujeto** clasificaríamos los derechos en derechos de la persona, que son la mayoría de los existentes en la CE. Cuando un art. empiece por «todos» nos encontramos con un art. que hace referencia a un derecho de la persona. Son derechos de la persona aquéllos que comienzan aludiendo al hombre y a la mujer, aquéllos que comienzan o intercalan el impersonal «se» junto a verbos como «garantizar» o «reconocer». Este criterio de clasificación hubiera sido muy bueno. También aquí tendríamos los derechos de los grupos o comunidades que regulan relaciones de diversa naturaleza como el dº a la intimidad (art.

13); este art. se refiere a la persona pero también a la familia, también a las confesiones religiosas, a los derechos de los sindicatos, derechos de los consumidores y usuarios.

- **Derechos por la forma de ejercitarse;** en este caso tendríamos:
- **Derechos autónomos.** Son aquéllos que crean un espacio de libertad en el cual los titulares de los derechos se desenvuelven libremente de manera que no puedan interferir en ese espacio de libertad ni el Estado ni los individuos ni los grupos. Un ejemplo típico de dº autónomo: el dº al honor, a la intimidad y a la propia imagen. El dº a la sindicación y a la huelga son derechos autónomos, aunque sí es verdad que se puede regular.
- **Derechos de participación.** Son aquéllos que permiten al titular intervenir activamente en la composición de los órganos del Estado, contribuyendo a la formación de la voluntad estatal (art. 23). Son derechos de participación: el dº de petición (art. 29) que supone el poderse dirigir a los órdenes del estado en formalización de una queja.
- **Derechos prestacionales.** Serán aquéllos en los cuales el titular de los mismos puede exigir del Estado o de otros grupos comportamientos positivos y obligaciones de hacer. Es el derecho que uno tiene a que el Estado, los particulares y demás correspondan a nuestro derecho haciendo algo (art. 17.3, art. 27 dº a la educación). El art. 35 (dº al trabajo), art. 43 (dº a la protección de la salud), art. 44 (dº a la cultura), etc.

Los Deberes Constitucionales

En el Título I la rúbrica es *De los derechos y deberes fundamentales*. La ubicación técnica de los deberes está en la sección 2ª del capítulo 2º (*De los derechos y deberes de los ciudadanos*). Hay algunos deberes que no están ahí, sino que están en el Título Preliminar. En el Título VI está el art. 118 que se refiere a la colaboración con la justicia.

Todo deber no cumplido lleva consigo bien un inconveniente bien una sanción. Los deberes unas veces son universales y en otros supuestos se reducen a los específicos exclusivamente o a algún sector concreto (los padres, p.e.)

Deberes que se plantean como deberes:

- Deber de conocer el castellano (art. 3).
- Deber de defender a España (art. 30).
- Deberes conyugales (art. 32.2).
- Deber de trabajar (art. 35).
- Deber de conservar el medio ambiente (art. 45).
- Deber de reconocer el dº a la protección de la salud (art. 43).

Deberes que se plantean como derechos:

- Obligatoriedad de la enseñanza (art. 27).
- Derecho – deber de todos los españoles a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo a su capacidad económica (art. 31).
- Obligación de los padres a prestar asistencia a sus hijos.
- Derecho – deber de comparecer a requerimiento de las Cámaras (art. 76).

LECCIÓN XXI

Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Los derechos fundamentales y las libertades públicas se encuentran en la CE 78 dentro de la Sección Primera

del Título I, por lo tanto comprende los artículos del 15 al 29.

El Derecho a la Vida y la Integridad Física y Moral

El primero de los derechos que contempla esta sección es el dº a la vida. Este dº, dentro del constitucionalismo español, aparece regulado por primera vez en la CE 78. La mejor manera de garantizar el derecho a la vida es la abolición de la pena de muerte. Sólo quedan los supuestos que dispongan las leyes militares en tiempos de guerra.

Art. 15. Todos tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

El dº a la vida (art. 15) se proyecta sobre unas cuestiones entre las cuales las más destacadas son el aborto, el suicidio y la eutanasia. Por lo que se refiere al aborto, la regulación actual supone la despenalización de éste en tres supuestos:

- Que sea necesario para evitar un grave peligro a la vida de la madre.
- Que el embarazo sea consecuencia de una violación.
- Que se presuma que el feto pueda nacer con graves taras físicas o psíquicas.

En estos momentos hay un movimiento que pretende incluir el «aborto sociológico». Éste supone vía libre al aborto; aún no está aprobado por las Cortes.

El TC ha dado su opinión sobre el concepto de vida entendiendo éste como un proceso que comienza en la gestación y finaliza en la muerte. De este concepto se deduce que la vida del «nasciturus» encarna un valor fundamental; valor que el TC sitúa relacionado con el art. 15. Dice el TC en una sentencia de 1985 que «la vida es un bien jurídico cuya protección encuentra en el art. 15 la [protección] adecuada».

Respecto del **suicidio** también hay unos condicionamientos morales, éticos y demás, en virtud de los cuales el suicida no podía reposar en Tierra Sagrada. El suicidio se vincula a uno de los supuestos de eutanasia hasta el punto de que ésta es considerada como «ayuda al suicidio». Este aspecto aparece tratado en nuestro Derecho: la eutanasia hay que entenderla partiendo de que la protección que se da al derecho a la vida es positiva, de modo que impide configurar ese derecho un derecho de libertad que incluya el dº a la propia muerte.

El Derecho aplica la norma que la sociedad se da para regular una situación determinada. Puede ocurrir que esa norma no satisfaga a una parte de la sociedad pero sí satisfaga a otra. Son cuestiones condicionadas por razones de tipo ético.

Dentro del dº a la vida se incluye el **derecho a la integridad física y moral**. Este derecho tiene su primer tratamiento constitucional en la CE 1812, en donde se prohibía el uso del «tortmento» o de los «apremios» (malos tratos). La CE 1812 suponía en la historia la abolición de la Inquisición. Con posterioridad no hay ninguna alusión a esta cuestión. Actualmente el dº a la integridad física y moral está garantizado en el art. 15 mediante la «prohibición al sometimiento de torturas...». La protección de este dº tiene especial calado en los acuerdos internacionales: p.e. convenios abolicionarios de la esclavitud, de trabajos forzados, entre los cuales el más importante es la **Convención de Nueva York de 10 de diciembre de 1948**. Esta convención fue ratificada por España el 19 octubre 1987.

Libertad Ideológica, Religiosa y de Culto

Art. 16. 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.

La libertad ideológica fue objeto de tratamiento en textos anteriores al actual, relacionándola con la libertad de prensa, religiosa, etc. Se recogió formalmente como dº autónomo en la CE 1931 y tal y como está configurado este derecho en el art. 16.1. de la CE actual podemos decir que la libertad ideológica está unida al pluralismo político.

En este sentido hay que considerar que la libertad ideológica desde el punto de vista constitucional exige la máxima amplitud en su ejercicio porque es un derecho conectado con un valor superior. Excluye la violencia para imponer cualquier criterio ideológico, a partir de una sentencia del TC de 1990.

La libertad ideológica no debe considerarse como una mera libertad interior sino que ha de ser considerada como la proyección externa de esa libertad interior. La limitación de esa expansión sería el mantenimiento del orden público.

El art. 16 nos dice que «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto». Junto a la libertad ideológica están las libertades religiosas y de culto. El primer abanderado en la libertad de culto en la historia de la humanidad fue Miguel Servet.

- En la CE 1812 se decía que la única religión era la católica, prohibiendo todas las demás.
- La CE 1837 fue algo más permisiva en cuanto que no estableció una declaración categórica de confesionalidad sino que reconoció el hecho de que la mayoría era católica.
- La CE 1845 supone un retroceso, declarando la confesionalidad del Estado.
- La CE 1869 reconoce la aconfesionalidad del Estado, así se permite cualquier tipo de manifestación religiosa.
- La CE 1876 viene a ser otro retroceso.
- La CE 1931 es totalmente aconfesional y claramente anticlerical.
- En la CE vigente se proclama el Estado laico (16.3) y positiviza la libertad religiosa (16.1).

Esto entraña dos principios. El primero de ellos es la libertad religiosa como tal, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que afecta a la libertad de cada individuo.

El Segundo es un principio de igualdad que está proclamado en los arts. 9 y 14 de la CE.

La consecuencia de estos dos principios es la aconfesionalidad del Estado. Esto supone un mandato de cooperación con todas las confesiones que estén en la sociedad. A este respecto los acuerdos de cooperación existentes con confesiones distintas de la católica son tres:

- Cooperación con las ***Federaciones de entidades religiosas evangélicas de España.***
- Acuerdo con la ***Federación de comunidades israelitas de España.***
- Acuerdo con la ***Comisión islámica española.***

Estas colaboraciones se han producido a partir de normativas de 1992. La libertad religiosa y de culto está garantizada por la **Ley Orgánica de 5 de Julio de 1980**, a tenor del art. 2 de esta ley queda establecido que toda persona tiene derecho a:

- Profesar las creencias religiosas que libremente elija. Dentro de este postulado se incluye el derecho que tiene toda persona a abstenerse a declarar sobre sus propias creencias.
- Practicar los actos de culto de su confesión.
- Elegir para sí y para los menores no emancipados o incapaces que de él dependan, la educación religiosa o moral de acuerdo con sus convicciones.
- Reunirse y manifestarse para desarrollar actividades religiosas.

En cuanto a los derechos de las iglesias y confesiones, estas entidades tienen derecho a establecer lugares de reunión con fines religiosos, libertad para designar a sus ministros, para divulgar su credo y para mantener relaciones con sus organismos en España o en el exterior y también con otro tipo de confesiones. Estas iglesias gozan de personalidad jurídica una vez que se han inscrito en el registro que existe en el Ministerio de justicia.

Derecho a la Libertad y Seguridad Personales

Art. 17. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida deberá ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Este derecho ha sido motivo de preocupación para los constituyentes. Ha tenido tratamiento en todas las Constituciones. En la CE 1812 se preveía el modo en que debían llevarse a cabo las detenciones y se tenía en cuenta los delitos en los que incurriría la autoridad que no observase el texto constitucional en materia de detenciones.

A partir de 1812 en todas las Constituciones se establecían medidas con fines garantistas, esas medidas eran:

- Un tiempo máximo de la detención preventiva.
- La obligación de que el detenido fuera presentado ante el juez antes de ser puesto en prisión.

El régimen actual queda reflejado en el art. 17 en cuyo párrafo 1º se establece que toda persona tiene derecho a la vida y a la seguridad. De este párrafo se deduce que queda prohibida la perturbación que se origina por una detención ilegal, es decir, que se proscribe la detención arbitraria.

Esta seguridad personal no se debe confundir con la seguridad jurídica, que garantiza el art. 9.3, porque este art. se refiere a la seguridad jurídica que supone la certeza del ordenamiento jurídico.

En cuanto a las garantías de este art. quedan establecidas en el 17.2. Una detención preventiva tiene que tener un plazo, así no puede sobrepasar las 72 horas. Pasado este plazo o queda en libertad o pasa a disposición judicial.

La CE establece una serie de derechos que corresponden al detenido, contenidos en el 17.3.

- El detenido tiene derecho a ser informado de forma inmediata de los derechos que le asisten.
- Derecho a no ser obligado a declarar.
- Derecho a asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca.

Es importante no confundir el derecho del detenido con el supuesto que la CE recoge en el art. 24, la «tutela judicial efectiva».

