

Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos

PONENCIAS ESPAÑOLAS



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos
Ponencias españolas

Tribunal Constitucional

**Conferencia de Tribunales
Constitucionales Europeos
Ponencias españolas**



Madrid, 2007

Sumario

NOTA PRELIMINAR	17
 LAS RELACIONES ENTRE EL PODER CENTRAL Y LOS PODERES TERRITORIALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	
I. INTRODUCCIÓN	19
1. Indefinición constitucional, disputas doctrinales y modelo de Estado.	19
II. EL ESTADO AUTONÓMICO: SUS PRINCIPIOS ORDENADORES.	23
2. Fundamentos y límites constitucionales del Estado Autonomico	23
3. El momento de la pluralidad en la integración: <i>excursus</i> histórico ...	26
4. El momento de la pluralidad en la integración (continuación): las Comunidades Autónomas	33
5. Principios constitucionales de articulación entre el poder central y los poderes comunitarios	40
III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	48
6. Normas reguladoras de la distribución. La Constitución, los Estatutos de Autonomía y los Decretos de transferencias	48
7. Normas atributivas extraestatutarias: las ampliaciones competenciales del 150.1 y 2 CE	51
8. Normas delimitadoras de competencias	52
9. Normas armonizadoras: el 150.3 CE y la STC 76/1983, de 5 de agosto de 1983	53
10. La estructura normativa de los arts. 148 y 149 CE	54
11. Criterios interpretativos: la forma compuesta del Estado y la primacía de la Constitución	58
12. La noción de bloque de constitucionalidad	60
13. El carácter indisponible de las competencias	62
14. Los acuerdos de las Comisiones Mixtas	63
15. La noción de interés respectivo; sus variantes	64
16. Competencias «exclusivas», «compartidas» y «concurrentes»	68
17. Materia	71

18.	Bases	73
19.	Ámbito territorial	78
20.	Pluralidad de títulos y título preferente	78
21.	Ejecución	79
22.	Alta inspección. Coordinación. Deber de colaboración o de cooperación	81
23.	Las cláusulas del art. 149.3	82
IV.	LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO COM- PUESTO	82
24.	La incidencia de la distribución territorial del poder en el Tribunal Cons- titucional. Unidad o pluralidad de la jurisdicción constitucional	82
V.	CONFLICTOS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	83
25.	Instituciones no jurisdiccionales de integración y, eventualmente, de control	83
26.	Solución de conflictos por órganos de la jurisdicción ordinaria	84
27.	Procesos constitucionales relacionados activa o pasivamente con las Comunidades	84
28.	Presupuestos y desarrollo de los procesos constitucionales	85
29.	Doctrina del Tribunal sobre problemas de destacada importancias extensión del «propio ámbito de autonomía» de las Comunidades a efectos del art. 32.2 LOTC	87
30.	Conflictos de competencia y recursos de inconstitucionalidad: rela- ciones y diferencias	89
VI.	A MODO DE REFLEXIÓN GLOBAL	91
31.	Valoración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre distribu- ción de competencias	91
32.	La jurisdicción constitucional y su dimensión política en un Estado de Derecho	94

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL CUADRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO, VISTA A LA LUZ DE LAS ESPECIES, CONTENIDOS Y EFECTOS DE LAS DECISIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

I.	INTRODUCCIÓN	97
1.	Órganos de la justicia constitucional	97

SUMARIO

2.	Modalidades y vías procesales del control de constitucionalidad	100
3.	Ámbito y objeto del control de constitucionalidad	105
4.	Parámetros del control	109
II.	CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS	112
1.	Los tipos simples o extremos	113
2.	Los tipos intermedios	114
3.	Una sentencia «constructiva»: la STC 53/1985, de 11 de abril	124
4.	Sentencias «apelativas»	126
III.	LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	127
1.	Los efectos generales o <i>erga omnes</i>	129
2.	La eficacia vinculante	133
3.	La eficacia de cosa juzgada	141
4.	El efecto preclusivo	146
5.	Valor de precedente	150
6.	La eficacia de las sentencias en el tiempo	152

JERARQUÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y SU FUNCIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I.	SOBRE LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.	163
1.	Introducción. El problema en la Teoría de la Constitución. El caso español.	163
2.	La Constitución como sistema normativo	165
3.	Las Leyes de reforma constitucional. Los procedimientos de reforma simple y agravado	174
4.	El bloque de la constitucionalidad	177
5.	Supremacía de la Constitución y Derecho Comunitario Europeo	180
II.	LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	185
1.	Regulación de los derechos fundamentales en la Constitución española.	185
2.	Regulación infraconstitucional, interpretación y aplicación de los derechos fundamentales	192
3.	Conflictos entre derechos fundamentales y conflictos entre derechos fundamentales y otras normas constitucionales	197

**PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE:
¿CONCURRENCIA O COMPLEMENTARIEDAD?**

INTRODUCCIÓN	203
I. CONDICIONES DE INTEGRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS	207
1. Procedimientos	207
2. El control sobre la constitucionalidad de las normas internacionales ..	212
3. Supuestos en los que se ha examinado la constitucionalidad de nor- mas internacionales sobre derechos humanos	220
4. Supuestos en los que se ha examinado la constitucionalidad de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas	220
II. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS EN CUANTO A LOS DERECHOS HUMANOS GARANTIZADOS POR LAS NORMAS INTERNAS Y LAS NORMAS INTERNACIONALES	222
1. Derechos humanos garantizados tanto por las normas constitucionales como por las convenciones internacionales	222
2. Derechos del hombre garantizados exclusivamente por las normas constitucionales	226
3. Derechos y libertades establecidos en convenios internacionales y que no tienen equivalente en el plano constitucional	227
4. Principios generales del orden jurídico comunitario relativos a los derechos del hombre y que no tienen su equivalente en el plano cons- titucional	229
III. LA UTILIZACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES	230
1. Estatuto jurídico de la norma internacional relativa a los derechos del hombre	230
2. La utilización directa de la norma internacional por el Tribunal Cons- titucional	236
3. La norma internacional sobre derechos fundamentales de la persona como fuente de inspiración del Tribunal Constitucional	240

SUMARIO

4.	La autonomía del Tribunal Constitucional respecto de las normas y jurisprudencia internacionales	245
IV.	LA SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL INTERNACIONALES.	246
1.	Presupuestos	247
2.	Supuestos en los que la actuación del Tribunal Constitucional ha sido cuestionada ante los órganos internacionales de control	248
3.	Supuestos en los que el órgano internacional de control ha ido más allá que el Tribunal Constitucional	251
	CONCLUSIONES	252

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

I.	LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES	255
1.	La cooperación orgánica entre los poderes del Estado	259
2.	Las relaciones funcionales entre los poderes del Estado	261
II.	EL PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO PARA LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES: EL CONFLICTO ENTRE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO ..	269
1.	Los sujetos del conflicto	270
2.	El objeto del proceso conflictual	271
3.	Los trámites procedimentales del conflicto	272
III.	LA SALVAGUARDA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES A TRAVÉS DE LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES NO ESPECÍFICOS	276
1.	La protección de la esfera competencial del poder legislativo	278
2.	La protección del ámbito de atribuciones del poder ejecutivo	288
3.	La salvaguarda de la función judicial	293

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBERTAD CONFESIONAL

A)	ESTATUTO DE LAS PERSONAS	299
I.	La libertad de conciencia y la libertad religiosa	299
1.	La libertad de conciencia	299
2.	La libertad religiosa	305
II.	La protección de la libertad religiosa y de los sentimientos y valores religiosos	314
1.	Garantías genéricas del derecho de libertad religiosa	314
2.	La protección en el ámbito penal de la libertad religiosa, las confesiones y los sentimientos religiosos	316
3.	El respeto a los sentimientos religiosos en los medios de comunicación	319
4.	La protección de los valores religiosos en el ámbito familiar	320
III.	El derecho de libertad religiosa en situaciones especiales	333
1.	La libertad religiosa en las Fuerzas Armadas	333
2.	La libertad religiosa en centros docentes, hospitalarios y establecimientos penitenciarios	340
IV.	La libertad religiosa y las prácticas parareligiosas. Límites a la libre actividad de las sectas religiosas	348
B)	ESTATUTO DE LAS COMUNIDADES RELIGIOSAS	351
I.	El modelo general de relaciones constitucionales entre el estado y las confesiones religiosas	351
1.	El principio de no confesionalidad o neutralidad del Estado	351
2.	El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas ..	355
3.	Los Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas	356
II.	La libertad de creación y de actividad de las confesiones religiosas ..	361
1.	La creación de iglesias, comunidades y confesiones religiosas.	361
2.	La personalidad jurídica de los entes religiosos	363
3.	Lugares y funciones de culto	364
4.	Archivos y registros religiosos	366
5.	Ministros de culto	367
6.	El patrimonio artístico-religioso	372
7.	La protección de marcas, sacrificio de animales y alimentación	373

SUMARIO

III.	La cooperación del Estado y las confesiones religiosas. La financiación de las confesiones religiosas	374
1.	La financiación, exenciones y beneficios fiscales de la Iglesia Católica	374
2.	La financiación, exenciones y beneficios fiscales de otras confesiones y comunidades religiosas signatarias de Acuerdos de Cooperación con el Estado	378
3.	Confesiones religiosas no signatarias de Acuerdos de Cooperación con el Estado español	379
IV.	Las confesiones religiosas, la enseñanza y la instrucción religiosa ...	380
1.	El derecho a crear instituciones docentes y la libertad de cátedra	380
2.	Los centros docentes no universitarios	383
3.	Las universidades y centros docentes de enseñanza superior	392
4.	La enseñanza de la religión	394

LAS RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LOS RESTANTES TRIBUNALES NACIONALES, TENIENDO EN CUENTA LA INTERFERENCIA, EN ESTA MATERIA, DE LA ACCIÓN DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

I.	EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LOS OTROS TRIBUNALES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	403
A)	La organización judicial del Estado	403
1.	El sistema jurisdiccional	403
2.	El Tribunal Constitucional	404
B)	Las competencias respectivas del Tribunal Constitucional y de los restantes Tribunales en materia de control de constitucionalidad.	404
1.	El control de la ley y otros actos	404
§1.	La naturaleza del control	404
§2.	El acceso al Tribunal Constitucional	406
a)	Las vías de acceso	406
b)	El recurso directo	406
c)	El reenvío prejudicial. La excepción de inconstitucionalidad.	407
d)	El recurso de amparo	417
2.	La resolución de los conflictos entre tribunales	420

II. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS OTRAS JURISDICCIONES	421
A) El vínculo orgánico	421
B) El vínculo procesal	421
C) El vínculo funcional	421
§1. El control y sus efectos	421
§2. La interpretación por el Tribunal Constitucional	426
a) La recepción de la jurisprudencia de los otros tribunales por el Tribunal Constitucional	426
b) Los efectos a la interpretación del Tribunal Constitucional	426
III. LA INTERFERENCIA DE LAS JURISDICCIONES EUROPEAS...	426
A) El Tribunal Constitucional y las otras jurisdicciones frente a la CEDH y a la jurisprudencia del TEDH	426
B) El Tribunal Constitucional y las otras jurisdicciones frente a la jurisprudencia del TJCE	429

LOS CRITERIOS DE LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LA PRÁCTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE	431
II. INTEGRACIÓN DEL CEDH EN EL DERECHO ESPAÑOL	432
A) Derechos garantizados. Correspondencias entre el Derecho español y los Tratados sobre derechos ratificados por España, con especial referencia al Convenio de Roma	433
B) Eficacia de los derechos garantizados frente al Estado y <i>erga omnes</i>	435
III. LIMITABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS	436
IV. CONTROL PREVENTIVO DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS	437
V. SUSPENSIÓN DE DERECHOS	439
A) Suspensión general	439
B) Suspensión individual	440
C) Garantías judiciales	441

VI.	JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA ...	441
VII.	INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL ..	443
VIII.	FUERZA EJECUTIVA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	445
IX.	INSTITUCIONES DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMA- NOS	446
	A) Garantía parlamentaria	446
	B) Garantía jurisdiccional. Ordinaria (judicial) y constitucional ..	446

Nota preliminar

La *Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, fundada en 1972 por los Tribunales de Alemania, Austria, Italia y Yugoslavia e integrada hoy por cerca de cuarenta Tribunales Constitucionales del Continente, organiza regularmente seminarios especializados sobre cuestiones doctrinales que son objeto de interés compartido y permiten el intercambio de las experiencias de los Tribunales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Se reúnen en este libro las ponencias presentadas por el Tribunal Constitucional español en los seminarios celebrados desde su incorporación a la organización en 1984. Entonces se celebró en Madrid la VI Conferencia, dedicada al estudio de *Las relaciones entre el poder central y los poderes territoriales en la jurisprudencia constitucional* y a la que el Tribunal contribuyó con un informe del que fue autor don Francisco Tomás y Valiente, después publicado por Tecnos (1988) e incluido en sus Obras Completas. La VII Conferencia (Lisboa, 1987), versó sobre *La justicia constitucional en el cuadro de las funciones del Estado*, presentándose por parte española una ponencia de los Magistrados don Ángel Latorre Segura y don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, con la colaboración de los Letrados del Tribunal don Javier Jiménez Campo y don Pedro Cruz Villalón. El tema de la VIII Conferencia (Ankara, 1990) fue *La jerarquía de las normas constitucionales y su función en la protección de los derechos fundamentales* (Ponencia de los Magistrados don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y don Jesús Leguina Villa, con la colaboración de los Letrados don Javier García Roca y don Miguel Sánchez Morón). A la *Protección constitucional e internacional de los derechos del hombre* se dedicó la IX edición de la Conferencia (París, 1993), participando el Tribunal con una ponencia de los Magistrados don Álvaro Rodríguez Bereijo y don Luis López Guerra, con la colaboración del Letrado don Juan Luis Requejo Pagés. Budapest fue la sede en 1996 de la X Conferencia, dedicada al *Tribunal Constitucional como garante del principio de separación de poderes* (ponencia del Magistrado don Pedro Cruz Villalón, con la colaboración del Letrado don Manuel Medina Guerrero). La XI Conferencia *Jurisprudencia constitucional en materia de libertad confesional* se celebró en Varsovia en 1999, con ponencia de los Magistrados don Rafael de Mendizábal Allende y don Carles Viver Pi-Sunyer, con la colaboración del Letrado don Juan Carlos Duque Villanueva. *Las relaciones entre los Tribunales Constitucionales y los restantes Tribunales nacionales* fue el objeto de la XII Conferencia, celebrada en Bruselas en 2002 (ponencia de la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, con la colaboración del Letrado don Juan Luis Requejo Pagés). En fin, la última de las Conferencias celebradas hasta el momento (XIII) tuvo lugar en Nicosia (ponencia de la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, con la colaboración del Letrado don Juan Luis Requejo Pagés) y se dedicó a *Los criterios de limitación de los derechos del hombre en la práctica de la justicia constitucional*.

Durante estos años la *Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos* no sólo ha profundizado en el estudio de diferentes aspectos de la jurisdicción constitucional, conformando y consolidando la convicción y la evidencia de pertenecer a una estrecha comunidad de Estados de Derecho constitucionales, sino que también ha podido expandir notablemente su presencia y labor con la implantación de regímenes democráticos en Europa central y del este, lo que la ha convertido en el principal motor mundial de irradiación del modelo de jurisdicción constitucional.

Un éxito que también propició a partir de 2005 la recuperación –impulsada por el Tribunal Constitucional de España– de una red iberoamericana, resultando en la *Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, que mantiene un intercambio de experiencias de gran potencial con la *Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*.

Las ponencias españolas en estas ocho *Conferencias de Tribunales Constitucionales Europeos* han abarcado temáticas fundamentales de la jurisdicción constitucional y tanto por su amplitud como por su rigor científico y doctrinal el Tribunal Constitucional ha considerado conveniente recuperarlas y publicarlas en una obra que confiamos será de interés y utilidad para el lector.

María Emilia Casas Baamonde
Presidenta del Tribunal Constitucional

**VI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos
Madrid, 1984**

**Las relaciones entre el Poder Central
y los Poderes Territoriales
en la Jurisprudencia Constitucional**

I. INTRODUCCIÓN

1. Indefinición constitucional, disputas doctrinales y modelo de Estado

La considerable originalidad, con el mérito y el riesgo a ella inherentes, de la configuración del Estado constituido en 1978 consiste en el modo de articular «la indisoluble unidad de la Nación española» con «el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran» (art. 2 CE). La resistencia que tal articulación ofrece a encajar en alguno de los modelos de Estado conceptualizados como federal o unitario o en la variante de este segundo tipo definida como Estado regional nos impide una fácil y telegráfica caracterización de nuestro Estado desde el punto de vista de la distribución territorial del poder político. Por otra parte, la singularidad de nuestro todavía reciente proceso constituyente, que consistió en la doble y simultánea transformación de un Estado totalitario y rígidamente centralizado en otro de características antagónicas, contiene algunas de las explicaciones que nos permiten responder a las preguntas de cómo es nuestro Estado y por qué es así. Finalmente el ineludible peso que ejercen sobre el presente determinadas peculiaridades constitutivas de nuestra historia, algunas incluso remotas, pero no por ello desvanecidas, exige que quien trate de comprender nuestra Constitución actual deba conocer y recordar aquellas realidades pretéritas. Todo ello es causa de que esta introducción no pueda ser en nuestro caso una primera y ya directa aproximación al tema objeto de la Conferencia, sino, antes que eso, un intento por comprender y exponer cuál es la estructura de nuestro Estado desde la perspectiva que aquí nos interesa.

Desde el punto de vista de las relaciones del Estado con la sociedad y con el individuo, la Constitución define a nuestro Estado como «un Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1) y por lo que concierne a su forma políti-

ca declara que ésta es «la Monarquía parlamentaria» (art. 1.3), pero no lo denomina de ninguna manera desde la perspectiva de la organización territorial o vertical del poder. Esta indefinición constitucional al respecto, por cierto no involuntaria ¹, y, sobre todo, la incorporación al texto constitucional de características que la doctrina universal considera como propias de los Estados unitarios junto con otras pertenecientes a los Estados federales o por lo menos próximas a este modelo ha dado pie para que nuestros juristas hayan propuesto muy diversas denominaciones para el Estado español ². Incluso ha habido quien, de modo más brillante que convincente, ha defendido la tesis de que «nuestra Constitución ha operado una *desconstitucionalización* de la estructura del Estado... (puesto que) permite, sin sufrir modificación formal alguna, lo mismo un Estado unitario y centralizado, que un Estado sustancialmente federal, que incluso fenómenos que rebasan los límites del Estado federal para recordar fórmulas confederales» ³.

A esa perplejidad puede haber contribuido tanto «la extraordinaria profusión terminológica existente a lo largo del texto constitucional» ⁴, como su resistencia «a cualquier sistematización en torno a esquemas de organización del Estado conocidos hasta ahora»⁵, como también el loable esfuerzo de cada exégeta de la Constitución por aproximar la configuración vertical del Estado a sus

¹ No hay datos explícitos en este sentido en el Diario de Sesiones, pero diversas y concordantes manifestaciones de miembros de la Ponencia redactora del Anteproyecto de Constitución permiten hacer con fundamento esa afirmación.

² A título indicativo, que no exhaustivo, podemos enumerar las siguientes: Estado autonómico, Estado de las Comunidades Autónomas, Estado gradualmente integrado por Comunidades políticas autónomas, Estado unitario regionalizable, Estado federo-regional, Estado compuesto, Estado regional, Estado de estructura compleja, Estado de carácter federarte. Cfr. LOJENDIO E IRURE, Ignacio María: «El modelo autonómico de la Constitución de 1978», en *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983, 1, pp. 21-69, en concreto, pp. 66-69; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago: «La competencia del Tribunal Constitucional en materia de conflictos: una breve nota sobre una cuestión conflictiva», *Revista de Derecho Político*, núm. 16 (invierno 1982-83), pp. 193 y ss.; ELIZALDE, José: «Observaciones sobre el papel del Tribunal Constitucional en la delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Político*, núm. 16 (invierno 1982-83), pp. 143 y ss., en concreto, p. 145; GONZÁLEZ CASANOVA, J. A.: «El Estado de las Comunidades Autónomas», *Sistema*, núm. 38-39 (octubre 1980), pp. 219-238, *passim*; MODERNE, F., BON, P.: *Les Autonomies regionales dans la Constitution espagnole*, Prefacio de Eduardo García de Enterría, Económica, París, 1981, pp. 48-54; VANDELLI, Luciano: *L'ordinamento regionale spagnolo*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 179-230.

³ CRUZ VILLALON, Pedro: «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 4, 1982, pp. 53-63, en concreto, p. 59.

⁴ JAUREGUI, Gurutz: «La expresión jurídica de la nacionalidad vasca», en *Primeras Jornadas...*, *op. cit.*, 1, 117-155, en concreto, p. 118.

⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1981 (211 ed.), pp. 19-20.

personales y razonadas preferencias⁶, como *last but not least* el silencio definitivo de la Constitución. Pero ni de esta definición, ni de la impureza teórica o atipicidad del *modelo*, ni de los problemas terminológicos con que todos, incluido el Tribunal Constitucional⁷, tenemos que enfrentarnos, cabe inducir que carezcamos «de una estructura del Estado constitucionalmente garantizada»⁸.

Ocurre más bien que la Constitución «ha evitado conscientemente bautizar el Estado por ella dibujado como regional o federal»⁹, sin duda porque ninguna de las dos opciones habría sido exacta e indiscutible ni, por lo mismo, habría obtenido un respaldo político satisfactorio; y que tampoco ha querido el constituyente ensayar fórmulas nuevas como lo hizo el de 1931 (Estado «integral», art. 1.3) con más originalidad que éxito. Pero, no obstante, en el texto constitucional existen las normas suficientes para poder hablar de un modelo de distribución de poder político entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De este modelo sólo podemos decir, por ahora, que se trata de un «marco constitucional abierto»¹⁰, de un «modelo estructural flexible»¹¹. Su concreción, al cerrarse el proceso constituyente, dependía de varios factores, entre ellos: a) del ejercicio que del derecho a la autonomía hicieran las provincias limítrofes o incluso alguna provincia en singular para acceder al autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas (art. 143.1 CE); b) del ritmo que las fuerzas políticas imprimieran al proceso de configuración del llamado «mapa de las Comunidades Autónomas»; c) del contenido que, dentro de los límites constitucionales, quisiera cada Comunidad dar a su propia autonomía; y d) de las posibles transferencias o delegaciones de competencias, que, además de las asumidas estatutariamente, atribuyera el Estado a las Comunidades (art. 150 CE).

⁶ Compárense, *ad exemplum* los trabajos antes citados de ELIZALDE y de GONZÁLEZ CASANOVA, con estos otros de J. J. SOLOZABAL: «Nación, nacionalidades y autonomías en la Constitución de 1978. Algunos problemas de la organización territorial del Estado», en *Sistema*, núm. 38-39 (octubre 1980), pp. 257-281, y del mismo autor, «Sobre el modelo de organización territorial del Estado según la Constitución de 1978», en *Revista de Derecho Político*, núm. 13 (primavera 1982), pp. 53-74.

⁷ CRUZ VILLALON, Pedro: «Zwei Jahre Verfassungsrechtsprechung in Spanien», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band I, num. 1, pp. 0-11, donde, en p. 110, escribe: «Das Verfassungsgericht sah sich vor allem mit terminologischen Problemen konfrontiert».

⁸ Cfr. CRUZ VILLALON, P.: *op. loc.* y p. citados en nota 3.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1980, I, p. 259.

¹⁰ LOJENDIO E IRURE: *op. cit.* en nota 2, p. 29.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R.: *Curso...*, *op. cit.* p. 260: «El modelo estructural es, pues flexible...»; y mas abajo: «La flexibilidad del modelo impide, por el momento, llevar más lejos el análisis de sus líneas generales, que, sin embargo, estimamos suficientes como marco general de los desarrollos posteriores».

Muchos de estos factores de concreción del contenido del Estado autonómico ya se han producido: así sucede con los tres primeros antes enumerados. Otros, como el uso por parte del Estado de las facultades del art. 150.2 CE, o, por parte de las Comunidades, del art. 148.2 CE están indefinidamente abiertos. Finalmente la inter pretación que se contenga en la doctrina del Tribunal Constitucional' constituye un vehículo a través del cual siempre podrá rectificarse o matizarse el desarrollo post-constitucional del Estado autonómico, razón por la cual algunos autores ven en el Tribunal Constitucional un elemento fundamental en el proceso de concreción «del nuevo modelo territorial que supone el Estado autonómico»¹². Pero, al margen del juego que puedan dar estos elementos últimamente citados, las normas nucleares del Estado autonómico o, si se prefiere decirlo así, la decisión política fundamental¹³ al respecto, están en la Constitución, como también están en ella las normas para delimitar la distribución del poder político entre el todo y las partes, el Estado y las Comunidades. Por consiguiente, ni la Constitución omite configurar al Estado desde la perspectiva que nos ocupa, ni sus lectores pueden (o podían en 1978) pensar que de tal texto puede nacer cualquier tipo de Estado, pues el Estado unitario centralizado no cabe como posibilidad real¹⁴ en nuestra Constitución, ni la flexibilidad del modelo carece de límites constitucionales. Y no podría ser de otro modo, porque a lo largo del proceso constituyente todas las fuerzas políticas se mostraron conscientes de la necesidad de dar una solución constitucional a la articulación entre la unidad de España y la pluralidad de sus componentes¹⁵, de tal modo que «la plurinacionalidad del Estado espa-

¹² ELIZALDE, J: «Observaciones...», *op. cit.*, p. 143. En realidad el autor citado escribe «proceso de creación» donde yo he escrito (antes de las comillas) proceso de concreción.

¹³ SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 47.

¹⁴ Contrapongo tácitamente «posibilidad real» a «posibilidad imaginable». En el terreno de la imaginación, y aún sin romper la lógica con la fantasía, casi todo es posible; en la realidad el marco de lo posible se reduce a aquellas opciones susceptibles de imponerse con éxito a las demás. Por lo que concierne al problema que nos ocupa la «posibilidad» del Estado unitario centralizado habría requerido como condición un hecho impensable, a saber, que ninguna de las nacionalidades o regiones hubiera hecho uso de su derecho a la autonomía del art. 2 CE; sólo el hipotético y remoto «lector persa» (CRUZ VILLALON, P: «La estructura...», *op. cit.* p. 53) de nuestro texto constitucional podría considerar como verosímil esta condición de posibilidad. Por el contrario puede suscribirse sin reservas la afirmación de F. MODERNE y P. BON a propósito de esta cuestión: «Une seule qualification a été unanimement récusée (même par l' Alianza Popular qui avait fini par admettre la nécessité d'un certain régionalisme politique): celle d'Etat unitaire centralisé» (*op. cit.*, p. 48)

¹⁵ El documento sobre «Nacionalidades y Regiones» suscrito por la oposición democrática el 3 de febrero de 1977 concluía así: «La justicia y la estabilidad democrática pasan por una solución adecuada al grave problema de la construcción de un Estado que asuma la pluralidad nacional y regional de España, que es una realidad histórica a que las fuerzas democráticas se comprometen a mantener y defender» (citado por LOJENDIO e IRURE, *op. cit.*, pp. 23-24). En este mismo sentido véase lo que se contiene más abajo sobre los regímenes preautonómicos.

ñol»¹⁶ o, por lo menos, la distribución del poder político con base territorial en fórmulas que fuesen en cualquier caso más allá de una mera descentralización administrativa¹⁷, era un reto insoslayable que no fue, ciertamente, soslayado por el constituyente.

Sin entrar en disputas doctrinales sobre si nuestro Estado es más regional que federal, o a la inversa, y sin terciar en el debate acerca de su posible carácter «federante» o federalizante o de su proximidad a un «federalismo cooperativo»¹⁸, examinaremos el contenido constitucional de una fórmula, «Estado autonómico», que aunque no se halla explícita en la Constitución, es la que más se emplea por la doctrina y la que mejor parece corresponder en principio al «quid» de nuestro Estado.

II. EL ESTADO AUTONÓMICO: SUS PRINCIPIOS ORDENADORES

2. Fundamentos y límites constitucionales del Estado Autonómico

En la Constitución hay normas de carácter procesal tendentes a encauzar la dinámica autonómica del Estado. Hay otras que regulan la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De las primeras

¹⁶ Terminología propia de los partidarios de una opción claramente federal.

¹⁷ Alternativa moderada frente a la anterior.

¹⁸ Eludimos el tema no sólo porque no es necesario para nuestro propósito, sino porque exigiría plantear también la pluralidad de grados, de supuestos, de condiciones y de formas reales del Estado federal. Al contrario de lo que sucede, por ejemplo, con el concepto de «triángulo equilátero», ocurre que el Estado federal es un «concepto histórico», tanto porque surge en un momento histórico dado para concebir y organizar una totalidad política determinada y hasta inexistente, como porque la realidad por él designada conserva su dinamicidad y obliga o bien a que el concepto adopte nuevas formulaciones, o bien a que «para comprender unas manifestaciones históricas concretas, dotadas de una individualización que las hace distintas de sus géneros próximos, es decir, de la Confederación y del Estado centralizado por regiones», pero cuyas notas diferenciales tampoco coinciden plenamente con las del Estado federal, se pongan en circulación expresiones alusivas a la hibridez o atipicidad de ciertos Estados. Es en este segundo supuesto cuando se habla de «Estados semifederales» o de «Estado cuasi federal» (GARCÍA PELAYO, M.: «Derecho constitucional comparado», *Revista de Occidente*, Madrid, 1964, 7.ª ed., pp. 245-246), o, ahora, de «federalismo cooperativo»; o también cuando circulan con cierto éxito otras fórmulas mixtas, tales como la de «Estado federal-regional» o la de «Estado unitario federal», con referencias a la República federal alemana, o las de «Estado regional federalizado o federalizable». Véase también, en el sentido aquí analizado, las mismas dubitativas páginas de VANDELLI, *op. cit.*, pp. 380-397. Las indecisiones terminológicas apenas ocultan un fenómeno de crisis de los conceptos, fenómeno que, a su vez, es consecuencia de una realidad histórica que rebosa los moldes conceptuales hasta hace poco admitidos como clásicos. Así las cosas, disminuye el interés por la posible polémica en torno a si nuestro Estado es federal o unitario-regional o constituye una figura híbrida, pero más cercana a uno o a otro polo del binomio. En muy parecidos términos, cfr. MUÑOZ MACHADO, S.: *Las potestades...*, *op. cit.*, p. 23.

nos ocuparemos poco, porque no constituyen el objeto específico de este trabajo, que sí debe estar centrado en las segundas. Pero por debajo de unas y otras, hay normas, principios y conceptos explícitos o implícitos en el texto constitucional que actúan como fundamentos del Estado autonómico. Así la Constitución comienza declarando que «España se constituye en un Estado...», de donde se infiere que el titular del poder constituyente, esto es, quien se constituye, es España o, como se dice en el art. 2, «la Nación española», términos equivalentes en el texto constitucional. España es así un sujeto real preexistente a la Constitución, pero no como una mera «formación sociológico-cultural»¹⁹, sino como una nación que «en uso de su soberanía» (Preámbulo de la Constitución, cfr. también arts. 1.2 y 2) decide constituirse en un Estado social y democrático de Derecho.

En consonancia con ello, la soberanía nacional reside en el pueblo español (art. 1.2), de modo que, según la Constitución, hay una sola nación, España, compuesta por un solo pueblo, en quien indivisiblemente reside la soberanía. Ninguna parte del pueblo español es titular de una parte alícuota de soberanía ni, por lo mismo, de poder constituyente originario. La titularidad de una y de otro reside en la ecuación España = nación española = pueblo español.

Ahora bien, España no es, ni era antes de la Constitución, una nación simple, sino compuesta. Entre el individuo y la nación como totalidad están y estaban las nacionalidades y regiones integrantes de la nación española, que eran también realidades preexistentes a la Constitución y a las que ésta les reconoce y garantiza el derecho a la autonomía (art. 2). Pero, a diferencia de la nación, única titular de la soberanía y por ende, del poder constituyente originario, las nacionalidades y regiones integrantes de España sólo son titulares de un derecho a la autonomía, en ejercicio del cual y a través de las normas procesales a las que antes aludimos (principalmente arts. 143, 148, 151 y Disposiciones transitorias 2.^a y 44) pueden constituirse en Comunidades Autónomas.

Estas no son sujetos preconstitucionales, sino el producto o resultado de un doble proceso: el constituyente de la Nación Española y el autonómico de cada nacionalidad o región, que, al final de dicho «proceso autonómico» (art. 151.1 CE), resulta constituida (según los arts. 137 y 143) en Comunidad Autónoma, con arreglo a la Constitución y a su Estatuto, que, dentro de los términos de la Constitución y como norma subordinada y derivada respecto a aquella, será «la norma institucional básica» de cada Comunidad (arts. 143 y 447 CE).

¹⁹ JÁUREGUI BERECIARTU, G.: *La expresión...*, op. cit., p. 121.

La relación entre el todo (la nación constituida en Estado democrático y social de Derecho) y las partes (las Comunidades Autónomas una vez constituidas) no es ni puede ser nunca de antagonismo, sino de integración. El constituyente trata de fomentar simultáneamente la unidad del todo y la realidad plural de las partes, con plena conciencia de que «en los esfuerzos para conciliar la pluralidad con la unidad conviene tener en cuenta que ambas son momentos de la integración»²⁰. Sobre estas bases, no hay oposición entre la «indisoluble unidad de la Nación española» (art. 2 CE) y la «identidad colectiva» (Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en adelante EAC) o la «unidad e identidad histórica» (art. 1 del Estatuto de Autonomía de Aragón, en adelante EAAR) de cada Comunidad.

Por lo mismo tampoco la hay entre autonomía y soberanía. «Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía –y aún este poder tiene límites–, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución» (STC 4/1981, FJ 3).

Sobre estos fundamentos, pues, se construye el Estado autonómico. Pero si en el Título VIII de la Constitución y en los Estatutos de Autonomía hay un conjunto de normas que llenan de contenido el componente diferencial en que consiste el derecho a la autonomía, también hay en la Constitución principios, normas e instituciones que tienden a garantizar el momento unitario de la integración. Quizá las principales y las de efectos más generales sean estas tres:

1. En primer lugar, la unidad del ordenamiento jurídico y, en él, la primacía de la Constitución como norma suprema del Estado. Conviene citar aquí las importantes precisiones contenidas en una de las primeras Sentencias del Tribunal: «Es obvio, para comenzar, que el término Estado es objeto en el texto constitucional de una utilización claramente anfibológica. En ocasiones (así, arts. 1, 56, 137 y en la propia rúbrica de su Título VIII, por mencionar sólo algunos ejemplos) el término Estado designa la totalidad de la organización jurídico-política de la nación española, incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones que la integran y la de otros entes territoriales dotados de un grado inferior de autonomía; en otras, por el contrario (así, en los arts. 3.1, 149, 150), por Estado se entiende sólo el conjunto de las instituciones generales

²⁰ LLORENS, E.: *La autonomía en la integración política*, Madrid, 1932, p. VIII. El texto, con claros ecos de Smend, está, como todo el libro, escrito en función de la Constitución española de 1931, pero la idea vale igualmente para la de 1978.

o centrales y sus órganos periféricos, contraponiendo estas instituciones a las propias de las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales autónomos. Esta contraposición, que puede originar algún equívoco, no puede hacer olvidar, sin embargo, que *la Constitución es la norma suprema del Estado como totalidad y que, en consecuencia, sus principios obligan por igual a todas las organizaciones que forman parte de esa totalidad* (STC 32/1981, FJ 5).

2. Institución clave en este mismo sentido es también el Rey que, como Jefe de Estado, no es sólo quien asume su más alta representación «ad extra», sino quien, ante todo, simboliza «su unidad y permanencia» (art. 56.1). Por eso «su título es el de Rey de España» (art. 56.2), esto es Rey de la nación y no, de forma directa e individualizada, de cada una de las nacionalidades y regiones que la integran o de las Comunidades en que aquellas se hayan constituido. Desde la cúspide institucional de la Jefatura del Estado el Rey cumple una función de integración política del sistema constitucional, puesto que sobre todas sus instituciones actúa el «pouvoir neutre» del Rey, «que arbitra y modera el funcionamiento regular» de aquéllas (art. 56.1 CE). Aunque no sea ésta su única proyección, es indudable que tan difuso como importante poder arbitral podría ser ejercido por el Jefe del Estado para facilitar la solución de conflictos [no formalizados jurídicamente en el sentido del 161.1.c) CE] entre órganos centrales del Estado y tal o cual Comunidad Autónoma.

3. El concepto de Corona, desde su formación en la Baja Edad Media implica los de unidad e indivisibilidad. Supone, en efecto, que los elementos territoriales que a lo largo de la historia se han incorporado a ella «forman una unidad indivisible, que como tal se transmite hereditariamente»²¹. En este mismo sentido, la Constitución, en su art. 57.1 establece que «la Corona de España es hereditaria en los sucesores» del actual Rey²². Lo que en su origen fueron mecanismos propios de una forma de dominación patrimonial fungen ahora como expresión y garantía de una unidad consolidada por los siglos.

3. El momento de la pluralidad en la integración: *excursus* histórico

La regulación constitucional del momento de la pluralidad en la integración nos lleva por fuerza a preguntarnos qué son las Comunidades Autónomas

²¹ GARCÍA GALLO, Alfonso: *Manual de Historia del Derecho español*, I, 2d ed. Madrid, 1964, p. 669.

²² GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín: «La historia de la sucesión en el trono y el art. 57 de la CE de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 19, 1981, pp. 7-42.

y si son todas ellas lo mismo, pero éstas son cuestiones a las que no es posible dar respuesta inteligible sin antes salirnos del análisis del texto constitucional para situarnos en el ámbito de la historia.

Las naciones se forman en la historia y son el producto, nunca definitivo, de procesos de estructuración por lo general largos y complejos. España no es una entidad física ni metafísica, sino una realidad histórica cuyo proceso de articulación política se percibe al menos desde la Baja Edad Media.

En efecto, en el siglo XIII se forma la Corona de Castilla y alcanza su máxima extensión la de Aragón. En la primera se integran los que hasta entonces fueran el reino de León y el de Castilla, al que desde principio de siglo se habían incorporado definitivamente Álava y Guipúzcoa (Vizcaya ya lo estaba). La Corona de Castilla llegó a sus límites máximos al conquistar los reinos musulmanes de Murcia y los que ocupaban la actual Andalucía con la excepción del reino nazarí de Granada. En la vertiente oriental de la península, la Corona de Aragón, integrada inicialmente por el reino de Aragón y los condados catalanes, crece en el segundo tercio del siglo XIII con la conquista de los nuevos reinos de Mallorca y Valencia. A lo largo del siglo XV, Castilla adquiere las islas Canarias y conquista el reino de Granada. Una diferencia fundamental entre una y otra Coronas: mientras en la de Castilla los reinos que se incorporan a ella pierden su individualidad jurídico-política (con las únicas excepciones de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, cada una de las cuales conserva importantes peculiaridades) y se funden bajo unas mismas y comunes instituciones jurídico-políticas, en la Corona de Aragón, cada uno de los cuatro núcleos componentes conserva su personalidad política, su propio Derecho y sus instituciones legislativas, judiciales y administrativas. Entre ambas Coronas se mantiene independiente el reino de Navarra. En 1512, Fernando el Católico lo adquiere como «ganancia» personal; en 1515 lo incorpora por decisión propia a la Corona de Castilla, pero como «reino separado», es decir, con pleno respeto a su Derecho, a sus Cortes y al resto de su organización política y jurídica.

Las Coronas de Castilla y de Aragón vinculadas entre sí desde el matrimonio de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón en 1469, se unen definitivamente y en forma irreversible para el Derecho de la época por vía hereditaria en la persona del nieto de los Reyes Católicos, el Emperador Carlos, en 1516. Comienza la construcción institucional del Estado con los Reyes Católicos; continúa durante los siglos XVI y XVII. Hay instituciones de la Monarquía comunes a toda ella, desde las cuales se la gobierna; hay también las instituciones propias y exclusivas de cada reino o territorio con personalidad política: Cataluña, Aragón, Mallorca, Valencia, Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa, Ála-

va. Dentro de la Corona de Castilla otros territorios (Asturias, Galicia) tienen algunas instituciones peculiares. Este sistema de unidad de la Monarquía y diversidad de los reinos se mantuvo hasta principios del siglo XVIII.