Las garantías del 17.3 están relacionadas con una **Ley Orgánica de 12 de diciembre de 1983** que alude al derecho del detenido a reconocimiento médico y a intérprete lingüístico, y, además de esta ley tenemos la garantía que se deriva del 17.4. Este apartado reinstaura en nuestro Derecho el procedimiento de habeas corpus. Esta ley es la **Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo**.

El «Habeas Corpus» es una institución propia del Derecho anglosajón con tradición, y pretende establecer un remedio eficaz y rápido para supuestos de detención ilegal. Mediante este procedimiento se puede obtener la inmediata puesta a disposición del juez de cualquier persona detenida ilegalmente. Dentro de los postulados de esta ley, los grupos de personas que pueden considerarse detenidos **ilegalmente** son:

- Aquéllas que fueran detenidas por un agente de autoridad o funcionario público sin que concurren los supuestos legales necesarios o sin haberse cumplido los requisitos o formalidades exigidos por la ley.
- Aquéllas personas que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.
- Las que estuviesen detenidas por un plazo superior al fijado por la ley o cuando, transcurrido ese plazo, no fueren puestas en libertad o entregadas al juez más próximo al lugar de la detención.
- Las personas privadas de libertad a las que no se les haya respetado los derechos que la CE y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

Estos son los 4 supuestos de detención ilegal del «habeas corpus». Para solucionar esta situación se establece que el juez encargado de resolver la cuestión es el juez de instrucción o de 1ª instancia.

Las personas legitimadas para iniciar un proceso de «habeas corpus» son:

- El privado de libertad y en su defecto el cónyuge o la persona unida por una relación afectiva análoga; en su defecto descendientes; luego ascendientes; hermanos; y, cuando se trate de menores o incapacitados, sus representantes legales.
- El Ministerio Fiscal.
- El defensor del pueblo.
- El juez competente puede incoar el procedimiento de oficio. Basta la comparecencia verbal ante el juez para comunicar la detención ilegal y no es precisa la intervención de abogado ni de procurador. Si el juez estima que concurre alguna de las circunstancias a las que la ley se refiere, acordará una de las siguientes medidas:
 - Puesta en libertad del detenido.
 - Que continúe en régimen de privación de libertad pero en un establecimiento distinto del que se encontraba.
 - Que la persona privada de libertad sea puesta a disposición judicial si hubiere transcurrido el plazo máximo que prescriben las leyes (72 horas).

En cuanto a la prisión provisional que se tiene en cuenta, ésta ha de ser decretada por el juez y se producirá cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que conste en la causa que se sigue contra una determinada persona la existencia de un hecho que presenta caracteres de delito.
- Que ese delito, que se instruye por el juez, tenga asigna en el CPen una pena superior a la de prisión menor o cuando ese delito que se instruye es de los que producen alarma social.

- Cuando aparezcan, en la causa que se sigue, motivos suficientes para creer como responsable del delito a esa persona a la que se le sigue la causa.
- Tiene una duración máxima de 4 años, que pueden prolongarse siempre y cuando así lo determine el Ministerio Fiscal (el juez).

LECCIÓN XXII

Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

Esta materia ha sido regulada en todas las Constituciones. Estos tres derechos están el art. 18. Son derechos autónomos e independientes, si bien están tan relacionados entre sí que el Constituyente los ha recogido en un mismo artículo.

Art. 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

En nuestro Dº, estos tres derechos son consecuencias de la dignidad humana; lo cual no es obstáculo para que podamos reconocerlos como derechos propios de la personalidad del ser humano; incluso pueden llegar a ser más fuertes que ella.

El **derecho al honor**, en **principio**, es atribuible a las personas físicas y puede definirse como la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia de su dignidad.

El **derecho a la intimidad** (personal y familiar) implica un reconocimiento del derecho que asiste a cada cual para reservar y proteger un reducto de privacidad frente al conocimiento del público.

El **derecho a la propia imagen** es la facultad exclusiva del interesado a difundir y publicar su propia imagen y por tanto el derecho a evitar su reproducción sin su consentimiento.

Esta materia tiene dos tipos de protección: a) protección penal (injuria y calumnia en el honor, inviolabilidad en la intimidad) pero básicamente la regulación es de orden civil. Así en este ámbito el desarrollo de estos derechos del art. 18 de la CE que se contiene en la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, **L.O. 1/1982 de 5 de mayo** (establece una sanción pecuniaria).

A tenor de lo que se deduce de esta ley, el tratamiento de los derechos que comentamos nos obliga a conceptualizarlos como derechos relativos, en el sentido de que esos derechos quedan delimitados en su protección por las leyes, por los usos sociales. Así será el juzgador el que acabará determinando la esfera de protección de cada uno de ellos. Los derechos de la personalidad son absolutos, lo que sí hace la ley es considerar estos derechos como irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

La defensa de las intromisiones ilegítimas en la vida privada está desarrollada en los artículos 7 y 8 de la Ley de 1982 que establece como acciones constitutivas de injerencia las siguientes:

- El emplazamiento de aparatos de escucha, filmación, dispositivos ópticos para grabar o reproducir la vida

íntima de las personas.

- La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, etc. para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones de esas personas o de cartas privadas, así como su grabación, registro o reproducción
- La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o de su familia que afecten a su buena reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias y cualquier escrito de carácter íntimo.
- La revelación de datos privados de una persona o de su familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
- La captación, reproducción o publicación por fotografía, película o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada e incluso fuera de ellos salvo en los casos previstos en el art. 8.2. de la Ley.
- La utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
- La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando esos hechos la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena.

Entre las **excepciones** del art. 8.2 tenemos:

- El derecho a la propia imagen no impedirá su captación o reproducción o publicación cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
- Se permite la utilización de caricaturas de acuerdo con los usos sociales.
- También se permite una información gráfica sobre un suceso público siempre que esa imagen aparezca como meramente accesorio.

La Ley del 82 en el art. 9 establece el cauce legal para la defensa frente a intromisiones ilegítimas. La cuestión se resuelve con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (se incluye el daño moral).

En la vertiente penal por *calumnia* se entiende la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimientos de oficio; y por *injuria* toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra de otra persona.

Para **materializar** estos derechos y como **garantía** de los mismos, se limita el uso de la informática, e declara la inviolabilidad de domicilio y se garantiza el secreto de las comunicaciones. Por otra parte, la inviolabilidad del domicilio tiene que ser una consecuencia inmediata de garantizar esa intimidad. Por último, el secreto de las comunicaciones también queda protegido en el 18.3.

La regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, es decir, el uso de la informática está regulado en virtud de la **LO 5/1992 de 29 de octubre**.

La Inviolabilidad del Domicilio y el Secreto de las Comunicaciones

La inviolabilidad del domicilio aparece en el 18.2. Es una constante dentro del constitucionalismo español:

- En la CE 1812, CE 1837 y CE 1845, el dº a la inviolabilidad protegía, exclusivamente, a los españoles.
- La CE 1869 amplió el derecho a los extranjeros *residentes* en España. En la CE 1876 se vuelve al espíritu de la del 69, pero matizando el que se amplía el derecho a los extranjeros (bastaba la residencia fáctica).
- La CE 1931 viene a ser una especie de síntesis para concluir que la va a garantizar al español y al extranjero, prohibiendo taxativamente la entrada en un domicilio si no es en virtud de un

mandamiento judicial. En esta CE se exige como elemento garantista que si se entra en un domicilio para registrar (papeles o efectos personales) se practique en presencia del interesado o de un miembro de su familia y, en su defecto, de dos vecinos del afectado.

Actualmente, el 18.2 establece 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. A través de la lectura del 18.2 deducimos tres excepciones:

- El titular debe dar su consentimiento. Por tanto, no estaríamos hablando de violación.
- Que haya un mandamiento judicial.
- Es posible ante flagrante delito.

El consentimiento se entiende que debe ser emitido libremente. No es preciso que se exprese por escrito, basta verbalmente.

En el segundo supuesto nos encontramos ante una garantía que es la que va a despejar la colisión entre dos derechos: derecho a la intimidad y el interés general que hay detrás de cada registro domiciliario.

En el caso de delito flagrante, éste se produce cuando la policía presencia directamente la comisión de una acción anti – jurídica en el interior de un domicilio o en la calle, pero, en este supuesto, la policía observa la existencia de un delito y una vez iniciada la persecución, éstos entran en algún domicilio.

El derecho a la inviolabilidad domiciliaria es básicamente un derecho individual, por lo tanto es un derecho que, en principio, corresponde a personas físicas. Sin embargo, como consecuencia de la socialización de los derechos individuales, se otorga el derecho también a las personas jurídicas.

Cuando se habla de prohibición de entrar en un domicilio, hay que entender como tal la mera introducción física en el mismo, no es, pues, necesario que se produzcan daños.

Por último, la idea de domicilio es muy «pintoresca». Se trata del lugar donde se mora habitualmente (aunque tienen igual consideración las segundas viviendas) y se han dado casos en los que el domicilio era una rulot o un automóvil.

El **18.3** dice «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

- La primera alusión constitucional a este derecho lo encontramos en la CE 1869, referida a la correspondencia por correo o telégrafo.
- La CE 1876 recoge este derecho refiriéndolo únicamente a la correspondencia confiada al correo (el telégrafo queda fuera).
- En la CE 1931, el Constituyente imagina que han de llegar nuevas formas de comunicación y lo que hace es limitarse a decir que se garantiza la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas.

El régimen actual de este derecho supone la garantía de un secreto que forma parte de la intimidad. Para dar cumplimiento a algunos aspectos derivados de ese secreto la **LO 7/1984 de 15 de octubre** va a modificar el CPen en vigor entonces en el sentido de tipificar penalmente la colocación **ilegal** de escuchas telefónicas refiriéndole a las actuaciones de aquellos que pretendan descubrir los secretos o la intimidad de los otros. O bien, de la autoridad (funcionario público, agente, etc.) que intercepte las comunicaciones telefónicas o utilicen artificios de escucha, transmisión o grabación.

Libertad de Residencia y Circulación

La primera Constitución que regula estos derechos es la CE 1869; residencia por una parte y circulación por otra. Ambas referidos a españoles. La CE 1876 garantiza la libertad de residencia pero no la de circulación. La CE 1931 vuelve a los principios del 69, con el reconocimiento de los dos derechos referidos también a españoles.

En la actualidad la libertad de residencia comporta la obligación de todos los poderes públicos de no adoptar medidas que restrinjan u obstaculicen este derecho fundamental. STC en 1986

Art. 19. Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

Asimismo, tiene derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

[El ejercicio de este derecho sólo se ve perturbado en caso de Estado de Excepción o de Sitio]

Una cuestión que afecta a este derecho en su vertiente de circulación es la que se refiere a los desplazamientos de extranjeros por España; materia restrictiva regulada por la **Ley de Extranjería**.; pero esa restricción se justifica a través de una STC de 1993 que dice que ese derecho de circulación «no es imprescindible para la garantía de la dignidad humana». En relación con esta materia hay que contemplar el art. 139.2. situado en el Título VIII *De la Organización Territorial del Estado*, en el que se dice que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación.

Libertad de Comunicación Pública

Art. 20.1. Se reconocen y protegen los derechos:

- A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- A la libertad de cátedra.
- A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Las Constituciones de 1812, 1837 y 1845 contemplaban la libertad de expresión que garantizaban solamente a los españoles; y esa libertad estaba relacionada con la posibilidad de imprimir y publicar libremente las ideas sin previa censura.

En estas constituciones la libertad de expresión era la que tenía por objeto la libre emisión de ideas y opiniones diciendo que se podían comunicar de palabra o por escrito.

En 1869 aparece este derecho en alusión a los españoles. En Constituciones posteriores se recoge igualmente esta libertad, incluso ampliando su contenido pero solamente en 1931 el derecho dejará de ser exclusivo de los españoles para ampliarlo a toda persona.