Entonces, la guerra por la sucesión al trono de Carlos II, muerto en 1700, provoca consecuencias de gran trascendencia constitucional. Los reinos de la Corona de Aragón se inclinan en favor del archiduque Carlos de Austria. Pierden la guerra. Felipe V promulga los Decretos de la Nueva Planta o nueva organización. Cataluña, Aragón, Valencia, Mallorca pierden sus instituciones jurídico-políticas, su Derecho (salvo el privado, que se conserva en Cataluña, Aragón y Mallorca), y «todos los fueros, privilegios, exenciones y libertades de que gozaban». El Derecho de Castilla se extiende a estas tierras. No hay ninguna innovación respecto a Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava. Fieles a Felipe V, no sufren represalia alguna. Desde entonces son los únicos núcleos territoriales con regímenes de Derecho público diferentes en parte al común en el resto de España, cuya cohesión nacional se fortalece a lo largo del siglo XVIII. El sistema polisindial de la Monarquía de los Austrias se sustituye por el de un Consejo Real que actúa con poder sobre todos los reinos. En él se crea un Derecho que comienza a llamarse nacional y que es de vigencia general en toda España. Los Secretarios del Despacho, antecedentes de los Ministros, tienen competencias en materias determinadas sobre toda España. Comienza a existir un Ejército nacional. El Estado crece y constituye un foco de cohesión. Pero también la sociedad política, la nación, experimenta un fortalecimiento de su conciencia unitaria. Se avanza hacia un mercado interior único; se participa en empresas mercantiles con América con restricciones a favor de puertos determinados; se unifican pesas y medidas. La expresión bélica de esa conciencia nacional española es la guerra de la Independencia contra los ejércitos de Napoleón entre 1808 y 1813²³.

Fechas que coinciden también con la crisis del Antiguo Régimen y el comienzo de la revolución liberal burguesa. Desde la Constitución de 1812 y

²³ Para la comprobación y en su caso ampliación de los datos y procesos aquí sintetizados, pueden consultarse muy diversas obras de Historia de España. Remito preferentemente a las colectivas, dirigidas por Miguel ARTOLA (Alianza-Alfaguara), TUÑÓN DE LARA (Editorial Labor) y José M.^a JOVER (editorial Espasa-Calpe). Más en particular sobre aspectos histórico-jurídicos y propiamente constitucionales, GARCÍA GALLO, A.: *Manual...*, 1, pp. 605-609; 613; 652; 659-660; 670-672 y 680 a 684. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis: «Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media», *Revista de Occidente*, Madrid, 1968, pp. 226-232. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: «El gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos en la España del siglo XVII», *apud La España de Felipe IV. Enciclopedia de Historia de España*, de MENÉNDEZ PIDAL, dirigida ahora por José M.^a JOVER, Espasa-Calpe, XXV, Madrid, 1982. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho español*. Tecnos, Madrid, 4.^a ed., 1983.

por debajo de la alternancia entre Constituciones progresistas o doctrinarias, el Estado se racionaliza y crece. Se construye una Administración central con delegaciones provinciales y sobre una y otras se vertebraba el Estado. El poder político y las instancias superiores de la Administración y del poder judicial residen en Madrid. El Estado liberal es centralista y unitario.

A la muerte de Fernando VII, una nueva cuestión sucesoria mezclada con muy diversos factores da lugar a la guerra carlista de 1833-1839, reproducida después en otras ocasiones hasta la última, finalizada en 1876. La resistencia antiliberal, absolutista o carlista se hace fuerte en Navarra y en las tres provincias vascongadas, y utiliza como una de sus banderas la defensa de sus respectivos Fueros. Los carlistas pierden la guerra en 1839. No obstante, el 25 de octubre de 1839 se promulga una ley de compromiso cuyo artículo primero declaraba que «se confirman los Fueros de las provincias vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía». Con base en esa ley se promulgó la de 16 de agosto de 1841 para organizar «la Administración general de Navarra» y que ha sido, sin interrupción hasta la actual Constitución, la principal norma reguladora de las especialidades jurídico-públicas o «régimen foral» de Navarra, con importantes peculiaridades sobre todo económico-administrativas y fiscales. Navarra es así el único territorio que ha conservado un régimen especial de Derecho público sin interrupción desde 1515 hasta 1978²⁴.

Respecto a Guipúzcoa, Álava y Vizcaya no hubo otra ley equivalente a la de 16 de agosto de 1841 para Navarra. Tras la última guerra carlista, la Ley de Cánovas de 21 de julio de 1876, sin suprimir del todo sus peculiaridades dejaba al Gobierno amplísimos poderes para, al amparo de dicha ley y de su constitutiva ambigüedad, conservar alguna especialidad y, sobre todo, crear algunas nuevas. El régimen de conciertos económico-fiscales, establecido por el Decreto de 28 de febrero de 1878 y renovado para las tres provincias en 1887, 1906 y 1925 (éste con vigencia prevista para veinticinco años) puede ampararse en la Ley de 1876 y puede ser considerado por algunos como continuación de viejas especialidades de la época foral, pero en realidad implica un régimen fiscal pactado por las burguesías de Bilbao y

²⁴ MINA APAT, M.^a Cruz: *Fueros y revolución liberal en Navarra*, Alianza, Madrid, 1981. RODRÍGUEZ GARRAZA, R.: *Navarra de Reino a provincia (1828-1841)*, Euns, Pamplona, 1968. MARTÍNEZ TOMÁS, Antonio: *El régimen financiero y tributario de Navarra*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual...* pp. 568 y ss. Cfr. también lo que manifiesta la Diputación Foral de Navarra cuando en su acuerdo de 15 de febrero de 1984, cortésmente comunicado al Tribunal Constitucional, dice así: «La autonomía foral de Navarra, que tiene su anclaje en la ley confirmatoria de Fueros de 25 de octubre de 1839, se desarrolló posteriormente en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, así como en otras disposiciones complementarias...».

San Sebastián con los Gobiernos conservadores en condiciones altamente favorables para la burguesía vasca (en especial la vizcaína) que entonces emprendía la industrialización del país.

A pesar del centralismo uniformista, a mediados del siglo XIX y desde una racionalidad no estrictamente política, sino basada en el hecho insular y en imperativos económico-administrativos, se reconoce para Canarias en un Real Decreto de 11 de junio de 1852 un régimen de franquicias, ratificado por Ley de 6 de marzo de 1900 y que, ampliado posteriormente, desemboca en la Disposición Adicional tercera de la actual Constitución.

Aproximadamente hacia el último tercio del siglo XIX comienzan los movimientos nacionalistas en el País Vasco y en Cataluña, nacionalismos no identificables entre sí, pero que se producen durante el periodo de acumulación capitalista de sus respectivas burguesías, empeñadas en sendos procesos de industrialización, pioneros en España, y que por lo mismo atraen a uno y otro país fuertes corrientes migratorias. Frente a la «invasión maketa», Sabino Arana defiende la lengua y la raza como señales de identidad, sobre un fondo de nostalgia por la vida rural frente a una industrialización innovadora. La lengua, la cultura y la historia catalanas proporcionan vínculos reflexivos y emocionales de conciencia nacional. El hecho de que ambos movimientos nacionalistas arraiguen en los países más avanzados industrialmente y con mayor tasa de inmigrantes y el hecho de que éstos se quejen con frecuencia de sufrir tratos discriminatorios en los lugares donde viven y trabajan, crean en el resto de España desconfianza respecto a unos movimientos que se interpretan como consolidadores de diferencias ventajosas. Otros «renacimientos nacionalistas» (Galicia, Valencia, Aragón, Andalucía...) fueron menos profundos y, en cierto modo, inducidos por los ya mencionados.

Frustrada la ocasión de una República federal en 1873, los movimientos nacionalistas, al margen de minoritarias opciones violentas y separatistas, trataron de compatibilizar la afirmación nacional catalana o vasca con la integración de España. La autonomía y el autogobierno serán desde las Bases de Manresa de 1892 y, sobre todo, desde la implantación de la mancomunidad entre las cuatro provincias catalanas por Real Decreto de 26 de marzo de 1914, los caminos propuestos por la burguesía catalana. Salvo en la fase inicial, de furioso independentismo, Sabino Arana acabará inclinándose (sin renunciar bajo fórmulas ambiguas a soluciones más radicales) por la fórmula autonomista. El Partido Nacionalista Vasco, desde su fundación en 1895 experimentó también oscilaciones semejantes,

para insertarse durante la II República de modo inequívoco en la línea autonomista²⁵.

La Constitución de 1931 declaraba que «la República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones». Un Estado integral o integrador es el dotado desde el momento constituyente de un «sistema de integración autonómica de las colectividades territoriales parciales en el Estado»²⁶. El artículo 80 de la Constitución declaraba que «el Estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía». No era, pues, España o la nación española la que tenía o tendría esa composición, sino el Estado, entendido en este contexto como organización política total.

En el sistema de integración autonómica de la II República ni era preciso que toda provincia se insertara en una región autónoma, ni para las provincias que tomaran tal opción su decisión era definitiva, pues cualquier provincia podía en esta segunda hipótesis «renunciar a su régimen y volver al de provincia directamente vinculada al poder central» (art. 22 CE 1931). La dualidad de regímenes estaba, pues, explícitamente prevista. La autonomía regional se ofrece no tanto como fórmula general (aunque tampoco existía en la Constitución ningún precepto que prohibiera su generalización), sino como solución para resolver los problemas de Cataluña, País Vasco y Galicia. Aunque también Galicia alcanzó a plebiscitar por mayoría abrumadora su Estatuto de autonomía (junio de 1936), sólo Cataluña y el País Vasco aprobaron sus respectivos Estatutos. Otras regiones (Aragón, Andalucía, Valencia) habían iniciado también su proceso hacia la autonomía. El Estatuto de Cataluña fue aprobado por ley de 15 de septiembre de 1932; el del País Vasco, por otra de 6 de octubre de 1936. Tras el fracaso de un primitivo proyecto de Estatuto vasco para Guipúzcoa, Álava, Vizcaya y Navarra (el de Estella, 1931) un nuevo proyecto de Estatuto, el de 1932, también previsto para esos cuatro territorios,

²⁵ Sobre el nacionalismo vasco remito al lector al *Diccionario de historia del País Vasco*, de Fernando GARCÍA DE CORTÁZAR y M. MONTERO, editorial Txertoa, I y II, San Sebastián, 1981, en especial por la riquísima bibliografía allí citada entre la que recomiendo particularmente los títulos por mí citados en la bibliografía del Cap. XXXI de mi *Manual...*, p. 585. Para la historia reciente de Cataluña y su nacionalismo, y también (como en el párrafo anterior) a modo de bibliografía introductoria, son muy recomendables: PABÓN, Jesús: *Cambó*, I, II y III. Barcelona 1952-1959; GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio: *Federalisme i autonomia a Catalunya (1868-1938)*, Barcelona, 1974. MOLAS, Isidre: *La Lliga catalana*, I y II. Barcelona, 1972. SOLÉ TURA, Jordi: *Catalanisme i revolució burguesa*, Barcelona, 1957. Sobre el tema general de «Autonomías: un siglo de lucha», ofrece una visión elemental, pero seria y con nota bibliográfica introductoria para cada país, nación o región, el volumen extra sobre ese título de *Historia 16*.

²⁶ LLORENS, Eduardo L.: «La autonomía...», p. 162. Sobre la crítica al art. 8, cfr. PEREZ SERRANO, Nicolás: «La Constitución española», ed. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1932, p. 61.

fue aprobado por los representantes municipales de las tres primeras provincias, pero rechazado por los representantes de los municipios de Navarra; desde entonces el proyecto de Estatuto vasco, se refirió tan sólo, como el texto definitivo aprobado en octubre de 1936, a Álava, Guipúzcoa y Vizcaya²⁷.

El régimen del General Franco suprimió los Estatutos derivados de la Constitución republicana y trató a Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya no con arreglo a la lógica de la historia ni en función de principios de lógica jurídica, sino en virtud de una peculiar lógica de las lealtades. Navarra y Álava, provincias «lealísimas» el Movimiento Nacional, conservaron sus Diputaciones Forales y en el caso de Navarra, un régimen directamente entroncado con la ley de 1841. Guipúzcoa y Vizcaya, leales a la República, perdieron sus conciertos fiscales. Quien se había alzado militarmente contra la República condenó a quienes se resistieron legítimamente a su rebelión, como rebeldes frente al alzado en rebeldía.

La retórica del nacionalismo instrumentada por los ideólogos del Nuevo Estado vencedor en la guerra civil cumplió una función encubridora en un triple sentido. En primer lugar sirvió para encubrir, bajo el mito de la nación como gran familia, como entidad supraclasista a cuyo engrandecimiento todos tenían que contribuir hermanados por la gloria de la madre patria, la realidad, no ya de la lucha, sino de las simples diferencias de clase. Una segunda dimensión de la retórica nacionalista consistió en exaltar, como única posible y verdadera, la visión de una España identificada con las ideas de unidad católica, fidelidad a la Iglesia y continuidad con una cultura fiel a esas esencias, a estos «motivos de la España eterna»²⁸. En tercer término el nacionalismo cumplía otra función encubridora: la de la diversidad intrínseca de España, de la cual sólo sobreviven a la censura algunos vestigios folklóricos compatibles con la oficial unidad (que implicaba también la uniformidad lingüística y político-administrativa) de los hombres y las tierras de España.

De la síntesis expuesta pueden extraerse las siguientes conclusiones.

Primera. El largo proceso histórico de estructuración de España muestra a ésta como el resultado de la articulación de muy distintos núcleos, incorporados entre sí en muy distintos tiempos y circunstancias y dotados también de muy distinto grado de conciencia colectiva.

²⁷ CASTELLS ARTECHE, J. M.: *El Estatuto Vasco*, Haramburu editor, San Sebastián, 1976.

²⁸ Sobre fascismo y nacionalismo en España, cfr. JIMENEZ CAMPO, J.: *El fascismo en la crisis de la II República*, C.I.S. Madrid, 1979, pp. 29, 63, 65-66, 99 y siguientes y 159 a 166. CHUECA, Ricardo: *El fascismo en los comienzos del régimen de Franco. Un estudio sobre FET-JONS*, C.I.S. Madrid, 1983, principalmente pp. 22 a 34. Particular interés en este contexto tiene el libro de CORTS GRAU, José: *Motivos de la España eterna*, Madrid, 1946 como expresión de esa visión «espiritual-católica-eterna» de nuestras esencias.

Segunda. A una nación así constituida no parece convenirle una organización política unitaria, en ocasiones impuesta por la fuerza y rechazada en momentos de implantación de Constituciones democráticas (1873, 1931, 1978). Pero tampoco parece ser el modelo de sociedad política al que se adecúe una organización federal pura, que vendría a homogeneizar, por arriba o por abajo, elementos heterogéneos entre sí.

Tercera. La crisis del nacionalismo autoritario ha conducido a dudas injustificadas, cuando no frívolas, sobre la realidad histórica de España, y, por otra parte, ha coincidido con el renacimiento de unos nacionalismos antes reprimidos y ahora defendidos, en ocasiones, por medios no democráticos. Ni el mostrenco nacionalismo fascista estuvo justificado ni sustentado en la historia, ni en ella podría encontrar amparo el abandono de la realidad nacional (lingüística, cultural, histórica, política de España), ni otros nacionalismos parciales y violentos son mejores que aquél.

Cuarta. Los títulos históricos esgrimidos en 1978 para legitimar exigencias de diferenciación, tenían raíces de muy distinto alcance, como distinto era también su contenido. La legitimidad historicista vale más como título para justificar la existencia del hecho diferencial, que para determinar su contenido. De ahí la necesidad de articular el respeto al historicismo con la legitimidad democrática constitucional.

A ello tiende nuestra Constitución en cuanto instrumento de paz y de convivencia democrática para proteger «a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones» (Preámbulo de la Constitución española 1978). Que lo consiga depende en buena medida de la adecuación del Estado autonómico a nuestra realidad histórica pasada y presente. En este sentido García de Enterría afirma que «nuestro país se juega literalmente su propia subsistencia sobre la opción autonómica de la Constitución»²⁹.

4. El momento de la pluralidad en la integración (continuación): las Comunidades Autónomas

Que la pluralidad existe es, pues, un hecho de experiencia histórica; la voluntad política puesta de manifiesto de muy diversas formas durante los

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en su «Estudio Preliminar», p. 18, a la obra colectiva dirigida por él, *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, I.E.E., Madrid, 1980.

años finales del franquismo y a lo largo del proceso constituyente se pronunciaba en favor de la articulación de esa pluralidad en el nuevo Estado constitucional. El principio de autonomía y la creación de las Comunidades Autónomas son los principales instrumentos constitucionales al respecto.

Ya hemos dicho antes que autonomía no es soberanía. Resulta difícil definir en positivo qué es la autonomía. El Tribunal Constitucional, en un esfuerzo continuado y casuístico, ha ido delimitando el contenido de este concepto jurídico indeterminado que, en cuanto tal, «ofrece un margen de apreciación muy amplio», y ha comenzado por considerar, en una de sus primeras sentencias, que el principio de autonomía es «un principio general de la organización del Estado plasmado en nuestra Constitución», dotado de un «carácter informador de todo el ordenamiento jurídico» y que, en cuanto forma parte de la Constitución, participa, como no podía ser de otro modo, «de la fuerza derogatoria de la misma» (STC 4/1981, FJ 1.B.). Siendo pues, uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución (STC 32/1981, FJ 3 «in fine») es innegable que, a la vista de su artículo 137, la autonomía es algo de lo que gozan los municipios, las provincias y las Comunidades Autónomas que se constituyan «para la gestión de sus respectivos intereses». Pero no del mismo modo o con el mismo contenido, porque el grado superior de autonomía es el propio de las Comunidades Autónomas y consiste en un poder no sólo administrativo (como la autonomía provincial y municipal) sino también y ante todo en un poder «potencialmente» político (STC 84/1982, FJ 4). Al reconocerlo así el Tribunal Constitucional, coincidiendo con la unanimidad de los comentaristas, no puede caber duda de que el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones es un derecho de contenido «potencialmente» político (art. 2 CE), en virtud del cual se constituyen en Comunidades Autónomas (art. 137 CE), y el poder que, ya constituidas, éstas adquieren es «potencialmente» político y no sólo administrativo. La repetición subrayada del adverbio «potencialmente» significa que, siendo el reconocimiento del poder de hacer leyes la frontera conceptual y fáctica que separa la descentralización política de la administrativa, y no existiendo en la Constitución ningún precepto que imponga u obligue a todas las Comunidades Autónomas a asumir poder legislativo, pues la Constitución se limita reiteradamente a admitir tal posibilidad o a imponerla sólo en relación con determinadas Comunidades, es claro que el poder político de las Comunidades Autónomas sólo es característica necesaria «ex Constitutione» de algunas de ellas, y poder potencial de todas las demás. Dejando a un lado el contenido de la autonomía municipal y provincial, pero sin olvidar nunca que ésta implica un límite al poder autonómico de las Comunidades, (STC 84/1982, FJ 4), nos ceñiremos desde ahora al examen de éstas.

¿Qué son las Comunidades Autónomas? La Constitución, que, como vamos viendo, rehuye siempre planteamientos esencialistas, no las define. Ni tampoco define qué ni cuáles son las nacionalidades y regiones titulares del derecho a la autonomía. Ni vuelven a aparecer, después de su mención en el art. 2, las expresiones «nacionalidades» y «regiones», pues cuando el art. 143.1 hace referencia al ejercicio del derecho reconocido en el art. 2, el sujeto que ha de ejercerlo para acceder al autogobierno ya no son las nacionalidades o las regiones, sino a) las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, b) los territorios insulares, o c) individualmente, las provincias con entidad regional histórica. Estos territorios, más d) «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de autonomía», más e) Navarra, más f) territorios que no superen una provincia y no tengan entidad regional histórica, más g) territorios que no estén integrados en la organización provincial (arts. 143 y 144 y Disposiciones transitorias 21 y 44 CE), son los que pueden formar Comunidades Autónomas. Cuáles de ellas tengan como soporte real una nacionalidad histórica, o una región, no lo dice la Constitución. Así, estas expresiones, carentes de contenido conceptual explícito en la Constitución y de las cuales ésta no extrae consecuencias normativas, cumplen la única, aunque muy importante, función de actuar como fórmula de transacción entre las diversas tendencias políticas (unitarias y plurinacionalistas), para servir «de amortiguador de viejas disputas, enconos y tensiones nacionales» y, al mismo tiempo, permitir que se acabe, con la autoridad inherente a una declaración constitucional, con «el mito de la homogeneidad nacional»³⁰. La fórmula implícita podría sintetizarse así: en España hay nacionalidades y hay regiones; que las provincias de unas y otras se constituyan en Comunidad Autónoma; y que cada una de éstas, en su norma institucional básica, se autodefinan como nacionalidad, como región, como entidad foral o de alguna otra forma; definiciones, que, por lo demás, carecerán de relevancia constitucional.

El Tribunal, que tampoco asume funciones definitorias más allá de lo indispensable en cada caso, ha dicho que las Comunidades Autónomas no sólo están incluidas entre los poderes públicos a que alude la Constitución en el art. 53 y en otros pasajes (STC 64/1982 FJ 2), sino que son también «lato sensu» órganos del Estado» (STC 32/1983, FJ 1; STC 32/1981, FJ 5). Con ello se destaca la idea de que si bien es cierto que tanto la Constitución, como los Estatutos y la L.O.T.C. emplean con frecuencia las expresiones «Estado»

³⁰ LEGUINA, Jesús: «Las Comunidades Autónomas», ahora en su libro *Escritos sobre Autonomías territoriales*, Tecnos, Madrid, 1984, principalmente pp. 15-23 y pp. 26.

y «Comunidad o Comunidades Autónomas» como no sólo distintas, sino como procesal o conflictivamente contrapuestas, también lo es que en una acepción amplia, el Estado, como organización total o como «unidad organizada» o «unidad real de organización»³¹ incluye necesariamente a las Comunidades Autónomas, cuyos órganos, por tanto, son poderes públicos e indirectamente órganos del Estado. Sólo a la hora del reparto de competencias o a la de regular los conflictos de tal naturaleza, Estado (en el sentido de órganos centrales del sistema o aparato de poderes públicos) y Comunidades son términos opuestos.

En otro contexto, el Tribunal se ha referido a la Comunidad Autónoma, en abstracto, como «la primera y más alta de las entidades a que se refiere el art.137 de la Constitución», pues «en efecto, la Constitución prefigura, como antes decíamos, una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía, las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito» (STC 32/1981, FJ 3). El esquema vertical de poderes está en el párrafo muy claramente descrito.

Ahora bien, ¿cuáles son las Comunidades Autónomas con la Constitución en la mano? Si no define qué son, nuestra Constitución tampoco dice cuáles son las Comunidades Autónomas. No obstante, en la enumeración que antes construimos³² existen algunos elementos de determinación. Sin contar con los apartados f) y g), que remiten al art. 144 CE y de los que por su carácter muy especial no vamos a ocuparnos³³, los apartados b), d) y e) de aquella contienen referencias muy directas a Canarias, Baleares, Navarra, Cataluña, País Vasco y Galicia. La geografía, por lo que respecta a los territorios insulares, y la historia —remota o próxima— en lo concerniente a ellos mismos, pero, sobre todo a los otros cuatro son los criterios que la Constitución ha valorado para singularizar, casi sin nombrarlas, a estas seis Comunidades. Pero ya no hay más indicaciones a futuras y concretas Comunidades en el texto constitucional. A qué Comunidades podrían dar lugar los criterios contenidos en el art. 143 CE en primer y tercer lugar (esto es, los incluidos en los apartados a) y c) de nuestra enumeración) es algo que no queda determinado por la Constitución, que, por lo que hemos visto, ni define qué son, ni cuáles, ni cuántas han de ser las Comunidades Autónomas.

³¹ HELLER, Hermann: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, 74 reimpresión, Madrid, 1971, pp. 247 a 256, en especial p. 248.

³² *Vid. supra*. p. 18

³³ Aluden respectivamente a Ceuta y Melilla y a Gibraltar.

La Constitución contiene, pues, los criterios en virtud de los cuales pueden constituirse Comunidades. Algunos son tan concretos que apuntan a seis de ellas sin equívoco posible. Otros son tan amplios que permitan su concreción en formas diversas a determinar por las propias provincias reuniéndose con otras limítrofes o convirtiéndose en Comunidades uniprovinciales. La Constitución no dibuja el mapa de España compuesto por Comunidades. Lo prefigura, pero no lo configura.

En una sociedad, todo orden regulado por normas es el resultado de una ordenación o de una organización. Según García-Pelayo, «la distinción entre ambos tipos de órdenes puede formularse diciendo que la organización es un orden estructurado por una racionalidad previa a la realidad ordenada, mientras que la ordenación es un orden estructurado por una racionalidad inmanente a la realidad misma». Por ello, «lo importante es que en la organización el planteamiento racional es previo a la praxis, mientras que en la ordenación se descubre una racionalidad en la praxis misma»³⁴. A mi entender, el constituyente ha querido que el orden territorial del Estado fuera más el resultado de una ordenación con participación decisoria de la sociedad, que de una organización impuesta a la misma. Ninguna experiencia histórica se amoldará con exactitud y perfección a uno u otro de estos dos tipos conceptuales. Pero el proceso de configuración del «mapa autonómico» de España a partir de la simple prefiguración constitucional ha sido más ordenador que organizativo; se ha querido que la propia racionalidad inmanente a nuestra estructuración histórica en nación actuase en la praxis, de modo que en ésta se «concretizara» lo que el legislador constituyente ofrecía. Las diecisiete Comunidades actuales no son el producto de laboratorio previsto e impuesto por el poder constituyente, sino el resultado de un proceso de ordenación iniciado en los primeros momentos de la transición democrática y concluido con la aprobación en 25.11.83 de los últimos Estatutos de autonomía: proceso en el que las provincias españolas, autodefiniéndose como regiones o nacionalidades y optando entre los cauces propuestos por la Constitución o utilizando en algunos casos los para ellas previstos en las Disposiciones transitorias segunda y cuarta, han accedido a la autonomía constituyendo Comunidades Autónomas.

No es ésta la ocasión adecuada para estudiar con detenimiento las vías, las etapas y las vicisitudes de ese proceso de ordenación autonómica. Convie-

³⁴ GARCÍA PELAYO, Manuel: *Burocracia y tecnocracia*, Alianza, Madrid, 1974, en concreto el trabajo titulado «Ordenación y organización», pp. 203-220; los párrafos transcritos, en p. 204. Cfr. también HELLER, H.: *Teoría...*, pp. 206 y ss. y 249 a 252.

ne sin embargo hacer referencia a las principales normas y hechos que lo han caracterizado y que de modo sintético podemos enumerar así:

1.^a El proceso comenzó antes de la Constitución con una serie de disposiciones (en su mayoría con forma de Real Decreto) que restablecían y regulaban el régimen foral vascongado, por una parte, y, por otra, con los Reales Decretos o Decretos-Leyes por los que se creaban provisionalmente unos entes preautonómicos, bien restableciendo órganos que existieron en etapas anteriores al Estado franquista (por ejemplo el Real Decreto Ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad, o el Real Decreto-Ley 1/1978, de 4 de enero, por el que se aprueba el régimen preautonómico del País Vasco) o bien creándolos literalmente «ex novo» y en todo caso con carácter provisional³⁵.

2.^a En la etapa preconstitucional se produjo así un doble fenómeno a impulsos de exigencias políticas: por una parte, el restablecimiento parcial y provisional de los regímenes autonómicos de Cataluña y del País Vasco, porque no hacerlo así «hubiera supuesto un peligro para la consolidación de la democracia»; por otra, «la generalización de la preautonomía», para evitar, como se decía entonces con frase tópica, «agravios comparativos» entre aquellas nacionalidades —autónomas políticamente y desarrolladas en lo económico y las demás regiones o nacionalidades de España. Se quería, en frase del entonces Ministro Adjunto para las regiones, evitar «el riesgo adicional de enfrentamiento entre regiones desarrolladas y subdesarrolladas»³⁶.

3.^a Esta generalización de la autonomía se contiene de modo tácito en la Constitución, de donde al no estar previsto (como en el art. 22 de la Constitución de 1931, según vimos) un doble régimen de provincias constituidas en Comunidades y provincias directamente vinculadas al poder central, se infiere que toda España, si bien al final de un proceso cuyo ritmo tampoco se gradúa constitucionalmente, resultaría estructurada en Comunidades Autónomas. Precisamente por eso, la Constitución prevé la posibilidad de que si las Corporaciones locales no ejercen la iniciativa autonómica en las formas que enseña expondremos, las Cortes Generales puedan «sustituir» su iniciativa

³⁵ Pueden consultarse todos ellos en *Normas políticas y administrativas de la transición: 1975-1978*, recopiladas por MARIANO BAENA y M. M. GARCÍA MADARIA, Madrid, 1982, pp. 751-798. Por su intencionalidad política pacificadora o simbólica, destaca el Real Decreto-Ley 20/1976 de 30 de octubre por el que se derogaba el Decreto-Ley de 23 de junio de 1937, antes citado, sobre régimen económico-administrativo de las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya.

³⁶ *Regímenes preautonómicos*, Presidencia del Gobierno, Colección Informe, Madrid, 1978 con prólogo del ministro citado, Manuel CLAVERO ARÉVALO, en pp. 11 y 12. Puede verse también CLAVERO ARÉVALO, Manuel: *España, desde el centralismo a las autonomías*. Planeta, Barcelona, 1983.

mediante ley orgánica que encamine a un determinado territorio que no hubiere mostrado deseos de acceder a la autonomía o cuya iniciativa hubiere fracasado por los cauces del régimen general de autonomías³⁷.

4.^a Dejando a un lado esa iniciación excepcional de las Cortes y la que también pueden ejercer las ciudades de Ceuta y Melilla (Disposición transitoria 51 y art. 144 CE), la Constitución contiene «una dualidad procedimental básica» para ejercer y encauzar la iniciativa autonómica. La ordinaria, prevista en el art. 143.2 y Disposición transitoria primera, y la extraordinaria, regulada en el art. 151.1 y en la Disposición transitoria segunda. Esta permite con suma facilidad el acceso a la autonomía de Cataluña, País Vasco y Galicia; al término de este camino se llega a un régimen pleno o máximo de autonomía, al que también pueden llegar, pero con superiores dificultades procedimentales, aquellas otras nacionalidades o regiones que opten por la vía del 151.1. Su techo competencial está en el art. 149 de la Constitución. Por el contrario, las provincias que opten por la vía ordinaria de acceso a la autonomía, que es la del 143, tendrán su techo de competencia en el art. 148 con límites muy inferiores, si bien el párrafo segundo del mismo permite que al cabo de cinco años y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades de este tipo (vía ordinaria y más bajo techo de competencias), podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el art. 149. Así pues, la dualidad de vías de acceso a la autonomía comporta para cada una de sus opciones consecuencias importantes en orden al procedimiento de elaboración y aprobación de un Estatuto, al nivel de competencias y al modelo de organización institucional³⁸, si bien tales diferencias no cristalizan en regímenes definitivamente diversos, pues cabe la reconducción de uno a otro por medio de la posibilidad abierta en el art. 148.2 de la Constitución.

5.^a Queda finalmente el caso singular de Navarra a la que se le reconoce la posibilidad de incorporación al régimen autonómico vasco (Disposición transitoria cuarta, 1), pero que, no habiendo hecho uso de tal posibilidad, se ha constituido en Comunidad a través de un proceso de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral, no previsto explícitamente en la Constitución y al que luego haremos alguna referencia.

³⁷ En este mismo sentido se expresa Jesús LEGUINA («Las Comunidades...», p.): «... la Constitución ha optado por un modelo de autonomías regionales que, aún admitiendo ritmos diferentes en su aplicación, acabe por cubrir la totalidad del territorio del Estado, sin dejar zonas o territorios exentos o directamente vinculados al poder central...».

³⁸ LEGUINA, Jesús: *Las Comunidades...*, p. 50. Sobre las diferencias competenciales, cfr. *infra*. todo el apartado II.

En la actualidad, concluido ya el proceso de formación de las Comunidades Autónomas, España está territorialmente compuesta por diecisiete de ellas: País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Valencia, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Navarra, Baleares, Extremadura, Castilla-León y Madrid, citadas por el orden cronológico de aprobación de sus respectivos Estatutos³⁹. De ellas sólo cinco escapan del sistema general (arts. 143 y 148), que son Cataluña, País Vasco y Galicia, constituidas por la vía de la Disposición transitoria segunda y en el marco del art. 149; Andalucía, única que ha utilizado el procedimiento del art. 151; y Navarra, que ha llegado a la máxima cota competencial por la vía de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Fuero.

5. Principios constitucionales de articulación entre el poder central y los poderes comunitarios

Los principios constitucionales de articulación entre el poder central y los de las Comunidades Autónomas son a mi juicio los siguientes: principio de limitación del historicismo jurídico; principio de diversidad en la diversidad; principio de homogeneidad mínima; principio de voluntariedad limitada.

5.1 Las alusiones a la historia en el texto constitucional son muy numerosas. Dejemos a un lado aquellas situadas en contextos muy diferentes a los temas que nos ocupan⁴⁰ y contraigamos nuestros análisis a las referidas a éstos. Alguna es tácita, como la contenida en la expresión «nacionalidades y regiones» del art. 2, o las implícitas en las Disposiciones transitorias 2.^a y 4.^a, pues parece innegable que la diferencia entre nacionalidades y regiones tiene mucho que ver con la personalidad cultural lingüística e incluso política que a lo largo de la historia han adquirido aquéllas, aunque no se diga cuáles sean y, por otro lado, es también evidente que las fórmulas especiales previstas en aquellas Disposiciones tiene estrecha relación con nuestra historia inmediata. En otros luga-

³⁹ Sus respectivas fechas son las siguientes. E.A. País Vasco (L.O. 3/1979, de 18 de diciembre). E.A. Cataluña (L.O. 4/1979, de 18 de diciembre); E.A. Galicia (L.O. 1/1981, de 6 de abril); E.A. Andalucía (L.O. 6/1981, de 30 de diciembre); E.A. Asturias (L.O. 7/1981, de 30 de diciembre); E.A. Cantabria (L.O. 8/1981, de 30 de diciembre); E.A. La Rioja (L.O. 3/1982, de 9 de junio); E.A. Murcia (L.O. 4/1982, de 9 de junio); E.A. de la Comunidad Valenciana (L.O. 5/1982, de 1 de julio); E.A. Aragón (L.O. 8/1982, de 10 de agosto); E.A. Castilla-La Mancha (L.O. 8/1982, de 10 de agosto); E.A. Canarias (L.O. 10/1982, de 10 de agosto); Ley orgánica 13/1982, de 10 de agosto de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral Navarro; E.A. Extremadura (L.O. 1/1983, de 25 de febrero); E.A. Baleares (L.O. 2/1983, de 25 de febrero); E.A. Madrid (L.O. 3/1983, de 25 de febrero); E.A. Castilla-León (L.O. 4/1983, de 25 de febrero).

⁴⁰ art. 46: «patrimonio histórico»; art. 56: «... naciones de su (la de España) comunidad histórica...».

res, la Constitución menciona expresamente las «características históricas» de dos o más provincias limítrofes entre sí, o la «entidad regional histórica» de provincias singulares como condiciones de posibilidad para acceder al autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas (art. 143.1); de acuerdo con ello, otro precepto de la Constitución establece que el Estatuto de Autonomía de cada Comunidad deberá contener, junto a otros requisitos, «la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica» (art. 147.2.a). Hay en todos estos casos un enlace con la personalidad o «identidad histórica» y un respeto, desde la Constitución, al nombre y a la definición (nacionalidad o región) que cada Comunidad se dé a sí misma desde esa perspectiva. Y en efecto, si el lector repasa el mapa de las Comunidades comprobará que la inmensa mayoría de ellas coinciden en su demarcación territorial con los límites de algún reino, o con la suma de tres territorios históricos o de dos o más reinos, o con un territorio diferenciado siempre por su insularidad: sólo algunas Comunidades uniprovinciales tienen muy discutible personalidad histórica y se justifican por ser tierras de confluencia o por albergar la capital del Estado (Madrid).

En cada caso los Estatutos de Autonomía eligen el nombre y la definición de cada Comunidad. Los del País Vasco y Cataluña hablan de su «nacionalidad» y el de Galicia de su «nacionalidad histórica»⁴¹; los de Andalucía, Valencia y Baleares de su «identidad histórica», expresión que, reforzada con la alusión a «su unidad», se encuentra también en el Estatuto de Aragón⁴²; los de Cantabria, Rioja, Murcia y Extremadura aluden a la «identidad regional histórica» de las respectivas Comunidades⁴³; el preámbulo del de Castilla-León recuerda la «identidad histórica» de «los antiguos reinos de Castilla y León», para en su art. 1.1. aludir a «la vinculación histórica y cultural de las provincias» que componen la Comunidad; el de Asturias parece rehuir todas esas denominaciones, pero utiliza la denominación de Principado de Asturias acuñada a lo largo de la historia⁴⁴; el artículo primero del de Canarias comienza diciendo que ésta «como expresión de su identidad ...»⁴⁵; el de Castilla-La Mancha habla reiteradamente de «la región»⁴⁶; el de Navarra la denomina «Comunidad Foral»⁴⁷ y el de Madrid dice que «el pueblo de la provincia de Madrid... se constituye en Comunidad Autónoma»⁴⁸.

⁴¹ Artículo primero de cada uno de ellos.

⁴² Artículo primero de cada uno de ellos.

⁴³ Preámbulo del de Cantabria y art. 1 de éste y de los otros tres Estatutos.

⁴⁴ Artículo primero, dos.

⁴⁵ Artículo primero, párrafo inicial.

⁴⁶ Artículos 1.2, 2.1, 2.2, 5.1, 9.1, etc.

⁴⁷ Sobre esto volveré luego. No se denomina Estatuto, sino LORAFNA.

⁴⁸ Artículo primero, uno.

Hasta ahí, la remisión constitucional a la historia permite que cada Comunidad la interprete a su gusto a la hora de su autodenominación y autodefinition. El historicismo es en la mayoría de estos casos irrelevante, porque de la mayor o menor autoconciencia histórica no se derivan consecuencias jurídicas. No obstante, es la historia reciente la que se utiliza como criterio para favorecer el acceso a la autonomía de las tres autodenominadas «nacionalidades»⁴⁹ y es la historia la que explica la singularidad del caso de Navarra. Es oportuno hacer una referencia a esta Comunidad tanto por su carácter peculiar, como porque el examen de su régimen jurídico nos permitirá percibir en qué consiste ese principio de limitación del historicismo.

La primera peculiaridad de Navarra consiste en la opción para incorporarse al País Vasco que le ofrece la Disposición transitoria cuarta de la Constitución y que le reitera el Estatuto de Autonomía del País Vasco⁵⁰. Esta opción es la deseada por los partidos del nacionalismo vasco y en particular por el PNV. Hasta ahora Navarra no ha querido hacer uso de ella y ha optado por mantenerse como Comunidad aislada. Quizá alguna de las singularidades procedimentales que se le han aplicado pueda ser interpretada como fruto de una política de los sucesivos Gobiernos de la nación para favorecer la permanencia de Navarra en esta línea. Quizá pudiera especulativamente dudarse de la escrupulosa constitucionalidad del peculiar proceso de acceso de Navarra a su actual régimen autonómico; en cualquier caso, como nadie impugnó ante el Tribunal Constitucional ninguna de las normas que lo han desarrollado, y como, obviamente, el Tribunal carece de iniciativa, ésta es una cuestión opinable, pero sin resolución jurisdiccional posible⁵¹.

El proceso hacia la conversión de Navarra de provincia foral en Comunidad foral ha consistido en enlazar con la Ley de 16 de agosto de 1841 un dual y simultáneo proceso de «democratización de las instituciones forales» y de «amejoramiento» del «sistema institucional navarro», expresión ésa tradicional en su régimen foral⁵². La principal característica de este proceso es la insistencia en su carácter pacticio, como subrayan, tanto el preámbulo del Real Decreto citado como, sobre todo el de la LORAFNA.

⁴⁹ Disposición transitoria 24, tantas veces citada.

⁵⁰ EAPV, arts. 1 y 2. Recuérdese lo que antes dijimos sobre el proyecto de Estatuto vasco de Estella y lo que con él ocurrió en 1931 y 1932.

⁵¹ Quizá en relación con otra Comunidad haya podido producirse algún episodio de dudosa constitucionalidad formal, tampoco impugnado y también irreversible a estas fechas.

⁵² Preámbulo del Real Decreto de 26 de enero de 1979, núm. 121/1979, sobre elecciones locales y ordenación de las instituciones forales.

A ello apunta el complicado título de la ley en cuestión: Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento⁵³ del Régimen Foral de Navarra, que elude la denominación de Estatuto de Autonomía, como también la LORAFNA evita la denominación para Navarra de Comunidad Autónoma sustituyéndola por la de Comunidad Foral (art. 1 LORAFNA). El carácter pacticio de la LORAFNA, carácter por lo demás perceptible también en los Estatutos de Autonomía aprobados por la vía del art. 151.1 y Disposición transitoria 21 CE⁵⁴, resulta así acentuado en relación con Navarra. Pero, sobre todo, se destaca su legitimidad histórica.

En efecto, el Preámbulo de la LORAFNA se apoya en la Disposición Adicional Primera de la Constitución como precepto que ampara sus (los de Navarra) derechos históricos, y en la Disposición derogatoria segunda en cuanto mantiene la vigencia para Navarra de la Ley de 25 de octubre de 1839, de la que a su vez procede la Ley de 16 de agosto de 1841. En esa cadena se inserta el Real Decreto de 26 de enero de 1979 «con el que se inició el proceso de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra», proceso que culminó con la LORAFNA⁵⁵. Desde esa perspectiva la Constitución queda reducida a amparadora de la legitimidad histórica, al mismo tiempo que se sientan las bases para considerar a Navarra no como las demás Comunidades, sustentando en vía jurisdiccional pretensiones muy concretas⁵⁶.