- Al hablar de libertad de expresión, 20.1, a), tenemos que tener en cuenta que se refiere a ideas y opiniones, aceptándose las creencias y los juicios de valor.
- El 20.1, b) nos habla de la libertad de producción literaria, artística, etc.; en este caso estas libertades hay que entenderlas como los soportes o medios a través de los cuales se ejercita la libertad de expresión.
- El 20.1, c) habla de la libertad de cátedra, la cual es una proyección de la libertad de expresión a través de la cátedra. Es una libertad individual y su manifestación institucional está contenida en el art. 27.10 CE. Art. 27.10. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que ley establezca.
- El 20.1, d) (libertad de información), consiste en el derecho a obtener y difundir ideas, opiniones y hechos noticiables. La verdadera sustancia de la libertad de información reside en la obtención y difusión de noticias. Este derecho tiene una doble vertiente:
 - Derecho a informar al público.
 - Derecho del público a recibir información.

La libertad de información deriva de la libertad de expresión de forma que muchos autores la engloban en aquella, sin embargo, hay una diferencia sustancial: el régimen de veracidad que afecta a la libertad de información.

Estos derechos no son ilimitados, tiene los límites que establece el art. 20.4 CE. El Constituyente ha querido subrayar la importancia de unos derechos: honor, intimidad, propia imagen y protección de la juventud e infancia.

El TC subraya que el derecho a la libertad de expresión y a la de información tienen una especial fuerza expansiva, es decir, hay que realizar una interpretación restrictiva de los límites. Por lo que se refiere a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites, el órgano judicial debe ponderar para determinar cual es el derecho prevalente de los dos en conflicto. Para ellos, el TC indica una serie de criterios:

- Criterio de la fuerza expansiva de todo derecho fundamental que, por su naturaleza, restringe las limitaciones.
- Criterio de que el derecho a la libertad de expresión y de información es un derecho preferente con respecto a los demás derechos fundamentales, no por su naturaleza, sino por su dimensión institucional, en cuanto que el TC entiende que la libertad de comunicación es fundamental para consolidar un Estado social y democrático de derecho.

Para que la libertad de comunicación sea prevalente el juzgador debe tener en cuenta:

- El carácter público de los sujetos implicados y los hechos que dan origen a la colisión. Esta clave tiene un argumento: el personaje público acepta el hecho de que sus derechos subjetivos de la persona puedan ser afectados por informaciones y por críticas.
- Debe constatar que se observen unas reglas mínimas acerca de la moderación en las expresiones utilizadas, entendiendo que el uso de expresiones ofensivas es un síntoma de *animus iniuriandi* colocándose fuera de la protección constitucional.
- Que se exija buena fe (criterio que afecta a todos los derechos).

- Con respecto a la veracidad, el TC dice lo que hay que entender por veracidad. No requiere la veracidad objetiva, lo único que requiere es que la información hay sido adecuadamente contrastada por el profesional.

Cuando se informa falsamente (la veracidad no se produce) el perjudicado puede ejercer el derecho de rectificación que está regulado por la **Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo**. Esta Ley le otorga al perjudicado la facultad de exigir del medio que rectifique la información difundida.

El art. 20 establece dos prohibiciones:

- Censura previa.
- El secuestro de la publicación, la grabación o la filmación, salvo que haya una resolución judicial que autorice el secuestro.

Derecho de Reunión

Los antecedentes son:

- La CE 1869 es la primera en configurar este derecho. A pesar de que esta Constitución lo incluyó, el propio Constituyente adoptó precauciones. Se decía que las reuniones estarían sujetas a las disposiciones generales de la policía.
- La CE 1931 reguló sin reparos únicamente remitiendo a una ley especial la regulación del derecho de reunión, en lugar cerrado o en lugar abierto.

En nuestro Dº actual, el derecho de reunión corresponde a todos los ciudadanos y puede ejercitarse con cualquier finalidad lícita sin que sea necesaria la autorización previa.

Art. 21.1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

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

Este derecho ha de ser considerado como una manifestación colectiva de la libertad de expresión. Es un derecho individual en cuanto a sus libertades y colectivo en cuanto a su ejercicio

La ley reguladora del derecho de reunión es la **Ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio**; y a través de esta Ley podemos saber cuál es la característica del derecho de reunión.

Dice que «el derecho de reunión es la concurrencia concertada y temporal demás de 20 personas con una finalidad determinada. Quedan fuera del ámbito de esta ley:

- Las reuniones que celebren personas físicas en sus domicilios.
- Las reuniones que celebren personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad.
- Las que celebren los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, sociedades civiles, mercantiles y demás en lugares cerrados para sus fines.
- Las que celebren los profesionales con sus clientes para fines propios de su profesión.

El derecho de reunión no es un derecho absoluto, está sometido a ciertos límites a los que se refiere el art. 21.2. Esos límites se concretan en comunicar previamente la reunión a la autoridad cuando se trate de lugares

de tránsito público. Y la autoridad solamente podrá prohibirlas cuando estime que hay razones de alteración del orden público o peligro para personas o bienes.

El derecho de reunión se produce siempre en locales cerrados y tiene un límite en cuanto al número de personas. La otra dimensión de este derecho es el derecho de manifestación: se realiza en lugares abiertos, no está limitada en cuanto al número de personas, no es estática sino dinámica. Los límites del ejercicio de este derecho son:

- Hay un límite objetivo: la reunión no debe alterar el orden público ni deben peligrar personas o bienes.
- Límite de la pacificidad.

Dentro de las limitaciones también está la obligación de comunicar a la autoridad la manifestación. La comunicación tiene el propósito de poner en conocimiento de la autoridad la manifestación con antelación de un mínimo de 10 días naturales y un máximo de 30. La Admón., cuando recibe la comunicación, puede hacer tres cosas:

- Darse por enterada y autorizarla (al no contestar se entiende que autoriza).
- Prohibir. Si se prohíbe hay que motivar la prohibición. Ante una prohibición las personas que han redactado el escrito pueden acudir a la autoridad judicial mediante un recurso contencioso – administrativo ante la Audiencia en el plazo de 48 horas.

Derecho de Asociación

Es la CE 1869 la primera que lo recoge y la de 1931 la que lo matiza. Imponía la obligatoriedad de inscripción de las asociaciones en un Registro Público. En la actualidad, la regulación del derecho de asociación está en el art. 22 que dice:

Art. 22. 1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

- Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

No dice que el derecho de asociación. Tendremos que acudir a la doctrina del TC que dice que la asociación es una organización estable de varias personas para la gestión de intereses comunes sobre una base consensual.

La **Ley 191/1964 de 24 de diciembre** regula la constitución de las asociaciones (la ley es muy neutra). Esta Ley dice que el derecho de asociación se ejercitará en acta en la que conste el propósito de varias personas naturales que con capacidad de obrar acuerden voluntariamente servir a un fin determinado y lícito según sus estatutos. Los estatutos deben contener los siguientes elementos:

- La denominación de la asociación, la cual no podrá ser idéntica al nombre de otra asociación, ni siquiera un nombre semejante.
- Se tiene que establecer los fines.
- El domicilio.

- El ámbito territorial en que va a desenvolver su actividad dicha asociación.
- Hay que especificar cuáles van a ser los órganos directivos y la forma de administración.
- El procedimiento de admisión de socios y la pérdida de la cualidad de socio.
- Hay que consignar los derechos y deberes de los asociados.
- Hay que especificar cuál es el patrimonio fundacional y, además de esto, hay que señalar con qué recursos económicos se cuenta y el presupuesto anual previsto de gastos.
- Hay que establecer la aplicación que se dará al patrimonio social en el caso de disolución.

El art. 22 CE obliga a inscribir la asociación en un registro a los efectos de publicidad.

Esta documentación se debe presentar ante los organismos competentes de las CCAA.

El art. 22 en su último párrafo determina que las asociaciones pueden ser disueltas por la autoridad administrativa o en virtud de una resolución judicial motivada.

Como extensión del derecho de asociación, están los partidos políticos con carácter privado y proyección pública. La diferencia entre asociaciones y partidos políticos es el registro.

LECCIÓN XXIII

Derecho de Participación en Asuntos Públicos

El art. 23 dice:

Art. 23. 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.

De la lectura de este artículo se deducen dos tipos de participación: la política (apartado 1) y la funcional o administrativa (apartado 2).

Antecedentes

Este derecho ha sido reconocido más o menos implícitamente en las diferentes constituciones en las que se regulaba el derecho al voto. El camino de la participación política tiene que acabar, necesariamente en el sufragio universal. Sin embargo, el sufragio universal solamente quedará explícitamente enunciado en la CE republicana de 1931.

En ésta se proclama el sufragio universal, pero éste no lo alcanzó la mujer hasta el 33. La mujer podía ser elegida ya en el 31 pero no podía ser electora. Se consideraba a la mujer muy conservadora y se tenía miedo a que el voto femenino viniera a configurar gobiernos de derecha.

El régimen actual tiene una singular trascendencia y una referencia necesaria es el 1.2. Y, además, el 9.2 que establece que es una función de los poderes públicos el facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Vías de Participación Directa

El derecho de participación puede ser ejercitado directamente o por medio de representantes.

En el **ámbito legislativo** este derecho se corresponde con el ejercicio de la iniciativa popular.

Art. 87. 1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.

2. Las Asambleas de las CCAA podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

3. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirá no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

La iniciativa regulada en el 87.3 está relacionada con el art. 23. Consiste en recoger un mínimo de 500.000 firmas para presentarlas ante las Cortes junto a una proposición de ley. La ley que desarrolla esta materia es la **L.O. de 26 de marzo de 1984**.

La iniciativa popular ha prosperado poquísimos. No ha habido más de tres casos. La más sonada fue una proposición de ley que presentó CCOO para que en los presupuestos del Estado se recogiera una cantidad mayor para educación y Formación Profesional.

Esto significa que es un medio de participación directa pero que en la práctica no prospera porque la democracia tiene mucho de intelecúia. Los partidos políticos tienen una baza muy importante en el Parlamento. Esta es la forma menos contaminada y por ello es la más sabotada por los partidos políticos.

En el **ámbito judicial**, la participación ciudadana tiene una triple proyección (art. 125).

Art. 125. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

Así pues esa triple proyección se materializa en:

- La acción judicial popular.
- Mediante el jurado.
- Tribunales consuetudinarios o tradicionales. En España quedan algunos. Localizados en Levante y Murcia, relacionado con las aguas.

Derecho de Petición

Consiste en un Derecho que se remonta a lo antiguo, en el sentido de que ya en la CE 1812 se decía que todo español tiene derecho a dirigir peticiones por escrito a las Cortes y al Rey. Esto se mantiene en los textos posteriores, se amplía en la CE 1869, en el sentido de que la petición se puede dirigir también a las autoridades con carácter general. Esto mismo perdurará hasta la CE 1931.

En la actualidad, el art. 29 nos habla de este derecho:

Art. 29. 1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual o colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.

2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán

ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

Por tanto este derecho se materializa de la siguiente forma: se puede acceder a los poderes públicos solicitando gracia, expresando una súplica o queja sin que este derecho suponga que hay una obligación de responder favorablemente a la petición.

Puede ejercitarse individual o colectivamente y siempre por escrito. El desarrollo del derecho de petición, básicamente, se encuentra en la **Ley 92/1960 de 22 de diciembre**. Esta ley del 60 contempla las siguientes posibilidades:

- Reclamaciones de reconocimiento de derechos.
- Denuncias de infracciones jurídicas cometidas por funcionarios o particulares.
- Solicitudes relativas a la mejora de servicios.
- Solicitudes de adopción de medidas graciabiles.