Al resolver una de éstas el Tribunal Constitucional ha dicho que⁵⁷ «el hecho de que el acceso de Navarra a su actual régimen autonómico se haya

⁵³ El texto escrito básico del Derecho general del reino de Navarra es el llamado Fuero General de Navarra (FGN), redactado en forma definitiva en la segunda mitad del siglo XIII. Los reyes juran cumplirlo. Por eso, cuando los reyes quieren alterarlo han de hacerlo con el acuerdo del reino reunido en Cortes. El perfeccionamiento o «amejoramiento» del FGN se aborda sólo en dos ocasiones por los reyes de la dinastía de Evreux. Felipe III en 1330 y Carlos III el Noble en 1418. Entonces (1330, 1418) nace el término ahora resucitado. (Cfr. GARCÍA GALLO, A.: *Manual...*, pp. 434-435; GIBERT, R.: *Historia General del Derecho español*, Granada, 1968, pp. 72-73; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual...*, pp. 206-208; LALINDE ABADÍA, J.: *Iniciación histórica al Derecho Español*, 2.^a ed. Ariel, Barcelona, 1978, p. 157).

⁵⁴ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «La organización territorial del Estado y la Administración pública en la nueva Constitución», *apud Lecturas sobre la Constitución española*, varios autores. UNED, Madrid, 1978, I, p. 350; el mismo autor y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso...*, I, p. 264, destacan «el aliento consensual» que late en el sistema constitucional-estatutario, no sin antes señalar que «los Estatutos de las CC.AA. son siempre Leyes estatales»; en sentido análogo, LEGUINA J.: *Las Comunidades...*, pp. 51-53; ELIZALDE, J.: *Observaciones...*, p. 147.

⁵⁵ En el mismo sentido cfr. el acuerdo de la Diputación Foral de 15 de febrero de 1984, comunicado al Tribunal Constitucional.

⁵⁶ Véanse los asuntos 617 y 619/83, acumulados, a los que dio solución el T.C. en su Sentencia 16/1984, de 6 de febrero de 1984, aclarada luego, en puntos aquí irrelevantes, por Auto del día 16 del mismo mes y año.

⁵⁷ Fundamento tercero de la Sentencia citada en nota anterior; son también muy importantes los dos primeros.

llevado a cabo por vía peculiar –mediante lo previsto en la Disposición adicional primera de la Constitución– y de que la denominación utilizada en la Ley Orgánica de 13/192 de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, para referirse a la entidad autonómica por ella regulada sea la de Comunidad Foral y no la de Comunidad Autónoma, no supone que no le sean aplicables esas disposiciones constitucionales, o que quede al margen de ellas. La Constitución, en efecto, emplea el termino genérico de «Comunidades Autónomas», sin distinguir entre las diversas vías seguidas para acceder a la autonomía, o las diversas denominaciones que se hayan adoptado, para referirse a las entidades territoriales que resultan de la aplicación del principio de autonomía de nacionalidades y regiones, y emplea el término de «Estatuto de Autonomía» para referirse a la norma institucional básica de dichas Comunidades. Así, en la misma Disposición Adicional 11 de la CE se especifica que la vía por ella prevista en la actualización general del régimen foral «se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». La Comunidad Foral Navarra se configura, pues, dentro de ese marco constitucional, como una Comunidad Autónoma con denominación y régimen específicos que no excluyen su sometimiento, como las restantes Comunidades Autónomas, a los preceptos constitucionales que regulan el proceso autonómico».

Y es que tanto lo que se conserve como lo que se modifique de este régimen jurídico foral preconstitucional como del propio de cualquier otra Comunidad no pueden coexistir con la Constitución si se oponen a ella. El párrafo segundo de la Disposición adicional primera, aplicable tanto a Navarra como al resto de las Comunidades, garantiza la actualización según la Constitución. La Disposición derogatoria tercera permite que se pueda declarar derogada cualquier norma previa y contraria a la Constitución: así tuvo ocasión de declararlo el Tribunal Constitucional a propósito del art. 252 de la Compilación del Derecho-Civil Especial de Cataluña (STC 17/1981, FJ 4). Ni los Derechos civiles forales ni las especialidades de otros sectores del ordenamiento propias de Navarra o de cualquier otra Comunidad escapan ni a la regla de la derogación por la Constitución ni a la de la actualización según ella, siendo a estos efectos indiferente que la actualización se opere por ley estatal (orgánica u ordinaria con pacto previo o sin él) o por ley de una Comunidad (art. 149.1.8 CE). O dicho en otros términos: promulgada la Constitución cualquier forma de legitimismo historicista queda sustituida por la única forma de legitimidad admisible en un Estado democrático de Derecho, esto es, la derivada del propio texto constitucional⁵⁸.

⁵⁸ En forma análoga, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La distribución...*, pp. 15 a 17.

5.2 La pluralidad propia del Estado autonómico consiste no sólo en que está integrado por varias Comunidades Autónomas, sino en que éstas son, en aspectos muy importantes, diversas entre sí. Si en un Estado federal cabe hablar de homogeneidad en la diversidad puesto que hay diversos Estados miembros, pero todos con igual estructura institucional y con el mismo contenido competencial, nuestro Estado autonómico se caracteriza por la diversidad en la diversidad, ya que las Comunidades Autónomas difieren entre sí en puntos tan fundamentales como el proceso de acceso a la constitución de la autonomía, el mínimo de organización institucional exigido en algunos casos (art. 152 CE en relación con las Comunidades del art. 151) y el contenido de competencias asumido por cada Comunidad en su Estatuto.

Téngase en cuenta que la combinación entre distintos procesos de acceso y distintos techos competenciales, unida al principio dispositivo del que luego hablaremos, pudo dar lugar a que la diversidad fuese de hecho tal que provocara riesgos de ingobernabilidad de un Estado que en muy pocos años se transforma de unitario y centralista en otro de estructura casi opuesta. La Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico cuya tramitación parlamentaria terminó en el verano de 1982 se propuso reordenar ese proceso y garantizar un cierto grado de homogeneidad entre los Estatutos más allá de los límites constitucionales mínimos. Contra dicha ley se interpusieron varios recursos previos de inconstitucionalidad que fueron resueltos por Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983. Sin perjuicio de volver después sobre pronunciamientos particulares de esta Sentencia, importa destacar ahora que en ella el Tribunal rechazó la potestad del legislador estatal para incidir con carácter general en el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades por medio de un instrumento legislativo distinto a la Constitución y a los Estatutos. La Sentencia declaró que el legislador estatal no puede incidir «con carácter general» en aquel sistema «sin una expresa previsión constitucional o estatutaria»; que tampoco puede dictar normas que incidan en dicho sistema «para integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución»; y finalmente que tampoco «puede incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma»..., esto es, dictando «normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución» (STC 76/1983, FJ 4. a, b y c).

La fundamentación última de esta decisión descansa en la distinción entre poder constituyente y poder constituido y en la consideración de que la Constitución contiene «la voluntad y racionalidad del poder constituyente

objetivadas», de modo tal que al Tribunal, en su función de intérprete supremo de aquélla, le corresponde «custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y los poderes constituidos» (STC 76/1983, FJ 4). El sistema de delimitación de competencias está prefigurado en la Constitución y por muy notoria que sea la diversidad entre Comunidades que de él pueda de hecho surgir, el legislador, poder constituido, no tiene potestad para reordenar un proceso y un sistema competencial que la Constitución deja abierto y que cada Estatuto cierra en lo que concierne a cada Comunidad.

5.3 Ahora bien, el abanico de la diversidad en modo alguno es ilimitado. Por el contrario la Constitución contiene una serie de disposiciones imperativas de igual vigencia para todas las comunidades: en ellas reside ese principio de homogeneidad mínima, que actúa como-corrector de la diversidad. Todas las Comunidades son iguales: a) en cuanto a su subordinación al orden constitucional, puesto que sus Estatutos se enmarcan «dentro de los términos de la presente Constitución» (art. 147.1 CE); b) todos los Estatutos han de ser aprobados por Ley Orgánica de las Cortes Generales (art. 81.1 CE); c) en lo que concierne a los principios de su representación en el Senado (art. 69.5 CE); d) en cuanto a su legitimación ante el Tribunal Constitucional y en lo que se refiere a la extensión de la competencia de éste respecto a ellas (arts. 162.1 y 161 CE); e) en cuanto a la prohibición de privilegios (art. 138 CE); f) en cuanto a que sus respectivos regímenes no podrán ser afectados por vía de Decreto Ley (art. 86.1 CE); g) en cuanto a su participación en la elaboración por el Gobierno de la nación de proyectos de planificación económica (art. 131.2 CE); h) en cuanto a poder ser requeridas por las Cámaras de las Cortes Generales para prestar su información y su ayuda (art. 109 CE); i) en cuanto a la incompatibilidad para ser Diputado o Senador en las Cortes Generales y tener acta en la Asamblea de cualquier Comunidad Autónoma (art. 67.1 CE) (STC76/1983, FJ 4. a y STC 16/1984, FJ 2).

Por otra parte y ya en el terreno de los hechos la diversidad máxima a la que hubiera podido llegarse más allá de estos mínimos obligados de homogeneidad ha resultado reducida notablemente como consecuencia de los pactos políticos concertados entre los principales partidos políticos de implantación nacional, que adoptaron entre sí determinados acuerdos extraparlamentarios⁵⁹ en cumplimiento de los cuales muchos de los Estatutos elaborados y aprobados desde entonces son muy semejantes entre sí.

⁵⁹ *Acuerdos autonómicos firmados por el Gobierno de la Nación y el Partido Socialista Obrero Español el 31 de julio de 1981*. Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981.

En consecuencia podemos repetir lo dicho por el Tribunal Constitucional al respecto: «Precisamente el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y la diversidad del «status» jurídico público en las Entidades territoriales que lo integran. Sin la primera no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan al Estado de Autonomías» [STC 76/1983, FJ 2.a)].

Otros preceptos constitucionales garantizan unos mínimos de igualdad vistos desde la perspectiva de los ciudadanos y sus derechos. Así el 139.2 garantiza la libre circulación y el establecimiento de las personas en todo el territorio nacional, y el 149.1.1 reserva al Estado, como competencia exclusiva, «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Pero, siempre en virtud de la tensión entre unidad y diversidad, ni el 149.1.1 ni el 139.1, que declara que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado», pueden interpretarse de manera rígida. Sobre ellos el Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse.

En una Sentencia (STC 37/1981, FJ 2) y a propósito del art. 139.1 CE declaró que «tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho Privado y, con la reserva ya antes señalada respecto a la igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no pueden regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.14 de la Constitución)».

5.4 El cuarto principio antes enunciado es el de voluntariedad limitada o principio dispositivo, que opera sobre todo en relación con el contenido competencial. Tanto las Comunidades constituidas por el procedimiento del art. 143, como las que lo fueron por la Disposición Transitoria 21 o el art. 151, carecen de contenido competencial rígido e impuesto por la Constitución. Por

el contrario, unas y otras «podrán asumir», según su voluntad, las competencias que quieran dentro de las relaciones contenidas, respectivamente, en los arts. 148 y 149 de la Constitución. No obstante, la voluntariedad de cada Comunidad está limitada no sólo por los principios y preceptos constitucionales ya expuestos o por exponer en el párrafo próximo, sino también por otro artículo de la Constitución donde se establece que «en ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas» (art. 145.1 CE, compárese con el art. 13 de la Constitución de 1931).

5.5 Por último el principio de solidaridad enunciado en el art. 2 CE contribuye indirectamente a la integración de las partes en el todo y por eso ha sido considerado como análogo en alguna medida a la «Bundestreue» de un Estado federal, pero sobre todo y de un modo inmediato cumple una función de igualación y cooperación entre las Comunidades Autónomas especialmente en el campo económico-social (art. 138.1 y 2; 158.2 CE).

III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

6. Normas reguladoras de la distribución. La Constitución, los Estatutos de Autonomía y los Decretos de transferencias

La unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución implican la subordinación a ella de los Estatutos de Autonomía que, aun siendo la norma institucional básica de cada Comunidad, han de estar redactados «dentro de los términos de la presente Constitución» (art. 147.1). Este planteamiento general se traduce al referirse en concreto al problema de la distribución de competencias asumidas por cada Comunidad «dentro del marco establecido en la Constitución (art. 147.2). La repetida remisión al marco constitucional ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en un triple sentido, pues de ahí ha inferido, en primer lugar, que el sistema competencial se articula mediante esta vinculación normativa entre la Constitución y los Estatutos, en la cual (segundo sentido) «éstos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquélla», de tal manera (tercer aspecto) que deben ser interpretados siempre dentro de los términos de la Constitución (STC 76/1983, FJ 4. a; STC 69/1982, FJ 1).

El Estatuto es así una norma de doble vertiente. Entendido el ordenamiento total como un sistema, el Estatuto es la «norma institucional básica» del subsistema propio de cada Comunidad, dentro del cual todas las normas

restantes serán jerárquicamente inferiores a él y a él estarán subordinadas. Desde otro ángulo, el Estatuto puede ser considerado dentro del ordenamiento general del Estado como una Ley Orgánica del mismo, ya que cualquiera que sea el procedimiento de acceso a la autonomía de cada Comunidad, su Estatuto ha de ser aprobado por una Ley Orgánica de las Cortes Generales (art. 81.1 CE)⁶⁰.

En virtud del principio, de voluntariedad limitada, la Constitución permite que cada Comunidad, según su proceso constitutivo, asuma por medio de su Estatuto las competencias que quiera dentro del marco del 148 o del contenido en art. 149. El Estatuto es, por tanto, el instrumento normativo fundamental por el que cada Comunidad asume competencias. Luego veremos por qué otros vehículos pueden adquirir competencias las Comunidades; ciñámonos ahora al fundamental u ordinario, esto es, al estatutario, y examinemos la doctrina del Tribunal al respecto.

El valor de ésta en relación con el problema de la distribución de competencias ha sido por fuerza de gran importancia. Es un tópico no ya entre los juristas y políticos sino también entre periodistas y hasta en el lenguaje de la calle, que el Título VIII de la Constitución se caracteriza por su ambigüedad, fruto no tanto de la inadvertencia o torpeza del legislador constituyente, como de una técnica derivada del consenso imperante durante el proceso constituyente y que consistió en aplazar problemas en los que el acuerdo fuera imposible por medio de enunciados conscientemente ambiguos del texto constitucional. Si a la dificultad misma de ordenar el problema del reparto de competencias en el texto de la Constitución, se une el delicado compromiso político que subyace en la aprobación de los primeros y más ambiciosos Estatutos de Autonomía y, finalmente se adhiere a los obstáculos lo que haya de cierto acerca de la ambigüedad textual como vía dilatoria, el resultado es que la labor interpretativa llevada a cabo por el Tribunal en relación con los problemas que nos ocupan ha estado y está erizada de dificultades técnicas. Pero también es cierto que junto a ella hay que señalar la importancia inherente a dicha doctrina en cuanto declarativa del significado de las normas del bloque de la constitucionalidad⁶¹.

⁶⁰ LEGUINA, J.: *Las Comunidades...*, pp. 42 a 44.

⁶¹ Naturalmente la jurisprudencia de este Tribunal ha sido objeto de atención y crítica por parte de nuestros más destacados juristas. Este informe, que cumple la función de exponer con cierto orden nuestra doctrina sobre un tema, no puede entrar en diálogo con los comentaristas de las Sentencias del Tribunal. No obstante parece oportuno aprovechar la ocasión para expresar una valoración muy positiva de la labor crítica de nuestros juristas y de los efectos de sus opiniones y de sus construcciones dogmáticas sobre la propia doctrina del Tribunal.

Ahora bien, ocurre que la inmensa mayoría de los conflictos de competencia resueltos hasta el primer semestre de 1984 han sido entablados entre el Estado, por una parte, y, por la otra, la Comunidad Autónoma de Cataluña o la del País Vasco, bien sea aquél o una de éstas la parte promotora del conflicto. Y lo mismo puede afirmarse respecto a los otros tipos de procesos constitucionales por medio de los cuales se han interpuesto pretensiones referidas al tema que nos ocupa. Así, de los cuarenta conflictos planteados por el Estado desde junio de 1980 hasta febrero de 1984, 36 lo fueron contra las Comunidades citadas; y de los 54 conflictos promovidos contra el Estado, 52 lo fueron por las Comunidades vasca y catalana⁶². Análogas proporciones se observan en los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad con fondo en el Título VIII de la Constitución y en las impugnaciones del Título V de la LOTC⁶³. El hecho no tiene nada de sorprendente y se explica no sólo porque los primeros Estatutos aprobados fueron los de esas dos Comunidades, sino también por su mayor contenido competencial y por la más intensa voluntad autonomista puesta de manifiesto por sus órganos rectores. Lo que de todo ello se deduce en relación con nuestro tema es que la doctrina del Tribunal Constitucional, cuyo examen constituye el objetivo central de este informe, concerniente a la distribución de competencias se refiere de modo casi exclusivo a las competencias contenidas en el art. 149.1 de la Constitución o, dicho de otro modo, a las de aquellas Comunidades de más alto techo competencial, siendo escasas las manifestaciones concernientes al 148 de la Constitución y a las Comunidades que tienen en él su abanico de competencias. Es cierto que los problemas constitucionales de mayor envergadura tienen su origen en el 149.1 CE y en los Estatutos que en cierto modo son su complemento, pero también lo es que la exposición de la jurisprudencia constitucional no puede consistir en un examen ni sistemático ni exhaustivo de todos los problemas competenciales teóricamente planteables, puesto que no sobre todos ellos ha tenido que pronunciarse este Tribunal.

En la Sentencia 18/1982, FJ 1, dijimos ya que para saber si una competencia corresponde al Estado o a una Comunidad «resulta en principio decisivo el texto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, a través

⁶² El Estado promovió dos conflictos contra la Comunidad valenciana y otros dos contra Galicia y Cantabria. La Comunidad valenciana planteó un conflicto contra el Estado; la de Canarias, otro.

⁶³ El Estado ha planteado tres impugnaciones del Título V de la LOTC: una contra el País Vasco, otra contra Cataluña, otra contra Navarra. El Estado ha interpuesto 34 recursos de inconstitucionalidad contra las leyes de las Comunidades: de ellos uno contra Galicia, 15 contra el País Vasco y 18 contra Cataluña. Galicia ha recurrido contra Leyes del Estado en una sola ocasión. Cataluña en 9 y el País Vasco en 11. Datos hasta febrero de 1984.

del cual se produce la asunción de competencias» y expresiones casi literalmente coincidentes se contienen en otras muchas Sentencias⁶⁴. Una vez promulgado el Estatuto por la correspondiente Ley Orgánica la Comunidad adquiere «ipso iure» las competencias en él contenidas y puede ejercer de inmediato «todas aquellas que para su ejercicio no requieran especiales medios personales o materiales» (STC 25/1983, FJ 3, *in fine*).

En este último supuesto, el Estado podrá ejercer estas competencias de titularidad comunitaria hasta tanto «los servicios no hayan sido transferidos» (Ibíd.), lo que se lleva a cabo previa reunión y acuerdo de las correspondientes Comisiones Mixtas paritarias cuyos «acuerdos adoptarán la forma de propuestas al Gobierno que los aprobará mediante Decreto»⁶⁵. Por consiguiente, los Reales Decretos de traspaso de servicios no transfieren competencias (pues éstas se asumen por las Comunidades en sus Estatutos), sino que traspasan los medios personales y materiales para ejercerlas, tal y como reiteradamente ha declarado el Tribunal (STC 113/1983, FJ 3; STC 76/1983, FFJJ 28 y 34; STC 87/1983, FJ 4; STC 88/1983, FJ 3).

La atribución potencial contenida en la Constitución, la asunción estatutaria y el traspaso de servicios por Real Decreto previo acuerdo en Comisión Mixta son, pues, los tres escalones sucesivos que componen el sistema –normación y ejecución– en materia competencial.

7. Normas atributivas extraestatutarias: las ampliaciones competenciales del 150.1 y 2 CE

Pero ese esquema de las normas atributivas en materia competencial puede completarse y complicarse porque «la reserva que la Constitución hace al Estatuto en esta materia no es total o absoluta», como ha dicho el Tribunal (STC 76/1983, FJ 4.a). En efecto, el art. 150.1 y 2 de la Constitución permite

⁶⁴ STC 26/1982, FJ 2, STC, 25/1983, FJ 3, en donde se alude como caso especial y distinto a las competencias adquiridas durante las llamadas situaciones de preautonomía; STC, 32/1983, en donde se alude al art. 18 del Estatuto de Autonomía vasco como título competencial incluso para el Estado, pues contiene una reserva competencial en favor de éste. STC 71/1983, FJ 1. La relación podría ampliarse sin esfuerzo pero sin añadir interés.

⁶⁵ La fórmula se contiene en términos idénticos en los Estatutos de Cataluña, Galicia, Baleares, Aragón, Cantabria, Rioja, Murcia, Castilla-León, Asturias, Castilla-La Mancha, Valencia y Madrid. Levemente distinta en las de Andalucía y Extremadura. Se acentúa el pactismo en la actuación de las Comisiones previstas en los Estatutos del País Vasco y de Navarra. Es atípico el de Canarias. En todos los casos, véanse sus Disposiciones transitorias. Sobre la correspondiente al País Vasco, véase SS.TT.CC. 1/1982 y 35/1982.

una ampliación extra y post-estatutaria de las competencias de las Comunidades. La técnica del 150.1 CE permite la ampliación de las competencias legislativas de las Comunidades que ya tengan potestad legislativa, por medio de delegaciones legislativas contenidas en una ley habilitante de las Cortes Generales. El Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto; la doctrina ve en este precepto el eco de «dos orígenes o modelos perfectamente identificables: el párrafo 1 en el art. 71 de la Ley Fundamental de Bonn, y el párrafo 2, en el art. 18 de la Constitución española de 1931»⁶⁶. Las «leyes orgánicas de transferencia o delegación» del 150.2 CE (STC 76/1983, FJ 4.a) son normas distintas y posteriores a los Estatutos. Aunque algún autor piensa que con apoyo en el 150.2 sólo hubieran podido realizarse «transferencias y delegaciones de competencias puramente ejecutivas»⁶⁷, lo cierto es que varios Estatutos se remiten a este precepto como vía para la posible aplicación de sus respectivas potestades legislativas⁶⁸ y que, de hecho, dos Comunidades, la canaria y la valenciana, vieron ampliadas sus competencias estatutarias ejecutivas y legislativas por una ley orgánica de «transferencias complementarias» promulgada muy pocos días después (caso de Valencia) o incluso el mismo día (caso de Canarias) de la promulgación de la Ley Orgánica por la que se aprobaron sus respectivos Estatutos⁶⁹.

El Tribunal no ha tenido que pronunciarse sobre estas normas del art. 150.2, pero ha reconocido que cumplen una «función atributiva de competencias» (STC 76/1983, FJ 4.a).

8. Normas delimitadoras de competencias

En casos determinados, las leyes estatales pueden cumplir una función complementaria respecto a las normas atributivas ordinarias, a la cual el Tribunal denomina «función delimitadora» del contenido competencial. «Tal sucede

⁶⁶ MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, I., p. 459.

⁶⁷ MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho...*, I, p. 460.

⁶⁸ El del País Vasco, art. 20.1; el de Galicia, art. 27.32; el de Cataluña, art. 9.34; el de Andalucía, art. 13.35.

⁶⁹ Ley Orgánica 12/1982 de 10 de agosto de transferencias a la Comunidad valenciana de competencias en materia de titularidad estatal (el Estatuto se aprobó por L.O. 5/1982 de 1 de julio). Ley Orgánica 11/1992 de 10 de agosto de transferencias complementarias a Canarias (su Estatuto se aprobó por la L.O. 10/1982 de la misma fecha). La armonización legislativa y otras cuestiones (la STC de 5 de agosto de 1983: asunto LOAPA). *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9 (1983), pp. 117-145, en concreto, p. 130.

cuando la Constitución remite a una Ley del Estado para precisar el alcance de la competencia que las Comunidades Autónomas pueden asumir, lo que condiciona el alcance de la posible asunción estatutaria de competencias», y también «cuando los Estatutos cierran el proceso de delimitación competencial remitiendo a las prescripciones de una Ley estatal en cuyo supuesto el reenvío operado atribuye a la Ley estatal la delimitación positiva del contenido de las competencias autonómicas»⁷⁰. En ambos supuestos el legislador estatal posee un título constitucional o estatutario que le permite incidir de modo concreto y complementario en el sistema de delimitación compuesto por la Constitución y los Estatutos; fuera de esos supuestos, no puede hacerlo «con carácter general».

Dejamos para otro lugar el análisis de la función delimitadora de competencias que cumplen las leyes básicas del Estado⁷¹.

9. Normas armonizadoras: el 150.3 CE y la STC 76/1983, de 5 de agosto

El art. 150.3 de la Constitución dispone que «el Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad». No es éste el momento de analizar todos los problemas de interpretación que encierra este artículo, muchos de los cuales han sido objeto de la atención y la crítica de los comentaristas, cuyas opiniones, por lo demás no siempre concordes, tampoco podemos reflejar aquí. El objetivo de este informe es la exposición de la jurisprudencia del Tribunal, y como éste sólo se ha ocupado de las leyes de armonización con ocasión de la impugnación de la LOAPA, analizaremos ahora lo que en el fundamento tercero de la Sentencia correspondiente declaró el Tribunal al respecto.

El precepto constitucional antes transcrito hace radicar en las exigencias del interés general (cuya necesidad ha de ser apreciada en cada caso por las Cortes por una cualificadísima mayoría) la causa justificativa de este instrumento normativo. El Tribunal (que finalmente no entró en su Sentencia a especificar cuál es el objeto —«las disposiciones normativas»— de las leyes

⁷⁰ STC 76/1983, FJ 4.ºa. Una relación de tales supuestos puede verse en MUÑOZ MACHADO, Santiago: «La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones (La STC de 5 de agosto de 1983: asunto LOAPA)» en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 9 (1983), pp. 117-145, en concreto p. 130.

⁷¹ Cfr. *infra*, núm. 18

armonizadoras, ni a dilucidar si la armonización ha de hacerse siempre a «posteriori» o si cabe una armonización anticipativa al menos parcial) se planteó el sentido de la técnica de la armonización sobre la base de tres postulados: a) el interés general en cuya defensa se instrumenta la armonización entre competencias de las Comunidades puede ser protegido por el legislador estatal por otros mecanismos; b) el art. 150.3 no debe ser considerado aisladamente, sino como una pieza del sistema de distribución de competencias, dentro del cual debe ser objeto de interpretación sistemática; c) «desde esta perspectiva el art. 150.3 constituye una pieza de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general».

Considerada de este modo la técnica armonizadora no puede ser utilizada por el legislador estatal en cualquier supuesto para defender el interés general de la Nación, incidiendo, en cada caso en que éste pareciera invocable, «en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas». Normalmente, el fomento del momento de la *unidad* en la integración, o, dicho de otro modo, «el principio de unidad y los intereses generales de la Nación» han sido ya tenidos en cuenta por el legislador constituyente «al fijar las competencias estatales y, por consiguiente, será el ejercicio y desarrollo de éstas lo que actuará como garantía del interés general. Sólo en casos de inexistencia o de insuficiencia de esos «cauces constitucionales» normales u ordinarios, podrá el legislador estatal acudir a esta técnica, que aparece así —aunque el Tribunal no la calificó de modo explícito— como subsidiaria o complementaria. Y es que, en efecto, «las leyes de armonización vienen a complementar, no a suplantar, las demás previsiones constitucionales»⁷².

Hasta aquí ha llegado el Tribunal en sus pronunciamientos sobre un tema que no era ni es⁷³ pacífico.

10. La estructura normativa de los arts. 148 y 149 CE

Las normas fundamentales de la Constitución sobre distribución de competencias se contienen en los arts. 148 y 149. En este terreno la Constitución espa-

⁷² Todos los textos entre comillas pertenecen al fundamento jurídico 3.b de la STC 76/1983.

⁷³ Como verificación de esta última afirmación, puede verse a modo de ejemplo los dos comentarios publicados sobre nuestra Sentencia y en concreto sobre este punto por MUÑOZ MACHADO, A.: (*loc. cit.*) en nota 70 y por PAREJO ALFONSO, L.: «Algunas reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 relativa al Proyecto de LOAPA», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9 (1983), pp. 147-148; compárense los apartados III de uno y otro trabajo.

ñola de 1978 no ha seguido, como lo ha hecho en otros muchos, ni el sistema de la Ley Federal de Bonn con su neta diferenciación y separación entre régimen legislativo (con la subsiguiente distinción entre «legislación exclusiva» y «legislación concurrente») y competencias de ejecución (Títulos VII y VIII respectivamente); ni tampoco el sistema italiano contenido en los arts. 117 y siguientes de la Constitución de 1947, con una diferenciación entre «normas legislativas» y «gestión administrativa» como criterio fundamental. Tampoco prosperó en la hora constituyente el ejemplo de los arts. 14 y 15 de nuestra Constitución de 1931, el primero de los cuales atribuía al Estado como exclusiva competencia suya la legislación y la ejecución sobre una lista de materias («en las materias siguientes»), mientras que el art. 15 reservaba para el Estado la legislación, pero atribuía potencialmente la ejecución a las regiones, sobre otra lista de materias («sobre las siguientes materias»). No obstante, es indudable que estos modelos han estado presentes, en el legislador español de 1978, de manera que los artículos en cuestión de la Constitución de 1978 sólo pueden cabalmente entenderse como modificaciones de algunos de los modelos tácitamente rechazados. Así sucede, como veremos, con el encabezamiento del art. 149.1 en relación con el 14 de la Constitución de 1931. Y, por otra parte, la distinción conceptual entre legislación exclusiva y legislación concurrente está en la base de la distinción entre legislación básica y legislación de desarrollo, a la que luego nos referiremos, aunque el binomio conceptual de la Constitución española no coincida, desde luego, con el de los arts. 70 a 74.a de la Constitución alemana. De nuevo la originalidad consciente tiene sus méritos y sus riesgos.

La estructura normativa de los arts. 148 y 149 es compleja y debe contemplarse en conjunto. El primero se refiere al techo competencial de las Comunidades de régimen general, el segundo contiene el de las Comunidades del 151 y de la Disposición transitoria segunda. Pero no son dos regímenes enteramente separables, sino dos piezas de un conjunto. En efecto, las Comunidades constituidas con arreglo al art. 143 podrán ampliar sus competencias, según lo dispuesto en el art. 148.2, «dentro del marco establecido en el art. 149», y, por otro lado, las competencias del 148 asumidas por las Comunidades se entienden en todo caso limitadas-por las reservas competenciales establecidas en favor del Estado en el art. 149. Sobre este último punto no hay debate doctrinal ni tampoco lo ha habido de índole procesal ante este Tribunal, en donde, con ocasión de un conflicto de competencias entre la Comunidad valenciana y el Gobierno de la nación en materia de transportes, ambas partes (aunque diferían en otros puntos) estuvieron de acuerdo en reconocer que las competencias estatales acerca de la materia debatida derivaban del 149.1.21 (STC 53/1984). Por lo demás, tanto el 148 como el 149 contie-

nen mucho más que sendas listas, afirmación especialmente cierta por lo que concierne al último de ellos en sus párrafos segundo y tercero.

El art. 148 está redactado desde la perspectiva de las Comunidades y afirma que éstas «podrán asumir competencias en las siguientes materias», de las cuales contiene una extensa enumeración. El 148.1, pues, no es una lista de competencias, sino una lista de materias sobre las cuales podrán asumir competencias las Comunidades en virtud del principio dispositivo, pero siempre dentro de las limitaciones (voluntariedad limitada) del 149, que operan en todo caso por emanar del principio de unidad o de homogeneidad mínima.

Tampoco el 149.1 contiene una lista de competencias, sino una lista de materias, pero enunciadas desde el enfoque inverso al del 148.1 pues en él se relacionan las materias sobre las cuales el Estado «tiene competencia exclusiva». El principal problema que suscita el 149.1 viene dado por la expresión «competencia exclusiva»; el art. 14 de la Constitución de 1931 se iniciaba reservando como exclusiva competencia del Estado «la legislación y la ejecución directa», tras de lo cual la relación de materias completaba el marco mínimo de competencias estatales. Pero el 149 no dice en su cabecera qué tipo de competencia reserva al Estado, lo que equivale a decir, como se comprueba leyendo la relación de materias, que la reserva estatal tiene en cada punto de la enumeración un contenido diferente, o, dicho con palabras del Tribunal, que «el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal» es de distinto alcance en cada materia (STC 35/1982, FJ 2). El concepto de «materia» y el de «exclusividad» adquieren así importancia primordial, sobre todo, por lo que respecta al segundo, cuando la mayoría de los Estatutos de Autonomía, y, desde luego el catalán y el vasco entre ellos, afirman que la correspondiente Comunidad «tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias», e incluye entre ellas varias acerca de las cuales también el Estado tiene, en virtud del 149.1 C.E, competencia exclusiva⁷⁴. Luego veremos cómo ha resuelto el problema el Tribunal.

La estructura normativa del 149.1 se complica aún más, porque no sólo es que utiliza diversas técnicas para delimitar casuísticamente el ámbito de la reserva en favor del Estado en positivo o directamente, sino que además en muchos puntos de la enumeración del 149.1, esto es, con relación a muy numerosas materias, se contiene junto a la definición de la reserva estatal la mención de un ámbito competencial atribuido a las Comunidades. En estos casos un nuevo factor de complejidad viene dado porque lo que el Estado no se reserva son unas veces competencias legislativas y otras competencias de ejecución⁷⁵.

⁷⁴ Basten, a título de ejemplo, el art. 9 del EAC y el art. 10 del EAPV.

⁷⁵ Véanse las cláusulas «sin perjuicio de...», contenidas en 149.1.6, 7, 8, 17, 18, 19, 23, 28 y 29.

Sin agotar aquí la compleja tipología empleada por el legislador constituyente para definir la reserva estatal, sí conviene ya decir que hay materias reservadas por la Constitución «íntegra y exclusivamente al Estado, por lo cual no cabe que en ella (s) ninguna Comunidad pueda asumir competencias ni siquiera de ejecución» (STC 1/1982, FJ 13). En otros supuestos, el 149.1 «retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo la competencia para fijar solamente las bases» de una materia; pero ello «no significa en modo alguno que a una Comunidad determinada le corresponda ya sin más la regulación de todo lo que (en esa materia determinada) no sea básico, pues a cada Comunidad sólo le corresponderán aquellas competencias que haya asumido en su Estatuto» (STC 1/1982, FJ 1). Es decir, en el 149.1 sobresale por encima de otras la diferencia «entre la reserva (en favor del Estado) de toda una materia (v. gr. relaciones internacionales, defensa y fuerzas armadas, Hacienda General y Deuda del Estado, etc.) y la reserva de potestades concretas (sea la legislación básica o toda la legislación sobre determinadas materias)» (STC 35/1982, FJ 2). Pero lo no reservado no pertenece ya, sin más a las Comunidades, pues, para cada una de éstas, es su Estatuto el vehículo normativo por el que se verifica la asunción de sus competencias, sin perjuicio de lo cual en ocasiones una norma estatutaria (por ejemplo, el artículo 8.4 EAPV) contiene un título competencial expreso en favor del Estado como reserva de competencias estatales no contenida en el 149.1 y complementaria de las que sí se enuncian en él (STC 32/1983, FJ 2).

El listado de competencias y materias reservadas al Estado por el 149.1 es, como se ve, casuístico, técnicamente complejo y de no fácil interpretación. Su texto es punto de inexcusable referencia en todo conflicto de competencias.

Pero la estructura del 149 es aún más compleja, porque tras de la lista de su párrafo primero, el segundo (149.2 CE) contiene un singular precepto donde, a propósito de la cultura, se regula no otro supuesto de «reparto competencial vertical», sino el caso más claro de competencias concurrentes normativas y ejecutivas, pues, en materia de cultura «lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente» (STC 49/1984, FJ 6).

Finalmente el párrafo tercero del art. 149.3 contiene la cláusula atributiva potencial a las Comunidades, la cláusula residual, la de prevalencia de las normas estatales y la de supletoriedad. Quede para más adelante⁷⁶ su examen.

⁷⁶ Infra, núm. 23.

Lo expuesto hasta aquí en torno al art. 149, unas veces glosando su texto sin pretensiones sistematizadoras y en ocasiones con apoyo en sentencias del T.C., nos permite por un lado corroborar no sólo la afirmación doctrinal sobre la «compleja estructura y la gran riqueza dispositiva» de tal precepto, sino también la idea de que en él hay no «un simple contenido material o agregado de reglas diversas», sino mucho más, esto es, «un conjunto de técnicas organizadas alrededor de principios»⁷⁷.

A la jurisprudencia de este Tribunal le ha correspondido la función de esclarecer conceptos (relativizando algunos términos constitucionales o desarrollando otros), perfilar criterios interpretativos, explicitar «nociones intrínsecas» a la Constitución y formular algunas orientaciones y principios. Todo ello, obviamente, en función de cada caso en conflicto, y sin voluntad de formular construcciones generales ni —menos aún— grandes sistematizaciones. Al exponer ahora la jurisprudencia del Tribunal en lo concerniente a la distribución de competencias, se procura cohonestar el inevitable casuismo con una cierta ordenación de problemas y soluciones.

11. Criterios interpretativos: la forma compuesta del Estado y la primacía de la Constitución

Al resolver cuestiones concretas en diversos procesos constitucionales el Tribunal ha insistido con frecuencia en que nuestro Estado es «una institución compleja de la que forman parte las Comunidades Autónomas (STC 38/1982, FJ 2), o un Estado «compuesto por una serie de organizaciones de carácter territorial dotadas de autonomía», las más importantes de las cuales serían, como ya vimos, las Comunidades Autónomas (STC 4/1981, FJ 2). En otra ocasión ha reiterado la idea aludiendo a aquellos Estados «como el nuestro que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial» (STC 1/1982, FJ 1). La insistencia en la idea, lejos de ser ociosa, reviste la mayor importancia, pues esa «forma compuesta del Estado», que viene determinada implícitamente por la concurrencia del principio de unidad de la Nación y el principio de autonomía de las nacionalidades y regiones, constituye uno de los puntos de referencia obligado para todo intérprete de la Constitución ya que «en congruencia» con

⁷⁷ MUÑOZ MACHADO, S.: «Derecho...», *op. cit.*, 1, p. 337 cfr. en general para esta parte sus pp. 330 a 342. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del art. 149 de la Constitución», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33 (1982), pp. 277-295, en concreto, p. 293.

ella (con la forma compuesta del Estado) «han de interpretarse todos los preceptos constitucionales» (STC 35/1982, FJ 2).

El binomio político de ese Estado de forma compuesta (dejando al margen a las provincias y a los municipios, dotados de autonomía administrativa) está integrado por el Estado, «como conjunto de instituciones centrales» y por las Comunidades Autónomas. Pero el proceso de adquisición de competencias por éstas siempre vendrá determinada por una relación dialéctica entre los dos polos de ese binomio, puesto que siendo las Comunidades Autónomas «entes de nueva creación que sólo alcanzan existencia real en la medida en que el Estado se reestructura sustrayendo a sus instituciones centrales parte de sus competencias para atribuir las a esos entes territoriales» transfiriéndoles con ellas los medios personales y reales necesarios para ejercerlas, es obvio que «el Estado, como conjunto de las instituciones centrales, pierde las facultades que las Comunidades ganan»⁷⁸. Este proceso real, cuyo punto de partida es el Estado previo a la Constitución, está literalmente «in fieri» y el instrumento normativo de esa reestructuración es por supuesto, la Constitución, que, por lo mismo y en virtud del principio de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, ha de ser la norma en conformidad con la cual hay que interpretar todas las normas aplicables para resolver cualquier problema de distribución de competencias.

No hace falta reiterar aquí que el Estatuto es el vehículo normativo por medio del cual asume competencias cada Comunidad. Siendo así, es lógico que el Estatuto resulte en principio decisorio para saber si una determinada competencia es o no de una Comunidad también determinada. Ahora bien, ello no significa que el Estatuto sea la única, y ni siquiera la norma principal, con arreglo a la cual haya que averiguar si la competencia en debate corresponde o no a una Comunidad, pues los Estatutos «deben ser interpretados siempre dentro de los términos de la Constitución», «todo lo cual implica que el sentido y alcance de la competencia «aparente o verdaderamente asumida por una Comunidad» sólo quedará correctamente interpretado a la luz de lo que establezca la Constitución (STC 69/1982, FJ 1), principalmente en su art. 149. Del principio de primacía de la Constitución se desprende, «entre otras posibles consecuencias, que el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la

⁷⁸ STC 58/1982, FJ 2. Esta afirmación, cierta en términos generales, ha de ser matizada en relación con las competencias concurrentes en sentido estricto; sobre ello volveremos al comentar el art. 149.2 CE.

Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma (STC 18/1982, FJ 1)

Aun sentado con toda claridad este principio no por ello quedan resueltos los múltiples problemas de interpretación, como es obvio. El Tribunal, que ha rechazado siempre «interpretaciones meramente literales» (STC 18/1982, FJ m 2) y que ha buscado en todo caso una interpretación lógica y sistemática (STC 25/1983, FJ 3), ha procurado huir de la formulación de reglas generales o, por lo menos, de mayor generalidad de la indispensable para cada caso (STC 40/1982, FJ 2), y ha construido las necesarias nociones y principios hermenéuticos partiendo siempre de la lógica inmanente a la Constitución. Y es que, en efecto, «un problema tan necesitado de soluciones claras y firmes como es el de la determinación del ámbito de competencias de una Comunidad Autónoma no puede plantearse a partir de datos extrínsecos, sino en cuanto sea posible, a partir sólo de nociones intrínsecas a la propia Constitución» (STC 58/1982, FJ 2).

12. La noción de bloque de constitucionalidad

Una de estas «nociones intrínsecas» es la de bloque de la Constitucionalidad.

En determinadas materias basta con la genérica remisión de la Constitución a los Estatutos de Autonomía (art. 149.3 CE) y éstos asumen para cada Comunidad la competencia permitida y querida. En tales ocasiones el reparto de competencias y la firme asunción de las mismas por la Comunidad concluye con la aprobación y promulgación del Estatuto por Ley Orgánica. La interpretación de las normas en juego para que el Tribunal decida en un conflicto a quién pertenece la titularidad de una de esas competencias debería ceñirse en primer término a la Constitución y después al Estatuto, que constituirían en tal supuesto «el bloque de constitucionalidad», noción inducida a partir del art. 28.1 de la LOTC que dispone, como norma incluida entre las generales para resolver los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, que el Tribunal «considerará además de los preceptos constitucionales, las Leyes que dentro del marco constitucional, se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas». A ese precepto se refiere expresamente el Tribunal en alguna Sentencia al emplear la

expresión bloque de la constitucionalidad, afirmando, en algún caso, que éste está formado por la propia Constitución y el Estatuto de Autonomía (STC 42/1983, FJ 3).

Pero como ya vimos⁷⁹, el grado de concreción de la Constitución y de los Estatutos varía según las materias, y hay algunas en que aquélla o éstos se remiten a una ley estatal como delimitadora del reparto competencial. Compruébese respectivamente lo dicho leyendo el art. 149.1.29 de la Constitución y el art. 16.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, como simples ejemplos. Pues bien, en tales supuestos se amplía el contenido del bloque de la constitucionalidad, incluyéndose en él a la respectiva norma delimitadora de competencia. Así se desprende tanto del art. 28.1 LOTC como de varias sentencias del Tribunal, en una de las cuales se afirma que aunque la norma atributiva de competencias a la Comunidad es, en principio, la estatutaria, «en ocasiones, junto a esta modalidad definidora de ámbitos competenciales, el encargo de definir competencias se condiciona en la Constitución a lo que disponga una ley, y no faltan supuestos en que el propio Estatuto restringe la asunción de competencias posibles remitiéndose también a una Ley»⁸⁰. Naturalmente la composición del bloque de constitucionalidad variará en cada proceso según cuáles sean los títulos competenciales en juego y la remisión o no que se contenga en las normas constitucionales o estatutarias a otras pero en cualquier caso el Tribunal reconoce «la prevalencia del aludido bloque de constitucionalidad (STC 40/1982, FJ 5) o «bloque normativo constitucional», como también lo denomina en otras dos ocasiones (STC 32/1983, FJ 1 y STC 42/1983, FJ 4).

En los casos en que la norma estatal completiva del bloque de la constitucionalidad venga exigida por un precepto del propio Estatuto de Autonomía (como el reenvío del art. 16.1 EAC a la ley que regule el Estatuto jurídico de la Radio y la Televisión) esta norma estatal realiza una limitación de las competencias que esa Comunidad hubiera podido asumir, según la Constitución, en su Estatuto, con lo que unas competencias que constitucionalmente hubieran podido ser asumidas de modo exclusivo por la Comunidad catalana se han convertido en unas competencias compartidas. «No obstante, esta restricción en la asunción estatutaria operada por la norma delimitadora «no puede interpretarse de modo que vacíe de contenido dicha asunción» estatutaria (STC 26/1982, FJ 2). Así, pues, las normas delimitadoras incluidas en el blo-

⁷⁹ Cfr. *supra* núm. 8.

⁸⁰ STC 10/1982, FJ 2; STC 76/1983, FJ 4.

que de la constitucionalidad restringen o definen el alcance de la competencia estatutariamente asumida, pero no pueden anularla o vaciarla de sentido.

13. El carácter indisponible de las competencias

Y esto es así, como consecuencia del carácter indisponible e inmodificable de las competencias estatutariamente asumidas. Las competencias que la Constitución no reserva a favor del Estado no son ya y sin más propias de las Comunidades, pues las de éstas son competencias de atribución y es el Estado quien goza de una cláusula de competencia general o de derecho común (STC 1/1982, FJ 1). Ahora bien, una vez asumida una determinada competencia por una Comunidad a través de su Estatuto, tal competencia le corresponde ya «*ope legis*» o «*ipso iure*» (STC 25/1983, FJ 3), y esta adquisición es definitiva e indisponible. Tal indisponibilidad deriva del hecho de que la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades «responde a la forma de organización territorial del Estado configurada por la Constitución y que no puede verse alterada por la pasividad temporal de cualquiera de los entes interesados frente al indebido ejercicio de sus competencias por parte de otro» (STC 26/1982, FJ 1). Por consiguiente son nulas de pleno derecho las normas contrarias a los preceptos constitucionales y a aquellos otros estatutarios o delimitadores de competencias, esto es, las que se opongan al bloque de la constitucionalidad en virtud de la prevalencia del mismo (STC 40/1982, FJ 5); pero la no impugnación directa por el Estado o por la Comunidad interesada de una norma de esas características «no implica en modo alguno la imposibilidad de instar» el correspondiente conflicto de competencia sobre el mismo objeto, esto es, sobre la competencia afectada, tomando pie para ello en «cualquier disposición, acto o resolución posterior», pues, en efecto, «así lo exige el carácter indisponible de las competencias», que siempre podrán ser reivindicadas por quien sea su titular con arreglo a las normas del bloque de constitucionalidad, sin que pueda alegarse como razón suficiente en contrario el hecho de no haber impugnado o la norma opuesta al bloque de constitucionalidad o actos determinados y contrarios al título competencial (STC 26/1982, *passim*, STC 40/1982, FJ 5). El Tribunal, con esta doctrina, realza por un lado el carácter prevalente del bloque de la constitucionalidad, y por otra parte, sale al paso anticipadamente de posibles dejaciones competenciales por inadvertencia o por arrepentimiento, que podrían conducir a una inseguridad jurídica gravemente lesiva para la «forma compuesta» del Estado y para la gobernabilidad del mismo. Las competen-

cias comunitarias ni son extensibles como si fueran competencias de derecho común, ni son disponibles o renunciables por la Comunidad a la que corresponden por vía estatutaria.

14. Los acuerdos de las Comisiones Mixtas

Pero si bien el proceso de asunción de competencias sí queda concluido en firme con las normas estatutarias, sin perjuicio de las matizaciones inherentes en su caso a las normas delimitadoras de competencias integradas en el bloque de la constitucionalidad, no ocurre lo mismo con el traspaso de los servicios. El art. 147.2.d de la CE dispone que los Estatutos deberán contener «las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a los mismos». No hay que confundir «asunción de competencias» con «traspaso de servicios», esto es, de los medios reales y personales para ejercerlas. La existencia de éstas en el ámbito del Estado preconstitucional y la necesidad de no repetirlas creando otros, *ex novo* en el ámbito de las Comunidades mientras aquellos quedarían vacíos de sentido en la esfera estatal⁸¹ exige la transferencia estatal de los servicios, perdiendo el Estado lo que las Comunidades ganan. (STC 58/1982, FJ 2).

En cumplimiento de la exigencia constitucional del art. 147.2.d in fine, todos los Estatutos, sin excepción, contienen la creación de una Comisión mixta paritaria integrada por representantes del Gobierno de la Nación y de la Comunidad, a las cuales se otorgan facultades para autonormarse regulando su funcionamiento. «Resultado de esta habilitación estatutaria son los Reales Decretos aprobados por el Gobierno a propuesta de tales Comisiones por los que se establecen las normas de traspaso de servicios así como las normas de funcionamiento de las propias Comisiones» (STC 76/1983, FJ 28). Lo que no puede correctamente afirmarse, como por una imperfección técnica se dice en la Disposición transitoria 2.^a del EAPV es que por medio de esas normas, las emanadas de la correspondiente Comisión Mixta, «se transferirán a la Comunidad Autónoma las competencias que le corresponden en virtud del presente Estatuto», pues, como declara el Tribunal glosando esta Disposición, la titularidad de las competencias corresponde a la Comunidad «por obra de la Ley Orgánica por medio de la cual se aprobó su Estatuto», y siendo ya suyas, no es posible en puridad transferirle lo que ya le pertenece (STC 25/1983, FJ 3).

⁸¹ Cfr. sobre ello *supr.* núm. 11 y nota 77.

Con tan lógica precisión se despeja cualquier duda que pudiera suscitarse acerca del valor de las normas emanadas de las Comisiones Mixtas, que quedan reducidas (al margen de los aspectos internos a la Comisión) a la función del traspaso de servicios.

De esta doble remisión –del art. 147.2.d de la CE a los Estatutos y de éstos a las normas de las Comisiones Mixtas– se infiere que el traspaso de servicios no ha quedado configurado como un proceso uniforme, sino que constitucionalmente se «dejó abierta la posibilidad de que los traspasos se realizasen en momentos distintos, bajo técnicas distintas y que condujesen a distintos resultados materiales». En consecuencia, dada la existencia «de una reserva competencial a favor de las Comisiones mixtas para regular los traspasos de servicios», «no cabe admitir que una Ley estatal pueda incidir en el ámbito competencial de las Comisiones Mixtas e imponerse a sus acuerdos», cuya «validez procesal y material deriva directamente de los Estatutos de Autonomía y tiene su origen último en el art. 147.2 de la Constitución». Esto no obsta para que esa reserva competencial haya de interpretarse «en relación con el esquema conjunto de distribución competencial», ni tampoco para que los aspectos formales de los Reales Decretos en los que se aprueban los acuerdos de las Comisiones deban ser regulados por el Estado (STC 76/1983, FJ 28).

De este modo ha perfilado el Tribunal el valor de los acuerdos de las Comisiones Mixtas, que constituyen la última etapa de un proceso diferenciado que «se proyectó hacia los niveles inferiores de la normación al atribuir los Estatutos la ejecución de los traspasos a Comisiones Mixtas paritarias y dotarlas de facultades para regular su propia actividad⁸². Algunos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad en el proceso por recurso previo de inconstitucionalidad sobre la LOAPA tienen este razonamiento como fundamento único⁸³.

15. La noción de interés respectivo; sus variantes

Una de las «nociones intrínsecas» a la Constitución en función de las cuales opera ésta la distribución de competencias y que ha sido empleada y matizada por el Tribunal es la de interés. El art. 137 de la CE dice que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyen», y añade que «todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». El Tribunal ha hecho notar que

⁸² Cfr. STC 76/1983, FFJJ 28

⁸³ STC 76/1983, FFJJ 28, 31 y 32 y el apartado b) del FJ 51, así como el apartado c) del Fallo.

éste es un «principio (que) figura significativamente a la cabeza de los principios generales que informan la organización territorial del Estado» (STC 25/1981, FJ 3), y al llamar la atención sobre el epígrafe del Capítulo primero del Título VIII de la Constitución, trata de destacar no sólo la importancia, sino también la generalidad del criterio del «respectivo interés», razón por la cual lo ha utilizado para definir el ámbito de la autonomía local (de las provincias o de los municipios) frente al Estado o frente a una Comunidad⁸⁴. No obstante, siendo para nosotros ajena al propósito del presente informe esta dimensión no política de autonomía, ceñiremos nuestro examen a los «respectivos intereses» del Estado y de las Comunidades como criterio constitucional inferido y construido por la doctrina del Tribunal en distintos supuestos y con diverso alcance a la hora de resolver acerca de la titularidad estatal o comunitaria de determinadas competencias. Conviene, antes de analizar «la doctrina constitucional» sentada por el Tribunal⁸⁵ al respecto, cobrar conciencia de que en otros dos pasajes del texto constitucional, incluidos ambos en el Título VIII, se emplea la expresión «interés general» o «interés general de España», para justificar («cuando así lo exija el interés general») una Ley estatal de armonización, y para legitimar, cuando una Comunidad Autónoma «actuara de forma que atente gravemente al interés general de España», al Gobierno de la Nación para adoptar las medidas necesarias en «protección del mencionado interés general»⁸⁶. No puede afirmarse que la doctrina del Tribunal sobre «intereses respectivos», «interés general» y fórmulas conceptuales semejantes haya sido contradictoria, o ni siquiera oscilante, pero sí se aprecia en ella un cuidado por establecer matizaciones sucesivas que impidan tanto la identificación de «interés general» con «interés de España», de manera que sólo el de la Nación fuera tenido como interés general, como la contraposición entre los «intereses respectivos» del Estado y de las Comunidades. La realidad imperativa de la «forma compuesta» del Estado y la necesidad reconocida⁸⁷ de interpretar en congruencia con ella todos los preceptos constitucionales ha sido el doble hilo conductor que ha guiado al Tribunal en su cuidado por perfilar estas «nociones intrínsecas» a la Constitución. Quien desee estudiar la posible evolución en las afirmaciones hermenéuticas del Tribunal puede seguir la secuencia cronológica de sus principales sentencias a propósito

⁸⁴ Principalmente en los recursos de inconstitucionalidad que dieron lugar a las SS.TT.CC. 4/1981 y 32/1981.

⁸⁵ Expresión que se recoge en el art. 13 LOTC. Arts. 150.3 y 155.1 respectivamente 87. Cfr. *supra* núm. 11 y STC 58/1982, FJ 2.

⁸⁶ Arts. 150.3 y 155.1 respectivamente Cfr. *supra* núm. 11 y STC 58/1982, FJ 2.

⁸⁷ Cfr. *supra* núm. 11 y STC 58/1982, FJ 2.

de estos conceptos⁸⁸, sentencias que, sin embargo serán analizadas aquí buscando más bien la secuencia lógica de sus contenidos.

Es indudable, pues así lo dispone el art. 137 CE que es necesario operar a la hora de interpretar las normas del bloque de la constitucionalidad efectuando «una redistribución de competencias en función del respectivo interés entre las diversas entidades», pues sólo así se logrará que «el modelo de Estado configurado por la Constitución tenga efectividad práctica» (STC 32/1981, FJ 3). Pero también en defensa de la unidad de ese mismo Estado hay que tener presente que la autonomía no es ilimitada (STC 4/1981, FJ 3) y, más en concreto, que «la autonomía no se garantiza por la Constitución —como es obvio— para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad» autónoma de que en cada caso se trate (STC 4/1981, FJ 10). Esta especie de declaración cautelar del Tribunal pone sin embargo ya de manifiesto la existencia de varios «intereses generales» y reconoce implícitamente que también son generales los intereses de la Comunidad. Es más, «las Comunidades Autónomas no son ni pueden ser ajenas al interés general del Estado», puesto que de él son parte integrante, de modo que tienen un interés propio general y una participación en el interés general del Estado. Pese a ello es lo cierto que «las Comunidades Autónomas como corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política, tienen como esfera y límite de su actividad en cuanto tales los intereses públicos generales compete por definición a los órganos estatales» (STC 25/1981, FJ 3). El «interés propio» (STC 32/1981, FJ 3) de cada Comunidad es, pues, general, pero de radio menor que los «intereses públicos generales» cuya defensa (acaso potencialmente frente a una Comunidad, como indica preventivamente el art. 155 CE) corresponde al Estado.

Ahora bien, sobre una determinada materia pueden coincidir «intereses generales de diverso alcance», y es entonces cuando en función de esos «distintos niveles del interés general» hay que atribuir las respectivas competencias. «La consecución del interés general de la Nación en cuanto tal «queda confiada a «los órganos generales del Estado», a quienes también pertenece la consecución de intereses «de carácter supracomunitario», *tertium genus*, que aparece situado como de menor generalidad que los intereses específicamente nacionales, pero más amplio (por afectar a más de una Comunidad) que «el interés general de cada Comunidad». Como medios para realizar esos fines

⁸⁸ STC 4/1981; STC 25/1981; STC 32/1981; STC 37/1981; STC 42/1981; STC 1/1982; STC 76/1983; principalmente éstas, aunque puedan espigarse algunas alusiones menos relevantes en otras Sentencias.

constituídos por las esferas de intereses de radio o nivel variable están las respectivas competencias estatales (en los dos primeros supuestos) o comunitarias (STC 42/1981, FJ 2).

Al coincidir con frecuencia sobre una materia distintos intereses surge, por un lado, la necesidad de resolver el conflicto así planteado «en función del interés predominante» —expresión que apunta a la no contradicción u oposición entre los intereses en juego— (STC 4/ 1981, FJ 3), y por otra parte se reconoce la competencia estatal calificándola como básica en el sentido que luego se expondrá, para llevar a cabo «la articulación entre los intereses propios de cada Comunidad... y los generales de la Nación, ... pues sin tal articulación el principio de unidad del ámbito económico nacional sufriría graves quebrantos» (STC 1/1982, FJ 6). No hay, pues, intereses enfrentados o contrapuestos, sino articulables y, en último término, cuando entren en conflicto, hay que pronunciarse en función del predominante. En todo caso, la vinculación entre interés general de la Nación, principio de unidad y competencias estatales, afirmada en la sentencia últimamente citada con relación al orden económico, se vuelve a sentar en términos más generales con ocasión del proceso sobre la LOAPA al establecer el Tribunal que «es preciso señalar que el constituyente ha tenido ya presente el principio de unidad y los intereses generales de la Nación al fijar las competencias estatales» (STC 76/1983, FJ 3; STC 1/1982, FJ 1). La misma idea, como veremos, se reitera al construir la noción de bases y la de legislación básica.

La amplitud y esmero con que el Tribunal se ha ocupado de la noción de interés calificándolo como hemos visto en cada caso como general, más general, propio, respectivo, supracomunitario o predominante, no nos debe llevar a la precipitada conclusión de que ésta sería la piedra de toque única a utilizar por el intérprete. Al contrario, el Tribunal, tras sus primeras Sentencias y sin abandonar tampoco tan relevante criterio hermenéutico, ha destacado en una ocasión cómo la técnica distributiva de competencias utilizada por la Constitución es compleja e implica que junto a la noción de interés haya que partir también, cuando haya varios en concurrencia (lo que por definición sucede siempre que hay conflicto), del «contenido inherente a cada competencia» (STC 42/1981, FJ 2).

En otra ocasión ha señalado que el concepto de «intereses respectivos» está dirigido más directamente por la Constitución al legislador y es éste, y en especial el estatutario, «el que, dentro del marco de la Constitución, determina libremente cuáles son estos intereses, los define y precisa su alcance, atribuyendo a la entidad (autónoma) las competencias que requiere su gestión». Así regulado legalmente, el interés respectivo y su «repertorio concreto de com-

petencias» es ya para el intérprete un dato, y el eventual conflicto habrá de resolverse procurando partir de la norma legal y «sin reducir su alcance mediante una nueva conexión entre su significado literal y la noción de interés de la Comunidad Autónoma» (STC 37/1981, FJ 2). El Tribunal con base y partida en la Constitución, construye matizadas nociones de interés, pero, andado ya no poco camino, y nada propicio a construcciones de valor absoluto ni, menos aún, excluyente, relativiza su propio concepto y lo deja en reposo.

16. Competencias «exclusivas», «compartidas» y «concurrentes»

Como ya dijimos al analizar de modo somero la estructura del art. 149.1 CE⁸⁹ «el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal» tiene distinto alcance en cada una de las materias en él enumeradas (STC 35/1982, FJ 2). Ello y el hecho de que también los Estatutos empleen el adjetivo «exclusivas» para referirse a competencias comunitarias que en cierto modo se superponen a las estatales, ha obligado al Tribunal a relativizar también el significado de qué sea lo exclusivo y a comenzar por destacar «el sentido marcadamente equívoco con el que el adjetivo exclusivo se utiliza tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos de Autonomía» (STC.37/1981, FJ 1; STC 5/1982, FJ 1).

En ocasiones lo que se reserva al Estado es toda una materia «sin limitación alguna»: tal ocurre con las relaciones internacionales (STC 44/1982, FJ 4) o con el comercio exterior (STC 1/1982, FJ 13; STC 69/1982, FJ 1). Cuando al Estado se le reserva por la Constitución una materia «íntegra y exclusivamente», no cabe que en ella ninguna Comunidad pueda asumir competencias ni siquiera de ejecución» (STC 1/1982, FJ 13); con ello, es decir, con ese tipo de reserva estatal, se impide «no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella», pues no hay política posible sin un sustento competencial (STC 35/1982, FJ 2).

Pero respecto a otras muchas materias la reserva estatal comprende tan sólo «potestades concretas» o «funciones determinadas consistentes en unos casos en las bases o legislación básica y en otros en toda la legislación sobre la materia. En tales supuestos las Comunidades que tienen por techo el art. 149 pueden asumir por vía estatutaria todo lo no reservado, esto es, el desarrollo legislativo y la ejecución, o sólo la ejecución, respectivamente. Como vere-

⁸⁹ Cfr. *supra* núm. 10.

mos más adelante la asunción comunitaria de competencias de desarrollo legislativo y ejecución conlleva la capacidad de la Comunidad para llevar a cabo en la materia una política propia. Y aún hay casos en que la reserva estatal abarca también potestades ejecutivas.

Si, como parece convincente⁹⁰, exclusividad equivale a monopolio, es claro que en aquellos casos en que una materia corresponde en su integridad al Estado es correcto y preciso decir que su competencia es íntegra y exclusiva sobre la materia, como se lee en la sentencia de 28 de enero de 1982 en el texto antes transcrito. En todos los demás casos la materia está competencialmente compartida⁹¹, y aunque el Tribunal habla en unas ocasiones de competencias compartidas y en otras de competencias concurrentes, es lo cierto que más que de calificar conceptualmente las competencias coexistentes sobre esas «zonas competenciales comunes»⁹² y de distinguir en abstracto entre lo compartido y lo concurrente, el Tribunal ha operado «desentendiéndose de las calificaciones (contenidas en la Constitución o en los Estatutos) e indagando caso por caso sobre el régimen de reparto de competencia para resolver acerca de su titularidad»⁹³. Y es que esta finalidad, y no la profesoral o la de elaboración de categorías doctrinalmente siempre discutibles, es la que orienta la actuación toda del Tribunal. Este no ha definido, en abstracto, qué es legislación y qué ejecución, ni qué y cuáles son competencias exclusivas, compartidas y excluyentes. Todas estas nociones han estado sin embargo latiendo en su preocupación y son términos que aparecen con reiteración en sus sentencias, pero siempre y sólo en función del caso en debate. Antes de analizar lo que el Tribunal ha ido desgranando en sus sentencias sobre zonas fronterizas y conceptos delimitadores, veamos algún caso claro de lo que él mismo define como competencias compartidas y alguno más de competencias concurrentes, sin olvidar lo ya dicho sobre competencia exclusiva y materias «íntegra y exclusivamente reservadas al Estado».

Un caso paradigmático de competencias compartidas proviene del artículo 149.1.27 de la CE, donde en materia de prensa, radio, televisión y en general, todos los medios de comunicación social, al Estado corresponde dictar las normas básicas y las Comunidades pueden asumir, y algunas han asumido «mediante el correspondiente Estatuto», competencia legislativa de desarrollo que en todo caso habrá de respetar la competencia básica, una potestad

⁹⁰ MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público...*, cit., I, pp. 359-360. Cfr. autor, obra y lugar citados en nota anterior.

⁹¹ Cfr. autor, obra y lugar citados en nota anterior.

⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, op. cit., I, p. 268.

⁹³ MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho público...*, cit., p. 363.

reglamentaria igualmente de desarrollo y, finalmente la función ejecutiva correspondiente a la materia. Esta articulación de competencias, dice el Tribunal, se hace «con arreglo a un principio de competencias compartidas», o constituye «un régimen de competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (STC 26/1982, FJ 2; STC 44/1982, FJ 1).

El caso más claro de competencias concurrentes, y también el de más amplio contenido es el del 149.2 CE, como ya vimos al hablar de la estructura normativa del citado artículo⁹⁴. Pero a veces competencias del Estado y de una Comunidad calificadas por la Constitución y el Estatuto correspondiente como exclusivas «están llamadas objetiva y necesariamente a ser concurrentes», como sucede con las definidas respectivamente en el art. 149.1.13 y en el art. 10.25 del Estatuto de Cataluña (STC 1/1982, FJ S).

Por otra parte, la necesaria interpretación en congruencia con la forma compuesta del Estado obliga a matizar incluso el contenido de la competencia exclusiva estatal del art. 149.1.1 de la Constitución concerniente a tan importantísima materia como es la de los derechos fundamentales, definidos por el Tribunal «como elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, en nuestro caso el del Estado social y democrático de Derecho». En cuanto tales, ha dicho el Tribunal (STC 25/1981, FJ 5), «los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado... Por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles..., son elemento unificador, ... y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna». Tan rotundas afirmaciones, puestas en conexión con la reserva de ley exigida por el art. 53.1 CE para la regulación de tales derechos y libertades, podía dar lugar a entender que sólo por ley estatal podría regularse dicho ejercicio. Ahora bien, el Tribunal, realizando una interpretación sistemática entre el art. 139.1 de la CE⁹⁵ y del 149.1.1 en conexión con el 53.1 CE, ha declarado que la intelección de la expresión «sólo por ley» de este último precepto como equivalente a «sólo por ley estatal» en todo caso, es insostenible; en primer lugar porque de ser así carecería de sentido la reserva competencial en favor del Estado del art. 149.1.1 en cuanto a la regulación de las condiciones básicas, y, sobre todo, porque una interpretación de este género vendría casi a vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, pues muchas son las materias cuya regulación legal ha de incidir directamente sobre el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de los deberes garantizados por la

⁹⁴ Cfr. *supra* núm. 10 y STC 49/1984, FJ 6 Cfr. *supra* núm. 5.3 y nota 86.

⁹⁵ Cfr. *supra* núm. 5.3 y nota 86.

Constitución». Por consiguiente la ley de que habla el art. 53.1 CE «ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, (pero) cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio (cuya regulación es el ámbito estricto reservado a la competencia exclusiva estatal) puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos les atribuyen competencias sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación en el ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados» (STC 37/1981, FJ 2). Las competencias exclusivas estatales no pueden por tanto ser interpretadas de manera tal que vacíen de contenido marcos competenciales comunitarios. Y esto es así incluso en relación con la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, como exigencia moduladora de la forma del Estado.

17. **Materia**

Las listas del art. 148.1 y 149.1 CE contienen «materias» ¿Qué hay que entender por materia? Puesto que nuestro sistema competencial descansa sobre este concepto (STC 40/1982, FJ 10) y la Constitución no lo define, es necesario saber cómo lo ha ido configurando el Tribunal, ya que en principio es claro que «la materia, como concepto jurídico relevante para definiciones competenciales, se erige en una de las líneas principales del sistema competencial» (STC 40/1982, FJ 6).

Una primera precisión contenida en una de nuestras también primeras sentencias y que encierra una importante distinción conceptual, hace observar que la larga enumeración del art. 149.1 CE está construida por referencia a «materias o actividades concretas del poder respecto de determinados fines sociales, con la única y notable excepción precisamente del párrafo décimo octavo en la que la referencia es justamente a una acción por así decir reflexiva del Estado» (STC 32/1981, FJ S). El Estado actúa y lo hace no en el vacío sino con el fin de resolver determinados problemas de la realidad social: éstos parecen constituir el punto de vista del constituyente, según el párrafo transcrito de la citada sentencia, para ordenar el reparto competencial. Pero el Estado actúa también «ad intra» para autoorganizarse y para regular su propio modo de proceder: este punto de vista expresamente referido a las Administraciones públicas y al procedimiento administrativo común (por tanto no a

todos los órganos del Estado), constituye la excepción o acción reflexiva de la que habla la sentencia citada. Conviene notar que esta excepción en el momento de esta primera conceptualización lejos de implicar una materia residual y, por ende, de menor envergadura, constituye una de las materias más importantes contenidas en el art. 149.1. La reserva estatal del primer inciso del art. 149.1.18 CE ha servido para resolver numerosos problemas competenciales y, todavía más, ha sido interpretada con ocasión del recurso previo sobre la LOAPA como una vía de actuación legislativa estatal básica que constituye título competencial suficiente y, por así decir, ordinario con arreglo al cuál el Estado puede (y aun debe) regular normativamente unas materias básicas, que por otras vías más solemnes, grandilocuentes y arriesgadas no siempre puede unificar (STC 76/1983, *passim*; cfr. también STC 85/1983, FJ 1 y STC 5/1982, entre otras). Esta intencionada digresión nos pone ya sobre aviso de que la trascendencia de lo que se entienda por materia no se limita a un problema conceptual secundario, sino que consiste principalmente en la amplitud con que se interprete el contenido de cada una de esas materias íntegra o parcialmente reservadas al Estado.

El Tribunal, en otras ocasiones, ha relacionado el concepto de materia no, como en la Sentencia antes citada, con los fines sociales de la actividad del poder, sino con la sectorialización del propio ordenamiento jurídico y/o con las grandes divisiones disciplinares convencionalmente aceptadas, aunque siempre sometidas a debate.

Y al adoptar, principalmente con referencia a la reserva estatal sobre «legislación laboral» este punto de vista, el Tribunal se ha mostrado consciente de la imprecisión de estas divisiones por materias. Así observa que «el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento no es en modo alguno preciso, y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación competencial de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal siempre viva» (STC 37/1981, FJ 3). Por lo mismo, el Tribunal ha huído de definir en términos generales qué debe entenderse por «legislación laboral», o dónde termina lo mercantil y comienza lo administrativo en abstracto (STC 40/1982, FJ 2), y ha procurado, en función de cada caso y sin voluntad de acotar de una vez por todas cada materia, deslindar materias vecinas y resolver si la competencia debatida cabía o no en tal o cual materia como «complejo relativo a un sector disciplinario homogéneo» (STC 40/1982, FJ 10).

Sin perjuicio de que no pocos de los textos que veremos en el próximo apartado nos reconduzcan de nuevo a la conceptualización y delimitación de determinadas materias, parece procedente señalar aquí dos criterios generales

sostenidos por el Tribunal. Es el primero que cuando la Constitución reserva para el Estado la legislación (toda la legislación: arts. 149.1.6, 149.07, inciso primero, 149.1.9) sobre una materia hay que entender que la finalidad de tales preceptos constitucionales consiste en «mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia» (STC 18/1982, FJ 5), es decir «una regulación unitaria de una materia» (ibid., FJ 3), lo cual obliga a interpretar el término legislación como inclusivo de los reglamentos ejecutivos, es decir, de aquellos que aparecen como desarrollo de la ley (STC 40/1982 FFJJ 7 y 8; STC 71/1982, FJ 8; STC 58/1982? FJ 11), pues dada la «íntima colaboración» entre la ley y el reglamento, sólo así es posible garantizar el cumplimiento del fin «unitario» o «uniformizador» perseguido por el constituyente. El segundo criterio de interpretación antes aludido consiste en que la legislación básica a la que ha de sujetarse una Comunidad para ejercer una singular y determinada competencia, no puede circunscribirse a la referida a esa competencia aisladamente considerada, sino a toda la materia dentro de la cual la competencia singular se inserta (STC 64/1982, FJ 5).

18. Bases

En muchos números del art. 149.1 CE⁹⁶ el Estado reserva como competencia exclusiva las «bases», «normas básicas» o «legislación básica» sobre una materia. En cada uno de estos supuestos las Comunidades que tienen como techo competencial ese mismo art. 149 pueden en principio haber asumido estatutariamente la legislación de desarrollo y la ejecución, y así lo han hecho, en efecto, las Comunidades más deseosas de competencias ¿Qué contenido tienen o han de tener en cada caso las bases? La pregunta es de crucial importancia porque en todos los casos en que se menciona la reserva sobre bases (o sobre los otros términos citados) la potestad legislativa acerca de la materia resulta competencialmente compartida entre el Estado y las Comunidades que hayan asumido competencias de desarrollo legislativo. Las bases o leyes o normas básicas estatales no atribuyen competencia a las Comunidades, ciertamente; pero si llenan de contenido, una vez promulgadas o acotadas, la competencia estatal sobre la materia, y en este sentido cumplen⁹⁷ un efecto delimitador de competencias aunque sólo en un sentido negativo, esto

⁹⁶ Art. 149.1.111; 131; 161; 171; 184; 231, 251; 271 y 301

⁹⁷ Cfr. *supra* núm. 8 *in fine*.

es, fijando la frontera competencial más allá de la cual la Comunidad no puede entrar porque ahí comienza el terreno de lo básico estatal.

Lo primero que hizo el Tribunal al respecto fue decir lo que no son esas bases de que habla la Constitución. En efecto, el ejercicio de la competencia estatal sobre bases o legislación básica «no requiere en modo alguno la promulgación de leyes de bases o de leyes marco» (STC 32/1981, FJ 6), es decir, las bases «no tienen nada que ver con la delegación legislativa de que tratan los arts. 82 y 83 de la Constitución, ni se identifican con las leyes marco reguladas por el art. 150.1» (STC 1/1982, FJ 1). Inmediatamente hay que decir que «la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y en consonancia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente» (STC 32/1981, FJ 1; STC 25/1983, FJ 4).

De esta noción material de bases se infiere «que unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales, lo cual sería consecuencia lógica de una noción formal de bases» (STC 1/1982, FJ 1) y dejaría en manos del Estado la posibilidad de definir su propio contenido competencial y delimitar negativamente *eo ipso* el de las Comunidades, «sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido» (Ibíd.).

¿Cuál es «la legislación vigente» de la cual han de inferirse las bases? Sin entrar ahora a delimitar el sentido del término «legislación», hemos de atender a lo dicho por el Tribunal en cuanto a que las bases estén en la legislación pre o postconstitucional. No cabe duda de que las bases pueden ser determinadas después de entrar en vigor la Constitución; entonces «las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico», pero dado el contenido inseguro del término y la posibilidad de que al delimitarlo el legislador estatal ordinario se exceda en la definición legal de lo básico, «en caso necesario será este Tribunal el competente» para decidir si la delimitación es correcta o si el legislador estatal ha ido más allá de lo que las normas del bloque de la constitucionalidad le permiten. El Tribunal, pues, «en su calidad de intérprete supremo de la Constitución» se reserva la última palabra siempre que sea llamado para que la pronuncie (STC 32/1981, FJ 5).

Si el legislador postconstitucional no ha definido las bases de una materia, ello no significa ni que no existan ni que el legislador comunitario no pueda legislar hasta que el estatal la defina. Si las materias de que se trate «son de las que disciplinan la acción sectorial del poder público y no se encuentran inmediatamente condicionadas por el fundamento de legitimidad de ese poder y la estructura política que de él deriva», las Comunidades que quieran legislar sin esperar a que lo haga sobre las bases el legislador estatal postconstitucional,

podrán hacerlo, pero ateniéndose a lo que sean las bases de la materia infringiéndolas de la legislación estatal preconstitucional, porque en estas materias los «principios o bases» preconstitucionales «pueden ser interpretados en la generalidad de los casos de conformidad con la Constitución» (STC 32/1981, FJ 6). Esta doctrina permite que las Comunidades con competencias legislativas de desarrollo puedan ejercerlas sin verse sometidas a dejar su competencia en suspenso hasta que el legislador estatal postconstitucional diga qué es lo básico, pues de no ser así, le habría bastado —con intención o sin ella— al legislador postconstitucional con no definir lo básico para dejar provisional e indefinidamente en el vacío las competencias comunitarias legislativas de desarrollo (STC 32/1981, FFJJ 5 y 6). Esta doctrina ha sido aplicada por el Tribunal reiteradamente, dada la todavía escasa legislación postconstitucional al respecto, infringiendo las bases de una materia en conflicto de la legislación (*lato sensu*, como veremos enseguida) preconstitucional al respecto (STC 1/1982; STC 32/1983; STC 85/1983; STC 64/1982; STC 113/1983, y otras varias).

El problema es más delicado cuando el legislador postconstitucional no ha definido lo básico pero la materia en cuestión está regulada por leyes preconstitucionales «que tienen como objeto precisamente la constitución de los poderes» públicos. Cabría pensar que en estos casos el legislador comunitario podría inferir las bases o principios básicos directamente del texto constitucional. El Tribunal ha rechazado en varias ocasiones esta posibilidad, defendida en procesos constitucionales por varias Comunidades Autónomas, porque tal —hipótesis «supondría que, moviéndose en un vacío normativo, el legislador de la Comunidad Autónoma hace suya la competencia que sólo corresponde al legislador del Estado para establecer las bases o principios a que debe ajustarse la regulación de una determinada materia, que no son los que respecto de la misma fija, en un plano de mayor abstracción y generalidad la propia Constitución, sino lo que dentro de los amplios límites que esos principios constitucionales marcan, considere más adecuados según su propio juicio el legislador competente, que es sin duda el legislador estatal». Y ello ha de ser así aunque la Comunidad, al legislar previa inducción, a su riesgo, de qué sea lo básico, promulgue una legislación que por fuerza «nace afectada por así decirlo de una cierta provisionalidad»; leyes, las comunitarias, sometidas también a la posibilidad de que el Tribunal aprecie si, al legislar, el legislador comunitario ha respetado o no las bases que de la legislación vigente cabe inducir» (STC 32/1981, FF. JJ. 5 y 6; STC 5/1982, FFJJ 1 y 2; STC 57/1982, FJ 8). Con estas resoluciones el Tribunal ha tratado de garantizar que el modelo de Estado vaya cobrando realidad en virtud del respeto y del equilibrio dinámico entre los principios de unidad y de autonomía.

El Tribunal ha procurado perfilar el contenido de lo básico en cada caso y aunque su interpretación casuística, partiendo siempre de la noción material de bases, pueda haber conducido a la fijación amplia de lo que sean bases, es lo cierto que con insistencia ha declarado que el establecimiento estatal de las bases «no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad» (STC 1/1982, FJ 1), sino que, más allá de lo básico, deben permitirse «opciones diversas» entre las cuales pueda elegir la Comunidad «ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario» (STC 32/1981, FJ 5).

Así, pues, las bases constituyen garantías de la unidad del Estado, y el constituyente, al reservar a aquél competencia normativa sobre lo básico, lo ha hecho atendiendo a las exigencias del principio de unidad, pero siempre sin anular la potestad legislativa de las Comunidades, sino tan sólo delimitándola negativamente. Es necesario, por voluntad del constituyente que las bases «tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de los intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan...» (STC 1/1982, FJ 1 y STC 76/1983, FJ 3; STC 71/1982, FJ 7). El Tribunal ha mantenido estas ideas al decir que en la noción de bases puede advertirse un sentido positivo y otro negativo: el primero «manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidas por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros»; en sentido negativo lo básico «constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias...» (STC 25/1983, FJ 4).

Del concepto material de las bases se infiere que aunque el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la ley», hay «algunos supuestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto y de modo complementario alguno de los aspectos básicos de una materia de terminada» (STC 1/1982, FJ 1). Se sienta así la idea de que bases y legislación básica son términos materiales extensibles a un vehículo normativo reglamentario. Aunque esta idea se ha repetido mucho por el Tribunal, baste aquí sólo un nuevo texto en el que se vuelve a decir que las bases «no tienen necesariamente que estar articuladas o instrumentadas a través de una concreta forma de manifestación de la voluntad legislativa o política,..., sino que, como concepto material, pueden hallarse en leyes en sentido estricto o incluso en reglamentos ejecutivos...», lo que está

en consonancia con el «sentido material» que el término «legislación» tiene en el art. 149 de la Constitución (STC 25/1983, FJ 4; STC 35/1982, FJ 2).

Esta doctrina ha quedado confirmada, pero también matizada en una Sentencia posterior (STC 32/1983, FFJJ 1, 2 y 3). En ella se insiste en la afirmación —aquí ya transcrita a partir de la STC 1/1982 y con apoyo en la de 28 de julio de 1981— de que el instrumento válido «para establecer las bases con posterioridad a la Constitución es la ley». Ello no contradice la noción material de bases, pues éstas pueden hallarse en la legislación («lato sensu») preconstitucional e inferirse de ellas, y pueden completarse por vía reglamentaria por el legislador postconstitucional, doctrina ya conocida y reiterada por el Tribunal. Lo que de nuevo se añade en esta Sentencia es que «lo que, sin embargo, no podrá hacer el gobierno es definir en términos generales y por Real Decreto lo que es básico, pues es al legislador postconstitucional a quien corresponde establecer lo que entiende por bases...». La legislación básica reglamentaria ha de ser completa, no definitoria, porque «aunque el gobierno puede regular la materia básica para completarla, necesita para ello que la definición de lo básico conste previamente en normas legales postconstitucionales, o, al menos, que de la legislación preconstitucional puedan inferirse cuáles sean las bases de la materia en cuestión». Lo que no puede hacer el Gobierno es definir por Real Decreto lo básico y habilitar a órganos de la Administración para que desarrollen por vía reglamentaria lo que él mismo ha definido como básico, pues entre su norma reglamentaria definitoria «y el bloque normativo constitucional falta el eslabón intermedio y necesario, esto es, una ley formal del Estado o una norma estatal con rango de ley» (en términos análogos, STC 42/1983).