En el apartado 2, se dice que los miembros de Fuerzas organizadas militarmente sólo pueden ejercer este derecho individualmente.

El canal que actualmente se utiliza para el derecho de petición es el **defensor del pueblo**. La ley del 60 regula los supuestos típicos del art. 29 de la CE y la ley del defensor del pueblo hace lo propio con éste; pero muchas de las materias se confunden.

La Participación Directa

Hay una participación no muy conocida que la que se produce en el ámbito de la participación local. Es lo que se llama **Régimen de Concejo Abierto**. Hay una referencia a este régimen en el art. 140:

Art. 140. (...) La ley regulará las condiciones en que proceda el régimen de concejo abierto.

Ésta es la **Ley de Régimen electoral General**. Otra alusión se produce en el art. 29 de la **Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985**.

En lo que atañe a la participación directa en las decisiones políticas de especial trascendencia, el ciudadano participa directamente a través de un instituto llamado **referéndum** regulado en la **Ley Orgánica de 18 de enero de 1980**. Esta ley contempla diferentes modalidades del mismo. Por de pronto, esa ley nos habla del **Referéndum Consultivo**. Como su nombre indica, se efectúa una consulta que puede ser o no vinculante para quien lo propone. A este referéndum hace referencia el art. 92 de la CE;

Art. 92. 1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.

2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.

3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

Un ejemplo del ejercicio de este derecho fue el que se produjo con motivo del ingreso de España en la OTAN en 1986,

El referéndum lo convoca el jefe del Estado (el Rey), a propuesta del presidente del Gobierno, autorizado por el Congreso (art. 92.2)

El **referéndum necesario o vinculante** está previsto en los arts. 167 y 168 CE, en relación con la modificación de la Constitución.

Otro referéndum necesario es el que se deriva del art. 151 Ce en el Título VIII: el referéndum ratificador de la iniciativa autonómica. Otro, dentro del ámbito autonómico, es la aprobación de un Estatuto de Autonomía y otro es el de la modificación de los Estatutos (art. 152).

El **Real Decreto de convocatoria de Referéndum** dice que éste debe contener los siguientes requisitos:

- Contener el texto íntegro del proyecto, la disposición o la decisión política objeto de la consulta.
- Establecer claramente la pregunta o preguntas que se han de responder.
- Determinar la fecha en la que se haya de celebrar la consulta (votación); bien entendido que esta fecha de consulta deberá producirse entre los 30 y los 120 días posteriores a la fecha de la publicación del Decreto.
- La publicidad que hay que dar al referéndum exige su publicación en el BOE, en los Boletines provinciales de todas las provincias o en el de las CCAA y provincias afectadas por un referéndum; igualmente, exige la difusión en todos los periódicos diarios que se enuncien en los territorios citados y en los de mayor circulación en España; fijación del texto en los tablones de edictos de todos los ayuntamientos afectados y en las representaciones diplomáticas y consulares; y, por último, fijación del mismo en radio y TV.

Normas sobre Actuación ante un Referéndum

- Durante la campaña, los medios de comunicación de titularidad pública deberán conceder espacios gratuitos según dispone la ley.
- La campaña de propaganda no podrá tener una duración inferior a los 10 días ni superior a los 20, finalizando a las 0 horas del día anterior al señalado para la consulta.
- Queda terminante prohibido el que durante los 5 días anteriores a la votación se publique o difunda cualquier comentario en relación con este tema o resultados de encuestas o sondeos de opinión.
- El referéndum se lleva a cabo por el procedimiento del sufragio en el ámbito al que corresponda la consulta, siendo la circunscripción en la que hay que votar la provincia.
- La votación se llevará a cabo mediante papeletas que deberán contener el texto impreso de la consulta con dos casillas redactadas debajo en las que podrá leerse sí o no. Puede haber papeletas en blanco.

Todo referéndum está expuesto a una serie de limitaciones. El art. 14 de la **Ley Orgánica del Referéndum** limita la posibilidad de elaborar referéndum en determinados supuestos:

- Durante la vigencia del Estado de excepción y sitio o en los 90 días posteriores a su levantamiento. No se incluye el Estado de alarma porque la naturaleza de éste es diferente (en caso de una catástrofe, ¿se podrá ir a votar?).
- En los períodos comprendidos entre los 90 días anteriores y los 90 posteriores a la fecha de celebración de elecciones parlamentarias o locales o de otro referéndum. Se exceptúa el referéndum que se plantee para una reforma constitucional.

Participación Indirecta

La participación indirecta es aquella que se lleva a cabo mediante la representación política, es decir, por medio de representantes a través del sufragio universal, libre, directo y secreto. Esta materia está regulada por la **Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General**.

El Derecho de Acceso a las Funciones y Cargos Públicos

Sobre esta materia existe un derecho que a partir de 1812 y sin distinción ha venido regulándose constitucionalmente. Sólo la CE republicana de 1931 matizaba lo siguiente:

El acceso a funciones y cargos públicos se hará sin distinción de sexo.

El régimen actual (art. 23.2) establece un principio que es el que se deriva de la igualdad (no sólo en cuanto a sexos sino a todo lo que se refiere el art. 14)

Art. 23. 2. Asimismo, [los ciudadanos] tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.

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

Otro artículo que hay que poner en sintonía con los anteriores es el 103.3.

Art. 103. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Mérito y capacidad, es decir, que la ley pretende que el principio de igualdad esté refrendado por la máxima garantía de igualdad que es la que se produce cuando una persona oposita. Este derecho implica, a su vez, el no ser removido de los cargos o funciones públicas a las que se accedió si no es de conformidad con la ley.

Derecho a la Tutela Judicial

Art. 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

En Constituciones anteriores, este derecho que se puede resumir como derecho al proceso no estaba reconocido expresamente, aunque había alguna alusión indirecta. Hay que esperar a nuestra CE para que este derecho esté desarrollado.

Del 24.2 se deducen dos ideas:

- Tutela efectiva.
- No indefensión.

La tutela efectiva comprende los siguientes derechos. Antes de citarlos debemos saber que es preciso que cuando se abra un proceso judicial, éste se desarrolle con una serie de garantías que veremos en el 24.2. Los derechos que se contienen en la tutela judicial efectiva son:

- Acceso a los Tribunales de Justicia.
- Obtención de una resolución fundada en derecho, basada en el derecho y **congruente**, sea o no favorable a su pretensión. Congruente quiere decir que tiene que responder a la resolución en función de los términos en que ha sido empleada la cuestión.
- La tutela efectiva da derecho a que se ejecuten las sentencias en sus propios términos.

- Esa tutela efectiva da derecho a la reposición de quien acude al Tribunal y también a la correspondiente compensación si hubiesen existido daños.
- El derecho a interponer el recurso que las leyes hayan establecido para el caso. Se produce indefensión cuando se sitúa a las partes en el proceso en una situación de desigualdad. Un ejemplo: el afectado por un acto desconoce la existencia de un proceso determinado y no puede defenderse. Otro ejemplo: cuando se priva a una persona de posibilidad de dirección letrada porque esa persona carece de medios económicos para pagarlo.

Hay unas garantías que se recogen en el 24.2 y que son.

- Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Esto supone que cabe la posibilidad de recusar a aquellos jueces en quienes concurran causas que se han descrito como circunstancia de no idoneidad, de no imparcialidad o de falta de neutralidad. Es el caso de la persona que considera que el juez habitualmente no procede con la objetividad necesaria.
- Derecho a la defensa y a la asistencia letrada. La asistencia letrada gratuita es un principio que está en consonancia con la igualdad procesal. En todo proceso es preceptiva la designación de un abogado de oficio en los casos en los que siendo obligatoria la asistencia de letrado, dentro del ámbito penal, el acusado no haya designado letrado. En los demás casos se dispone de un abogado de oficio si se carece de recursos económicos.
- Derecho a ser informado de la acusación que se formula contra una persona. El art. 24.2 termina diciendo «La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».
- Derecho a un proceso público. Que tiene que haber luz y taquígrafos, el proceso no puede ser oculto con la excepción de que pueden autorizar al juez a que las sesiones del juicio oral se celebren a puerta cerrada.
- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Que un proceso tiene que durar un tiempo determinado, ha de ser lo más rápido posible. El TC ha sentenciado que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva.

Dentro del 24.2 hay una serie de elementos que configuran lo relacionado con las garantías:

- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Si una parte le propone al juez tal medio de prueba, el juez deberá hacer un esfuerzo en el sentido de admitirlo.
- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, porque la inocencia o culpabilidad de un acusado se tiene que deducir de las pruebas que se aporten en el proceso.
- Derecho a la presunción de inocencia. Esta presunción solamente se puede destruir por una sentencia condenatoria. Para poder sentenciar en condena se tiene que contar con una buena batería probatoria. La presunción de inocencia conlleva que la carga de la prueba tiene que pesar sobre los acusadores no dándose el caso de tener que probar su inocencia el acusado.

DERECHO DE LOS CONDENADOS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Antecedentes

La CE 1812 tenía mucho interés en que la vida de los penados se desarrollara con la adecuada dignidad, así, se establece que en las cárceles de dispusiera de lo necesario para «asegurar y no molestar a los presos». La CE 1812 recomendaba a los alcaides «buena custodia» y que estuviesen «separados» aquéllos a los que el juez mandase incomunicar, pero prescribía que esa separación se llevase a cabo de manera que no se les mantuviera en calabozos subterráneos ni malsanos.

A partir de 1812 ninguna CE hace mención de los derechos que pueden corresponder a los privados de libertad hasta la actual. Esta laguna viene a contradecir las voces de aquéllos que tachan a la CE 78 de insuficiente en este tema.

Contenido

Art. 25. 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

El art. 25 tras establecer que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social, establece que el condenado a dichas penas goza de los derechos fundamentales en la medida en que no se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio.

La limitación de los derechos de los penados ha de ser puesta en relación con la legislación penitenciaria que básicamente está formada por la **L.O. 1/1979** que llama **Ley General de Penitenciaría**, cuyo reglamento es de 1981.

Finalmente se reconoce constitucionalmente el acceso a la cultura por parte de los penados y el derecho a un trabajo remunerado.

LECCIÓN XXIV. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

DERECHOS EDUCATIVOS

Antecedentes

No se encuentra prácticamente nada hasta las CE 1869. Esta CE hablaba de derechos individuales relacionados con la fundación o mantenimiento de establecimientos de educación. Esa CE otorgaba amplísima libertad dejando al Estado el papel de Inspector por razones de moralidad e higiene.

La CE 1876 amplía esta materia en cuanto al régimen de competencias atribuibles al Estado, ya no va a ser un mero inspector, puesto que el Estado será el único capacitado para expedir y regular los títulos profesionales o académicos y, al mismo tiempo, el Estado será el que establezca las normas, los planes de enseñanza de los centros educativos **costeados con fondos públicos**.

En 1931, la Segunda República establece constitucionalmente una amplia regulación de los derechos educativos. Se partía de la base de que el servicio a la cultura era una atribución esencial del Estado y, por lo tanto, a éste le corresponde en **exclusiva** la atribución de títulos académicos y profesionales. Se establecía un modelo educativo con un profesorado al frente al que se reconocía libertad de cátedra y la categoría de funcionario.

La República mantuvo un sistema de enseñanza laico, declarando la enseñanza gratuita y obligatoria en lo que se refería al primer grado, estableciendo finalmente las ayudas necesarias para que los españoles económicamente necesitados tuvieran posibilidad de acceso a todos los grados de enseñanza de tal manera

que solamente estuvieran condicionados por la vocación y la aptitud.

Contenido

El régimen positivo vigente está recogido básicamente en el art. 27 de la CE, lo cual no quiere decir que el art. 20 no haga referencia a la libertad de Cátedra; por lo tanto, a nuestro entender, este último estaría mejor ubicado en el 27.

Art. 27. 1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. 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.

3. 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.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y la gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

Así pues, este art. 27 contiene los siguientes derechos:

- El genérico derecho a la educación; derecho de todos. Este derecho de todos incorpora una dimensión prestacional, quiere decir que los poderes públicos habrán de procurar hacer efectivo este derecho para los niveles básicos de la misma. Por lo tanto, este derecho tiene carácter prestacional, cuando menos en los ámbitos básicos y en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad. El apartado 5º nos habla de una planificación educativa (programación general de la enseñanza).
- La libertad de enseñanza. Está explicitada en el 27.1, «Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza». Este derecho tiene que ser entendido como una proyección de la libertad ideológica y religiosa, así como del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas, etc.
- Derecho de los padres de los alumnos. Reflejados en los apartados 3 y 7. Los padres tienen derecho a que sus hijos reciban la educación religiosa que ellos estimen oportuna. Los padres tienen derecho a intervenir. En el caso de centros privados depende de los Estatutos.
- Libertad de creación de centros docentes (art. 27.6).
- Reconocimiento de la autonomía universitaria (27.10). Esto es un reflejo de la libertad de enseñanza e investigación. Es la dimensión institucional de la libertad académica, muy relacionada con el 20.1, que contempla la famosa libertad de cátedra.

Fundamentalmente contamos con tres leyes que desarrollan el contenido de este artículo:

- **LO 3 julio 1985**, reguladora del derecho a la educación.
- **LO 3 octubre 1990**, Ley de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE).
- **LO 25 agosto 1983**, ley de reforma universitaria (está prácticamente superada).

DERECHO A LA LIBRE SINDICACIÓN Y DERECHO DE HUELGA

Derecho a la libre Sindicación

Este derecho a la libre sindicación es recogido, junto con el de huelga, por la CE 78 por primera vez.

Art. 28. 1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a un sindicato.

Cuando se habla de derecho de sindicación (28.1), este derecho debe relacionarse con el art. 7 de la CE.

Art. 7. Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la CE y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

En este art. se dice que los sindicatos de trabajadores se definen en virtud de su función, y la función de los sindicatos de trabajadores es la de contribuir a la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios, siendo su creación y su actividad libres.

La libertad de crear sindicatos está regulada por una **LO 2 agosto 1985**, se llama **Ley Orgánica de Libertad Sindical**. A tenor de lo que dice esa ley y de lo que se dice en la CE, la libertad sindical puede ser considerada como un derecho complejo, genérico, que proporciona unas situaciones jurídicas concretas:

- La libertad sindical individual, que comprende una serie de derechos de los que son titulares los trabajadores individualmente considerados.
- La libertad sindical colectiva, que comprende una serie de derechos que no se reconocen al trabajador individualmente sino al sindicato ya creado. La autoorganización del sindicato, la federación del sindicato, el ejercicio de la libre sindicación también son una expresión de la sindicación colectiva.

Los artículos 35, 37 y 38 están relacionados con esta cuestión.

Art. 35. 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.

Art. 37. 1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Art. 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

El artículo 38 es el contrapeso constitucional del 9. El 9 es la puerta abierta hacia una actividad gubernamental en clave socialista, mientras que el 38 lo es en clave capitalista.

En virtud del mandato constitucional, por ley se podrá:

- Limitar o exceptuar el ejercicio de la libertad sindical a las Fuerzas o Institutos armados o demás cuerpos sometidos a disciplina militar. Además, por ley, se podrán establecer las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. Estos dos puntos están recogidos en la **LO 2 agosto 1985**.
- Hay libertad sindical para todos los trabajadores por cuenta ajena de las Administraciones públicas y también para los funcionarios. Se exceptúa el ejercicio de este derecho a los miembros de las Fuerzas o Institutos armados con carácter militar, que son los 3 ejércitos y la Guardia Civil, así como jueces, magistrados y fiscales, cuando estén en activo. Y se remite a una norma específica la regulación de este derecho de sindicación a las Fuerzas de seguridad e Institutos armados de carácter civil: el cuerpo general de policía y las policías autonómicas.

El Derecho de Huelga

Art. 28. 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

La huelga política no es legal. La huelga es un instrumento de presión contra la patronal, no contra la sociedad. El desarrollo del derecho a la huelga está contenido en una regulación preconstitucional, **Real Decreto Ley de 4 marzo 1977**. Sobre relaciones de trabajo sería deseable reorganizarlo con una nueva ley. La CE reconoce el derecho de huelga individualmente a los trabajadores, pero el ejercicio del derecho de huelga no es individual sino colectivo, siempre para la defensa de los intereses y con las garantías necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad.

Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos por dicho servicio, hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Pero la consideración de un servicio como esencial **no puede suponer la supresión** del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestar ese servicio, sino que esa esencialidad afecta solamente a la necesidad de disponer las medidas necesarias para asegurar la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface el servicio. Esto es doctrina reiterada del TC.

DERECHO DE PROPIEDAD Y SU TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

Como punto de partida podemos decir que la propiedad privada, tanto de los bienes particulares como de los medios de producción, constituye un modo de autoridad o de poder, según se utilice. Si se utiliza rectamente, la propiedad puede ser considerada como fuente de autoridad. Si se utiliza abusivamente puede ser considerada como fuente de poder (con todas las posibles connotaciones negativas).

Don Manuel García Pelayo, primer presidente del Tribunal Constitucional decía lo siguiente:

«La propiedad si se la deja a su propia dialéctica puede resultar más incisiva, más penetrante que el poder mismo, incluso puede ser más presionante que el propio poder del Estado, por eso el derecho de propiedad tiene que ser necesariamente conjugado con los intereses sociales generales, y por eso corresponde al Estado garantizar tanto la propiedad como esos intereses».

Puede decirse que éste es el sentido en que nuestra CE contempla este derecho.

Art. 33. 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Los tres apartados forman un bloque normativo único, y en éste nos encontramos con que la referencia a la función social de la propiedad y de la herencia (33.2) pone de manifiesto que la CE no se limita a recoger un concepto abstracto de este derecho en el sentido de un derecho subjetivo que esté ligado a la libre disposición de un determinado bien. Por el contrario, se trata de un conjunto de facultades individuales sobre las cosas (o bienes) pero con la contrapartida de un conjunto de obligaciones que las leyes establecen en cada caso y siempre contemplando la utilidad social. En este sentido se ha pronunciado el TC en una serie de sentencias concluyendo que el derecho de propiedad es un derecho subjetivo debilitado. Conexiones:

- Art. 128.1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

Esto no excluye que por lo que se refiere a la indemnización por expropiación de un bien sea necesaria una ley expropiatoria *ad hoc*, pues el TC tiene ya bien sentado que la norma expropiatoria puede ser un decreto – ley.

- Art. 129. 1. La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

2. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También se establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Aquí se ordena a los poderes públicos que promuevan diversas formas de participación en la empresa.

- Art. 130.1. Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.

Ésta es una manera de proyectar desde una óptica del derecho de propiedad una actuación favorable hacia sectores menos favorecidos.

El interés general faculta a los poderes públicos no sólo para actuar en materia socio económica, sino para conservar los bienes culturales y ambientales. Hay que tener presente que la función más noble que tiene el Derecho es someter la Economía a la Ética.

El urbanismo, por ejemplo, constituye una rama del derecho que impide la abusiva especulación del suelo y promueve el que se regulen actuaciones que impongan ciertas a los propietarios en relación con el patrimonio histórico artístico.

El propio TC con sus resoluciones ha dejado patente que la propiedad privada ha experimentado en nuestro país un cambio tan profundo que impide concebir la como esa figura jurídica abstracta que nos describe nuestro CC.

La exigencia constitucional de una ley para regular el derecho de propiedad y el derecho de expropiación de la propiedad tiene que ser entendido con un criterio flexible. La propia CE prohíbe la deslegalización de esta materia; todo lo más que se admite es la existencia del reglamento complementario.

La expropiación no significa una negación del derecho de propiedad sino un sacrificio concreto ante la presencia concreta de intereses públicos superiores. Tampoco hay que olvidar que la expropiación puede afectar a la totalidad del bien o a alguna de las facultades dominicales (la expropiación puede afectar al uso y al disfrute). Las tres garantías de la propiedad privada frente al poder expropiatorio son:

- Que la expropiación sea por causa de utilidad pública o interés social.
- Que se pague una indemnización por lo expropiado.
- Que la expropiación se lleve a cabo por lo que dispongan las leyes.

En cuanto a la indemnización, ésta puede ser previa o posterior. Cuando es convencional se suele hacer con carácter previo, pero cuando obedece a carácter de urgencia, es a posteriori. En cuanto a la cuantía, la CE dice justo precio. La indemnización tiene que corresponderse no con el valor nominal que fija el propietario, sino con el real.

El Tribunal Europeo dice que dentro de los límites de lo razonable, la indemnización puede ser inferior al valor de mercado. El procedimiento expropiatorio puede hacerse perfectamente por una ley singular o mediante decreto – ley singular, cuando las circunstancias fueran excepcionales y requiriesen urgencia.

Relación entre Propiedad y Sistema Tributario

Hay dos conceptos que van en paralelo: los Presupuestos Generales del Estado y el Gasto Público, éstos son la expresión de los primeros.

Para poder atender a estos gastos, el Estado necesita ingresos y esos ingresos están enmarcados en el Sistema Tributario. El Sistema Tributario tiene que estar informado por los principios de igualdad, legalidad, unidad y posible retroactividad.

El **principio de igualdad** se deriva del art. 31.1.

Art. 31.1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

En este precepto se encuentran reseñados todos los principios de lo que se conoce como justicia tributaria (generalidad, capacidad económica, igualdad y progresividad).

Siempre que se hable de igualdad, hablamos de generalidad («todos contribuirán»); pero la igualdad solamente se producirá si la tributación está en función de la capacidad económica del contribuyente, para que los menos capaces paguen poco o nada y los más capaces lo hagan en razón de su capacidad.

Aun hay más; esa diferente capacidad de contribución no la entiende nuestra CE en un sentido proporcional sino en un sentido **progresivo**.

Este principio de igualdad no está reñido con la posibilidad de exenciones fiscales que obedecen casi siempre

a finalidades extra – fiscales (razones de política social y política económica).

Principio de legalidad

Art. 31.3. Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

Art. 133.1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.

El hecho de que se atribuya al Estado la potestad originaria de los tributos no impide el reconocimiento de una potestad tributaria en las CCAA; para poder observar esa potestad tributaria de las CCAA, hay que ir a los Estatutos de Autonomía para ver cómo está perfilada esa potestad (Caso del Concierto Económico Vasco).

Unidad

La unidad del Sistema Tributario quiere decir que tiene que afectar a todo el territorio nacional (consecuencia del principio de igualdad, art. 14) y también es consecuencia del art. 139.1.

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

Art. 139.1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

El principio de unidad no entraña ningún conflicto con lo que está prescrito como peculiaridad económica.

Posible retroactividad

No existe ninguna prohibición expresa en la CE en cuanto a la retroactividad tributaria (si hubiese deudas tributarias del pasado, siempre que no hubieran prescrito, la Admón. se las puede cobrar). En caso de que este aspecto entre en conflicto con otros preceptos constitucionales, será el TC el que decida.