La potestad legislativa de desarrollo de las Comunidades queda así más respaldada al mismo tiempo que se quiere inducir al legislador estatal a que actúe legislando, sobre lo básico en determinadas materias. No obstante, nótese que la posibilidad de completar reglamentariamente lo básico está ligada no solo a la definición legal y postconstitucional de las bases, sino también —«al menos»— a que éstas puedan inferirse de la legislación preconstitucional, supuesto muy frecuente.

Las matizaciones de la última Sentencia sintetizada se reflejan también, aunque sólo de pasada, en otra posterior, donde el Tribunal ha dicho que «cuando la Constitución utiliza el término bases está comprendiendo funciones normativas que aseguren, en lo que es menester, un común uniforme, unas reglas a partir de las cuales las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en la materia puedan ejercerlas; pero estas competencias (las estatales sobre lo básico) no se agotan con las propias legislativas, pues cuan-

do la preservación de un tratamiento uniforme reclame el complemento reglamentario y aún el ejecutivo, se justifica la reserva de estas competencias en la medida indispensable» (STC 57/1983, FJ 7).

19. **Ámbito territorial**

Los Estatutos de las Comunidades suelen contener un precepto que delimita territorialmente el ámbito competencial de la Comunidad o su territorio (por ejemplo EAPV, art. 20.6; EAC. art. 25.1; EAG, art. 37.1; EA Ast. art. 15.1). Con arreglo a ese criterio estatuario de delimitación espacial para el ejercicio de sus competencias, el Tribunal ha resuelto puntos singulares de algún conflicto (STC 1/1982, FJ 11), o ha utilizado este precepto estatutario como una de las normas para resolver la titularidad de tal o cual competencia. No es el análisis de los casos concretos lo que aquí nos interesa, pero sí la doctrina sentada por el Tribunal en uno de ellos por su grado de generalidad, y porque demuestra cómo la preocupación por la configuración real de los poderes de las Comunidades y, al mismo tiempo, por el principio de unidad y por la gobernabilidad del Estado se hace patente en puntos como éste.

Sin desconocer la aplicación en el caso debatido del precepto de delimitación territorial (en concreto el del 20.6 EAPV), el Tribunal observa que «esta limitación territorial de la eficacia de las normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a esos órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas pura y simplemente de toda la capacidad de actuación» (STC 37/1981, FJ 1).

20. **Pluralidad de títulos y título preferente**

La difícil delimitación del contenido de cada materia, la equivocidad misma del adjetivo «exclusiva» en la Constitución y en los Estatutos e incluso la habilidad procesal de las partes en conflicto que con lógica diligencia y cautela invocan en amparo de su pretendida titularidad acerca de la competencia en

debate muy diversos títulos (STC 39/1982, FJ 2) ha planteado al Tribunal a menudo la necesidad de declarar ante una pluralidad de títulos competenciales invocados, cuál era el preferente para albergar la competencia en cuestión. Tampoco espere el lector aquí definiciones genéricas acerca de cuáles son los títulos preferentes en concurrencia con otros. Pero, sin detrimento del casuismo y siempre y sólo al filo del problema singular, algo ha dicho el Tribunal inducible para su posterior aplicación a casos futuros.

En primer lugar hay que notar que es posible una interpretación sistemática entre diversos títulos competenciales concurrentes y por ende, a veces cabe una aplicación conjunta de los títulos; cuando estos son por ejemplo, la sanidad y el medio ambiente es imaginable una aplicación compatible entre distintos títulos, conducente por todos ellos a la misma solución respecto a la titularidad, o al menos a una solución modulada (STC 71/1982, FJ 2). Ocurre, sin embargo que en otros casos la elección, entre los concurrentes, de un título u otro conduce a una solución o a otra del conflicto (STC 49/1984), lo que obviamente proporciona una mayor trascendencia a la opción.

El Tribunal ha dicho, que en casos tales hay diversas «técnicas a utilizar para indagar cuál es la regla competencial que debe prevalecer» (STC 71/1982, FJ 2), y aunque no las ha enumerado ni definido si ha establecido al menos algún criterio al respecto. En primer lugar ha dicho que hay que tener en cuenta «la razón o fin de la regla» y los bienes constitucionalmente protegidos (las condiciones básicas para el ejercicio de derechos, la unidad del mercado, la libre circulación de bienes) que entran en juego en el caso (STC 71/1982, FJ 2 «in fine»). También ha dicho que el título competencial o «regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial» (Ibíd., 6), es decir, que el título competencial preferente entre varios concurrentes es el más específico.

21. Ejecución

En relación con competencias no normativas, los problemas, al menos en su dimensión teórica, pueden calificarse como de menor complejidad, pero no por ello de escasa relevancia. Sin necesidad de repetir aquí ideas que tienen su raíz en otras ya sintetizadas, hagamos ahora una breve exposición de los pronunciamientos principales concernientes a competencias de ejecución.

En primer lugar es claro que del hecho de que un Estatuto determinado califique como exclusivas las competencias comunitarias para la ejecución de

la legislación del Estado en una materia, no puede inferirse, sin más, que el Estado no tenga dentro de su esfera de competencias reservada algunas tipificables también como de ejecución.

Esto sucede, por ejemplo, cuando una competencia comunitaria trate de ejercerse de modo que provoque «una colisión de intereses entre las dos Comunidades Autónomas», como puede suceder cuando una Caja de Ahorros domiciliada en una Comunidad tratara de abrir oficinas en otra, pues en supuestos tales, al plantearse un conflicto fáctico entre intereses supracomunitarios, entra en juego la competencia ejecutiva estatal, ya que «la consecución de los intereses de carácter supracomunitario queda confiada a los órganos del Estado» (STC 1/1982, FFJJ 6 y 11) que en este caso es el Banco de España. Análoga solución se ha tomado, entre otros casos, en relación con problemas de protección al consumidor o de sanidad y control de alimentos (SS.TT.CC. 71/1982 y 32/1983) o por razones de seguridad pública (STC 33/ 1982, FJ 3), pues todos estos bienes tutelados permiten, con incidencia variable la reserva estatal de competencia de ejecución.

Finalmente, recuérdese aquí todo lo tratado a propósito del concepto de bases. Aunque lo básico debe ser definido por vía legislativa estatal en principio, y aunque del concepto mismo se desprende como característica de lo básico la idea de «estabilidad, pues con ellas (con las bases) se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales» (STC 1/1982, FJ 1), lo cierto es que la concreción de lo básico puede llevar a competencias de ejecución reservadas al Estado.

Sin entrar en el análisis de cada fundamento y su derivado pronunciamiento en los que el Tribunal ha delimitado las bases reservadas al Estado con extensión de su contenido hasta el campo de medidas de ejecución, recordemos que en una ocasión ha dicho, ciñéndose en concreto a la ordenación del crédito que «la consecución de aquellos intereses generales perseguidos por la regulación general de las bases del crédito, exigirá que, atendiendo a circunstancias coyunturales y a objetivos de política monetaria y financiera, el Gobierno de la Nación proceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito...» (STC 1/1982, FJ 1 ss). A análogos razonamientos y conclusiones se ha llegado en otras Sentencias de este Tribunal, con modulaciones derivadas de la materia en cuestión y de la naturaleza de la legislación vigente⁹⁸.

⁹⁸ STC 26/1982; STC 44/1982; STC 71/1982. Sobre estos problemas y en especial comentando estas Sentencias, puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1983.

22. Alta inspección. Coordinación. Deber de colaboración o de cooperación

Pero las competencias estatales no normativas pueden tener títulos competenciales específicos, como son los de alta «inspección» y «coordinación».

El Tribunal no ha creído que tenga sentido «la definición conceptual de lo que sea una alta inspección que no es reducible a esquemas genéricos» (STC 6/1982, FJ 3); pero en los casos en que ha tenido que pronunciarse acerca de su contenido y alcance ha mantenido, sin apenas desarrollo y sin ninguna rectificación, unas mismas ideas, que inducidas de las dos Sentencias en cuestión son las siguientes: a) la alta inspección no puede identificarse con la competencia ejecutiva de inspección que puede tener una Comunidad; b) recae «sobre la correcta interpretación de las normas estatales, así como de las que emanan de las asambleas comunitarias, en su indispensable interrelación»; c) así entendida, es un mecanismo de integración del sistema, en cuanto «instrumento de verificación o fiscalización»; d) cuando en su ejercicio se detecte algún fallo «en el armónico desarrollo de las respectivas competencias», se puede «instar la actuación de los controles constitucionales establecidos en relación con las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos, convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control», porque e) «la alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado» (STC 6/1982, FFJJ 3 y 7; STC 32/1983).

Esta misma virtualidad integradora constituye la razón de ser de la competencia estatal de coordinación, ya que ésta «persigue que la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema». Respecto a ella el Tribunal ha establecido las siguientes precisiones: a) aunque es «un reforzamiento o complemento» de la noción de bases, es una competencia distinta a la que reserva para el Estado la fijación de aquéllas; b) como la competencia de coordinar supone en puridad lógica que hay algo que coordinar y ese algo viene constituido por las competencias comunitarias sobre la materia, hay que decir que la coordinación general debe hacerse respetando las competencias comunitarias y sin vaciarlas de contenido; c) la coordinación general como competencia estatal consiste en «la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunto «de las autoridades estatales y comunitarias (STC 32/1983, FJ 2).

Pero, por encima del ejercicio celoso de sus respectivas competencias, los órganos en que encarnan los poderes públicos deben actuar, cumpliendo con

el principio de coordinación exigido por la Constitución (art. 103.1) y convenidos de que existe entre todos ellos, estatales o comunitarios, un deber recíproco de colaboración (STC 18/ 1982, FJ 14). En este mismo sentido el Tribunal ha recordado «la conveniencia de una cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en beneficio recíproco (STC 71/1983, FJ 3). La tendencia recíproca a la integración es el subsuelo sobre el que operan, sin oposición o antagonismo, los principios de unidad y de autonomía.

23. Las cláusulas del art. 149.3

El art. 149.3 de la CE contiene una cláusula residual, otra de prevalencia y otra de supletoriedad, todas ellas como reserva en favor del Derecho estatal. El Tribunal ha insistido en que lo no incluido en las reservas estatales específicas del art. 149.1, «no significa en modo alguno que a una Comunidad determinada le corresponda ya sin más» todo lo no reservado; más allá de la reserva estatal hay una oferta o atribución potencial que sólo se concreta en marco competencial autonómico si y en la medida en que lo asume una Comunidad para sí misma en su Estatuto. Pues bien, lo no reservado pero no asumido pertenece también al Estado en virtud del art. 149.3; a esta cláusula residual así entendida se ha referido el Tribunal en varias ocasiones⁹⁹.

Sobre la prevalencia del Derecho del Estado, el Tribunal no se ha pronunciado. Hubiera podido hacerlo a propósito del artículo 4 de la LOAPA, pero la solución adoptada al respecto obvió la posibilidad de pronunciarse sobre el contenido mismo de una norma declarada inconstitucional por ser una interpretación directa de la Constitución, no por el contenido mismo de la interpretación (STC 76/1983, FJ 9).

IV. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO COMPUESTO

24. La incidencia de la distribución territorial del poder en el Tribunal Constitucional. Unidad o pluralidad de la jurisdicción constitucional

La respuesta por lo que concierne a España acerca de la incidencia de la distribución territorial del poder en la composición del Tribunal Constitucio-

⁹⁹ STC 1/1982, FJ 1; STC 38/1982, FJ 2; STC 18/1982, FJ 1; STC 10/1982, FJ 1 y 2; STC 39/1982, FJ 8; STC 69/1982.

nal, así como también sobre la posible pluralidad de la jurisdicción constitucional ha de ser, en ambos aspectos, rotundamente negativa. Los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por otros órganos constitucionales del Estado (Congreso, Senado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial), con arreglo a la Constitución (art. 159.1), pero ni representan respectivamente a esos órganos ni menos todavía a las Comunidades Autónomas, que ni directa ni indirectamente intervienen en la elección. Por lo demás, el Tribunal Constitucional «es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional» (art. 1.2. LOTC).

V. CONFLICTOS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

25. **Instituciones no jurisdiccionales de integración y, eventualmente, de control**

La Constitución pone en mano de los órganos centrales del Estado vías institucionales de carácter no jurisdiccional dirigidas a evitar conflictos fomentando la coordinación entre aquél y las Comunidades. Esta es, en particular, la razón de ser del Delegado nombrado por el Gobierno de la Nación para dirigir la Administración del Estado en el territorio de cada Comunidad y para coordinar aquella Administración con la de la Comunidad (art. 154 CE).

Como mecanismo no jurisdiccional de control está el que corresponde al Gobierno sobre las funciones delegadas por el Estado a una determinada Comunidad, delegación que obviamente versará sobre «materia de titularidad estatal», pudiendo reservarse el Gobierno formas concretas de control que ejercerá en su caso «previo dictamen del Consejo de Estado» (arts. 153.b y 150.2 CE).

El control económico y presupuestario corresponde en todo caso al Tribunal de Cuentas (art. 153.d CE).

El art. 155.1 de la Constitución ha previsto todavía un control no jurisdiccional que podríamos calificar de extraordinario puesto que está pensado para situaciones límite. Según este precepto, si una Comunidad no cumpliera sus obligaciones constitucionales o legales, o atentare gravemente contra el «interés general de España», será requerida a ello por el Gobierno y si no atiende al requerimiento el Gobierno con la aprobación por mayoría absoluta del Senado en cuanto Cámara de representación territorial (art. 69.1 CE), «podrá adoptar las medidas necesarias» para el cumplimiento forzoso de aquellas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

26. Solución de conflictos por órganos de la jurisdicción ordinaria

El control jurisdiccional sobre la administración de cada Comunidad Autónoma y sus normas reglamentarias lo ejercen los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. (art. 153.c. CE; cfr. también STC 6/1982, FJ 7).

27. Procesos constitucionales relacionados activa o pasivamente con las Comunidades

El art. 153 de la CE declara que el Tribunal Constitucional ejercerá el control relativo a la constitucionalidad de las disposiciones normativas de las Comunidades que tengan fuerza de ley y el art. 161.1.c de la Constitución declara a su vez que el Tribunal es competente para conocer de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades o de los de éstas entre sí, añadiendo a continuación que el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal disposiciones o resoluciones comunitarias con suspensión de la disposición o resolución recurrida durante cinco meses, plazo susceptible de ratificación o levantamiento, una vez transcurrido, a juicio del Tribunal (arts. 153. a, 161.1.c y 161.2 CE).

Desarrollados estos preceptos por la L.O.T.C., puede afirmarse que el Tribunal tiene competencia sobre los siguientes procesos constitucionales relacionados activa o pasivamente con las Comunidades: a) Recursos de inconstitucionalidad sobre los Estatutos de Autonomía (art. 27.2.a LOTC); b) Recursos de inconstitucionalidad sobre las demás leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley del Estado, (art. 27.2.b LOTC); c) Recursos de inconstitucionalidad sobre leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades (art. 27.2.e LOTC); d) Recursos previos de inconstitucionalidad (art. 79.1 y .2 LOTC); e) Impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas (art. 161.2 CE y art. 10.c y Título V LOTC); f) conflictos positivos y negativos de competencia entre el Estado y las Comunidades o de éstas entre sí (art. 59 LOTC); g) cuestiones de inconstitucionalidad con fondo en el Título VIII de la Constitución (art. 35 LOTC).

De hecho no se ha producido ninguna impugnación directa contra los Estatutos; sólo una impugnación por el Título V de la LOTC ha llegado a Sentencia (STC 16/1984); sólo una cuestión de inconstitucionalidad ha estado

relacionada con el Título VIII de la Constitución y terminó con Sentencia cuyo fallo decía que «no ha lugar a pronunciarse» sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada (STC 17/1981); sólo un recurso previo de inconstitucionalidad ha versado sobre una ley reguladora de problemas relativos a las Comunidades (STC 76/1983), y, como es fácil comprobar en el cuadro adjunto, la inmensa mayoría de procesos constitucionales con fondo en el Título VIII de la CE, hasta febrero de 1984, han sido recursos ordinarios de inconstitucionalidad contra leyes del Estado¹⁰⁰ o de las Comunidades¹⁰¹ y conflictos positivos¹⁰² de competencia planteados por el Gobierno¹⁰³ o por las Comunidades¹⁰⁴.

28. Presupuestos y desarrollo de los procesos constitucionales

Los procesos constitucionales son muy sencillos y difieren poco entre sí desde el punto de vista procedimental; por el contrario las pretensiones en ellos deducidas constituyen el verdadero elemento diferencial condicionante también del contenido de las correspondientes sentencias¹⁰⁵.

El recurso de inconstitucionalidad puede presentarse contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley, del Estado o de las Comunidades y están legitimados en cualquier caso para interponer lo el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados o cincuenta senadores. Cuando se trate de impugnar leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado están también legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad «los órganos ejecutivos y las asambleas de las Comunidades Autónomas», siempre que la ley recurrida «pueda afectar a su propio ámbito de autonomía»; en relación con la legitimación de las Comunidades la dicción de la Constitución es distinta de la que acabamos de transcribir partiendo de la LOTC, pues aquélla declara que están legitimadas para interponer el recurso de inconstitucionalidad «los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas» (art. 162.1.a CE

¹⁰⁰ Seis (promovidos por diputados o senadores) y veintidós promovidos por Comunidades Autónomas.

¹⁰¹ Tres (promovidos por diputados o senadores) y treinta y cuatro promovidos por el Estado.

¹⁰² No ha habido ninguno negativo hasta febrero-84.

¹⁰³ Cuarenta

¹⁰⁴ Cincuenta y cuatro.

¹⁰⁵ Trato aquí los aspectos procesales en un plano muy elemental. Para un mayor desarrollo cfr. principalmente GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, y ALMAGRO NOSETTE, José: *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980.

y arts. 31 y 32 LOTC). Sobre este problema de la legitimación de las Comunidades volveremos luego para analizar la Sentencia del Tribunal con ocasión de la impugnación por el Parlamento vasco de la Ley Orgánica 11/1980 de 1 de diciembre.

Se formulará la demanda dentro de los tres meses a contar de la publicación de la ley impugnada y, una vez presentada y admitida a trámite, se da traslado de ella a los órganos legislativos y ejecutivos del Estado o de la Comunidad (según la norma recurrida proceda de aquél o de ésta) para que puedan personarse y formular, en plazo de quince días, alegaciones (arts. 33 y 34 LOTC). La sentencia será o desestimatoria o declaratoria de la inconstitucionalidad de alguno o de todos los preceptos impugnados, vinculará en todo caso a todos los poderes públicos y producirá efectos generales desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (arts. 38, 39 y 40 LOTC).

El recurso previo de inconstitucionalidad, que no figura en la Constitución, sino que fue creado por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puede plantearse sólo contra los proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas. En relación con materias del Título VIII de la Constitución no se planteó contra ningún Estatuto, pero sí contra la Ley Orgánica de Armonización del Proceso de Autonomía (LOAPA). El objeto del mismo es «el texto definitivo» del proyecto de Estatuto o de Ley Orgánica cuya tramitación, una vez interpuesto el recurso, queda automáticamente suspendido, y, por consiguiente no se procede a la sanción real exigida por el art. 91 de la Constitución ni a la ulterior promulgación y publicación (art. 79 LOTC y art. 91 CE). Están legitimados para interponerlo quienes tienen legitimación para presentar recursos ordinarios de inconstitucionalidad (art. 79.2 LOTC). La fundamental diferencia entre ambos, como el lector habrá ya apreciado, es que mientras que el recurso ordinario se interpone contra leyes ya vigentes sin que la admisión del recurso pueda suponer la suspensión «de la vigencia ni de la aplicación de la ley» (art. 30 LOTC, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 161.2 CE), el control previo ejercido por el recurso así adjetivado impide la entrada en vigor del proyecto impugnado hasta que se resuelva sobre su constitucionalidad, si bien el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los futuros posibles procesos de inconstitucionalidad que puedan plantearse contra el texto impugnado en la vía previa una vez que se produzca la entrada en vigor del mismo (art. 79.5 LOTC).

Los conflictos de competencia pueden suscitarse sobre las que hayan sido asignadas por la Constitución, los Estatutos o las leyes delimitadoras, y pueden enfrentar al Estado con una o más Comunidades o a dos o más Comunidades entre sí. Sólo hemos tenido hasta ahora conflictos entre el Estado y una Comu-

nidad, por lo demás variable en cada caso dentro de la línea de frecuencias ya mencionada (arts. 59 y 60 LOTC). Pueden ser suscitados por el Gobierno o por los órganos ejecutivos de las Comunidades y pueden plantearse a raíz de disposiciones, resoluciones y actos (o de la omisión de los mismos) de los órganos del Estado o de una Comunidad (arts. 60 y 61 LOTC).

El conflicto será negativo cuando tanto un órgano de la Administración del Estado como otro de la Comunidad se inhiben, mediando solicitud, en el ejercicio de una competencia por entender respectivamente que le corresponde al otro (arts. 68 a 72 LOTC). Hasta febrero de 1984 no se ha presentado ningún conflicto negativo. Nos ceñiremos al examen de los positivos, éstos si muy frecuentes.

El conflicto positivo promovido por el Gobierno contra una disposición o resolución de una Comunidad que a su juicio no respeta el orden de competencias establecido por las normas del bloque de la constitucionalidad, podrá interponerse directamente ante el Tribunal o previo requerimiento, no atendido, formulado a la Comunidad, siendo facultad del Gobierno invocar o no el art. 161.2 de la Constitución, para producir automáticamente la suspensión de la disposición impugnada. Si el conflicto positivo lo plantea una Comunidad, ha de ser habiendo formulado sin éxito el correspondiente requerimiento previo de incompetencia contra el Gobierno. Una vez planteado el conflicto y tras el necesario trámite de alegaciones (más otro eventual que pueda utilizar el Tribunal para solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias), se pronunciará sentencia en la cual el Tribunal «declarará la titularidad de la competencia controvertida», anulando, en su caso, la disposición, resolución o actos impugnados si considera que están «viciados de incompetencia» (arts. 62 a 67 LOTC).

Las impugnaciones realizadas por el Gobierno de la Nación contra «las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas» se tramitan como los conflictos positivos de competencia y provocan desde su formulación el efecto suspensivo previsto en el art. 161.2 de la Constitución (arts. 161.2 CE y arts. 76 y 77 LOTC).

29. Doctrina del Tribunal sobre problemas de destacada importancia: extensión del «propio ámbito de autonomía» de las Comunidades a efectos del art. 32.2 LOTC

En el proceso constitucional iniciado por el Parlamento vasco al interponer recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley Orgáni-

ca 11/1980, de 11 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución, el Tribunal se planteó el problema de si el recurrente tenía legitimación; los recurrentes sostenían que de una recta interpretación del art. 162.1.a) de la CE y del 32.2 de la LOTC se deducía sin duda su legitimación activa, pero la representación del Estado sostuvo la tesis contraria que fue, finalmente, la que prosperó en la Sentencia. En ella se sienta una interpretación un tanto restrictiva de la expresión «leyes que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía». El Tribunal sostuvo que es coherente «que la legitimación conferida a los órganos de las Comunidades Autónomas, de acción objetivamente ceñida al ámbito derivado de las facultades correspondientes a sus intereses peculiares, esté reservada a las normas que les afecten (art. 32.2 LOTC)». El ámbito de su autonomía parecía identificarse así con el ámbito de sus facultades o de sus competencias correspondientes a sus intereses peculiares, que a su vez se oponían, al menos lógicamente, a «los intereses públicos generales» tutelados por los órganos del Estado en sentido central. La ley impugnada concernía a eventuales restricciones de derechos fundamentales y, aunque la aplicación de la ley podía preverse que fuera más frecuente en el País Vasco, ello no fue argumento para considerar admisible el recurso. «El concepto de propio ámbito de autonomía no puede reducirse a un criterio meramente cuantitativo», porque «tal planteamiento llevaría a reservar o privilegiar la legitimación para impugnar una ley del Estado a las Comunidades Autónomas en cuyo ámbito territorial fuera presumible una mayor incidencia de la misma, lo cual conduciría a consecuencias inadmisibles». El Tribunal procedió a analizar si la ley impugnada podía afectar a alguna de las competencias asumidas en su Estatuto por la Comunidad y como su análisis le condujo a un resultado negativo, concluyó declarando la desestimación del recurso por falta de legitimación activa de la Comunidad recurrente (STC 25/1981, principalmente FFJJ 3 y 4, aunque en realidad toda la fundamentación).

A la Sentencia formularon voto particular disidente cuatro magistrados, quienes entendieron que la expresión ámbito de autonomía es «más amplia» que la suma o serie de competencias asignadas en el correspondiente Estatuto y en la Constitución a la Comunidad, «pues abarca también la defensa de sus intereses políticos específicos». El elemento de la posible afectación a ese ámbito así entendido concurre cuando se defienden esos intereses, dándose entonces el «punto de conexión» exigido por el art. 32.2 LOTC, y al actuar así, la Comunidad lo hace «no en defensa de una competencia suya presuntamente vulnerada, lo que constituye la esfera propia del conflicto positivo de competencia (arts. 60 y sig. de la LOTC), sino en defensa del orden constitucio-

nal» (Voto particular a la STC 25/1981, punto núm. 2). Se apuntaba así como también en la sentencia, al problema de qué es el «ámbito de autonomía, pero también a la diferencia entre recursos y conflictos. De este segundo problema trataremos en el párrafo siguiente; veamos ahora la doctrina sentada por el Tribunal sobre el primer punto en otra sentencia suya posterior.

En ella (STC 84/1982, FJ 1) el Tribunal ha dicho que «la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está objetivamente limitada a la defensa de las competencias si esta expresión se entiende en su sentido habitual, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro. Se extiende (la legitimación) objetivamente al ámbito de sus intereses que evidentemente se ven afectados por la regulación estatal de un materia acerca de cual también la Comunidad Autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas de las del Estado. El haz de competencias de la Comunidad Autónoma, plasmación positiva de su ámbito propio de autonomía, es simplemente el lugar en donde ha de situarse el punto de conexión entre el interés de la Comunidad y la acción que se intenta, pero el objetivo que ésta persigue, la pretensión a que da lugar, no es la preservación o delimitación del propio ámbito competencial, sino la depuración objetiva del ordenamiento mediante la invalidación de la norma inconstitucional»¹⁰⁶.

30. **Conflictos de competencia y recursos de inconstitucionalidad: relaciones y diferencias**

El Tribunal se ha ocupado en varias ocasiones de diferenciar los recursos de inconstitucionalidad contra normas referidas a la distribución de competencias o a otras materias comprendidas en el Título VIII de la Constitución, y los conflictos de competencia. Ya en la sentencia antes citada sobre la legitimación del Parlamento de una Comunidad para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra una ley estatal, el Tribunal declaró que la protección de las Comunidades frente a actos de los poderes centrales podía articularse «a través de dos vías específicas», que son las aquí mencionadas. Y añadía aquella sentencia que «en términos generales, hay conflicto de competencia cuando dos órganos se consideran igualmente competentes o incompetentes para proveer en un determinado asunto, y control de constitucionalidad de las normas cuando se comprueba la validez de una norma contrastándola con otra

¹⁰⁶ No hubo votos particulares disidentes a esta Sentencia.

de nivel superior en los términos del art. 28.1 LOTC, sin que se pretenda el ejercicio de la competencia normativa por parte del que impugna la validez» (STC 25/1981, FJ 2).

Días después el Tribunal dijo en términos más precisos y explícitos que el recurso de inconstitucionalidad tiene por objeto inmediato la determinación de la inconstitucionalidad de la norma impugnada «sin que queden excluidas de su ámbito las normas que afectan a la delimitación de competencias»¹⁰⁷, mientras que «la finalidad del conflicto positivo de competencias es determinar el titular de éstas» (STC 32/1981, FJ 1).

De esta diferencia derivan varias consecuencias: una es que siendo el objeto específico de un conflicto la declaración de la titularidad de una competencia, «no es admisible la interposición (en un conflicto) de una pretensión principal e independiente en la que se nos pide la declaración de inconstitucionalidad de los Reales Decretos en cuestión». Otra consecuencia es que si una norma estatal es contraria al orden de competencias relativo a una Comunidad determinada, que es la que contra aquella interpone un recurso de inconstitucionalidad, no por ello podrá declararse nula por inconstitucional, pues podrá valer en relación con otras Comunidades y aún podrá ser Derecho supletorio para la impugnante (SS.TT.CC. 25/1981, 32/1981; 110/1983, FJ 1; 32/1983, FJ 1; 49/1984, FJ 2).

Cuando las pretensiones procesales, aún teniendo un fundamento competencial, recaen sobre leyes, deben llevarse a un recurso de inconstitucionalidad y no a un conflicto; así lo infiere una reciente sentencia con base en los arts. 67, 63 y 64 de la LOTC, pues es claro que el requerimiento, en su caso, y el conflicto siempre se «traba entre órganos ejecutivos» (STC 49/1984, FJ 1). Es esta misma sentencia la que más frontalmente aborda el tema al decir que «si la ley estatal por modo directo entraña una violación de norma definidora de competencia..., no podrá decirse que se utiliza indebidamente el instrumento procesal puesto a disposición de los legitimados para ello (el recurso de inconstitucionalidad), con la pretensión de eliminar de la fórmula legal las proposiciones normativas vulneradoras de las reglas que integran también el bloque de constitucionalidad» (STC, 49/1984, FJ 2). Lo que sucede es que la declaración en un recurso de inconstitucionalidad promovido por una Comunidad Autónoma en el sentido de que la norma estatal de contenido competencial no es inconstitucional, no prejuzga la solución de futuros posibles conflic-

¹⁰⁷ En realidad ya había tácitamente admitido este planteamiento desde una de sus primeras sentencias, en un recurso de inconstitucionalidad en parte dirigido contra normas de distribución de competencias, aunque en este caso los recurrentes fueran 50 diputados, STC 5/1981, *passim* pero en especial FJ 26 y siguientes.

tos entabladas entre esa misma Comunidad y el Estado cuando se trata (como ocurría en el caso) de competencias concurrentes entre el Estado y la Comunidad (STC 49/1984, FFJJ 5 y 6).

Dos últimas precisiones sobre las pretensiones interpuestas en los conflictos de competencia. Una es que la eficacia de lo resuelto en un conflicto trasciende más allá del caso concreto planteado, pues una vez resuelta y declarada la titularidad de la competencia en un conflicto trabado entre el Estado y una Comunidad, si entre estas mismas partes hay planteados otros varios conflictos sobre otras tantas disposiciones o actos dictados en ejercicio de una misma competencia, «la fijación de la titularidad en la resolución de uno de estos conflictos representa la desaparición sobrevenida de la controversia competencial en los demás casos planteados». (STC 110/1983, FJ 2).

Por otra parte, la declaración de una competencia como de titularidad estatal cuando lo impugnado son disposiciones estatales puede no bastar, ya que siendo el Estado «un ente complejo que consiste en una pluralidad de órganos», puede no ser indiferente que una competencia estatal sea ejercida por cualquier órgano estatal, «pues aún siendo estatal una competencia si la ejerce un órgano del Estado distinto al previsto constitucionalmente, el Tribunal tendrá que declarar nula la norma en que tal competencia se contenga» (STC 32/1983, FJ 1).

Las relaciones, cruces y diferencias entre conflictos y recursos constituyen un tema todavía no agotado por el Tribunal.

VI. A MODO DE REFLEXIÓN GLOBAL

31. Valoración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre distribución de competencias

Hasta aquí el ponente de este informe ha procurado hablar con palabras del Tribunal siempre que ello ha sido posible, más que con su propia voz, creyendo que su función había de ser la de exponer la jurisprudencia constitucional del Tribunal español tal cual ella es, pues estaba persuadido además de que el aditamento de su personal opinión crítica a cada punto de la doctrina del Tribunal o la expresión de su adhesión más o menos rotunda o matizada respecto a cada eslabón de la jurisprudencia constitucional, sobre no añadir nada valioso en sí, habría distraído la atención del lector que convenía mantener concentrada en el objeto mismo del informe, esto es, en lo que el Tribunal ha dicho, tal y como lo ha dicho.

Sin embargo, al llegar aquí se impone, por exigencias del esquema o cuestionario común que los ponentes de cada país debemos desarrollar, pero quizá también por imperativos lógicos de una exposición que, por casuística, reclama una cierta inducción conclusiva, una reflexión que valore en términos globales la doctrina del Tribunal a propósito de la distribución de competencias. Es claro que lo que aquí se diga pertenece ya a la responsabilidad personal del ponente, que, al valorar, lo hace sin contar con nadie, sin arrastrar a nadie y sin ampararse en nada que no sea su individual y acaso erróneo sentido crítico.

La doctrina del Tribunal Constitucional en la materia que nos ocupa puede calificarse de equilibrada en un doble sentido: por haber seguido una línea equidistante entre dos opciones posibles –centralista y autonomista– y por no haber ido demasiado lejos al recorrer lo que podríamos denominar procesos de conceptualización autonómica¹⁰⁸ y la tal vez azarosa coincidencia de los órganos constitucionales que los eligieron al designar a doce personas no caracterizadas por autodefiniciones rotundas en favor de ninguno de los términos de la opción, ha favorecido una serie de sentencias bastante homogéneas en sus resultados y acaso calificables en términos globales como moderadamente centralistas si es que se quiere aquilatar al máximo lo que sin lentes de precisión, se percibe como equilibrado. En la fase actual de dar realidad normativa a un modelo de Estado prefigurado, pero no definitiva y conclusivamente configurado por la Constitución¹⁰⁹, una línea jurisprudencial abiertamente autonomista hubiera podido poner en peligro un Estado que, antes de autonómico, ha de continuar siendo un Estado. Pero tampoco ha dudado el Tribunal en anteponer sobre todo otro género de consideraciones, respeto al texto constitucional y al modelo autonómico de Estado cuando ha entendido que la norma estatal enjuiciada podía difuminar los trazos fundamentales del dibujo de Estado autonómico contenidos en la Constitución. El caso de la LOAPA puede ser el más llamativo, pero no el único que podríamos citar al respecto. Y aún en la sentencia de la LOAPA es posible detectar una doble y también equilibrada preocupación, consistente, por un lado, en proteger a la Constitución misma y a los Estatutos frente a normas interpretativas directas y frente a una no correcta utilización de mecanismos constitucionales extraordinarios (las Leyes Orgánicas y las de armonización), pero por otro y simultáneo camino, abrir vías ordinarias para el desarrollo de las reservas de competencias estatales básicas en garantía del principio de unidad.

¹⁰⁸ Véase lo dicho a este respecto en el Apartado IV.

¹⁰⁹ Véase *supra* el número 4 de este informe.

Equilibrio también en el segundo de los sentidos indicados. Hablando de la interpretación, K. Hesse ha dicho que «allí donde no se suscitan dudas no se interpreta y con frecuencia no hace falta interpretación alguna», pues la norma de sentido inequívoco no plantea problemas que el intérprete haya de resolver por medio de su actividad creativa. Pero, como el mismo autor indica, las normas constitucionales suelen plantear casi siempre verdaderos «problemas de interpretación», «dado el carácter abierto y amplio de la Constitución». De ahí también la necesaria «Konkretisierung» (concretización) de las normas constitucionales en la cual consiste precisamente la labor del intérprete¹¹⁰. Pues bien: pocas materias hay tan claramente necesitadas de esa actividad creativa y «concretizadora» del intérprete supremo de la Constitución española como su Título VIII. Ante este reto ineludible, el Tribunal no da la impresión (al menos desde dentro de él para quien ésto escribe) de haberse propuesto resolver en abstracto los grandes problemas suscitados por el citado Título de la Constitución, sino que su jurisprudencia se caracteriza por construir analíticamente los conceptos que en cada caso ha necesitado, extrayéndolos del propio texto constitucional y de las restantes normas del bloque de la constitucionalidad. Sabedor sin duda de que la dogmática «es un control de consistencia con vistas a las decisiones de otros casos»¹¹¹ y de que un apresuramiento en la elaboración jurisprudencial podría definir demasiado pronto las condiciones de lo jurídicamente posible¹¹² con todavía muy poca experiencia del órgano, de la función y del objeto normativo sometido a interpretación y con los consiguientes problemas del futuro, el Tribunal ha realizado su necesaria construcción conceptual con cautela, procurando no decir nunca más de lo indispensable para resolver los problemas suscitados y evitando crearse otros por decir demasiado. La delimitación competencial no era posible sin una delimitación conceptual; pero el Tribunal no ha querido formular construcciones cerradas de una vez (acaso desde la primera vez) y para siempre; ha transitado sólo por los caminos que se le han abierto en cada proceso por la iniciativa de las partes, y al recorrer los ha ido delimitando conceptos paso a paso, caso a caso, repitiendo en algunos lo ya dicho en los anteriores o añadiendo pequeños matices complementivos o correctivos. No es concebible una jurisprudencia, por casuística y pegada al problema del caso concreto que sea, sin un nivel de abstracción conceptual, sin una construcción dogmática. El Tribunal la está haciendo. El Tribunal no disponía de la asistencia de una

¹¹⁰ HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho constitucional*, trad. de Pedro CRUZ VILLALÓN, CEC. Madrid, 1983, pp. 35 a 57.

¹¹¹ LUHMANN, Niklas: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, traducción de Ignacio de OTTO, CEC. Madrid, 1983, p. 34.

¹¹² LUHMANN, Niklas: *Sistema...*, p. 34.

elaboración dogmática en el más abstracto plano de la ciencia jurídica española y no siempre ha dispuesto de tiempo y sosiego (acuciado por un enorme cúmulo de trabajo y por la comprensible impaciencia de una sociedad que pide soluciones para hoy mejor que para mañana) para buscar ayuda en la jurisprudencia de otros Tribunales cuya experiencia, por lo demás, no era aconsejable trasladar sin más, pues partía de datos reales diferentes y de ordenamientos constitucionales no equiparables. Por todo ello el Tribunal ha creado soluciones propias para los también propios problemas; creación obviamente no «ex nihilo», pero desde luego más lejos del mimetismo que de la originalidad. Sin desdeñar enseñanzas provenientes de voces españolas o extranjeras, sin complejos de inferioridad conducentes a la repetición de lo ajeno, sin apresuramiento en su labor de construcción dogmática, pero también sin vacilaciones a la hora de conceptualizar para llevar a cabo algo más que la solución de cada caso, en su calidad de intérprete de unas normas constitucionales que ahora tienen ya un mayor grado de certeza y de previsibilidad¹¹³ gracias a sus sentencias, el Tribunal presenta ahora, a los cuatro años de funcionamiento real, una obra abundante, densa y equilibrada que somete al comentario crítico y esclarecedor de los colegas de otros Tribunales semejantes.

32. La jurisdicción constitucional y su dimensión política en un Estado de Derecho

El Tribunal Constitucional español es consciente desde el momento mismo de su constitución de que lo que él ha de juzgar con arreglo a criterios y razones jurídicas son controversias políticas, «en cuanto que la disputa sobre el ejercicio, la distribución y el uso del poder constituyen el núcleo de la política»¹¹⁴. En las sentencias aquí estudiadas el Tribunal ha resuelto problemas competenciales y lo ha hecho con arreglo a Derecho, con el rigor del intérprete y con la dogmática jurídica pertinente, pero sin olvidar nunca que las controversias ante él suscitadas eran, por su contenido último, políticas. El Estado moderno, como ha dicho N. Bobbio¹¹⁵, ha seguido dos procesos simul-

¹¹³ HESSE, Honrad: *Escritos...*, pp. 37 y 43.

¹¹⁴ *Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional, Manuel García-Pelayo en el acto solemne de Constitución del T.C. el día 12 de julio de 1980*. Tribunal Constitucional. Madrid, 1980 p.19

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto: *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres ed. Valencia, 1980, ed. a cargo de A. RUIZ MIGUEL, diversos estudios, p. 163. En el mismo sentido y también de N. BOBBIO, cfr. las voces «derecho» y «Estado moderno», en el *Diccionario de política*, dirigido por N. BOBBIO y N. MATTEUCCI, ed. española, siglo XXI, Madrid, 1982, tomo I, pp. 508 y ss. y 626 y ss.

táneos y convergentes el de la estatalización del Derecho y el de la juridificación del Estado. Su resultado en el momento histórico actual es el Estado de Derecho. En él «hay que concebir al Derecho como la condición necesaria del Estado» y al Estado «como la necesaria condición del Derecho», por decirlo con las palabras de H. Heller¹¹⁶. Pero esta mutua reflexión entre Estado y Derecho no permite pensar que el Estado agote su realidad en el Derecho, o, dicho de otro modo, que éste haya desplazado fuera del Estado a la política, lo que sería tan to como ir contra «la naturaleza de las cosas». En un Estado de Derecho con división de poderes (si queremos emplear la fórmula clásica) o con pluralidad de poderes públicos (expresión que usa nuestra Constitución) cada uno de éstos se reviste en su constitución y en su actuación de formas jurídicas, pero en ellas late siempre la tensión entre el poder en sí, que tiende a actuar hasta donde le permita su propia fuerza, y el Derecho, que cumple la función de limitar en aras de una convivencia ordenada el ser y el hacer de cada poder. En la jurisprudencia acotada por este informe y estudiada en este congreso se plasma la pugna jurídico-política entre poder del Estado (en cuanto a las instituciones de su núcleo central) y poderes de las Comunidades. El Tribunal, cada vez que decidía sobre la titularidad de una competencia controvertida, resolvía lo que en técnica jurídica se denomina un conflicto de competencia, pero al definirla como parte del contenido del ámbito competencial del Estado o de la Comunidad, estaba poniendo fin a lo que en un lenguaje metajurídico bien se pueden calificar como disputas por parcelas de poder objetivo entre poderes políticos. El Tribunal nunca ha perdido de vista esta dimensión política inherente a la jurisdicción constitucional, que, por lo que atañe al tema en estudio, consistía en la colaboración a la configuración y concretización del Estado autonómico.

Creo que puedo afirmar sin temor a ser desmentido, que ésta y no otra ha sido la consciente preocupación del Tribunal. Que haya resuelto en todo caso con acierto o sin él esa tarea de tanta trascendencia política es algo sobre lo que deben juzgar los juristas españoles o extranjeros desde un plano técnico, y, por supuesto, el ciudadano español, éste desde otro enfoque. Pero, aunque la expresión pueda parecer enfática, también la historia tendrá algo que decir al respecto. Porque la construcción de un Estado de nueva planta a la que está contribuyendo el Tribunal, sólo puede valorarse cabalmente desde una perspectiva histórica que ahora nos falta a todos, y con una sensibilidad histórica que los miembros de este Tribunal Constitucional esperamos que no nos haya faltado a nosotros.

¹¹⁶ HELLER, H. *Teoría...*, p. 208.

VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos Lisboa, 1987

La justicia constitucional en el cuadro de las funciones del Estado, vista a la luz de las especies, contenidos y efectos de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas

I. INTRODUCCIÓN¹

1. Órganos de la justicia constitucional

La Constitución española de 1978 configura un sistema de control *concentrado* de constitucionalidad, es decir, encomendado a un único órgano jurisdiccional, el «Tribunal Constitucional», quien, con el carácter de órgano constitucional (art. 1.º LOTC), detenta una posición de «monopolio» del control o, más exactamente, de «monopolio de rechazo» de la constitucionalidad de las leyes. De este modo, el ordenamiento constitucional español de 1978 ha venido a sumarse al sistema de control de normas característico de Europa occidental, inaugurado en 1920 con las Constituciones de Austria y de Checoslovaquia, que, tuvo su tercera versión en el «Tribunal de Garantías Constitucionales» de la II República española de 9 de diciembre de 1931².

La entrada en funcionamiento de la jurisdicción constitucional española tuvo lugar en forma comparativamente rápida. Apenas nueve meses después de la promulgación de la Constitución se publicaba la «Ley Orgánica del Tri-

¹ Conferencia celebrada en Lisboa los días 26 a 30 de abril de 1987.

² Cfr. BASSOLS COMA, M.: *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*. Madrid, 1981.

bunal Constitucional»³, y tras un periodo similar, el 12 de julio de 1980, quedaba constituido el Tribunal Constitucional, con sede en Madrid, dictando su primera Sentencia en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad el 2 de febrero de 1981⁴.

El Tribunal Constitucional es un específico órgano constitucional, distinto del Poder Judicial, lo que aparece ya formalmente manifiesto en la estructura de la Constitución, que dedica su Título VI al Poder Judicial y su Título IX al Tribunal Constitucional⁵. Es preciso destacar cómo, a pesar de tratarse España de un Estado políticamente descentralizado, el Tribunal Constitucional es único en su género, de tal modo que, particularmente, «monopoliza» también el control de las leyes de las Comunidades Autónomas, tanto respecto de la Constitución del Estado como en relación con los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas⁶.

El Tribunal Constitucional no es solo un órgano de control de normas. Junto al control de constitucionalidad de las leyes y otras disposiciones normativas con fuerza de ley, le corresponden, por imperativo constitucional, dos de las competencias más características de la justicia constitucional, los «conflictos de competencia» entre el Estado y las Comunidades Autónomas (o las de éstas entre sí) y el «recurso de amparo constitucional» frente a la vulnera-

³ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

⁴ STC 4/1981 (JC I, 31). Desde entonces y hasta el 31 de octubre de 1986, el Tribunal Constitucional ha dictado un total de 93 sentencias en procedimientos de control de normas con fuerza de ley, incluido el control previo de constitucionalidad. Cfr. para éste y otros datos relativos a los seis primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional. Memoria (1980-1986)*, Madrid, 1986.

⁵ «... el Tribunal Constitucional ... no forma parte del Poder Judicial y está al margen de la organización de los Tribunales de Justicia, como la propia Constitución pone de manifiesto al regular en Títulos diferentes unos y otros órganos constitucionales...» (S 9/1981, FJ 1, JC I, 145, 153).

⁶ El Tribunal Constitucional se integra por doce Magistrados designados por nueve años a propuesta cuatro de ellos por cada una de las dos cámaras integrantes de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado), dos a propuesta del Gobierno del Estado y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (art. 159.1 y 3 CE). Cada tres años se produce la renovación de la tercera parte de sus miembros, con arreglo al mecanismo puesto en marcha por la Disposición transitoria 9.^a de la Constitución. El Presidente del Tribunal, dotado de voto de calidad (art. 90.1, inciso 2.º LOTC), es elegido de entre sus miembros a propuesta del propio Tribunal, por un periodo de tres años renovable por una sola vez (art. 160 CE y art. 9.3. LOTC). La LOTC ha dispuesto que el Tribunal Constitucional actúe, bien en «Pleno», bien en «Salas»; éstas, en número de dos, sólo conocen hoy día de los recursos por vulneración de derechos fundamentales, o «recurso de amparo constitucional»; el conocimiento de los restantes procesos constitucionales corresponde actualmente al Pleno, quien puede avocar a su conocimiento aquellos recursos que, por uno u otro motivo, considere de particular interés (arts. 10 y 11 LOTC). Hasta el momento, el Pleno del Tribunal Constitucional ha dictado 14 sentencias en recursos de amparo: S 41/1981, 12/1982, 61/1982, 75/1982, 5/1983, 9/1983, 10/1983, 16/1983, 20/1983, 28/1983, 29/1983, 30/1983, 16/1984 y 81/1984. en tres ocasiones concluyeron mediante auto de inadmisión. Otros cuatro asuntos en recursos de amparo recabados por el Pleno se encuentran pendientes de sentencia.

ción de derechos fundamentales (art. 161.1 a, b, y c, CE). La Constitución, sin embargo, no configura la jurisdicción del Tribunal Constitucional de forma exhaustiva, permitiendo su extensión a otras materias por medio de una Ley orgánica (art. 161. 1, d, CE).

El Tribunal Constitucional tuvo pronto ocasión de exponer cómo entiende su propia posición en relación con la que sin duda constituye la función de mayor trascendencia de las que la Constitución le encomienda: el control de la constitucionalidad de las leyes. Para el Tribunal Constitucional, «la ley, como emanación de la voluntad popular, sólo puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y sólo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal la potestad de anularla. Esta potestad sólo puede ser utilizada, sin embargo, cuando así lo exigen razones muy graves y sólidas; cuando un órgano constitucional o parte sustancial de él afirman la existencia de dicha infracción o cuando, de no ser declarada dicha infracción, un órgano judicial hubiera de verse en la situación de violar la Constitución . Cuando estas razones graves y sólidas no existen, el respeto al legislador exige que este Tribunal se abstenga de hacer pronunciamiento alguno»⁷.

Para el Tribunal Constitucional resulta primordial garantizar, frente a su propia función de control, el respeto al ámbito de la función legislativa, la llamada «libertad conformadora del legislador». Así, el Tribunal Constitucional declara, con cierta solemnidad en la forma: «Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de tal manera que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo»⁸. Muy al contrario, la Constitución es entendida por el Tribunal Constitucional como «un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo»⁹; la labor del Tribunal Constitucional en este sentido no es otra que la de «fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas»¹⁰. En una palabra, «el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución»¹¹.

⁷ Art. 79 LOTC, derogado por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio.

⁸ S 17/1981, FJ 4, (JC II, 13, 26-27).

⁹ S 11/1981, FJ 7 (JC 1, 174, 189).

¹⁰ S 4/1981, FJ 3 (JC 1, 31, 43).

¹¹ S 5/1981, FJ 6 (JC 1, 62, 72).

2. Modalidades y vías procesales del control de constitucionalidad

El modelo español de control de constitucionalidad es, esencialmente, como corresponde al sistema «europeo» en que se encuadra, un modelo de control «sucesivo» o «represivo», es decir, opera sobre normas «perfectas», promulgadas y publicadas, aunque no necesariamente vigentes¹². La LOTC regula el control de normas en su título II, a través de los que denomina «procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», expresando que por medio de estos procedimientos, «el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados» (art. 27.1 LOTC). La Constitución ha previsto dos procedimientos básicos: el control por vía de acción, directo, o «abstracto», denominado «recurso de inconstitucionalidad»¹³, y el control incidental, o «concreto», denominado «cuestión de inconstitucionalidad»¹⁴. El control preventivo, o previo, tras la derogación del llamado «recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas»¹⁵, ha quedado reducido hoy al control previo de los Tratados Internacionales¹⁶.

2.1 *El control directo, o «abstracto»: el «recurso de inconstitucionalidad»*

El control directo de la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley sólo puede tener lugar a iniciativa de los órganos y fracciones de órganos taxativamente enumerados en la Constitución: De una parte, el Presidente del Gobierno¹⁷, el Defensor del Pueblo¹⁸, cincuenta Diputados y cincuenta

¹² Así, el Proyecto de LOAPA preveía que esta Ley no entrase en vigor sino cinco meses después de su publicación, con la intención de que su previsible control por el Tribunal Constitucional se produjese antes de su entrada en vigor; ello resultaría, a la postre, irrelevante, desde el momento en que el proyecto fue impugnado a través del recurso previo de inconstitucionalidad.

¹³ Art. 161.1.a CE y arts. 31-34 LOTC.

¹⁴ Art. 163 CE y arts. 35-37 LOTC.

¹⁵ Vid. *supra* n. 7.

¹⁶ Art. 95.2 CE y art. 78 LOTC.

¹⁷ La legitimación del Presidente del Gobierno se ha utilizado, invariablemente, frente a leyes de las Comunidades Autónomas: Así, en 24 de las 50 sentencias recaídas en recursos de inconstitucionalidad. En el modelo español no existe un específico «conflicto de competencia legislativa»: Los conflictos de este contenido se resuelven a través del «recurso de inconstitucionalidad».

¹⁸ De los recursos interpuestos por el Defensor del Pueblo, el Tribunal ha dictado ya sentencia en tres de ellos.

Senadores¹⁹, todos ellos órganos del poder central del Estado y, de otra parte, los órganos ejecutivos y legislativos de las «Comunidades Autónomas»²⁰. La LOTC ha venido, con todo, a efectuar dos interesantes delimitaciones de la legitimación de las Comunidades Autónomas. En primer lugar, éstas sólo pueden instar el control de leyes del Estado, no de otras Comunidades Autónomas y, en segundo lugar, es preciso que dichas leyes «puedan afectar a su propio ámbito de autonomía»²¹. Conviene destacar asimismo que la LOTC ha fijado un límite temporal general de tres meses, a partir de la publicación de la Ley, para la formulación de cualquier recurso de inconstitucionalidad²². Transcurrido este plazo, el control de normas sólo puede tener lugar a través de la «cuestión de inconstitucionalidad» o, excepcionalmente, a partir de un «recurso de amparo constitucional» o de un «conflicto de competencias»²³. Si bien la LOTC establece una tramitación bastante rápida de éste como de los demás procesos constitucionales (art. 34 LOTC), la duración media de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad ha ido elevándose desde doce meses en 1983 hasta dos años y medio en 1986²⁴.

¹⁹ Cfr. STC 42/1985, FJ2 (JC XI, 409, 414).

²⁰ Art. 162.1.a CE.

²¹ Art. 32.2 LOTC. Cfr. S 25/1981, FJ 3 (JC II, 12, 132).

²² Art. 33 LOTC. Cfr. D.T. 21.ª LOTC.

²³ El amparo puede ser otorgado a un particular aún en el supuesto de que el acto o la disposición impugnados sean aplicación de una Ley. Pero la apreciación de la invalidez de la Ley por la Sala del Tribunal Constitucional que conoce del amparo sólo tiene efectos *inter partes*. Para estos supuestos el art. 55.2 LOTC dispone que, una vez otorgado el amparo, la Sala «elevará la cuestión al Pleno, ante el que se sustanciará el correspondiente recurso de inconstitucionalidad. Tal fue el caso de la S 34/1981 (JC I, 257), como consecuencia de la sentencia 10/1981 (JC I, 160) recaída en recurso de amparo. El Pleno tiende a recabar a su conocimiento recursos de amparo en los que está implicada de forma inmediata la constitucionalidad de una ley, aun cuando no sea ésta «postconstitucional»: Así, característicamente, las sentencias 5, 10, 16, 20, 28, 29 y 30 todas ellas de 1981, y todas ellas condicionadas por la constitucionalidad del art. 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, anterior a la Constitución.

Por su parte, el art. 67 LOTC dispone que, si planteado un conflicto de competencia entre el Estado o una Comunidad Autónoma, o entre Comunidades Autónomas, «la competencia controvertida hubiese sido atribuida por una ley ...el conflicto se tramitará ... en forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad». Hasta el presente no se ha producido caso alguno en el que, en cumplimiento de este precepto, un conflicto de competencia pasara a tramitarse como recurso de inconstitucionalidad. Sí se ha dado, por el contrario, el caso de que en un conflicto de competencias el Tribunal Constitucional examinase incidentalmente la validez de una Ley, pero sin apreciar la inconstitucionalidad de la misma: S 39/1982 (JC III, 474).

²⁴ Cfr. *Memoria*, *op. cit.* En particular, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el plazo de diez o, en su caso, treinta días fijado por el art. 34.2 LOTC para dictar sentencia sólo corre a partir del momento en que el Tribunal Constitucional señala fecha para la deliberación y fallo. F. RUBIO LLORENTE: «Das spanische Verfassungsgericht», en C. STARK y A. WEBER, (eds.) *Verfassungsgerichtsbarkeit in westeuropäischen Länder*, 1986.

2.2 *El control incidental o «concreto»: la «cuestión de inconstitucionalidad»*

Consecuencia necesaria del sistema de jurisdicción constitucional concentrada es que los jueces y tribunales integrantes de la jurisdicción ordinaria no pueden dejar de aplicar una norma con fuerza de ley por entenderla contraria a la Constitución. Para el supuesto de que «un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución», ésta prevé que dicho órgano judicial plantee «la cuestión ante el Tribunal Constitucional»²⁵.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar las condiciones bajo las cuales un órgano judicial puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad, función a través de la cual el Tribunal Constitucional aparece no sólo como defensor de la Constitución, sino también de la ley²⁶. Las dos condiciones sustanciales son que la validez o invalidez de la norma condicione el sentido del fallo a dictar y que el propio juez albergue dudas en relación con la constitucionalidad de dicha norma. La primera de las condiciones supone una delimitación importante del objeto del control, siendo frecuentes los casos en que el Tribunal ha declarado no haber lugar a pronunciarse por no existir la necesaria «relevancia»; en este sentido, el Tribunal Constitucional controla como condición procesal, no sólo el que el juez o tribunal «a quo» haya efectuado el «juicio de relevancia», sino la propia consistencia de dicho juicio²⁷. La segunda condición sustantiva es que el órgano judicial «considere» que la norma «puede ser contraria a la Constitución»; ello ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que ni exige del juez «a quo» una «afirmación de inconstitucionalidad» ni es tampoco suficiente el que una alegación de inconstitucionalidad no le parezca «manifiestamente infundada». Para el Tribunal Constitucional, la Constitución permite el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad «en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios»²⁸.

²⁵ Art. 163 CE; arts. 35, 36 y 37 LOTC.

²⁶ STC 17/1981, FJ 1 (JC II, 13, 23). Como dice el Tribunal Constitucional en este mismo lugar, «la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución». Junto al FJ 1 de esta sentencia, cfr. sobre la cuestión de inconstitucionalidad las consideraciones del Tribunal Constitucional en las sentencias 103/1983, FJ 1 (JC VII, 276, 287-8) y 67/1985, FJ 1 (JC XII, 74, 86).

²⁷ Cfr. últimamente, S 106/1986 (BOE 13.8.86).

²⁸ STC 17/1981, *loc. cit.*

Tras unos primeros años en los que fueron muy escasas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, éstas han aumentado notoriamente a partir de 1985, si bien muchas de ellas coinciden en el precepto cuya constitucionalidad plantean²⁹. Ello ha suscitado al Tribunal Constitucional una dificultad de índole práctica: Dado que hay algunos preceptos legales sobre los cuales casi todas las semanas ingresa en el Tribunal Constitucional alguna cuestión de inconstitucionalidad la solución que hasta ahora se seguía de acumulación de la cuestión posterior a la anterior, al obligar a reiniciar cada vez la tramitación de la cuestión, hace que dicha tramitación no concluya nunca. De ahí que a partir de mediados de 1985 se haya optado por la fórmula de «suspender la tramitación» de las cuestiones posteriores a la espera de que recaiga sentencia en la anterior o en las anteriores hasta entonces acumuladas³⁰.

2.3 *El control previo de constitucionalidad.*

Una vez derogado el «recurso previo de inconstitucionalidad», el modelo español no conoce más excepción al control represivo o sucesivo que la expresamente prevista en la Constitución para los tratados internacionales.

2.3.1 La declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales

En estrecha vinculación con la posibilidad de que la celebración de un Tratado internacional, en virtud de su contenido, exija una previa revisión de la Constitución (art. 95.1 CE), ésta ha previsto el que el Gobierno de la Nación o cualquiera de las cámaras que integran las Cortes Generales puedan «requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no» contradicción entre la Constitución y un determinado Tratado internacional (art. 95.2 CE). La facultad de solicitar este pronunciamiento es, pues, bastante más restringi-

²⁹ Así, mientras en 1984 sólo eran todavía 14 las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en ese año, en 1985 se pasaba a 103, siendo 60 las planteadas en la sola primera mitad de 1986. Hasta dicho momento se habían planteado un total de 217 cuestiones de inconstitucionalidad, encontrándose pendientes de resolución 116 de ellas. Cfr. *Memoria, op. cit.*

³⁰ Cfr. Auto 489/1985, FJ único (JC XII, 1481, 1482). En este sentido, el Presidente del Tribunal Constitucional ha sugerido recientemente, con ocasión del 6.º Aniversario del Tribunal Constitucional, la posibilidad de que se arbitre legalmente una fórmula que permita que «una vez conocida la admisión de una primera cuestión sobre determinada norma» (se suspenda) la tramitación de los procesos que (ante los tribunales ordinarios) penden y en los cuales se de a su entender identidad de elementos con la cuestión ya admitida por este Tribunal».

da que la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad. Es de notar que, aunque la declaración del Tribunal Constitucional vincula a los poderes del Estado (art. 78.2 LOTC), este dictamen previo no excluye la posibilidad de un control sucesivo o represivo a través del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 27.2 LOTC). Hasta el momento no se ha solicitado del Tribunal Constitucional ninguna declaración previa sobre la constitucionalidad de un Tratado.

2.3.2 El derogado «recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas»

Esta modalidad de control preventivo fue introducida por la LOTC haciéndose un uso discutido del art. 161.1 d) CE, que, como se ha señalado, permite que el Tribunal Constitucional conozca, aparte de las materias previstas por la Constitución, de aquellas que le sean atribuidas por «las leyes orgánicas»³¹. Se trataba de un control limitado en su objeto, por cuanto sólo cabía frente a proyectos de Estatutos de Autonomía o de leyes orgánicas, con una regulación de la legítimación y de la substanciación idénticas a la del recurso de inconstitucionalidad y sin que la Sentencia recaída en el mismo pudiera en ningún caso impedir un control represivo o sucesivo (art. 79 LOTC).

Este recurso previo llegó a ser utilizado en relación con siete proyectos de leyes orgánicas, nunca en relación con un proyecto de Estatuto de Autonomía, adquiriendo una notable relevancia política durante la primera mitad de la 2.^a Legislatura de las Cortes Generales, cuando la oposición conservadora hizo uso del mismo en relación con algunos proyectos de leyes orgánicas de particular importancia, cuya entrada en vigor quedaba así pospuesta al pronunciamiento del Tribunal Constitucional³². A fines de 1984, las Cortes Generales aprobaron la modificación de la LOTC en virtud de la cual quedaba derogado

³¹ Cfr. PÉREZ ROYO, J.: «Crónica de un error: El recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas». *REDC*, 17 (1986).

³² Sin duda las dos sentencias con mayor repercusión dictadas por el Tribunal Constitucional a través del recurso previo fueron la STC 76/1983, sobre el proyecto de «Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico» (LOAPA) (JC VI, 469), y la STC 53/1985, sobre el proyecto de ley que despenalizó algunos supuestos de interrupción del embarazo (JC XI, 546), a las que cabe unir la STC 77/1985 sobre el proyecto de «Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación» (LODE) (JC XII, 187). Las otras cuatro sentencias fueron, por orden cronológico, la STC 38/1983 sobre el proyecto de ley orgánica modificadora de la Ley de Elecciones Locales (JC VI, 49; cfr. auto 120/1983, JC V, 779), la STC 72/1984 sobre el proyecto de Ley orgánica de incompatibilidades de Diputados y Senadores (JC IX, 214), la STC 66/1985 sobre la proposición de Ley orgánica derogadora del recurso previo (JC XII, 58) y, finalmente, la STC 98/1985, sobre el proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical (JC XII, 479).

el recurso previo; dado, sin embargo, que esta derogación fue impugnada ante el Tribunal Constitucional a través precisamente de un recurso previo, la misma no fue efectiva hasta junio de 1985³³.

3. **Ámbito y objeto del control de constitucionalidad**

Objeto del control de constitucionalidad, en cualquiera de los procedimientos, son las leyes y las disposiciones normativas con fuerza de ley. En particular, el art. 27.2. LOTC establece como normas susceptibles de una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional:

- a) Los Estatutos de Autonomía³⁴ y las demás Leyes orgánicas³⁵.
- b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley³⁶.
- c) Los Tratados Internacionales.
- d) Los Reglamentos de las Cortes Generales y de cada una de sus dos Cámaras (Congreso de los Diputados y Senado).
- e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas³⁷.
- f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

En todos estos casos se trata de un control concentrado, sin otra excepción que las normas con fuerza de ley dictadas por el Ejecutivo, ya sea del Estado («decreto legislativo»), ya sea de una Comunidad Autónoma en virtud de una

³³ Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio.

³⁴ Las dos únicas sentencias en las que se ha enjuiciado un Estatuto de Autonomía conciernen al de Castilla y León: STC 89/1984 (JC X,9) y STC 99/1986 (BOE 23.7.86, p. 14). En ambos casos la sentencia ha sido desestimatoria.

³⁵ Además de los siete supuestos de control previo de proyectos de leyes orgánicas, ya citadas, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencia en relación con tres leyes orgánicas: STC 5/1981 (JC I, 62), STC 25/1981 (JC II, 122) y STC 108/1986 (BOE 13.8.86, pág. 8); en la segunda de ellas, sin embargo, el Tribunal Constitucional no llega a entrar en el fondo.

³⁶ En 68 sentencias dictadas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad el control ha recaído sobre leyes o Decretos-Leyes del Estado, bien a través de una cuestión de inconstitucionalidad (hasta ahora referidas siempre a leyes del Estado), bien a través de un recurso de inconstitucionalidad a iniciativa de una Comunidad Autónoma (11 sentencias) de la oposición parlamentaria (19 sentencias) o del Defensor del Pueblo (3 sentencias).

³⁷ Un total de 24 sentencias han recaído hasta ahora sobre Leyes de Comunidades Autónomas, siempre a iniciativa del Presidente del Gobierno central.

delegación legislativa concreta y específica; dichas normas son controlables también por la jurisdicción ordinaria³⁸.

En el modelo español no existe un control concentrado de la potestad reglamentaria, es decir, de las disposiciones normativas de fuerza inferior a la de la ley, emanadas tanto del poder ejecutivo central como del poder ejecutivo de las Comunidades Autónomas. La jurisdicción ordinaria puede dejar de aplicar una disposición reglamentaria cuando la considere contraria a la ley, o a la Constitución, sin que sea, en principio, competencia del Tribunal Constitucional controlar la validez de los reglamentos³⁹. Ahora bien, a través de los «conflictos de competencia», el Tribunal Constitucional puede ser llamado a declarar si el Estado, o una Comunidad Autónoma, al dictar una determinada disposición reglamentaria, ha actuado o no dentro del ámbito de sus propias competencias; en directa conexión con esta facultad, el art. 66 LOTC dispone que el Tribunal Constitucional acuerde la *anulación* de la disposición dictada excediendo la correspondiente competencia, con efectos sin duda *erga omnes*⁴⁰.

El Tribunal Constitucional ha tenido pronto ocasión de declarar que objeto del control es el *precepto*, y no la norma: Así, con ocasión del control de un Decreto-Ley anterior a la Constitución, que regulaba el derecho de huelga, y frente a la alegación del Abogado del Estado de que el régimen normativo vigente de este derecho fundamental no resultaba estrictamente de dicho Decreto-Ley sino de un conjunto normativo bastante más amplio en el que vendrían a incluirse otras normas, señaladamente los acuerdos de la O.I.T., el Tribunal Constitucional declara que «el recurso de inconstitucionalidad no lo establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como una impugnación dirigida contra un bloque o una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico, de suerte que para decidir la legitimidad constitucional hay que enjuiciar los criterios de aplicación del Derecho. La función del recurso es más modesta, pero más clara. Se trata de enjuiciar, exclusivamente, los textos legales y las fórmulas legislativas que no se encuentran expresamente derogados». Y termina diciendo: «Si se admite la distinción entre la norma como mandato y el texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar

³⁸ Art. 82.6 CE y art. 27.2 LOTC. *Vid.* STC 51/1982 (JC IV, 109, 115) confirmando el no «monopolio de rechazo» por parte del Tribunal Constitucional en el supuesto de los decretos legislativos.

³⁹ STC 83/1984, FJ 5 (JC IX, 355, 370).

⁴⁰ Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *REDC* 12 (1984), pp. 105 y ss.

es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero»⁴¹.

En múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional ha tenido que subrayar, frente a diversas pretensiones de las partes, que el objeto del control es el precepto y no sus posibles *aplicaciones* contrarias a derecho; no es misión del Tribunal Constitucional actuar preventivamente declarando ilegítimas determinadas aplicaciones del precepto por parte de los poderes encargados de aplicarlo⁴².

En principio, no es misión del Tribunal Constitucional pronunciarse a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad sobre la validez del Derecho *derogado*. No obstante, ha habido ocasiones aisladas en las que el Tribunal Constitucional se ha considerado competente. para conocer de la validez de preceptos derogados. Así, en la primera de las cuestiones de inconstitucionalidad de las que ha conocido el Tribunal Constitucional, éste reconoce que aunque el «interés principal» en dicho proceso ha desaparecido por tratarse de un precepto derogado, el hecho de que dicho precepto sea aplicable y relevante en el proceso ante el Tribunal «a quo», es suficiente, a juicio del Tribunal Constitucional, para pronunciarse acerca de si dicho precepto habría perdido o no vigencia tras la Constitución⁴³. De forma parecida, el Tribunal Constitucional ha entrado a conocer de la legitimidad constitucional de Decretos-Leyes ya derogados por las correspondientes Leyes aprobadas por las Cortes Generales. Así, en la Sentencia 111/1983 sobre el Decreto-Ley de expropiación del *holding* «RUMASA», el Tribunal Constitucional considera procedente el control del citado Decreto-Ley, a pesar de que ya ha sido sustituido por una Ley, «en defensa de la Constitución», es decir «para velar por la recta utilización del instrumento previsto para los casos que señala el art. 86.1 de la Constitución»; la finalidad, por tanto, de este proceso no sería tanto el control del precepto cuanto el control de la conducta del Gobierno al dictar dicha disposición normativa⁴⁴.

⁴¹ STC 11/1981, FJ 4 (JC I, 174, 186). No obstante, esta doctrina debe ser relativizada por el recurso a las sentencias «interpretativas». *Vid. infra* 2.2.

⁴² Así, en la STC 58/1982 (FJ 2, JC IV, 200, 219) se puede leer: «... la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues aunque el Estado de Derecho tiende hacia la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso».

⁴³ STC 14/1981, FJ 4 y 5 (JC 233, 239-240). Esta sentencia vino acompañada de un voto particular de dos magistrados que estimaron no ser competencia del Tribunal Constitucional la colaboración con el poder judicial en la tarea de administrar justicia, cual sería el sentido de dicha sentencia (*ibid.*, p. 242).

⁴⁴ STC 111/1983, FJ 3 (JC VII, 361, 392). No obstante, con ocasión del control de otro Decreto-Ley ya derogado el Tribunal Constitucional ha hecho recientemente un pronunciamiento que convierte en un dato

En relación con el control del Derecho «preconstitucional», en el primer proceso de declaración de inconstitucionalidad se planteó el problema de si cabía solicitar del Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre si un determinado precepto había quedado derogado por la Constitución o si, por el contrario, el Tribunal Constitucional, en cuanto juez de la constitucionalidad, no estaba llamado a hacer apreciaciones sobre derogación, al alcance de cualquier órgano judicial. Para el Tribunal Constitucional, en las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución se acumula un supuesto de *derogación* y un supuesto de inconstitucionalidad «sobrevenida»: «La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–, y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y, de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación⁴⁵. De ahí el que, el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de la facultad de cualquier órgano judicial de apreciar la derogación del Derecho preconstitucional en virtud del principio «lex posterior», haya estimado desde el principio su propia capacidad para conocer de la «inconstitucionalidad y derogación» del Derecho preconstitucional contrario a la Constitución⁴⁶.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar la posibilidad de someter a un control de constitucionalidad algunos elementos específicos integrantes de un texto normativo, cuales pueden ser el Preámbulo o exposición de motivos de una Ley⁴⁷, o una «Sección» o previsión de gasto contenida en los Presupuestos Generales del Estado⁴⁸.

Finalmente conviene señalar cómo ni la Constitución ni la LOTC prevén una declaración de inconstitucionalidad por omisión, basada en una omisión normativa por parte del legislador. En este sentido el Tribunal Cons-

irrelevante la cuestión de si en el momento de dictar sentencia el precepto sometido a control se encuentra o no todavía vigente: «Es la pureza misma del ordenamiento jurídico la que se ventila en esta sede jurisdiccional, y ello ha de decidirse en términos de validez o invalidez *ex origine* de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo constitucional» (STC 60/1986, FJ 1, BOE 13.6.86, pp. 12-17).

⁴⁵ STC 4/1981, FJ 1 (JC I, 31-39). Esta doctrina se vería definitivamente respaldada poco después por la STC 11/1981, FJ 2 (JC I, 174, 183-184).

⁴⁶ Trece sentencias han recaído sobre derecho preconstitucional, en casi todos los casos a través de cuestiones de inconstitucionalidad: SSTC 4/1981, 11/1981, 17/1981, 34/1981, 54/1983, 75/1983, 83/1983, 103 y 104/1983, 83/1984, 21/1985, 178/1985 y 94/1986.

⁴⁷ STC 38/1981, FJ 7 (JC II, 280, 291-2).

⁴⁸ STC 20/1985 y 26/1985 (JC XI, 190 y 258). Con referencia expresa a este extremo, S 63/1986, FJ 5 (BOE 17.6.86, pp. 1-9).

titucional ha sido claro al señalar que «la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dichas normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace»⁴⁹. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no ha llegado a efectuar ninguna declaración de este tipo.

4. Parámetros del control

La norma cuya supremacía la jurisdicción constitucional está llamada a garantizar es la Constitución de 29 de diciembre de 1978. Si el Tribunal Constitucional se define a sí mismo como «defensor de la Constitución»⁵⁰, si la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo define como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.º), es porque el parámetro último de cualquier control de normas es siempre la Constitución, quedando excluida así la validez de cualquier precepto en contradicción con la Constitución. Con independencia de ello, el parámetro respecto del cual el Tribunal Constitucional controla la validez de un determinado precepto puede venir integrado por un bloque normativo más amplio que la norma constitucional, del mismo modo que puede ocurrir que en un determinado proceso constitucional sólo se efectúe el control respecto de un determinado precepto constitucional sin prejuzgar la validez del mismo precepto legal contrastado con otro precepto constitucional.

Comenzando, sin embargo, por la Constitución misma, en cuanto parámetro del control, conviene subrayar cómo para el Tribunal Constitucional la fuerza vinculante de la Constitución, y su consiguiente carácter de parámetro, se extiende a toda ella, sin posibilidad de distinguir dentro de la misma unos contenidos «preceptivos» y otros «programáticos». Así, en la STC 80/1982 puede leerse: «Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente indicativo, esto es, desde su entrada en vigor»⁵¹. Únicamente en lo concerniente a los arts. 39 a 52 CE, integrantes de los «Principios rectores de la política social y económica», el Tribunal

⁴⁹ STC 24/1982, FJ 3 (JC III, 295, 313).

⁵⁰ STC 17/1981, FJ 1, (JC II, 13-23).

⁵¹ FJ 1, JC IV, 519, 523.

Constitucional ha señalado que el «valor de la Constitución como norma necesita ser modulado en los terminos del art. 53.3 de la CE»⁵².

Así, cabe citar, por vía de ejemplo, cómo el Tribunal Constitucional ha contrastado la legislación preconstitucional del régimen local con el principio constitucional de «autonomía» reconocido a los municipios en el art. 140 CE, declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de diversos preceptos de dicho regimen local a partir de su contraste directo con dicho principio de «autonomía» local⁵³.

En ocasiones, el parámetro puede consistir, en relación con los derechos fundamentales, en el «contenido esencial» de estos, que debe ser respetado por el legislador en la regulación de los mismos (art. 53.1 CE). Así, paradigmáticamente, en la STC 11/1981 el Tribunal Constitucional contrasta los distintos artículos del Decreto-Ley regulador del derecho de huelga con el «contenido esencial» de dicho derecho⁵⁴.

En otros casos, de forma parecida, el Tribunal Constitucional se sirve del precepto de garantía constitucional o institucional, como medida del parámetro de control. Así, en la STC 32/1981, los diversos artículos impugnados de la Ley de Cataluña sobre las Diputaciones Provinciales son contrastados con la «autonomía provincial» reconocida en el art. 141 CE concebida como garantía institucional⁵⁵.

El Tribunal Constitucional no se ha servido de parámetros que pudieran ser considerados *superiores* a la propia Constitución, como sería, señaladamente, el Derecho natural. A este respecto sólo cabe señalar cómo en la STC 53/1985, sobre el proyecto de ley orgánica de despenalización del aborto, aparece el concepto de «sistema de valores», siendo la «vida humana» caracterizada como «valor superior del ordenamiento jurídico constitucional»; ello conduce a un voto particular en el que se considera que el Tribunal Constitucional ha operado en esta ocasión, no con «categorías propias del Derecho ... sino con las de la ética»⁵⁶.

Con frecuencia la validez o invalidez del precepto sometido a control no resulta del contraste de este con la Constitución, sino del contraste con un bloque normativo más amplio al que el Tribunal Constitucional designa como «bloque de la constitucionalidad»⁵⁷. La razón de ser fundamental de este

⁵² *Loc. cit.* Dicho precepto establece que dichos principios «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan».

⁵³ STC 4/1981, JC I, 31.

⁵⁴ FJ 13 y ss., JC I, 174, 197 y ss.

⁵⁵ FJ 4 y ss., JC II, 225, 235 y ss.

⁵⁶ FJ 3 y 4, Voto particular del Magistrado Rubio Llorente (JC XI, 546, 573, 591).

⁵⁷ De forma explícita el término aparece a partir de la STC 10/1982, FJ 2 (JC III, 128, 139). En la STC 66/1985, FJ 1 y 4 (JC XII, 58, 71 y 73) se desautorizan algunos equívocos en relación al concepto, sostenidos por los recurrentes.

«parámetro ampliado» es el particular sistema a través del cual ha quedado fijada en el ordenamiento constitucional español la distribución de competencias (legislativas, por lo que ahora importa) entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto: la distribución de competencias entre el Estado y cada Comunidad Autónoma no resulta de modo uniforme y exclusivo de la Constitución, sino de la suma de la Constitución y de cada Estatuto de Autonomía, en relación con cada Comunidad Autónoma. De ahí que la constitucionalidad «competencial» de una ley (del Estado o de una Comunidad Autónoma) no resulta sino del parámetro combinado de la Constitución y del respectivo Estatuto de Autonomía.

Más allá de estas cuestiones de constitucionalidad «competencial», las leyes de las Comunidades Autónomas pueden ser contrastadas con su respectivo Estatuto de Autonomía, su «norma institucional básica» (art. 147.1 CE), control que, dado el carácter único del Tribunal Constitucional, sólo puede ser asumido por éste.

El «bloque de la constitucionalidad» no sólo puede quedar integrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. El art. 28.1 LOTC establece que «para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas». La STC 76/1983 ha efectuado una importante precisión de estas otras leyes estatales que pueden venir a integrar el parámetro del control de una Ley de Comunidad Autónoma, al declarar que «el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria»⁵⁸.

En su art. 28.2, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional declara que el Tribunal Constitucional «podrá declarar inconstitucionales» las disposiciones normativas no aprobadas como Leyes orgánicas que «impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido». Esta parte del precepto no ha sido interpretada nunca por el Tribunal Constitucional en el sentido de convertir a la Ley Orgánica en una categoría normativa de rango superior a la ley ordinaria y demás disposiciones normativas, susceptible de erigirse en parámetro de la validez de las mismas, con inde-

⁵⁸ FJ 4, JC VI, 469, 564-565.

pendencia de su contenido. Para el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de una disposición normativa que no tenga el carácter de ley orgánica no resulta de su contradicción con una ley orgánica, sino, eventualmente, del hecho de regular materias que el art. 81.1 CE reserva a las leyes orgánicas⁵⁹.

Finalmente, conviene señalar cómo en determinados supuestos el precepto sometido a control no es contrastado con toda la Constitución, sino sólo con un determinado precepto de la misma, consignándose así expresamente en el fallo. Parece darse a entender de este modo que la sentencia no prejuzga cual pudiera ser el fallo del Tribunal en el supuesto de un contraste con otro precepto constitucional ⁶⁰.

II. CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS

A la hora de tipificar los diversos contenidos de las decisiones recaídas en las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad conviene comenzar refiriéndose a aquellos de contenido puramente procesal, antes de ocuparse de aquéllos que entran en el fondo del asunto.

En el caso de los recursos de inconstitucionalidad, sólo dos de las cincuenta sentencias dictadas no entran en el fondo del asunto. En ambos casos se trata de supuestos en los que aparecen defectos en la legitimación. Así, en la STC 25/1981 el Tribunal Constitucional acuerda «desestimar el recurso promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre», es decir, la Ley más conocida como «Ley antiterrorista». En esta ocasión, el Tribunal Constitucional se atuvo a lo establecido en el art. 31.2 LOTC, declarando que «La Ley..., por su contenido y ámbito nacionales, no afecta específicamente a la autonomía de las Comunidades Autónomas en cuanto tales, y consecuentemente su posible inconstitucionalidad sólo podría ser planteada directamente por los legitimados por el art. 32.1 de la LOTC»⁶¹. El otro supuesto es el de la STC 42/1985, en la que el Tribunal Constitucional «declara inadmisibile el presente recurso» al no aceptar la posibilidad de que un número de cincuenta Diputados o cincuenta Senadores pueda delegar

⁵⁹ STC 5/1981, FJ 20-25 (JC 1, 62, 82 y ss.); S 67/1985, FJ 1, JC XI, 74, 87).

⁶⁰ El supuesto más característico es el de las sentencias 21 y 22/1986 en las que el mismo precepto, en sendas cuestiones de inconstitucionalidad, es contrastado, en la primera de las sentencias con los arts. 24 y 117.3 CE y en la segunda con el art. 81.1CE (BOE 5.3.86, pp. 23 y 25). Ver también STC 25/1984 (JC VIII, 301) y STC 18/1986 (BOE 5.3.86, p. 16).

⁶¹ FJ 5 (JC II, 122, 136).

genéricamente en un comisionado la facultad de impugnar cualquier ley a través del recurso de inconstitucionalidad⁶².

Por lo que hace a las cuestiones de inconstitucionalidad en ocho de las treinta y seis Sentencias recaídas no se ha entrado en el fondo del asunto. Ello se ha producido, bien por apreciar el Tribunal Constitucional «falta de relevancia» en la cuestión planteada, bien por apreciar la desaparición del objeto del proceso. La apreciación por el Tribunal Constitucional de que el fallo en el proceso *a quo* no depende de la validez del precepto cuestionado, o falta de relevancia, puede tener lugar, y ello puede considerarse lo normal, en trámite de admisión (art. 37.1 LOTC); no obstante, dicha apreciación también puede tener lugar, y así ha ocurrido en cuatro ocasiones, por medio de Sentencia⁶³. En cuanto a la posible desaparición del objeto de la cuestión al haberse pronunciado el Tribunal Constitucional, en una sentencia anterior sobre la validez o invalidez de la norma cuestionada, dicha desaparición ha sido apreciada por el Tribunal Constitucional, hasta el presente, solamente en supuestos de declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad⁶⁴.