La Libertad de Economía frente a la Intervención del Estado

Art. 9.1. «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Art. 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

El art. 38 consagra la libertad de Economía, consagra, por tanto, el sistema capitalista. Este artículo no tiene ningún paralelo en el Derecho comparado. Es decir, el art. 38 no olvida que puede haber una intervención del

Estado.

La intervención de la Admón. (el poder público) está, más que insinuada en el art. 128.2.

Art. 128.2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

Este apartado está pensado no sólo en el sentido de que puede intervenir empresas, sino que proscribire el monopolio. Este intento de neutralizar el monopolio está claro: lo exige el «interés general».

En España el hecho de que la política económica está presidida por el criterio intervencionista es palpable desde 1982. La intervención de una economía no significa que se expropia, no afecta a la titularidad, sino sólo a su gestión; por eso en toda intervención los órganos originarios de la Economía son sustituidos por unos órganos extraordinarios integrados por representantes de la Admón. Toda intervención pretende defender la supervivencia de la Empresa (sector privado).

Cuando se produce una intervención, una economía deja de ser concebida como algo meramente patrimonial para pasar a ser un ente de interés colectivo.

El Régimen Público de la Seguridad Social

Existe una doble vertiente a este respecto y es la marcada por los artículos 41 y 50.

Art. 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Art. 50. Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y 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.

El art. 41 da cobertura a **todos los ciudadanos**; por tanto, el Sistema de Seguridad Social está constitucionalmente **deslaboralizado**; esto quiere decir que la Seguridad social no afecta solamente al mundo del trabajo.

El TC en alguna sentencia ha dicho que la Seguridad Social es una manifestación del Estado Social de Derecho. Antes de la CE primaba el principio contributivo de la Seguridad Social (quien cotizaba se beneficiaba). Con la entrada en vigor de la CE 78 se mantienen rasgos de este sistema pero se acentúa el carácter público y se hace referencia a coberturas de situaciones de necesidad, ya que la Seguridad Social no solamente mantiene criterios contributivos sino que, en muchísimos casos, se rige por principios no contributivos.

A este respecto hay que decir que este Régimen Público de la Seguridad Social es un aspecto propio del Estado del Bienestar, un Estado que controla esas tributaciones y su progresividad, pero también obedece a criterios de cotización. El delito social es la mayor parte de las veces **peor** que el delito en sí.

PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

Art. 39. 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 que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por su derechos.

El apartado 2 supone una innovación en el panorama constitucional español. Establece un principio de protección al grupo familiar; pero la primera dificultad al hablar de grupo familiar es la de concretar su aplicación porque ni la CE ni las normas civiles post constitucionales definen la familia; y solamente la regulación de aspectos concretos que la afectan (laborales, sucesorios, etc.) delimitan el alcance que puede tener la familia en cada caso.

Hablamos de la dificultad de definir la familia por las siguientes razones:

- Porque ahí surgen **diferentes formas familiares**; normas que provienen unas veces de una disolución matrimonial anterior, formas familiares de padres o madres solteros, etc.; y todo esto hace imposible poder mantener un concepto nuclear de familia, o sea, un concepto de familia sustentado en el matrimonio. Si a esto se le añade la complejidad derivada de los avances en la genética, quedamos desbordados.

Indiscutiblemente los vínculos biológicos son los que han servido de sostén pero hoy día no sirve como realidad irrefutable. Y no sirve porque cada vez vemos más grupos familiares en los que los padres no están casados o incluso se producen descendencias en las que el origen puede ser de pura inseminación artificial.

- El **desarrollo normativo** que se puede derivar del art. 39. Dentro de esta dificultad enunciaremos claves de la protección social, económica y jurídica de la familia.
- Protección social. La protección social no se puede llevar a cabo de hecho, sino que tiene que hacerse desde un punto de vista jurídico. Los poderes públicos no pueden dar ningún tipo de protección al margen del Derecho. Por lo tanto, los diferentes grupos familiares requerirán una normativa para que la protección a la familia pueda hacerse normativamente.

A este respecto el TC tiene lagunas; tiende a confundir matrimonio y familia. Donde más problemas tiene es en las prerrogativas que corresponden a los funcionarios consortes, que son muy habituales en la Admón. Pública.

- Protección económica. Hay que considerar que si algo caracteriza al grupo familiar es la existencia, dentro de ese grupo, de miembros dependientes; y ése parece ser que es el elemento que determina la protección económica de la familia.

Por lo tanto, la protección económica será siempre para los miembros dependientes más que para el grupo en sí mismo. Con independencia de cual sea la relación inicial, se tiende a proteger a los miembros dependientes: el cónyuge que no trabaja y los hijos.

- Protección jurídica. Está bastante clara. La legislación civil suele proteger a miembros determinados de la familia: los hijos, por ejemplo; y no a la familia desde el punto de vista civil.

En el ámbito penal hay una protección civil más global al referirse al delito de abandono familiar. Y desde luego hay una protección familiar como bloque cuando se alude a la intimidad familiar (art. 18.1).

Art. 18.1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad persona y **familiar** y a la propia imagen.

- Protección de los hijos. Se asegura la protección de los hijos porque todos los hijos son iguales ante la ley (art. 14).

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

La protección constitucional de los hijos cabe referirla a dos aspectos:

- Económica (manutención). Los poderes públicos actúan de forma **subsidiaria** o complementaria de los padres. Se plantea esta subsidiariedad por lo que dice el 39.3 «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 que legalmente proceda».

La extensión constitucional de las obligaciones de los padres respecto de los hijos va más allá de la minoría de edad. Ej. En el caso de minusvalía, etc.

- Social. Puede decirse que la protección de los tipos afecta básicamente a todo lo relacionado con la enseñanza.

Por otro lado, el 39.4 reza «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por su derechos». Es decir, la CE **no se preocupa** del niño, se remite a los acuerdos internacionales. Este apartado hay que ponerlo en conexión con el 10.2.

Art. 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que las CE reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En cualquier caso, las normas internacionales que afectan al niño son la *Convención de los derechos del niño de 1989*; *La Carta de los derechos del niño de 1992*; esta última es una producción normativa del Parlamento Europeo pero no tiene carácter vinculante.

- Protección de la madre. El 39.2 dice que «los poderes públicos aseguran también (...) y de las **madres** cualquiera que sea su estado civil». Esa protección hay que dispensarla en el período de gestación y tras el nacimiento del niño.

La investigación de la **paternidad** (127 y ss. CC) supuso un avance. La **Ley 11/1981** de 13 de mayo modifica el CC adecuándolo al 39.2 CE. Finalmente la cuestión ha quedado en manos de los tribunales, siendo ellos a quien corresponde decidir en última instancia.

SANIDAD, MEDIO AMBIENTE Y CONSUMO

Art. 43. 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Este artículo reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye a los poderes públicos su tutela mediante las medidas preventivas, las prestaciones y los servicios que fuesen necesarios. Dice, además, que hay que fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte.

Por lo que se refiere al medio ambiente, este aspecto está reflejado en el art. 45.

Art. 45. 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

La inspiración de este artículo es la solidaridad colectiva, que exige la utilización racional de los recursos naturales. Este precepto está en línea con la preocupación del *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales* de la ONU; con la formalización del *Acta Única Europea*; con varios programas y directivas comunitarias que obligan a los Estados miembros a incorporar en todo lo relacionado con cuestiones económico – sociales una regulación medioambiental.

Actualmente la **Ley de Aguas y Costas y Residuos Tóxicos Peligrosos** están recogiendo directivas de la UE; incluso en el nuevo CP se tipifica el delito ecológico.

En cuanto al consumo, el artículo 51 nos habla a ese respecto:

Art. 51. 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuestos por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Para que esto se haga es necesario que se difunda la suficiente educación e, igualmente, se fomenten las instituciones de consumidores.

La **Ley 26/1984**, de 19 de julio, que es la **Ley general de defensa de los consumidores y usuarios**. De esta ley podemos ofrecer algunos aspectos de interés:

- Los derechos de los consumidores y usuarios:
- **Indemnización** y reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.
- Derecho a una **información** correcta sobre productos y servicios; y sobre el uso de los mismos. Un ejemplo es el mundo de los medicamentos.
- La **audiencia** en consulta cuando se trate de elaborar disposiciones generales que afecten directamente al consumidor.
- La **protección** jurídica administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad e indefensión.
- La creación del Instituto Nacional del Consumo, así como de oficinas municipales de información al consumidor.
- Se otorgan subvenciones y beneficios a las asociaciones que se creen y se registren en el Ministerio de Sanidad y Consumo.

LA CULTURA COMO DERECHO Y SERVICIO PÚBLICO

Art. 44. 1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.

2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

La primera cuestión que hemos de plantearnos es si la cultura es o puede ser objeto de pretensiones jurídicas. La cultura ha hecho su aparición en el constitucionalismo recientemente. Y cuando ha aparecido las constituciones han manifestado una preocupación por esta materia.

Hay un punto de partida de carácter internacional, el *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales* de 1966. Otro es el art. 15, en el que se reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

Art. 15. Todos tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

La proyección de este precepto en nuestra Constitución tiene más encaje en el art. 9.2 que en 44.

Art. 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Tampoco hay que olvidar que este precepto internacional se refiere también no sólo a la cultura en general, sino a la ciencia en general y la investigación en particular: art. 20.1, b) y art. 44.2.

Art. 20.1. Se reconocen y protegen los derechos:

- A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

Art. 44.2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

Al hablar de participación en la cultura hemos de entenderlo en un sentido amplio. Los arts. 20.1 b) y 44.2 son un reflejo del *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*.

En el art. 44 se habla de **acceso** a la cultura. Este derecho de acceso a la cultura puede tener la siguiente interpretación:

«El derecho de acceso a la cultura es el derecho a los medios que facilitan ese acceso».

El acceso a la cultura si se carece de medios será un acceso muy reservado a las personas que tienen posibilidades. Por eso hay que interpretar el art. 44 en un sentido de cultura como servicio público. A este respecto hay que recordar a Ortega:

«La cultura es un servicio primario del Estado».

Por ello, como servicio primario del Estado, el Constituyente de 1978 no se decidió a dar tratamiento como un derecho más sino que lo situó entre los principios rectores de la política social y económica.

En la Constitución encontramos la siguiente referencia:

Art. 149.2. Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las CCAA, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las CCAA, de acuerdo con ellas.

Otros artículos como el 20, el 25.2 y el 27 hablan a este respecto.

Existe otra referencia en el art. 46, el inconveniente es que no se respeta.

Art. 46. Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

En realidad, este artículo es una manifestación de una relativa socialización de la cultura. Quiere decirse que el patrimonio cultural tiene en nuestro ordenamiento jurídico una significación pública. No hay que olvidar que la cultura es producto de la sociedad y, por lo tanto incumbe al Estado la tarea de su difusión y desarrollo.

Art. 132.3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.

Todo lo relacionado con el Patrimonio Nacional está regulado por una **Ley de 16 de junio de 1982**, que regula lo relacionado con esta materia. Por esta ley se incluye en ese patrimonio nacional principalmente palacios y residencias tradicionalmente asignados al uso y disfrute de la Corona; en la que incluso los propios Reyes renunciaron a su uso: Palacio de Oriente (únicamente reservado a las recepciones).

Además del Patrimonio Nacional, la **Ley 16/1985**, de 25 de junio, se refiere al patrimonio histórico español a la que también se alude en el art. 46.

Esa ley viene a complementar todo el cuadro normativo relacionado con esta materia; pero hay que tener en cuenta el art. 46 por una parte; la Ley de Patrimonio Nacional por otra; la del Patrimonio Histórico por otra; el art. 148.1, 15ª y 16ª, el 149.1, 28ª y el 149.2.