1. Los tipos simples o extremos

Cabe considerar, siguiendo la terminología propuesta en el cuestionario, como tipos simples o extremos el de aquellas sentencias que proclaman ya sea la validez, ya sea la invalidez de todo un precepto, sin operar modificación alguna en su texto ni someterlo a condición interpretativa alguna. Cuando el Tribunal Constitucional no aprecia inconstitucionalidad se limita a «desestimar» el recurso o, con frecuencia, en el caso de las cuestiones de inconstitucio-

⁶² JC XI, 409.

⁶³ STC 17/1981 (JC II, 13); STC 26/1984 (JC VIII, 312); STC 37/1986 (BOE 9.4.86, p. 3); STC 106/1986 (BOE 13.8.86, p. 8).

⁶⁴ STC 169, 170 y 171/1985, en relación con la S 151/1985, que declaró nulo el art. 709.2 del Código de Justicia Militar. No obstante, en un supuesto similar producido en el año 1983 entre las sentencias 103 y 104 de dicho año (JC VII, 276 y 298), el Tribunal Constitucional opta por volver a reproducir literalmente los Fundamentos Jurídicos de la sentencia anterior, y «estimar» en el fallo la cuestión planteada, con expresa remisión a la anterior sentencia. Cuando se trata de un fallo desestimatorio o declaratorio de constitucionalidad el Tribunal Constitucional ha preferido reiterar su pronunciamiento; tal ha sido al menos el caso en el único supuesto planteado, el de las sentencias 41 y 51/1983 (JC VI, 77 y 204) respecto de la STC 6/1983 (JC V, 69). Una solución atípica, que anuncia quizá la que se adopta a partir de la STC 169/1985 citada, es la de la STC 150/1985 (BOE 26.11.85, p. 36), donde la declaración de haber desaparecido el objeto de la cuestión, por previa declaración de nulidad, se hace en el FJ último, al que se remite el fallo «desestimatorio». Por lo demás, esta sentencia tiene, a este respecto, un carácter mixto, por cuanto respecto del otro precepto cuestionado se aprecia falta relevancia.

nalidad a declarar «no haber lugar a decretar la inconstitucionalidad»⁶⁵. Cuando el Tribunal Constitucional estima la inconstitucionalidad de un precepto declara, por imperativo de la LOTC, su *nulidad*⁶⁶, si bien en el caso del control del derecho preconstitucional hace una declaración suplementaria de *derogación*⁶⁷. Por el contrario, cuando se trataba del control de proyectos de leyes orgánicas a través del recurso previo de inconstitucionalidad, las sentencias estimatorias se limitaron lógicamente a declarar la inconstitucionalidad⁶⁸.

2. Los tipos intermedios

Junto a las sentencias que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad *incondicional* de un precepto, podemos incluir, entre los «tipos intermedios», en primer lugar, el de aquellas sentencias que se pronuncian, no sobre la validez o invalidez de un precepto sino sobre su *aplicación* a una determinada parte del territorio estatal⁶⁹; en segundo lugar, el de las sentencias que *modifican*, por una u otra vía, el precepto; y, en tercer lugar, el de aquellas sentencias que, desestimando la inconstitucionalidad del precepto, condicionan su validez a una determinada interpretación de su contenido o mandato normativo. Lo que no existe en nuestro modelo de control de normas son declaraciones de inconstitucionalidad sin declaración de nulidad del precepto; el Tribunal Constitucional ha logrado hasta el momento evitar la necesidad de pronunciamientos de este tipo.

2.1 Sentencias sobre el ámbito territorial de aplicación

Características del modelo español de control de normas son las sentencias que declaran la vigencia territorial limitada de una ley o precepto estatal como consecuencia de un control de constitucionalidad *competencial*. Dado, en efecto, que las competencias (legislativas, por lo que ahora importa) de las

⁶⁵ Así, por ejemplo, en la S 75/1983.

⁶⁶ Art. 39.1 LOTC: «Cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...».

⁶⁷ Así, p. ej. en la STC 4/1981 (JC 1, 31).

⁶⁸ Así, p. ej. en la STC 72/1984 (JC IX, 214, 236). Cuando, en relación con el proyecto de LOAPA el Tribunal Constitucional apreció la inconstitucionalidad de su carácter tanto de Ley orgánica como de Ley de armonización utilizó la fórmula: «a) Que el Proyecto de LOAPA no puede promulgarse como Ley Orgánica... b) Que... no puede promulgarse como Ley armonizadora».

⁶⁹ Más exactamente, en este último supuesto: Que la Ley de la Comunidad Autónoma sea, en su ámbito territorial, de aplicación *preferente*, siendo la Ley del Estado sólo de aplicación *supletoria* (art. 149.3, inciso 3.º CE).

Comunidades Autónomas no son uniformes, es perfectamente posible que una Ley del Estado, siendo de aplicación al territorio correspondiente a unas Comunidades Autónomas, no lo sea al correspondiente a otras, por pertenecer a éstas la competencia legislativa en la materia en cuestión ⁷⁰. De ahí que el eventual recurso de inconstitucionalidad planteado por una Comunidad Autónoma pueda dar lugar a una declaración, no de invalidez del precepto, sino de su aplicación al ámbito territorial correspondiente a determinada o determinadas Comunidades Autónomas. Esta peculiaridad, que quizá se hubiese adecuado mejor a un específico «conflicto de competencia legislativa», no ha dado lugar, hasta el momento, a un gran número de sentencias con este contenido. Ello ha sido debido, en primer lugar, a que no han sido muchas las sentencias recaídas en control de leyes del Estado por inconstitucionalidad competencial⁷¹. Y en segundo lugar, porque la mayoría de estas, o bien desestiman el recurso, o lo estiman con carácter territorialmente general, es decir, declaran la nulidad del precepto. De hecho, son sólo tres las sentencias en las que se encuentran declaraciones de este tipo: la sentencia 35/1984, en la que se declara la inconstitucionalidad «en todo lo que se refiere a las Islas Canarias» de un Decreto-ley derogatorio de una exacción sobre gasolina⁷²; la sentencia 179/1985, en la que se declara no ser de aplicación al País Vasco ni a Cataluña un artículo de una Ley de Haciendas Locales, así como la inconstitucionalidad de la atribución de una competencia de inspección estatal en Cataluña⁷³; y la sentencia 29/1986, que declara no ser de aplicación en Galicia un precepto de un Decreto-Ley sobre reconversión industrial⁷⁴.

2.2 Sentencias de inconstitucionalidad parcial

La forma más evidente a través de la cual el Tribunal Constitucional *modifica* un precepto, y, lógicamente, el mandato o contenido normativo del mis-

⁷⁰ Vid. *supra* nota 66. Aún tratándose de un supuesto diferente (control de un precepto preconstitucional declarado contrario a la Constitución), puede apreciarse una limitación de los efectos de dicha declaración, que recuerda a las declaraciones de sola inconstitucionalidad del derecho comparado, en la STC 83/1984 (JC IX, 355) sobre farmacias.

⁷¹ STC 84/1982, 75/1983, 35/1984, 49/1984, 98/1985, 144/1985, 179/1985, 18/1986, 29/1986, 63/1986 y 99/1986.

⁷² JC VIII, 412. El fallo de esta sentencia, sin embargo, utiliza, de forma que parece discutible, el verbo «anular».

⁷³ BOE de 15.12.85, p. 32. En la sentencia 18/1986 (BOE 5.3.86, p. 16) la oposición parlamentaria impugna la extensión a Canarias de la vigencia de esta misma Ley, siendo, sin embargo, desestimado el recurso.

⁷⁴ BOE de 21.3.86, p. 10.

mo, es la de introducir o suprimir determinados incisos en el texto del mismo. Es claro que el precepto queda igualmente modificado, y consiguientemente la norma, tanto mediante la supresión de un inciso como mediante su incorporación. Esta actividad «manipuladora» del precepto es distinta a la de su declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad. Es igualmente claro que la supresión de un inciso puede tener una virtualidad transformadora de un precepto mucho más intensa que la incorporación de un inciso. No obstante, el Tribunal Constitucional ha interpretado desde el primer momento que su facultad de apreciar la inconstitucionalidad de un precepto cubre, posiblemente a partir de un razonamiento «a maiore ad minus», la de declarar la inconstitucionalidad de «parte» del precepto. Los supuestos de supresión de incisos o partes de un precepto son abundantes⁷⁵, pero quizá uno de los más expresivos sea el operado en el art. 160.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en la regulación de la pensión de viudedad. Así donde dicho precepto hasta entonces decía

«Tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio... la viuda, cuando al fallecimiento del cónyuge, se den los requisitos siguientes...»,

la STC 103/1983, al declarar «inconstitucional y por tanto nulo ... el inciso del párrafo que dice ... la viuda», opera una extensión de la pensión de viudedad a los viudos en las mismas condiciones que a las viudas⁷⁶.

Cuando, en lo que podríamos llamar el proceso de adaptación a la Constitución de un precepto, éste no puede tener lugar a través de la supresión de incisos o partes de su texto, sino que el mismo exigiría, probablemente, la incorporación de un inciso, el Tribunal Constitucional procede de diferente manera. En lugar de efectuar «adiciones» en el texto del precepto, a lo que hasta ahora no se ha sentido legitimado, procede a la formulación de «declaraciones» en relación con dichos preceptos, muy frecuentemente en la forma: «El art. ... no es (o es) inconstitucional *en cuanto*»⁷⁷. Bien es verdad que la frontera que separa las declaraciones de este tipo con las sentencias interpre-

⁷⁵ Vid. sentencias 11/1981, 34/1981, 36/1981, 51/1982, 64/1982, 71/1982, 76/1982, 3/1983, 103/1983, 20/1985, 26/1985, 27/1985, 46/1985, 72/1985, 87/1985, 63/1986, 82/1986, 83/1986 y 84/1986. En la STC 27/1985, el fallo contiene la nueva redacción de los preceptos, con los diversos incisos ya suprimidos.

⁷⁶ JC VII, 276, 292.

⁷⁷ Vid. sentencias 4/1981, 5/1981, 11/1981, 54/1983, 29/1986.

tativas no es siempre nítida⁷⁸, y que el Tribunal Constitucional ha utilizado en ocasiones esta fórmula cuando pudo haber recurrido a la supresión de un inciso⁷⁹, pero quizá la función más clara de estas expresiones sea la de evitar la adición de incisos. Un buen ejemplo de lo que venimos diciendo puede ser el fallo contenido en la STC 5/1981, sobre la, hoy ya derogada, Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (LOECE). Así, en la regulación de los «centros privados» de enseñanza la Ley preveía un «Estatuto o reglamento de régimen interior» con unos contenidos determinados (art. 34); el Tribunal Constitucional declaró respecto de los apartados 2 y 3 b de este artículo su «inconstitucionalidad y consiguiente nulidad ... en cuanto se refieren a centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, pero no en cuanto se refieren a centros privados no sostenidos con fondos públicos»⁸⁰.

2.3 Sentencias interpretativas

La posibilidad de que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia interpretativa se suscitó prácticamente desde el primer momento, concretamente con ocasión de la impugnación de la citada LOECE. En dicha ocasión, el recurrente «alude a la posibilidad de que este Tribunal pronuncie una sentencia del tipo que él califica de ‘interpretativa’; que fije la interpretación de los preceptos impugnados que sería inconstitucional o, en otro caso, la interpretación conforme a la cual puedan ser considerados tales preceptos como no contrarios a la Constitución»⁸¹. Ante esta sugerencia, el Tribunal Constitucional describe, ante todo, lo que él mismo entiende por «sentencia interpretativa»:

*«aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considere adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considere inadecuados»*⁸².

Para el Tribunal Constitucional, pues, las sentencias interpretativas son sentencias desestimatorias condicionales, es decir, sentencias que no aprecian

⁷⁸ Vid., p. ej. «declaraciones» c y d del punto 2.º del fallo de la STC 11/1981 (JC I, 174, 217).

⁷⁹ Vid. STC 4/1981 (JC I, 31, 58).

⁸⁰ JC I, 62, 90.

⁸¹ *Ibid.*, p. 71.

⁸² *Ibid.*, p. 72.

la inconstitucionalidad del precepto controlado, si bien de forma condicionada a su *interpretación* de una determinada manera o a su *no interpretación* de algún otro modo. La sentencia interpretativa es una sentencia *desestimatoria*, con independencia de que la declaración interpretativa tenga el sentido de vedar o de imponer una determinada interpretación.

Para el Tribunal Constitucional esa alternativa a las sentencias que declaran la validez o invalidez *incondicionadas* de un precepto, constituye «*un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso*» de lo que parece inferirse que está pensando en las que serán sentencias con *interpretación* incorporada a la parte dispositiva de la sentencia. Sin embargo, por esta vez, el Tribunal Constitucional se limita a añadir que lo que no es lícito es la pretensión de una sentencia de este tipo: los legitimados para impugnar la constitucionalidad de una ley sólo pueden solicitar del Tribunal Constitucional «el pronunciamiento sobre la adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución»⁸³. Con todo, el primero de los «votos particulares» que acompaña a esta sentencia concluye con un fallo en el que se incorpora una interpretación adecuada a la Constitución del «ideario educativo» de los centros privados de enseñanza ⁸⁴.

La declaración de mayor alcance del Tribunal Constitucional en relación con las sentencias interpretativas es la contenida en el siguiente recurso de inconstitucionalidad, en cuya sentencia, el Tribunal Constitucional, tras declarar que el objeto del control es el texto legal, y no el mandato contenido en el mismo, afirma que ello es así sin perjuicio de la posibilidad de dictar una sentencia interpretativa:

«Lo anterior no significa que el Tribunal tenga que renunciar a poder establecer lo que se ha llamado acertadamente una sentencia interpretativa, a través de la cual se declara que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. Se observará que esta labor interpretativa tiene por objeto el establecimiento del sentido y significación del texto, pero no, en cambio; lo que podría llamarse interpretación en un sentido más amplio, que sería la deducción o reconstrucción del mandato normativo, mediante la puesta en conexión de textos. Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que esta es la norma constitucional»⁸⁵.

⁸³ *Loc. cit.*

⁸⁴ JC I, 62, 106-107.

⁸⁵ STC 11/1981, FJ 2 (JC I, 174, 185).

Estas afirmaciones contenidas en la STC 11/1981 parecen en buena medida, condicionadas por la respuesta a dar a la argumentación del Abogado del Estado, que pretendía salvar la constitucionalidad de la regulación del derecho de huelga en el Decreto-ley de 1977 *reconstruyendo* lo que sería el derecho vigente, en relación con la huelga, a partir de un bloque normativo más amplio⁸⁶. Dicha «escapada» sería el tipo de interpretación/creación normativa que al Tribunal Constitucional le estaría vedada («interpretación en un sentido más amplio»). En general, parece apreciarse en estas afirmaciones una preocupación por un uso controlado de las sentencias interpretativas, de tal modo que quizá las «declaraciones» contenidas en el fallo de dicha sentencia fueron buen ejemplo de lo que, en ese momento, el Tribunal Constitucional considera un uso lícito de este medio. Con todo, cabría preguntarse si a través de la «labor interpretativa», que sin duda tiene por objeto «el establecimiento del sentido y significación del texto» no se está procediendo a un control o delimitación de su ámbito o contenido normativo.

A partir de esta S 11/1981 el Tribunal Constitucional no ha vuelto a hacer afirmaciones acerca del sentido de las sentencias interpretativas, si prescindimos de la observación contenida en la sentencia 77/1985 sobre la falta de idoneidad de estas declaraciones en el caso del control de proyectos de ley; el Tribunal Constitucional vincula aquí la sentencia interpretativa con el principio de conservación de la norma⁸⁷.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos distinguir tres tipos de sentencias interpretativas: sentencias con declaración interpretativa contenida en el *fallo*, sentencias en cuyo fallo aparece una *remisión expresa* a la interpretación contenida en los fundamentos jurídicos y sentencias en cuyos fundamentos jurídicos se contiene una interpretación conforme del precepto, sin que en el fallo aparezca referencia interpretativa alguna.

2.3.1 Sentencias con declaración interpretativa incorporada al fallo

Las primeras sentencias interpretativas «formulan» en la parte dispositiva de la sentencia la interpretación que hace al precepto controlado conforme (o, excepcionalmente, disconforme) a la Constitución. Son las SS 14/1981, 22/1981 y 10/1982.

⁸⁶ *Vid. supra.* p. 11.

⁸⁷ «... en la decisión sobre un proyecto de ley no parece aconsejable el recurso a las decisiones interpretativas, cuya utilización es más bien resultado del principio de conservación de la norma» FJ 24 (JC XII, 187,247).

El primero de dichos supuestos es al mismo tiempo la primera cuestión de inconstitucionalidad de que conoce el Tribunal Constitucional. Versaba, además, sobre una norma preconstitucional y derogada por el legislador⁸⁸. En el fallo se hacen dos declaraciones sucesivas sobre el precepto. Se comienza declarando el precepto como contrario a la Constitución (si bien identificándolo con lo que sería una interpretación del mismo contraria a la Constitución) para a continuación someterlo a una «interpretación conforme»⁸⁹. Se trata de una «interpretación conforme» cuyo resultado es similar al que produciría la incorporación de un inciso al mismo. Por lo demás, tratándose de una norma derogada no se puede afirmar que esta primera sentencia interpretativa se encuentre inspirada por el principio de conservación de la norma.

En la S 10/1982 se procede por segunda vez a incorporar al fallo una declaración interpretativa desestimatoria. Objetivamente su sentido es también muy similar al que hubiese producido la incorporación de un inciso al precepto controlado⁹⁰.

La tercera de las sentencias en cuyo fallo se contiene una declaración interpretativa ofrece la peculiaridad de ser la única sentencia interpretativa estimatoria, es decir la única en la que se declara, no la validez condicionada, sino la invalidez condicionada del precepto: Se le declara inconstitucional y nulo en la medida en que se le interprete de una determinada manera⁹¹. Esta peculiaridad se explica por el hecho de que el Tribunal Constitucional, en esta ocasión, estaba interesado en formular la inconstitucionalidad de una determinada interpretación del precepto más que la constitucionalidad de otra interpretación. Pero ello tampoco obligaba al Tribunal Constitucional a formular una sentencia en términos estimatorios, pues lo que para el Tribunal Constitucional caracteriza a la sentencia interpretativa es el condicionar su *validez* a una determinada inter-

⁸⁸ STC 14/1981 (JC I, 233).

⁸⁹ «... el art. 365.1 en relación con el art. 362.1.4.º de la Ley de Régimen Local,... no se ajusta a la Constitución en la parte en que permite que la facultad de suspensión de los acuerdos de las Corporaciones Locales proceda por la sola infracción manifiesta de las Leyes, *sin la concurrencia de otra circunstancia*; pero sí se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido de que confiere una facultad gubernativa para suspender acuerdos *que afecten a la competencia del Estado o excedan del límite de la competencia propia para la gestión de los intereses de la Entidad Local*». (*ibid.*, p. 241).

⁹⁰ JC III, 128-150; punto 1.º, letras d y e del fallo: «d) Declarar que no es inconstitucional el apartado k) del art. 3, *interpretado* en el sentido de que el asesoramiento a que hace referencia es *facultativo* y se realizará a *petición del Delegado territorial...*»; «e) Declarar que no es inconstitucional el art. 4, *interpretado* en el sentido de que la actividad de informar y asesorar a que hace referencia es *facultativa* y se realizará a *petición del Delegado territorial*.

⁹¹ «Que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad» (JC III, 76, 92).

pretación, la cual, sin embargo, puede venir identificada tanto como la interpretación a efectuar como en cuanto interpretación vedada⁹².

2.3.2 Sentencias interpretativas con remisión a los fundamentos jurídicos

Desde la S 10/1982 el Tribunal Constitucional no ha vuelto a efectuar una declaración interpretativa expresa contenida en la parte dispositiva de una sentencia en procedimientos de control de normas. Casi de forma simultánea a la variable anterior el Tribunal Constitucional comienza a efectuar declaraciones de constitucionalidad condicionadas a una determinada interpretación del precepto, la cual, sin embargo, no es la *formulada* en la parte dispositiva de la sentencia, sino la contenida en sus fundamentos jurídicos.

Dentro de estas sentencias interpretativas de *remisión* cabe distinguir dos variantes, la de aquéllas que se remiten genéricamente a los fundamentos jurídicos de la sentencia y la de las que se remiten, de modo específico, a uno o varios fundamentos jurídicos.

Al igual que las declaraciones interpretativas contenidas en el fallo, también las sentencias interpretativas de remisión *genérica* son características de los comienzos de este tipo de sentencias, no habiendo vuelto a repetirse desde entonces.

De hecho, la primera aparición de esta variante de sentencias interpretativas se produce en un voto particular, concretamente en el segundo de los votos particulares que acompañan a la S 5/1981. La fórmula entonces utilizada, y que, no volverá a repetirse, explica el que la remisión sólo puede ser genérica: «Que no es inconstitucional la Disposición adicional 3.^a por las *razones* y con el *significado* que se expone en los Fundamentos»⁹³. Mientras la referencia a las «razones» no parece añadir nada a lo que es propio de los fundamentos jurídicos, el razonamiento de la parte dispositiva, la referencia al «significado» debe ser considerada equivalente a la de «interpretación».

En la importante sentencia 37/1981, sobre la regulación de los «centros de contratación de carga» en el País Vasco, se utiliza por vez primera la vía de la remisión expresa, en el fallo, a la interpretación contenida en los fundamentos jurídicos. Esta sentencia estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad contra la citada ley vasca por cuanto: a) declara inconstitucionales

⁹² El fallo en cuestión hubiese podido decir, posiblemente de forma más concreta: «Que es constitucional la disposición ... siempre que la misma no sea interpretada como norma...».

⁹³ JC I, 62, 111.

algunos de los preceptos impugnados; b) desestima el recurso respecto de otros preceptos; y c) declara, por fin, que otros determinados preceptos impugnados no son contrarios a la Constitución «en cuanto no sean interpretados en contradicción con la doctrina de la presente sentencia»⁹⁴. De hecho, dicha interpretación conforme está recogida en tres de sus cinco fundamentos jurídicos, en particular el último. En general puede afirmarse que se trata de una sentencia muy apegada, en lo que ahora importa, al principio de conservación de la norma, condicionada también por la imperfección técnica y la imprecisión de algunos de los preceptos sometidos al control del Tribunal Constitucional, preocupada, en fin, por subrayar que la posibilidad de una aplicación contraria a la Constitución de un precepto no es motivo bastante para declarar la invalidez de éste.

El expediente de la remisión *genérica* a los fundamentos jurídicos se repetiría en la S 5/1982, sobre la Ley catalana de medidas urgentes sobre la función pública. En este caso la remisión lo es, de hecho, prácticamente, al segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia, la cual resulta, por lo demás, bastante menos compleja que la anterior⁹⁵.

A partir de dicha sentencia el Tribunal Constitucional no volverá a efectuar una remisión genérica a los fundamentos jurídicos en el fallo de una sentencia interpretativa. Todas las sentencias de *remisión* que, desde entonces, se han dictado concretan la remisión cuando menos a varios⁹⁶, por lo común a uno de los Fundamentos Jurídicos⁹⁷.

La impresión de conjunto que ofrecen las trece sentencias interpretativas, con reflejo directo ó indirecto en el fallo, recaídas hasta el presente es la de que, en su mayoría, han servido para salvar la constitucionalidad *competencial* de leyes de las Comunidades Autónomas⁹⁸ o del Estado⁹⁹ a través de la aclaración de posibles ambigüedades o de identificación de posibles interpretaciones contrarias a la Constitución. De las tres recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, resulta bastante expresivo el que dos de ellas hayan ope-

⁹⁴ JC II, 293, 321.

⁹⁵ JC III, 63, 75: «... dicha ley no es contraria a la Constitución en cuanto sus preceptos y en especial el contenido en la Disposición adicional cuarta, sean interpretados dentro de los límites y en el sentido que se les atribuye en los Fundamentos de la presente sentencia» del Estatuto de los Trabajadores como norma que establece la incapacidad para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad» (JC III, 76,92).

⁹⁶ STC 87/1985 y S 178/1985.

⁹⁷ STC 69/1982, 72/1983, 29/1986, 63/1986, 88/1986 y 108/1986. Esta es, por lo demás, la pauta seguida en las sentencias recaídas en conflictos de competencia en las que se lleva a cabo una declaración interpretativa de una norma de rango inferior a ley: Así, p. ej. STC 18/1982, 26/1982, 33/1982, entre otras.

⁹⁸ STC 37/1981, 5/1982, 10/1982, 69/1982, 72/1983, 87/1985 y 88/1986.

⁹⁹ STC 29/1986 y 63/1986.

rado una «adecuación a la Constitución» de preceptos preconstitucionales¹⁰⁰. Por otro lado, puede afirmarse que, con la excepción, por lo demás puntual, de la sentencia 108/1986 sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰¹, el Tribunal Constitucional ha evitado las declaraciones interpretativas en los procesos constitucionales de mayor transcendencia. Hasta el presente puede decirse que las «grandes decisiones» del Tribunal Constitucional español no han sido decisiones interpretativas.

2.3.3 Sentencias interpretativas sin reflejo en el fallo

El Tribunal Constitucional realiza constantemente una «interpretación conforme» de las normas sometidas a su control así como de las normas con que opera en otros procesos constitucionales, singularmente en el recurso de amparo constitucional, interpretación que no se refleja en el fallo pero que, sin necesidad de ello, puede hacer que un determinado precepto, a partir de una determinada sentencia del Tribunal Constitucional, «no sea el mismo»¹⁰².

Ciñéndonos, sin embargo, a las sentencias recaídas en control de normas, el Tribunal Constitucional no siempre, ni mucho menos, deja constancia en el fallo de la «interpretación conforme» realizada en los fundamentos jurídicos. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en relación con un eventual «significado» distinto de ambas formas de proceder. Pero no parece que ello sea para el Tribunal Constitucional un dato irrelevante. Es interesante señalar, en este sentido, cómo en la sentencia 77/1985, sobre la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, a la vez que se advierte de la improcedencia de recurrir a una «sentencia interpretativa» en un recurso previo contra un proyecto de ley, no se renuncia a llevar a cabo una «interpretación conforme» no trasladada al fallo¹⁰³.

Entre los supuestos de interpretación conforme no reflejada en el fallo destaca el de la interpretación teleológica o finalista. Así, por ejemplo, el sentido de una sentencia 22/1981, sólo resulta comprensible a partir de la interpretación finalista y sistemática, no reflejada en el fallo, del precepto que permite la limitación a los sesenta y nueve años de edad de la capacidad para

¹⁰⁰ STC 14/1981 y 178/1985.

¹⁰¹ STC 108/1986 (BOE 13.8.86, p. 14).

¹⁰² Baste citar el art. 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el «emplazamiento personal» a partir de la sentencia 63/1982, recaída en un recurso de amparo constitucional (JC IV, 294).

¹⁰³ FJ 24 (JC XII, 187, 247).

trabajar: Son las consideraciones a la política de empleo las que pueden salvar, en positivo, la constitucionalidad de una disposición como la sometida a control¹⁰⁴. De forma parecida, es la interpretación finalista, no reflejada en el fallo, del sistema de designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (asegurar el reflejo de la pluralidad existente en el seno de la sociedad y en el del propio Poder Judicial) la que delimita las condiciones de la constitucionalidad del art. 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰⁵.

3. Una sentencia «constructiva»: la Sentencia 53/1985

Mención aparte merece el contenido de la parte dispositiva de la S 53/1985, recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad sobre el proyecto de ley orgánica despenalizadora del aborto¹⁰⁶. Es ésta, posiblemente, la sentencia que más ha dividido al Tribunal, no tanto por razón de la decisión de fondo, la constitucionalidad de la despenalización del aborto en determinados supuestos, cuanto por haber puesto en cuestión los límites de la función del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. El problema, en efecto, se suscita en el momento en que en un supuesto de control *previo* se plantea la posibilidad de dictar una sentencia distinta de los tipos que hemos llamado simples o extremos. En el supuesto que nos ocupa el fallo de la sentencia decía textualmente:

«...El proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresa en el fundamento jurídico 12 de la presente sentencia»¹⁰⁷.

Con este fallo el Tribunal Constitucional, ante todo, si bien de una manera peculiar, confirma la constitucionalidad del proyecto *en todo lo que dice*, o sea, la despenalización de los supuestos conocidos como aborto terapéutico, ético y eugenésico. Al mismo tiempo, declara la inconstitucionalidad del proyecto en la medida en que en el mismo no se recogen lo que el Tribunal Constitucional llama «exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución». Estas *carencias* no se hallan identificadas en el fallo, sino en uno de

¹⁰⁴ S 22/1981, FJ 10, (JC II, 76, 91).

¹⁰⁵ S 108/1986, cit. n. 101, p. 23.

¹⁰⁶ JC XI, 546.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 581.

los fundamentos jurídicos, al que el fallo se remite, de modo similar a como suele hacer en el caso de las sentencias interpretativas. En dicho fundamento jurídico se recogen algunas cautelas adicionales en relación con dos de los supuestos despenalizados, relativos a los preceptivos dictámenes médicos y al lugar de realización del aborto; al mismo tiempo señala que el proyecto sería constitucional en el supuesto de que éste contuviera la eventual exclusión de la responsabilidad penal de la embarazada en caso de incumplimiento de estas cautelas¹⁰⁸. El examen contrastado del proyecto de ley sometido al control del Tribunal Constitucional y de la ley orgánica promulgada tras la S 53/1986 pone de manifiesto cómo el legislador se atuvo estrictamente a las indicaciones contenidas en dicha sentencia¹⁰⁹.

La STC 53/1985 se dictó con el apoyo de la mitad de los Magistrados¹¹⁰; los seis restantes expresaron su disconformidad con la sentencia a través de cinco votos particulares¹¹¹. La lectura de estos votos particulares evidencia hasta que punto la sentencia dividió al Tribunal Constitucional en relación con la propia comprensión de su función de órgano de control de normas. Resumidamente cabría decir que para estos Magistrados no es función del Tribunal Constitucional identificar, en los preceptos sometidos a su control, una inconstitucionalidad «por omisión»¹¹² o, lo que es su consecuencia, señalar las adiciones precisas, a modo de «enmiendas», para que el precepto sea constitucional¹¹³, a base de efectuar lo que un voto particular llama «deducciones constructivas»¹¹⁴; al operar de este modo el Tribunal Constitucional habría traspasado los límites de su propia función, «invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo» y, en definitiva, haciéndose acreedor, por una vez, al reproche de funcionar como una «tercera cámara» legislativa¹¹⁵.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 579-580.

¹⁰⁹ Cfr. texto original del proyecto en el FJ 1 de la sentencia (*ibid.*, p. 572) y Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

¹¹⁰ Entre los que se encontraba el Presidente del Tribunal Constitucional, con voto de calidad.

¹¹¹ Uno de ellos suscrito en común por dos Magistrados. JC XI, 546, 582 y ss.

¹¹² «No hay inconstitucionalidad por las omisiones en que pueda considerarse que el legislador ha incidido» (*ibid.*, p. 584). Esta afirmación debe considerarse sobre todo válida para el control *previo* de las leyes. En la STC 29/1986 se contiene un supuesto en el que se declara la inconstitucionalidad de un precepto, no por lo que dice sino por lo que omite. Textualmente el fallo de la sentencia declara la inconstitucionalidad de varios preceptos «en cuanto no establecen la intervención de las Comunidades Autónomas afectadas con competencias para el desarrollo y ejecución de los planes de reconversión».

¹¹³ «La jurisdicción constitucional es negativa» (*ibid.*, p. 587); «... esta vedado al Tribunal... establecer modificaciones o adiciones del texto impugnado» (*ibid.*, p. 582); «... el Tribunal Constitucional asume la función de introducir enmiendas» (*ibid.*, p. 588).

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 584.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 587, 588, 590.

4. Sentencias «apelativas»

El Tribunal Constitucional no ha efectuado en la parte dispositiva de sus sentencias sobre control de normas invocaciones o mandatos dirigidos al legislador, si se prescinde de lo ya señalado en relación con la STC 53/1985 sobre despenalización del aborto. No hay ninguna sentencia en la que se condicione la validez de un precepto a una posterior actividad legislativa. Con independencia de ello, en los fundamentos jurídicos de las sentencias sí cabe encontrar recomendaciones expresas al legislador, aunque siempre formuladas con cautela.

Quizá el mejor ejemplo de una recomendación al legislador, por su relevancia política y por lo reciente del caso, sea la contenida en la citada S 108/1986, de 22 de julio, sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta sentencia el Tribunal Constitucional hubo de enfrentarse con el control de constitucionalidad del art. 112 de dicha Ley, que disponía la elección por el Congreso de los Diputados y el Senado de todos los miembros –veinte– del citado Consejo, ocho de ellos entre Abogados y otros juristas de prestigio, y los doce restantes entre Jueces y Magistrados en activo. Parámetro del control en este caso era el art. 122.3 CE que disponía la designación de doce miembros del Consejo entre Jueces y Magistrados «en los términos que establezca la ley orgánica»; los ocho miembros restantes la Constitución establecía que fueran propuestos *entre* Abogados y juristas de prestigio por el Congreso de los Diputados y el Senado. La cuestión planteada, en sustancia, era la de si la Ley Orgánica podía atribuir también a las Cámaras la propuesta de nombramiento de los doce miembros a designar de entre los Jueces y Magistrados.

En relación con esta cuestión, que suscitó un notable enfrentamiento entre la magistratura y los poderes ejecutivo y legislativo¹¹⁶, el Tribunal Constitucional, si bien declara que la solución adoptada por el legislador es constitucionalmente lícita, advierte que la *finalidad* perseguida con el art. 122.3 CE es «la de asegurar que la composición del Consejo refleja el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy en especial, en el seno del Poder Judicial», finalidad que corre el riesgo de frustrarse si la propuesta por las cámaras se efectúa con criterios partidistas. Para el Tribunal Constitucional,

«La existencia y aún la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional *parece aconsejar su sustitución*» ...¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. STC 45/1986 (BOE 29.4.86, p. 15) en la que el Tribunal Constitucional rechaza el intento de encauzar este enfrentamiento a través del conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales.

¹¹⁷ FJ 13 (BOE 13.8.86, p. 14, 23).

Bien es cierto que no es esta la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional aprecia razones que «parecen aconsejar» la sustitución de un precepto que, en sí mismo, no puede ser considerado inconstitucional¹¹⁸. Pero sí es la primera vez que el Tribunal Constitucional utiliza esta expresión en relación con un precepto de indiscutible trascendencia política. Con ello se plantea la cuestión del sentido y de la eficacia de estas respuestas del juez constitucional en su función de control de la constitucionalidad de las leyes.

III. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de entrar en el tema de este epígrafe, conviene hacer alguna observación preliminar. Ante todo, indicaremos que una reiterada doctrina constitucional identifica como objeto del control de constitucionalidad las disposiciones o los textos normativos, no las normas o los preceptos deducibles de los mismos por vía de interpretación: «Si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero» (STC 11/1981; en términos análogos SSTC 86/1982 y 77/1985).

El Tribunal ha advertido también la peculiar posición de quienes son parte en estos procedimientos, destacando que «todos los legitimados para acudir ante este Tribunal (...) realizan una función pública, cual es la de poner en marcha los mecanismos de depuración del ordenamiento jurídico» (STC 11/1981), de tal modo que «es característico de los procesos constitucionales el que en ellos las partes litigantes y el Tribunal que decide son, todos ellos, órganos del Estado, sin intereses contrapuestos, pues el interés fundamental para todos es buscar una mejor y más recta aplicación e inteligencia de la Constitución» (ATC 221/1984). Sin entrar ahora en otras consideraciones, cabe subrayar que el rasgo señalado de los procesos constitucionales no puede dejar de incidir, sobre una institución de tanta trascendencia en el régimen de los efectos de las sentencias como es la cosa juzgada material que pueda predicarse de ellas.

Como consideración de carácter general ha de señalarse que la determinación del régimen normativo de los efectos de las sentencias de las que hemos

¹¹⁸ Así, la recomendación, hasta el presente no atendida, contenida en la S 3/1983, FJ 5 (JC V, 19, 29), en relación con el art. 170 de la Ley de Procedimiento Laboral.

de tratar ha de atender, recogiendo una advertencia sobradamente conocida y reiterada también por la doctrina española¹¹⁹, tanto a las exigencias propias de los institutos procesales que son de aplicar (cosa juzgada, efecto preclusivo, valor de precedente, etc.) como a criterios materiales, extraídos de la regulación constitucional y legal de los procesos constitucionales. Para regular los efectos de su resolución no recurre la LOTC a la aplicación, ni siquiera con carácter supletorio, de la ordenación procesal común y ello tiene pleno sentido, si se repara en la existencia de una regulación constitucional específica y de unas exigencias que difícilmente podrían ser satisfechas con la simple transposición a este ámbito de construcciones y categorías desarrolladas en atención a los rasgos propios de los procesos ordinarios, específicamente de los civiles. Sin duda tales construcciones y categorías no pueden ignorarse. Cuando el constituyente se ha servido de la expresión «cosa juzgada», no puede ignorarse que se ha querido referir a un instituto bien identificado en nuestra cultura jurídica, pero tales categorías han de hallar su acomodo en el seno de un marco institucional específico –el de la jurisdicción constitucional– que posee exigencias propias. La Constitución introduce, en el tema que nos ocupa, una normación de principio que ha sido integrada y complementada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La normación constitucional (básicamente, los arts. 161.1.a y 164) no dejó de ser, desde un principio, críticamente considerada por la doctrina en algunas de sus aparentes inconsistencias lógicas¹²⁰ y tampoco han faltado severos enjuiciamientos sobre parte de la disciplina legal que a ella se liga, llegándose, en ocasiones, a apuntar o a sostener la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones contenidas en la LOTC¹²¹. Reseñar la existencia de estos debates doctrinales puede ser útil para hacer explícita la condición polémica de los efectos que hayan de atribuirse a un tipo de sentencias que, como las constitucionales se proyectan en el seno

¹¹⁹ En ocasiones, los llamamientos del Tribunal Constitucional aparecen rodeados de una oscuridad, o cuando menos imprecisión, que parece debe considerarse deliberadamente pretendida. Ejemplo reciente de este tipo de declaraciones sería el FJ 22 de la repetidamente citada 108/1986 en el que, con referencia al escalonamiento del adelanto de la edad de jubilación de jueces y magistrados, el Tribunal Constitucional señala que, «su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origina una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de comparación. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso».

¹²⁰ Por todos, BOCANEGRA SIERRA, R.: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, p. 21, Madrid, 1982.

¹²¹ Al respecto, RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M.: «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, 7, 1979, pp. 161-171.

de un ordenamiento, que, durante siglos, creció y tomó forma a espaldas de la jurisdicción constitucional y de sus supuestos y efectos propios.

Por último, debe señalarse que abordar el amplio temario de la eficacia de las sentencias constitucionales es algo que puede hacerse, desde perspectivas diversas y siguiendo métodos de exposición diferentes. Aquí se empleará el más claro. Distinguiremos, como los procesalistas han hecho, los efectos de las sentencias en el ordenamiento jurídico (esto es, sus virtualidades transformadoras o confirmadoras de los actos y disposiciones examinados en los procesos a los que ponen término las mismas) y los efectos en el proceso constitucional de estas resoluciones, es decir, su eficacia interna en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Siguiendo una terminología de uso regular en el Derecho Procesal español, y empleando, para diversificarla, las palabras de la Constitución o de la Ley, trataremos, primero, de los efectos jurídico-materiales de las sentencias (su validez «*erga omnes*», su carácter «*vinculante*» para todos los poderes públicos) y abordaremos después lo que cabe llamar su eficacia jurídico-procesal (cosa juzgada, efecto preclusivo y valor de precedente).

1. Los efectos generales o *erga omnes*

De acuerdo con el art. 164.1 de la Constitución, las sentencias «que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos». Añade en el apartado segundo del citado artículo que «salvo que en el fallo se disponga otra cosa subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad».