Art. 148.1. Las CCAA podrán asumir competencias en las siguientes materias:

15ª. Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.

16ª. Patrimonio monumental del interés de la Comunidad Autónoma.

Art. 149.1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

28ª. Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las CCAA.

Por bienes que integran el patrimonio histórico y artístico entendemos:

- Monumentos de todo tipo.
- Obras de arte con soporte en bienes muebles.
- El conjunto del Patrimonio Documental: libros, documentos archivados, etc.
- Patrimonio Etnográfico.

Con arreglo al art. 46, el Estado debe velar porque las obras que conforman ese Patrimonio **no abandonen** el

país.

Por acuerdo del Estado con la Santa Sede, se establece que la Iglesia pone su patrimonio histórico, artístico y documental al servicio de la sociedad y, por otro lado, el Estado colabora a su preservación, difusión, catalogación y demás.

La Ciencia

Hay que contemplar cuatro afirmaciones:

- En España nunca se ha fomentado la investigación científica.
- No ha habido muchos científicos.
- No ha habido medios suficientes.
- Sólo ha habido genios (Cajal).

El art. 44.2. ordena a los poderes públicos la promoción de la ciencia y de la investigación. Y el art. 149.1, 15ª concluye lo siguiente:

Art. 149.1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

15ª. Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

En cumplimiento de estos artículos, el Parlamento aprobó la **Ley 13/1986**, de 14 de abril, de Fomento y coordinación general de la Investigación científica y técnica. Con posterioridad se aprobó el *Plan Nacional de Investigación científica y desarrollo tecnológico*.

LOS MINUSVÁLIDOS

Art. 49. Los poderes públicos realizarán 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 los ciudadanos.

Este artículo se proyecta en la **Ley ordinaria 13/1982**, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos. A pesar de esto, el apoyo que la CE otorga no representa para los minusválidos ningún tipo de amparo, ni especial ni general.

Estamos, pues, ante una manifestación vacía, porque **no** hay ningún amparo especial para los derechos del minusválido, ni siquiera de carácter ordinario, pese al art. 49. Entonces, el valor del 49 es testimonial en cuanto que sugiere a los poderes públicos el que lleva a cabo una política interesada en compensar la desigualdad de condiciones en que se encuentran los minusválidos.

Las posibilidades jurídicas para intentar garantizar los derechos de los minusválidos se concretan en:

- Invocación del art. 14.

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

- Recurrir al 9.2.

Art. 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o

dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

- Acudir al 43.

Art. 43. 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

- Aplicar el art. 41.

Art. 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

En este cuadro jurídico sería posible encuadrar una acción a favor del minusválido.

LECCIÓN XXV

GARANTÍAS DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

El Capítulo IV del Título I, compuesto por los artículos 53 y 54 se refiere precisamente a las garantías de las libertades y derechos fundamentales. A partir de estos dos artículos vamos a establecer una clasificación de los diferentes tipos de garantías con que se dota a los derechos y libertades de nuestro ordenamiento.

Art. 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

A tenor de este artículo hay tres niveles de protección de los derechos y libertades que afectan a éstos dependiendo de su ubicación en el texto constitucional:

- El nivel superior corresponde a los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (arts. 14 al 29). Además, respecto de estos derechos cabe adjudicarles el amparo ordinario y la posibilidad de amparo constitucional.
- Un segundo nivel de protección es aplicable a los derechos situados en todo el Capítulo II, es decir del 14 al 38. Considerando que vincula a todos los poderes públicos y, por lo tanto, estando muy contemplados por el art. 9, en este segundo nivel de protección se exige reserva de ley para su regulación. Además, se autoriza el recurso de inconstitucionalidad ante el TC (art. 161.1.a))

- En cuanto al tercer nivel de protección, éste implica a los artículos comprendidos del 39 al 52. La CE dice que no pueden alegarse **directamente** esos principios ante los Tribunales Ordinarios sin que previamente se haya procedido a un desarrollo legislativo de los mismos.

Teniendo en cuenta todo esto, las garantías se pueden clasificar en:

- Garantías extrajudiciales:
 - Normativas: principio de reserva de ley; aplicación inmediata del precepto constitucional.
 - Institucionales: defensor del pueblo, Ministerio Fiscal.
- Garantías judiciales:
 - Recurso de amparo ordinario.
 - Recurso de amparo constitucional.

Garantías Extrajudiciales

- **Normativas:**
- **Principio de reserva de ley.** Viene establecido en el art. 53.1, respecto de los arts. del Capítulo II del Título I de la CE (14 al 38). Sólo por ley podrá regularse el contenido de esos derechos. Y, además, mediante el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad. Este recurso puede ser interpuesto por:
 - El Presidente del Gobierno.
 - El Defensor del Pueblo.
 - 50 Senadores y 50 Diputados.
 - Las Asambleas Legislativas de las CCAA.
 - Los Ejecutivos de las CCAA.

Hay que acudir al art. 81 CE, que trata de leyes orgánicas, para constatar que el desarrollo legislativo de los derechos contenidos entre el 14 y el 29 exigen ley orgánica. En los demás casos, se establece, puede ser ley orgánica u ordinaria.

Existe una pequeña **excepción**. El Tribunal Constitucional en una de sus más célebres y sonadas sentencias consideró **no inconstitucional** que la expropiación de RUMASA se llevara a cabo mediante Decreto – ley «porque había urgente necesidad y, en cualquier caso, aquel Decreto – ley no atentaba contra la esencia de ninguno de los derechos fundamentales».

• Eficacia directa de los derechos y libertades

Los derechos gozan de aplicación directa, menos los incluidos en los principios de política social y económica (arts. 39 al 54).

- **Institucionales:**
- **El Defensor del pueblo.**

Art. 54. Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

Este artículo 54 tiene su **desarrollo legislativo** en la **Ley Orgánica 3/1981**, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. Tanto por lo que dice el art. 54 como la ley, el defensor del pueblo se nos perfila como un valedor de los derechos reconocidos en la CE.

El Defensor del Pueblo, como figura institucional, tienen en el Derecho Comparado dos referentes:

- El **Ombudsman**, propio de los países nórdicos.
- El **Mediateur**.

La **actividad** del Defensor del Pueblo, a tenor de la LO 3/1981, se desarrolla en dos ámbitos:

- La defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la CE. Esta primera función es una defensa en abstracto, genérica, no se concreta demasiado.
- Supervisar la actividad de la Admón. (Ésta es más concreta) para defender, precisamente, esos derechos.

El **ámbito de actuación** del Defensor del pueblo va más allá de la Administración del Estado para llegar a las Administraciones Autonómicas, lo cual no impide que algunas autonomías dispongan de una figura específica propia con sus propios ámbitos competenciales.

Las **funciones básicas** del Defensor del pueblo a través de la ley se concretan en las siguientes:

- **Ámbito de la Admón. de Justicia.** Está obligado a trasladar las quejas que recibe al Ministerio Fiscal. En lo que respecta a sus recursos, éste está legitimado para interponer el recurso de amparo y el recurso de inconstitucionalidad.

El Defensor del Pueblo recibe las **quejas** de todo ciudadano (persona natural o jurídica) que invoque un interés legítimo. Tiene una ventaja, no hace falta ningún tipo de formalidad; una simple carta sirve. Una vez que el Defensor del Pueblo conoce de la queja, dictará una resolución que tendrá uno de los siguientes contenidos:

- **Sugerir** la modificación de los criterios utilizados para la producción de actos y resoluciones de la Admón. que hayan podido vulnerar un derecho.
- **Sugerir** la modificación de una norma del órgano legislativo que la ha producido a la propia Admón., porque entiende que esa norma es conculcadora de derechos.
- **Instar** a la Admón. para que lleve a cabo sus poderes de inspección o sanción sobre aquellas personas que produjeron con sus actuaciones una vulneración de los derechos de los ciudadanos.
- **Formular** a las Administraciones públicas advertencias recordatorias de sus deberes y sugerencias para que adopten medidas necesarias que impidan la conculcación de derechos.
- Por lo que dice la ley, en materia de **quejas de la Justicia**, el Defensor del Pueblo remite el informe al Ministerio Fiscal. El art. 124 establece las funciones propias del Ministerio Fiscal.
- **El Ministerio Fiscal.**

Art. 124. 1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.

Así pues corresponde al Ministerio Fiscal «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público que tutela la ley» y «velar por la independencia de los

Tribunales». Por tanto para **el mejor desarrollo** de ambas funciones, la CE legitima al Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo.

Aquí nos encontramos con un posible conflicto: si el Ministerio Fiscal tiene la posibilidad de ejercer el recurso de amparo, al igual que el Defensor del Pueblo, puede producirse algún tipo de interferencia. Para solucionar este escollo, y como antes se ha adelantado, en materia de quejas de Justicia, el Defensor del Pueblo remitirá el informe al Ministerio Fiscal.

Garantías Judiciales

• El Amparo Ordinario.

El art. 53.2 en su apartado 2 prevé para la defensa de los derechos del 14 al 29 un procedimiento que está basado en los principios de preferencia y sumariedad.

Art. 53.2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de **preferencia y sumariedad** y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.

Este procedimiento se articula a través de la **Ley 62/1978**, de 26 de diciembre, más conocida como **Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona**. Entró en vigor después de la CE pero su elaboración corresponde al proceso constituyente.

En un primer momento, esta ley inmediata a la CE, supuso un intento de proteger unos derechos que necesitaban ser fortalecidos como consecuencia de los acuerdos alcanzados en octubre de 1978, conocidos como **Pactos de la Moncloa**. En virtud de estos acuerdos el elenco de los derechos protegidos por esta ley en su art. 1 (libertad de expresión, entre otros) fueron ampliados posteriormente utilizando la vía establecida por la disposición final de dicha ley que disponía «la posibilidad de que mediante decreto legislativo se pudieran incorporar nuevos derechos al ámbito de protección de esa ley». Esa incorporación se produjo en virtud del **Decreto Legislativo 342 de 1979**.

Pero aún quedaba algún derecho para cubrir los que contemplaría la CE (14 al 29) y fue la **Ley Orgánica del Tribunal Constitucional** la que completó todo el conjunto de derechos, incluyendo, concretamente, la objeción de conciencia prevista en el art. 30.

Esta ley se ha convertido, gracias a modificaciones legislativas, en la normativa básica a partir de la cual se articula un procedimiento de amparo ordinario, es decir, sustanciado ante la jurisdicción ordinaria, basándose en los principios de preferencia y sumariedad para tutelar los derechos fundamentales recogidos en los arts. del 14 al 29 **más el 30.2**.

Art. 30. 1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.

4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

La **Ley Orgánica 2/1979**, de 3 de octubre, reguladora del TC, al establecer las competencias del TC, asigna a éste el **conocimiento del recurso de amparo**. El art. 41 de la LOTC determina cuál es el ámbito material, es decir, el objeto del recurso de amparo, desarrollando lo dispuesto en el 53.2; y ahí se dice (41) que el recurso de amparo recae sobre los derechos y libertades fundamentales (arts. 14 al 30).

- **Actos recurribles en amparo.**

Con carácter general, puede recurrirse en amparo todo acto o decisión **sin valor de ley** que conculque los derechos y libertades del 14 al 30 y que provengan tanto del poder ejecutivo como del legislativo o del judicial. Podemos concretar que son actos recurribles en amparo:

- Las **decisiones o actos sin valor de ley** emanados de las Cortes o cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las CCAA.
- Las **disposiciones, actos jurídicos o vías de hecho** del Gobierno, de sus autoridades, de sus funcionarios o de los órganos ejecutivos colegiados de las CCAA.
- **Violaciones** de derechos y libertades que tuvieron su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, siempre que se den estos requisitos:
 - Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.
 - Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato a la acción u omisión del órgano judicial.
 - Que se haya **invocado formalmente** en el proceso el derecho constitucional vulnerado.
- La **violación** de lo previsto en el **art. 30** referido a la objeción de conciencia.

- **Legitimación activa y pasiva.**

La **legitimación activa** está en los arts. 42, 45 y **46** de la LOTC, que establece que están limitados para interponer recurso de amparo:

- La persona directamente afectada.
- El Defensor del Pueblo.
- El Ministerio Fiscal.
- Toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo (la legitimación colateral).

La **legitimación pasiva** (quién resuelve). Esto lo sustancia y lo resuelven las Salas del TC, con una sola excepción (art. 13 LOTC) que supone que si una Sala se quiere **apartar** de la doctrina del TC será el pleno el que reclame toda la documentación y se encargue del recurso.

Garantías en el ámbito internacional

- **Naciones Unidas**

En el ámbito de las Naciones Unidas la protección internacional de los derechos fundamentales no puede decirse que exista como tal protección, porque las Naciones Unidas tienen como norma el **principio de no injerencia** en los asuntos internos de los Estados (art. 2 de la Carta).

Por lo tanto, la ONU estableció un elenco de derechos humanos pero sus únicas acciones son hacer declaraciones y expedir informes que sirvan de propaganda de algo que está mal hecho, pero nada más.

- **Consejo de Europa.**

Su creación data de 1950 y es consecuencia del famoso *Convenio de Roma* y, además, uno de los órganos europeos de mayor prestancia y fundamento.

En este Consejo sí que hay posibilidad de protección de los derechos fundamentales de la siguiente manera:

- Un Estado europeo (no tiene porqué ser de la UE) o un ciudadano europeo puede acudir al **Tribunal de derechos humanos del Consejo de Europa** con sede en Estrasburgo para *deducir* una demanda de protección de un derecho fundamental que en un Estado europeo no ha tenido satisfacción.
- Si es un ciudadano, la demanda pasa a la **Comisión de derechos humanos** y, si es razonada y razonable pasa al **Tribunal de derechos humanos**, quien fallará. Esta sentencia va a vincular al Estado al que pertenece el ciudadano que pronunció la demanda.
- Si quien efectúa la demanda es un Estado contra un particular o una corporación, no pasa por el trámite de la comisión, sino que va directamente al **Tribunal**.

El Tribunal Constitucional español en la **STC 51/1985** establece una doctrina: antes de recurrir al **Tribunal de derechos humanos**, se requiere el agotamiento de la vía judicial que, en España, viene dada por el **recurso de amparo**, tanto ordinario (Ley de protección de derechos y deberes fundamentales) como de constitucional.

- **Unión Europea.**

En la UE, hay una institución llamada **Tribunal de Justicia**. Pero ese Tribunal solamente actuará si el asunto tiene que ver con derechos relacionados con la libertad de circulación y establecimiento dentro del ámbito comunitario. De todas formas queda más encuadrado lo que se refiere a discriminaciones económico – profesionales.

Por lo tanto la única instancia segura y solvente es el **Tribunal del Consejo Europeo**.

LECCIÓN XXVI

SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES

Esta materia está recogida en el Capítulo VI que comprende los casos de suspensión en un solo artículo, el 55.

Art. 55. 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1.a) y d) y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terrorista.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

En el primero de estos supuestos, la suspensión de derechos es consecuencia de la existencia de situaciones de **anormalidad**, que imposibilitan el mantenimiento del orden, hay que incluir aquí todo lo que de genérico tiene este concepto: orden político, institucional, social, etc.

El segundo, permite la suspensión individual de garantías para poder conseguir una lucha más eficaz contra el fenómeno terrorista.

Respecto del primer asunto (la **anormalidad**), el art. 55 prevé la suspensión de los derechos cuando se declare el Estado de alarma, excepción o sitio.

Se suspenden los reconocidos en el art. 12 (libertad y seguridad), 18 (inviolabilidad de domicilio y secreto de comunicaciones), 19 (libertad de residencia y circulación), 20 (libertad de comunicación pública: libertad de información y libertad de expresión y supresión de la prohibición de secuestro previo de publicaciones), 21 (derecho de reunión) y 28 (derecho de huelga).

Para que puedan ser suspendidos estos derechos es necesario que se declare el estado de alarma, excepción o sitio. Pero si se declara el estado de alarma, es prácticamente imposible que se suspendan los contenidos de estos artículos. Cuando verdaderamente se suspende es ante la declaración de los Estados de excepción y de sitio.

A los estados de alarma, excepción y sitio se refiere el art. 116 de la CE.

Art. 116. 1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto delimitará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y las leyes.

La ley a la que se refiere este artículo en el apartado 1 es la **Ley Orgánica 4/1981** de 1 de junio, LO de los estados de alarma, excepción y sitio.

Con este cuadro jurídico hay que tener presente que la declaración de estos tres estados procederá cuando circunstancias **extraordinarias** hicieren imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes.

Esta Ley Orgánica exige que, con el fin de lograr la mayor seguridad jurídica, la declaración de cualquiera de estos estados sea publicada en el B.O.E. y difundida por los medios de comunicación públicos y privados que estimen oportunos.

LOS TRES ESTADOS

Estado de Alarma

Procede su declaración cuando se produzcan alguna de las siguientes situaciones de anormalidad:

- Calamidades, catástrofes, desgracias públicas en general como terremotos, inundaciones, o – dice la ley – accidentes de gran magnitud.
- Crisis sanitarias como epidemias, situaciones de contaminación grave.
- Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad.
- Toda situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Salvo el tercer epígrafe, los otros tres van severamente encadenados. En estos casos el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, puede declarar el estado de alarma.

En ese Decreto del Gobierno, tiene que estar necesariamente el ámbito territorial al que afecte y el plazo de duración, que será como máximo de 15 días. Cabe la posibilidad de prórroga, siempre que lo autorice el Congreso. En ese Decreto, finalmente, hay que consignar los efectos que haya de producir la declaración que, básicamente, serán:

- Limitar la circulación o presencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados (una especie de toque de queda). Se limita, aquí no absolutamente, el contenido de un derecho fundamental, que es el de **circulación**.
- Práctica de requisas temporales de toda clase de bienes. Se suspende el derecho de **propiedad**.
- Intervención y ocupación transitorias de industrias: fábricas, talleres, explotaciones en general; excepto domicilios privados.
- La limitación del uso de servicios públicos o el racionamiento de artículos de primera necesidad.
- Tomar y dictar todas las instrucciones sanitarias que se estimen necesarias.
- Sustitución de las personas encargadas de puestos de servicios públicos. Se suele recurrir al ejército.

Declarado el estado de alarma, se dará cuenta inmediatamente al Congreso de los Diputados, suministrándosele la información que sea requerida. La autoridad competente en el estado de alarma es el Gobierno de la Nación y, por delegación de éste, el presidente de la Comunidad Autónoma a la que afecte el estado. El delegado del Gobierno hará de puente entre el Gobierno de la Nación y el de la C.A.

Estado de Excepción

Procede su declaración cuando el libre ejercicio de todos los derechos y libertades, el normal funcionamiento de las instituciones, o cualquier otro aspecto del orden público resultaren tan gravemente alterados que el ejercicio de los poderes ordinarios resultasen insuficientes para restablecerlos y mantenerlos. Eso es lo que aconseja la declaración de un estado de excepción.

A diferencia de lo que ocurre en el estado de alarma, en este caso la CE exige la intervención del Congreso de los diputados con carácter **previo** a la declaración. Es decir, el Gobierno necesita **autorización** del Congreso. Los trámites que tiene que seguir el Ejecutivo son:

- Remisión al Congreso de autorización. Esa remisión o escrito debe contener los siguientes puntos:
- Determinación de los efectos del estado de excepción, mencionando expresamente los derechos que se

pretenden suspender. Esos derechos no pueden ser otros que los especificados en el art. 55.

- Relación de las medidas a adoptar en relación con los derechos cuya suspensión se solicita.
- Ámbito territorial del estado de excepción y duración que se solicita. En este caso, la duración máxima es de 30 días.
- La solicitud tiene que efectuar la petición de la cuantía máxima de las sanciones pecuniarias (multas) que la autoridad gubernativa esté autorizada a imponer a quienes contravengan las disposiciones que se dicten durante el estado de excepción.
- Una vez que se ha recibido, a través de la mesa, la solicitud la discute en plenario y la adopta tal y como lo ha pedido el Gobierno o introduciendo modificaciones a la misma. [Perfectamente cabe la posibilidad de que el Congreso no la adopte, pero hay que partir de que el Gobierno sale del Congreso, es decir, que tendrá mayoría absoluta]
- Una vez que el Gobierno ha obtenido la autorización, declara el estado de excepción mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros.

Estado de Sitio

Siguiendo la normativa de la **LO del 81**, el estado de sitio procederá cuando se produzca o anuncie producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España; contra su ordenamiento constitucional o su integridad territorial.

Para que el estado de sitio pueda ser declarado se requiere del acuerdo por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta del Gobierno. El ámbito territorial del estado de sitio lo fija el Congreso.

La declaración del estado de sitio podrá utilizar, además de los casos previstos en el estado de excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido, que se reconocen en el 17.3; artículo que no resulta afectado por los estados de alarma o excepción.

Es estado de sitio es una situación de clara naturaleza militar, a diferencia de los anteriores, que son de naturaleza civil. Por eso la **Ley del 81** prevé que durante la vigencia del estado de sitio el Gobierno asuma una serie de facultades extraordinarias como director de la política militar y de defensa.

Le corresponde al Gobierno designar a la autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que proceden en la declaración de este estado.

Suspensión Individualizada de Derechos

Está prevista en el art. 55. No hay antecedentes en el constitucionalismo español, y lo que justifica esta posibilidad es la necesidad de reforzar los mecanismos del Estado frente a amenazas de sectores (políticos, ideológicos...) adversos al Estado.

La suspensión individual (más deseable sería decir **individualizada**) de derechos está en el apartado 2º del art. 55. Este precepto habilita al legislador para que, a través de una Ley Orgánica, pueda proceder a la suspensión de ciertos derechos para personas determinadas en relación con las investigaciones que se lleven a cabo en torno a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Los derechos que para estos supuestos (investigación de banda armada o elementos terroristas) son:

- El reconocido art. 17.2 (que establece el plazo máximo de detención preventiva). Esto supone que el plazo máximo de detención preventiva, que es de 72 horas, pueda ampliarse otras 48 horas.
- Los contenidos en los apartados 2 y 3 del art. 18 (inviolabilidad de domicilio y secreto de comunicaciones).

No obstante, también hay que tener en cuenta que la CE establece una serie de garantías límites que son:

- Se exige la determinación de la forma y los casos en los que pueda proceder la suspensión individualizada.
- Se establece que la suspensión habrá de realizarse de forma individualizada con la necesaria intervención judicial, que habrá de entenderse como sucesiva, no como previa.
- Se exige también como garantía una racional utilización de las facultades que se otorgan a la autoridad en esta materia, lo cual quiere decir que una utilización abusiva o injustificada de esas facultades entrañará responsabilidad penal como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

Las dos leyes básicas de esta materia son:

- **Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo.**
- **Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo.**

Es lo que vulgarmente se conoce como **Legislación Antiterrorista**.

Hacer algo que **no** está reglamentado.

	Universidad de Deusto
	Derecho Constitucional I

2

LIGP '99 7 1ºBT

11

LIGP '99 25 1ºBT

11

LIGP '99 71 1ºBT