Los efectos generales de las sentencias dictadas por el Tribunal en estos procedimientos tienen, pues, su fundamento primero en el art. 164.1 de la Constitución, fundamento que, en alguna medida, se refuerza por lo establecido en el apartado segundo, también citado, pues el sentido de esta norma, aparentemente banal¹²², no puede ser otro que el de disponer, *a contrario*, que las disposiciones de ley declaradas inconstitucionales pierden su «vigencia» o «efectividad». Es patente que el primero de estos preceptos constitucionales

¹²² Se ha sugerido así, por ejemplo, la inconstitucionalidad de los arts. 29.2 y 38.2 LOTC (GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 141-142) o del art. 38.3 de la misma ley Orgánica, respecto de este último precepto por entender erróneamente, como se dirá que concede exclusivamente efectos *inter partes* a la sentencia estimatoria recaída en cuestión de inconstitucionalidad (GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho Procesal constitucional*, Madrid, 1980, p. 267).

no resulta inequívoco en cuanto al carácter de la eficacia que atribuye a las sentencias que así distingue («todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho»), de tal modo que, en este punto, la Constitución no parece haber querido limitarse a atribuir los efectos en cuestión a las solas sentencias estimatorias —frente a lo que se derivaría del primer enunciado del inciso segundo del precepto— sino que, por la delimitación negativa con la que la norma se cierra, da pie al intérprete para predicar también de las sentencias de carácter desestimatorio algún tipo de «efecto general». Esta inicial indefinición de lo previsto en el art. 164.1 ha sido despejada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El art. 38.1 de la LOTC dispone que «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad ... vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado». De este modo, la LOTC parece haber diversificado en dos vertientes los efectos descritos en términos abstractos por el art. 164.1 de la Constitución, situando ante el intérprete la no fácil tarea de determinar el ámbito específico de proyección de la «vinculación» de todos los poderes públicos y de los «efectos generales», dando por supuesto que una y otra expresión designan diferentes realidades jurídicas. Y es lo cierto que esta correspondencia de las palabras del legislador con la realidad jurídica que muestra la experiencia de la jurisdicción constitucional puede reconocerse ahora, se haya buscado así deliberadamente o no. No es arbitrario diferenciar la eficacia típica que ha de verse en las sentencias estimatorias (anulatorias, de acuerdo con el art. 39.1 de la LOTC) de la que muestran aquellas que concluyen con la desestimación de un recurso o de una cuestión. Porque si las primeras, por definición, deparan una modificación en el ordenamiento, contando así con efectos de igual vigor —aunque de signo contrario— a los del acto o la disposición que expulsan del seno de aquél, las segundas, de principio, no habrán de carecer de toda relevancia jurídica por el hecho de que concluyan en un fallo desestimatorio, pues para llegar al mismo han debido establecer, como las sentencias de estimación, una «doctrina constitucional» (arts. 13 y 40.2 de la LOTC) cuya incidencia institucional sobre los aplicadores del Derecho no puede descartarse, ni el legislador la ha descartado. Denominaremos, por ello, «efectos generales» o *erga omnes* a los operados de modo directo por la sentencia en la composición misma del ordenamiento jurídico, entendiendo por «vinculación de todos los poderes públicos» la efectividad de la doctrina constitucional sobre las autoridades que han de aplicar el Derecho vigente en modo no contrario a lo que se derive de la doctrina constitucional.

Con esta precisión, la atribución de «eficacia general» a las sentencias vale tanto como afirmar que las mismas no resuelven con efectos meramente *ad*

casum. El fallo de la sentencia constitucional se proyecta hacia el futuro, impidiendo toda aplicación ulterior de la disposición de ley considerada inconstitucional. La disposición ilegítima ha de quedar anulada por la sentencia (art. 39.1 LOTC) y en el efecto anulatorio se resume la máxima sanción que puede disponer el ordenamiento para el precepto que contravenga lo establecido en la Constitución. El texto viciado desaparecerá como precepto jurídico del seno del ordenamiento vigente. Conviene advertir, sin embargo, que, aunque la resolución anulatoria expresa, en términos generales, el contenido de este efecto *erga omnes*, no siempre será la anulación condición necesaria ni suficiente para reconocer dicha eficacia general en la sentencia. No será condición necesaria, cuando la sentencia estimatoria recaiga sobre una disposición de ley ya derogada y expulsada con anterioridad, por ello mismo, del ordenamiento, hipótesis ésta en la que, aun cuando el Tribunal ha dictado fallos de declaración de nulidad y de constatación de la derogación conjuntamente (entre otras, STC 4/1981 y 34/1981), puede también llegarse a un fallo en el que, meramente, se declare la inconstitucionalidad de la disposición ya antes derogada, declaración ésta que, en tales términos, se impondrá frente a todos en cualesquiera casos futuros en los que la disposición de ley pretendiera aplicarse (STC 11/1981). Tampoco, de otra parte, es la declaración de nulidad condición para la producción de efectos *erga omnes* si lo enjuiciado y considerado contrario a la Constitución fue un acto con fuerza de ley (art. 27.2.b de la LOTC) carente de pretensión de vigencia indefinida, esto es, de «abstracción». En tal hipótesis, al no adquirir la resolución estimatoria del Tribunal sino la proyección misma que cabía atribuir al acto anulado, los efectos de la sentencia no podrán ir más lejos de allá adonde hubiera llegado la aplicabilidad del acto¹²³. Predicar de aquella eficacia general carecerá, pues, de especial significado.

En estos términos, la eficacia *erga omnes* de las sentencias dictadas en los procedimientos de inconstitucionalidad ha de predicarse de todas las sentencias estimatorias y sólo de ellas. En contra de lo que en alguna ocasión han sostenido los comentaristas¹²⁴, estos efectos corresponden también a las sentencias estimatorias que resuelvan una cuestión de inconstitucionalidad, pues la incidencia específica del fallo sobre el procedimiento en cuyo curso se suscitó la cuestión (art. 38.3 LOTC), no priva a estas resoluciones, que son tam-

¹²³ RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M.: *ob. cit.*, pp. 168 y 169.

¹²⁴ Depende, pues, más de la abstracción que de la generalidad de la regla estimada inconstitucional la producción del efecto *erga omnes*. Sobre la relación entre este efecto y el rasgo de la generalidad, cfr., entre otros, PEREZ TREMP, P.: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, p. 259 y ELIZALDE Y AIMERICH, P. de: «El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia», en *El Tribunal Constitucional*, I, Madrid, 1981, p. 873.

bién de anulación, de los efectos generales reseñados y así lo ha hecho explícito el Tribunal al señalar que a la sentencia recaída en cuestión de inconstitucionalidad le «es inherente la eficacia *erga omnes*» (ATC 106/1983), resaltando, de este modo, que la declaración de inconstitucionalidad de una cierta disposición cuestionada por un Juzgado o Tribunal no debe restringirse a un supuesto concreto, adquiriendo una proyección general (STC 151/1985).

Lo que, en otro orden de cosas, regula el art. 38.3 de la LOTC es sólo la eficacia sobre el proceso pendiente de la resolución del Tribunal Constitucional, debiendo éste comunicar la sentencia «inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso» y notificándose aquella a las partes por el juzgador ordinario. Añade el precepto que «el Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas».

Dictada, por lo tanto, sentencia estimatoria en cualesquiera de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, todos los aplicadores del Derecho –los jueces, de modo específico– habrán de abstenerse de aplicar la disposición así declarada nula (STC 66/1983), sin que, por lo mismo, resulta procedente el replanteamiento de nuevas cuestiones de inconstitucionalidad sobre una disposición excluida ya del ordenamiento, constatando en tal caso el Tribunal la desaparición sobrevenida del objeto de las cuestiones introducidas antes de la resolución del primer proceso (SSTC 169/1985 y 171/1985).

Las sentencias desestimatorias carecen, en el sentido que queda dicho, de esta eficacia. La disposición de ley declarada conforme a la Constitución, o no contraria a ella en los términos del enjuiciamiento constitucional, no adquiere, por ello, una presunción reforzada de legitimidad, ni se hace insusceptible de todo posible control ulterior de constitucionalidad. La sentencia que rechaza la pretensión o la duda de inconstitucionalidad no innova el ordenamiento jurídico, ni añade al precepto enjuiciado cualidad alguna de la que careciera antes, resultando obvio que el precepto podrá ser derogado por el legislador (STC 6/1984). Todo ello, desde luego, no entraña negar a estas sentencias desestimatorias –sobre todo cuando se presentan como sentencias «interpretativas»– la trascendencia propia de la doctrina constitucional, ni implica, de otra parte, desconocer la problemática específica de la preclusión procesal, esto es, de la eventualidad de que se de lugar a un nuevo enjuiciamiento de la disposición no considerada en su día disconforme con la Constitución.

Unida al tratamiento de los efectos *erga omnes* de las sentencias aparece la cuestión de cuál sea lo que cabría llamar su «valor normativo». Con esta expresión, o con otras de sentido análogo, suelen designarse problemas de

diferente entidad, sobre alguno de los cuales no ha habido pronunciamiento del Tribunal. Nada procede decir ahora respecto de un asunto más propio del debate teórico que de la labor jurisdiccional como es el de los aspectos «creadores» o «constructivos» de la jurisprudencia constitucional, en cuanto a través de ella se actualiza una normación inevitablemente «abierta» o falta de plenitud¹²⁵. Tampoco sobre la cuestión, diversa, del valor como «fuente» que pudiera reconocerse a la doctrina constitucional, problema al que se hará una alusión en el punto que sigue. Resta sólo observar de qué modo, en ocasiones, la sentencia estimatoria del Tribunal puede encerrar, más allá de su alcance estrictamente anulatorio, un contenido positivamente ordenador, si a resultas del fallo se produce la introducción de una nueva norma en el ordenamiento. Es bien conocido que la discusión acerca de producción de este tipo de efectos se centra —al margen del problema específico de las sentencias «interpretativas»— en torno a las hipótesis de la resolución de carácter «aditivo» y en un ámbito del todo diverso, de la llamada «reviviscencia» de la norma en su día derogada por la declarada inconstitucional y nula. En cuanto al primer punto, cabe recordar que, también en nuestro Derecho, se han podido producir efectos innovadores por obra de una sentencia estrictamente anulatoria (STC 103/1983), efectos que son seguramente connaturales a la recepción por una Constitución jurisdiccionalmente garantizada del principio de igualdad. Nada hay que decir, de otra parte, sobre la hipotética reviviscencia de las disposiciones anteriores a raíz de la declaración de nulidad del precepto que las derogó, salvo quizá recordar lo dispuesto en el último inciso del art. 2.2 del Código Civil: «Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado». No estamos, sin embargo, ante un fenómeno derogatorio, sino ante una declaración de nulidad y por ello mismo el precepto transcrito no zanja el problema apuntado al menos en alguno de sus planteamientos posibles (la declaración de nulidad de la disposición de ley que, de modo tácito, derogó otra anterior).

2. La eficacia vinculante

El art. 161.1.a de la Constitución, en su segundo inciso, advierte que «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Dejando por el momento de

¹²⁵ GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, (art. 164), Madrid, 1980, p. 1718.

lado esta última proposición alusiva, más bien, a los efectos en el tiempo de las sentencias estimatorias, puede observarse cómo en el pasaje constitucional citado han venido a confluir, en los términos de una redacción que no cabría llamar modélica, el vestigio de una norma en su día proyectada y finalmente no adoptada y una determinación positiva que apunta, aunque de modo indirecto, al engarce entre la doctrina constitucional y la establecida por los órganos jurisdiccionales ordinarios integrados en un Poder Judicial (Título VI de la Constitución) del que el Tribunal Constitucional no forma parte (STC 9/1981 y ATC 83/1980). Aquel texto que, presente en el Proyecto de Constitución a través de diferentes versiones, terminó por no ser recogido en el Título regulador del Tribunal Constitucional, preveía un control por éste de la jurisprudencia «en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico» (y conviene reseñar que en el art. 1.6 del Código Civil se señala que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»). La disposición resultante de la supresión final de tal previsión no ha dejado de ser críticamente considerada por la doctrina científica¹²⁶, mas no es dudoso, en todo caso, que en el inciso citado del art. 161.1.a contempla la Constitución la necesidad de establecer una relación cierta, jurídicamente relevante, entre la doctrina constitucional y la establecida por los órganos judiciales ordinarios. Y podría también afirmarse que el precepto —en el que se alude a una jurisprudencia de los Tribunales ordinarios apoyada en una disposición de ley que ya no existe¹²⁷— expresa literalmente menos de lo que cabría reconocer en su sentido propio: si la jurisprudencia de los órganos judiciales ha de verse «afectada» por la sentencia estimatoria no se ve cuál pudiera ser la razón para negar la misma incidencia por obra de todas las demás sentencias constitucionales que consideramos, aun cuando no hubiesen concluido en la declaración de inconsti-

¹²⁶ Sobre este aspecto, entre otros, NIETO, A.: «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional» en *Revista de Administración Pública*, 100-102, I, 1983, pp. 374 y ss.; OTTO Y PARDO, I. de: «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de interpretación constitucional» en *El Tribunal Constitucional*, ob. cit., III, pp. 1935-1953.

¹²⁷ RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M.: ob. cit., pp. 165-166. sobre el intento de introducir en la Constitución una revisión constitucional de la jurisprudencia, cfr. RUBIO LLORENTE, F.: «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4, 1982, pp. 49 y ss. También, ARAGÓN REYES, M.: «El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, 7, 1979, pp. 186-190 y de este último autor, «Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: Control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia», en *El Tribunal Constitucional*, ob. cit., I, pp. 555-573. Asimismo, sobre el art. 161.1.a) de la Constitución, cfr. G. TRUJILLO: «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: Cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», en *Revista de Estudios Políticos*, 7, 1979, p. 154.

tucionalidad de la disposición sometida a control. Quedaba así planteada la cuestión del valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el actuar de los demás órganos del Estado –los judiciales, sobre todo– extremo éste sobre el que la LOTC ha aportado algunas precisiones adicionales.

El art. 38.1 de la LOTC señala que las sentencias recaídas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad «vincularán a todos los poderes públicos». Este precepto, en la medida en que no se considere reiterativo de la mención, junto a él recogida, a los «efectos generales» de las sentencias, estimatorias, como hemos dicho, ha de ponerse en relación con otras previsiones de la Ley Orgánica, que contemplan, más que los efectos transformadores en el ordenamiento de las resoluciones del Tribunal, su incidencia institucional sobre el resto de órganos estatales, en su más amplio sentido, esto es, sobre los «poderes públicos», en la expresión constitucional de la que se vale la LOTC en el enunciado transcrito. Es cierto que el efecto «vinculación» se ha entendido a veces, siquiera para criticarlo, en un sentido aún más amplio y referido, por ejemplo, al grado de «sujeción» del Tribunal Constitucional a su propia doctrina y a la supuesta inmodificabilidad de ésta en la resolución de procesos ulteriores¹²⁸. No parece que esta comprensión del concepto deba tomarse ahora, por su excesiva generalidad y por la heterogeneidad de las cuestiones con ella suscitadas, como marco delimitador del problema que a continuación se encara.

Los preceptos legislativos en todo caso ligados al enunciado transcrito del art. 38.1 de la LOTC son, en lo que aquí interesa, los recogidos en los arts. 1.1, 40.2 y 87.1 de la misma Ley Orgánica. De acuerdo con el primero de ellos el Tribunal Constitucional es «intérprete supremo de la Constitución». En virtud de la segunda de estas disposiciones, «la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad». De conformidad, en fin, con lo prevenido en el art. 87.1 de la LOTC «todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva».

Aunque todas las determinaciones legislativas que acaban de citarse entroncan, para justificarlo o para precisarlo, con el efecto de «vinculación» al que se refiere el art. 38.1 de la LOTC –efecto, por lo demás, atribuido también a las sentencias resolutorias de conflictos competenciales: art. 61.3 de la

¹²⁸ DIEZ-PICAZO, L.: «Constitución y fuentes del Derecho» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 21, 1979, p. 196.

LOTIC, aquí no vamos a hacer sino una breve mención a la problemática específica suscitada por una de dichas normas, aquella que, sobre la base de la previsión constitucional ya referida, contempla la incidencia de la doctrina constitucional sobre «la jurisprudencia de los tribunales de justicia» (art. 40.2). Apenas hace falta subrayar que la existencia, condiciones y límites de esta peculiar eficacia sobre los juzgadores ordinarios se perfila, en cualquier sistema de jurisdicción constitucional concentrada, como la *vexata questio* por excelencia. De una parte la atribución exclusiva de eficacia general a las sentencias estimatorias no se corresponde, como ha advertido la doctrina más autorizada¹²⁹, con las exigencias planteadas por un control de constitucionalidad para el que las opciones aparentemente claras de validez/invalidez no se presentan ajenas a la interpretación de los enunciados sujetos a enjuiciamiento, con todo lo que ello entraña de adopción de fallos condicionales («interpretativos») o de remisión genérica (STC 37/1981) o específica (STC 103/1983, entre otras muchas) a la fundamentación de aquéllos, a la razón, en definitiva, de la decisión. Ha de suscribirse, así, el criterio doctrinal que resalta, respecto de las sentencias constitucionales, el papel jurídicamente relevante de su fundamentación¹³⁰. De otro lado, sin embargo, la no integración del Tribunal Constitucional en el Poder Judicial y, sobre todo, la diversificación entre los planos de la «constitucionalidad» y de la «legalidad» hacen inevitable la existencia de una zona de penumbra en este capítulo de las relaciones, a través de sus doctrinas respectivas, entre el Tribunal Constitucional y los ordinarios. Despejando algo la relativa indeterminación constitucional en este punto –y en línea con la previsión contenida en el art. 40.2 LOTIC–, el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone hoy, tras reiterar la supremacía y el carácter vinculante de la Constitución, que «los Jueces y Tribunales ... interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

La controversia doctrinal sobre el alcance de las disposiciones citadas y sobre la compleja realidad que las mismas buscan encauzar, se ha situado en el primer plano del debate acerca del sentido institucional de la jurisdicción constitucional en nuestro ordenamiento. Cabría enunciar, de modo muy con-

¹²⁹ Sobre el particular, *in extenso*, BOCANEGRA SIERRA, R.: *ob. cit.*, pp. 55 y ss.

¹³⁰ RUBIO LLORENTE, F.: *Sobre la relación...*, *ob. cit.*, pp. 52 y ss. Del mismo autor, y en su conjunto, *La Jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho*, específicamente, pp. 15 y ss.

ciso, los puntos principales en torno a los que se ha centrado, y gira aún hoy, esta discusión:

a) Se ha buscado, en primer lugar, determinar cuál sea la posición que corresponda a la doctrina del Tribunal Constitucional por referencia al sistema de fuentes de producción en nuestro Derecho. Admitido que la doctrina constitucional ha de favorecer lo que se ha llamado una reorientación en sentido constitucional de todo el ordenamiento¹³¹, se ha sostenido tanto que dicha jurisprudencia habría de encontrar su acomodo en la misma previsión contenida en el Código Civil respecto de la establecida por el Tribunal Supremo¹³², como, en sentido diverso, que la doctrina constitucional recaída en el enjuiciamiento de la ley se integra con la ley misma, de tal modo que la sujeción a ésta del juzgador ordinario ha de reconocerse establecida respecto de la ley tal y como es interpretada por el Tribunal Constitucional¹³³. En términos más tradicionales se ha negado, en fin, que el valor de la doctrina establecida por el Tribunal vaya más allá del que correspondería a una interpretación de especial «autoridad», sin que de ésta constatación se hagan derivar vínculos más ciertos sobre el juzgador¹³⁴.

b) En relación estrecha con la cuestión anterior aparece la de si la relevancia específica de la doctrina del Tribunal Constitucional ha de ceñirse a la interpretación por éste realizada de la Constitución o si también dicha eficacia ha de predicarse respecto de la interpretación de la ley, en la medida en que, como será inevitable, aparezca la misma incorporada a la *ratio decidendi* de la sentencia. El Tribunal Constitucional ha declarado ser «intérprete y guardián de la Constitución, pero no del resto del ordenamiento jurídico» (STC 73/1984), mas esta afirmación no puede llevar a restar toda virtualidad a la doctrina constitucional sobre la ley, pues, según ha podido señalarse, ser el supremo intérprete de la Constitución implica —en cierto modo, al menos—, ser el «supremo intérprete constitucional»¹³⁵. En rigor, las

¹³¹ GARCIA-PELAYO, M.: «El status del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 1981, p. 33.

¹³² La expresión es de GARRORENA MORALES, Á.: «La sentencia constitucional», en *Revista de Derecho Político*, 11, 1981, p. 23.

¹³³ ARAGÓN REYES, M.: *Dos cuestiones interesantes ...*, ob. cit., pp. 570 y ss. En análogo sentido, ELIZALDE Y AIMERICH, P. de: ob. cit., p. 873.

¹³⁴ Entre otros, VIVES, T. S.: «Tribunales de Justicia y Jurisprudencia constitucional», en *Poder Judicial*, 2, 1986, pp. 9 y ss. Un enfoque distinto en PEREZ TREMPES, P.: ob. cit., pp. 227 y ss.

¹³⁵ RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M.: «La jurisdicción constitucional» en *La Constitución española de 1978*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PREDIERI, A. (eds.), Madrid, 1980, p. 815. Puede reseñarse, a este propósito, que el art. 123.1 de la Constitución define al Tribunal Supremo como «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucio-

disposiciones citadas de la Constitución (art. 161.1.a) y de la LOTC (arts. 38.1 y 40.2) resultarían privadas de sentido si la linde entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad se quisiera trazar en este punto con un empeño radical.

c) No ya sobre la extensión de esta eficacia de las sentencias, sino sobre la parte textual de las mismas en dónde aquella resida, se ha discutido también y bien sabido es que la cuestión es aquí, sobre todo, la del sentido y necesidad de los llamados fallos «interpretativos», resoluciones que, como más arriba se apuntó se han dictado entre nosotros con un sentido casi sin excepción desestimatorio. La vastedad del problema así enunciado, y los límites propios a estas consideraciones, nos eximen aquí de otra cosa que no sea una remisión a la doctrina científica en la materia¹³⁶.

d) En la medida, en fin, en que ha de reconocerse una eficacia jurisprudencial propia a la interpretación del Tribunal Constitucional, restaría el problema de los instrumentos disponibles en el ordenamiento para garantizar y hacer efectiva una tal «vinculación». Más allá del propio aseguramiento que, en este aspecto, viene dado por la tarea revisora que corresponde, en el ejercicio de su jurisdicción propia, a todos los órganos judiciales ordinarios, es claro que el medio que, en última instancia, se perfila en este punto como decisivo es el recurso de amparo constitucional, cauce procesal a través del cual puede el Tribunal Constitucional revisar los actos y omisiones de los órganos judiciales (art. 44 de la LOTC) cuando los mismos sean objeto de recurso por haber conculcado un derecho fundamental de los protegidos en esta vía. Es claro que el ámbito material del recurso no es coextenso con el de la proyección integral de la doctrina constitucional, pero también lo es que la muy difusa penetración de los derechos fundamentales en todo el tejido del ordenamiento hace posible una notable capacidad revisora del Tribunal Constitucional sobre la acomodación a las exigencias constitucionales de lo resuelto por los órganos judiciales¹³⁷. Con todo, el Tribunal Constitucional ha recordado que «... si bien la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (art.

nales». Sobre la interpretación de la «legalidad ordinaria» por el Tribunal Constitucional cfr., también, CARRASCO PERERA, Á.: «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 1984, pp. 69-70.

¹³⁶ RUBIO LLORENTE, F.: *La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho*, ob. cit., en su conjunto.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 14.

40.2 de la LOTC), esa corrección no puede ser objeto de la pretensión y, desde luego, no cabe en modo alguno como objeto específico de un recurso de amparo» (STC 86/1985).

La cita anterior puede resultar indicativa del modo como identifica el Tribunal Constitucional la vinculación que su doctrina establece sobre los órganos judiciales y en tal sentido apunta, también, alguna resolución en la que se entra a examinar la consistencia de la queja deducida en amparo por quien invocó la lesión de su derecho fundamental por la resolución judicial que, en criterio del actor, desatendió la interpretación dada por el Tribunal, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad, sobre el derecho fundamental invocado (ATC 10/1983). Algo que, acaso con mayor claridad, queda expresado cuando el Tribunal Constitucional advierte que le corresponde establecer «una doctrina –doctrina constitucional– de acuerdo con el art. 40.2 de su Ley Orgánica y que el art. 87 de dicha Ley impone a todos los poderes públicos la obligación de dar cumplimiento a lo que este Tribunal resuelva cualquiera que sea el procedimiento en que lo haya sido», añadiendo que «los mencionados preceptos determinan por sí solos una eficacia de las sentencias de este Tribunal, que no se proyectan únicamente respecto de los hechos pretéritos que fueron objeto del proceso, sino que se extiende de algún modo hacia el futuro» (ATC 232/1982). Aunque la resolución de la que este pasaje se toma se dictó en un procedimiento de amparo es claro que en la misma se muestra, en la medida en que mostrarlo era pertinente para resolver el caso, un entendimiento en cierto modo general de los efectos propios, en el ámbito que aquí hemos considerado, de las resoluciones del Tribunal.

No cubrirían estas observaciones su finalidad si no se hiciera alguna referencia, al modo como los órganos judiciales conciben, en sus resoluciones, la eficacia específica de las sentencias del Tribunal Constitucional a las que se ha venido haciendo referencia. Con frecuencia, el Tribunal Supremo se refiere en la fundamentación de sus sentencias a «la doctrina del Tribunal Constitucional» (Sala Tercera, STS de 7 de abril de 1986) o a la «doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional» (Sala Segunda, STS de 22 de abril de 1986). En términos análogos, pueden encontrarse referencias a «la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala» (Sala Sexta, STS 14 de octubre de 1985), a la «doctrina sentada por la Sala en armonía con la del Tribunal Constitucional» (Sala Sexta, STS de 20 de noviembre de 1985) o a la «doctrina de los Tribunales, Constitucional y ordinarios» (Sala Sexta, STS de 22 de octubre de 1985). Estas remisiones –que en ocasiones se hacen a lo que se denomina la «orientación doctrinal» establecida por el Tribunal Constitucional (Sala Tercera,

SSTS de 12 y de 21 de marzo de 1986)– resultan a veces más específicas: así, cuando la Sala juzgadora considera que su doctrina «ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional» (Sala Tercera, STS de 11 de marzo de 1986), que la interpretación que realiza «no contraviene la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional» que se cita (Sala Tercera, STS de 16 de mayo de 1986) o que, frente a lo expuesto por el recurrente, la interpretación que llevó al fallo de la sentencia recurrida no contravino la doctrina que se desprende de los fundamentos y del fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional invocada (Sala Tercera, STS de 5 de diciembre de 1985). En línea semejante, la STS de 23 de enero de 1985, de la Sala Cuarta, estima la apelación interpuesta aludiendo a la interpretación del Tribunal Constitucional del art. 11.7 de la Ley 39/78, de 17 de julio, doctrina constitucional –dice el Tribunal Supremo– que «impide a este Tribunal confirmar la sentencia apelada que mantiene el criterio opuesto».

Por citar algún otro asunto específico, las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, juzgando en apelación, vienen disponiendo la nulidad de actuaciones cuando el Tribunal *a quo* desconoció la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional en orden al debido emplazamiento personal en el proceso contencioso-administrativo de quienes pudieran ostentar la condición de codemandados (entre otras, STS de la Sala Cuarta, de 7 de junio 1985 y STS de la Sala Quinta de 14 de enero de 1986).

La referencia a la doctrina constitucional no se produce sólo a la hora de la interpretación de una determinada disposición constitucional, sino también cuando se considera pertinente para ilustrar sobre el entendimiento correcto de un cierto precepto legal (así, STS de 30 de octubre de 1985, Sala Sexta, en donde se dice que «el alcance de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores ha sido fijado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 2 de julio de 1981»). En sentido análogo, la sentencia de 18 de junio de 1985 (Sala Tercera) recuerda la doctrina constitucional sobre el régimen de los emplazamientos edictales y constata «... la aplicación al caso presente de la doctrina expuesta y su acaamiento por la Sala como intérprete del Derecho (sic) para conseguir las miras constitucionales».

Aun cuando lo anterior entraña siempre una referencia a la fundamentación jurídica de las sentencias constitucionales, considerada trascendente por el Tribunal Supremo, puede citarse algún caso en el que la Sala juzgadora parece reconocer relevancia al hecho de que la referencia a una resolución del Tribunal Constitucional se haga por remisión a la fundamentación jurídica o a la parte dispositiva de la sentencia, dándose así a entender (Sala Tercera, STS

de 17 de marzo de 1986) que sólo la parte dispositiva habría de merecer la atención de la Sala para acomodar a ella su fallo.

3. La eficacia de cosa juzgada

Dice el art. 164.1 de la Constitución que las sentencias del Tribunal Constitucional –todas ellas– «tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas». Por su misma generalidad, esta declaración no necesitaba de reiteración –sí, acaso, de concreción– en la LOTC y, de hecho, al ordenar el legislador orgánico los demás procedimientos, distintos a los que ahora se consideran, no creyó necesario advertir, de nuevo, sobre la eficacia jurídico-procesal reconocida por la Constitución. Se introdujo esta mención, sin embargo, al regular los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad y, así, el art. 38.1 de la Ley Orgánica se abre con el recordatorio de que las sentencias en ellos recaídas «tendrán el valor de cosa juzgada. Se repetían, pues, las palabras del constituyente allá donde las mismas –por las peculiaridades de estos procesos– podían encerrar un significado más problemático.

Dejando ahora de lado alguna cuestión que, aunque nada intrascendente, se halla un poco en la periferia de lo que aquí puede tratarse (así, el condicionamiento de la eficacia de la cosa juzgada a la publicación de la sentencia, según el art. 164.1) conviene recordar la noción tradicional de cosa juzgada –tampoco exenta de controversias– en el ámbito procesal común, aunque esta evocación no sea sino el punto de partida para advertir su modulación en el seno de estos procesos constitucionales. Usando las palabras empleadas por el Tribunal Constitucional para sintetizar el sentido de este instituto en los procedimientos jurisdiccionales ordinarios, cabe repetir que «la cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y un efecto negativo que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema» (STC 77/1983). Se viene a aludir, de este modo, a las dos dimensiones usualmente reconocidas en los efectos de las resoluciones que gozan de esta eficacia: insusceptibilidad de todo recurso ulterior contra las mismas (cosa juzgada formal) e imposibilidad de que el *thema* resuelto por sentencia de lugar al planteamiento de otro litigio (cosa juzgada material). En una y otra vertiente, la cosa juzgada se presenta como un efecto jurídico-procesal de la sentencia firme y en tal sentido se impone también sobre el juzgador, determinando, de apreciarse, la inadmisibilidad de la nueva acción afectada por aquélla. Tam-

bién ahora ha de distinguirse entre uno y otro de los aspectos del instituto para apreciar su presencia en las sentencias que se consideran.

Que éstas gozan de la eficacia propia de la cosa juzgada formal no es discutible. El citado art. 164.1 de la Constitución afirma resueltamente este rasgo («no cabe recurso alguno» contra las sentencias), singularizándolo, por lo tanto, de una afirmación de la existencia de cosa juzgada que no podría entenderse referida, en consecuencia, sino a la vertiente llamada «material» del instituto. Nada dice al respecto, de modo específico, la Ley Orgánica, pero cabe citar las normas de alcance general contenidas en su art. 93: inexistencia de recurso alguno frente a todo tipo de sentencias, aunque pueda solicitarse por las partes aclaración (n.º 1) y admisión de un «recurso de súplica» frente a las providencias y autos (n.º 2), previsión ésta aplicable en el ámbito de los procesos de declaración de inconstitucionalidad.

Más compleja se presenta la cuestión de los efectos de cosa juzgada material que cabe atribuir a las resoluciones dictadas en estos procesos, no tanto porque tal eficacia sea de aplicación dudosa en estos casos —los mandatos constitucionales y legales citados descartarían esta hipotética controversia— cuanto por la determinación de cuáles debieran ser las «correcciones» o matizaciones en el juego ordinario de esta técnica en los procedimientos que nos ocupan. Con todo, una determinación inicial habría de afirmarse con claridad: las resoluciones que no recaen sobre el fondo —las de inadmisión, específicamente— no causan efectos de cosa juzgada. Así, el auto del Tribunal Constitucional por el que se disponga la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad incorrectamente promovida no impedirá el replanteamiento de la misma en el curso del procedimiento ordinario y en idéntica instancia (entre otros ATC 17/1983).

Aun respecto de las sentencias que resuelvan la duda o la pretensión de inconstitucionalidad en cuanto al fondo cabe plantear si la eficacia de cosa juzgada material habría de predicarse de todas ellas, según se ha sostenido por algunos¹³⁸, o sólo de las desestimatorias, conforme también se ha podido afirmar por un sector de la doctrina¹³⁹. En pro de esta última tesis abogarí la advertencia, aludida al principio de estas notas, de que, para el Tribunal Constitucional, objeto de su examen —y de su fallo— es sólo la disposición de ley, o parte de la misma, de tal modo que la sentencia estimatoria (anulatoria), al expulsar definitivamente del ordenamiento un determinado enunciado norma-

¹³⁸ Por ejemplo, PEREZ GORDO, A.: *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Barcelona, 1982, p. 276.

¹³⁹ GONZÁLEZ PEREZ, J.: *ob. cit.*, p. 218.

tivo, privaría de sentido a la observación de que el texto así considerado inválido no podría ser sometido a enjuiciamiento ulterior; por ser esto así, en definitiva, por enjuiciarse textos y no normas de ellos deducidas, no podría oponerse –de acuerdo con esta tesis– la excepción de cosa juzgada al nuevo procedimiento que controvirtiera la constitucionalidad de una disposición de ley que, aun formalmente distinta a la en su día anulada por el Tribunal Constitucional, contuviera norma «idéntica» a juicio de quien formulara este reparo. Por contra, quienes han argumentado a favor de una «ampliación» de la eficacia de cosa juzgada en estos procesos constitucionales¹⁴⁰ se ven llevados a la conclusión opuesta: la «nueva» disposición de ley que recogiese un precepto «idéntico» al contenido en un texto considerado inválido no se haría merecedora de un nuevo proceso, con cognición plena, pudiendo extenderse a la nueva impugnación o a la duda así «reiterada» la cosa juzgada que correspondería a la primera sentencia de estimación.

La doctrina del Tribunal Constitucional –consecuente con la observación repetida de que el enjuiciamiento vierte sobre textos– se inclina por la primera de estas tesis: aun cuando la nueva disposición de ley reitere un precepto ya examinado por el Tribunal Constitucional y considerado inconstitucional, y pese a que el último procedimiento vaya a trabarse entre las mismas «partes» del primero, ha de darse lugar a una cognición plena y, en su caso, a una sentencia nueva, por más que sobre ella –si la identidad es efectivamente de constatar– pueda influir el criterio del «precedente» (STC 82/1982). Esta solución parece la más ajustada a las peculiaridades de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, pues la mera reiteración en un nuevo texto de un contenido preceptivo considerado en su día inconstitucional nada dice, de principio, en orden a que la resolución haya de ser idéntica aunque no sea más que por la amplitud en nuestro sistema del parámetro de la constitucionalidad (art. 28 LOTC) y por la consiguiente posibilidad de que un cambio en el marco normativo de referencia permita reconocer una modificación en el problema últimamente debatido. Cosa distinta puede sostenerse respecto de los procedimientos constitucionales en los que no se enjuician –al menos con carácter principal y directo– normas, sino situaciones jurídicas. En ellos –en el conflicto de competencia, por ejemplo– la eficacia de cosa juzgada puede predicarse del fallo estimatorio, aun cuando sea también de anulación, y proyectarse, así, sobre todos los supuestos futuros en los que, entre las mismas partes, aunque a partir de

¹⁴⁰ BOCANEGRA SIERRA, R.: *ob. cit.*, pp. 179 y ss. y 236.

actos o disposiciones diversas, se suscita idéntica controversia competencial (STC 110/1983; STC de 20/10/1986, FJ 5.º; A de 18/9/1986, FJ 2.º).

Si lo anterior puede afirmarse respecto de la cuestionable eficacia de cosa juzgada material de las sentencias estimatorias, con mayor razón parece habrá de sostenerse esto cuando a diferencia de la hipótesis que acaba de considerarse se conciba la eventualidad de abrir un nuevo procedimiento sobre la misma disposición o parte de disposición considerada inconstitucional y anulada, esto es, expulsada del ordenamiento. En tal supuesto –de posible verificación cuando se sucedan cuestiones de constitucionalidad sobre un mismo objeto– no tendrá mayor sentido sostener que, una vez resuelto el primer procedimiento en términos estimatorios, proyecta el mismo sus efectos de cosa juzgada sobre los que le sigan. Ocurrirá, más bien, que se habrá producido una desaparición sobrevenida del objeto en las cuestiones ulteriormente introducidas, carencia de objeto que, haciendo imposible la identidad objetiva necesaria para reconocer la cosa juzgada, permitirá resolver el procedimiento mediante auto (AATC 106/1983 y 264/1983) o mediante sentencia en la que se declare no haber lugar a un nuevo pronunciamiento (SSTC 169/1985 y 171/1985). En otros casos, sin embargo, ha dictado el Tribunal Constitucional sentencia desestimatoria (STC 150/1985) o estimatoria (STC 104/1983) sobre la nueva cuestión idéntica a la que concluyó en fallo anulatorio anterior.

Quedan, en fin, las sentencias desestimatorias como resoluciones de las que, típicamente, cabría predicar la eficacia procesal aquí considerada: son sentencias, como se dijo, que no hacen inatacable la disposición no considerada disconforme con la Constitución (de ahí su carencia de efectos *erga omnes*) y tal hipotético nuevo enjuiciamiento, incluso a la luz del mismo parámetro constitucional, se adecuaría bien, siguiendo consideraciones doctrinales ampliamente compartidas¹⁴¹, a las exigencias y al sentido de la jurisdicción constitucional, que tiene encomendada, en este punto, la tarea de controlar actos y disposiciones a partir de unos preceptos constitucionales cuyo entendimiento puede ir adoptándose y modulándose en el tiempo, al hilo de cambios normativos, institucionales y sociales. Como, de otra parte, esta potencial apertura al nuevo enjuiciamiento de lo en su día examinado y resuelto por sentencia desestimatoria no podría admitirse sin límites, so pena de relativizar todo el valor pacificador de las resoluciones del Tribunal, se diría que la cosa juzgada podría aquí proyectarse en su función plena. De conformidad con la regla tradicional de las «tres identidades», el acceso a un nuevo procedimiento

¹⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, pp. 141 y ss.; AROZAMENA SIERRA, J.: «El recurso de inconstitucionalidad» en *El Tribunal Constitucional*, I, *ob. cit.*, pp.

sobre la misma disposición de ley y a partir de una fundamentación idéntica (si estas identidades no se dan el problema tampoco) resultaría procesalmente admisible siempre que las partes fuesen distintas a las comparecidas en su día en el proceso que concluyó en sentencia desestimatoria.

Sin embargo, los procedimientos constitucionales que consideramos, muestran, en lo que a las partes se refiere, notables peculiaridades respecto de los procesos ordinarios, hasta el extremo de que es dudoso que el criterio «subjetivo» posea en sede constitucional la misma relevancia en orden a la identificación de los efectos de la cosa juzgada. Así como las identidades «objetivas» y «causales» pueden ser delimitadas con criterios que no son diversos de los comunes, cuando se pretende la apertura de un nuevo proceso, la identidad de partes se resiste a su formalización rigurosa y a cumplir, por tanto, su papel aparente en la configuración del instituto.

Estas peculiaridades de los procedimientos de que tratamos, las muestra la cuestión de inconstitucionalidad que es, en rigor, un proceso sin partes necesarias y que resulta introducido por quien no ostenta tal condición pero las ofrece también el recurso «abstracto». Quienes comparecen y pueden sostener, si lo estiman conveniente, la contradicción en estos procesos no son, en términos generales, sujetos portadores de intereses «parciales, propios y distintos, sino órganos públicos, cuyo interés en coadyuvar a la defensa del orden constitucional se actualiza tantas veces cuantas, en hipótesis, una disposición de ley sea sometida a control de constitucionalidad. Podría así cuestionarse en abstracto —al margen de la cuestión del plazo para recurrir— la razón para negar a estos órganos, expresivos de orientaciones políticas diversas a lo largo del tiempo, la posibilidad de activar en el futuro nuevos procedimientos de inconstitucionalidad por la sola circunstancia de que hubieran sido parte en los mismos, manifestando unas tesis no ligadas a posiciones jurídicas subjetivas, en un proceso anterior resuelto, sobre la misma ley y desde igual motivación, en términos desestimatorios. Por lo demás, si este criterio subjetivo hubiera de aplicarse plenamente, tampoco resultaría dogmáticamente inobjetable la posibilidad de que accedan al proceso quienes, órganos estatales también, pudieron haber comparecido y no lo hicieron en el procedimiento constitucional antecedente, pues tampoco en este plano la alteración subjetiva sería criterio irrefutable —al no ser los demás órganos exponentes de intereses diversos— para abrir el proceso que quedaba, respecto de otros, definitivamente cancelado.

El criterio de la identidad de partes no resulta, pues, operativo, en términos generales, para identificar el alcance de la cosa juzgada en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, lo que lleva a reconocer la necesidad de distinguir de otro modo el instituto, operando con criterios obje-

tivos que busquen, de otra manera, integrar aquí las exigencias, en tensión, de no abolir toda fijeza del *dictum* del Tribunal Constitucional y de dejar abierto, sin embargo, algún cauce que impida llegar a la conclusión de que la disposición considerada no disconforme con la Constitución se hizo, sólo por ello, invulnerable a todo cuestionamiento o controversia de constitucionalidad ulteriores. Tal criterio objetivo, que viene así a modular notablemente el entendimiento procesal común de la cosa juzgada material, aparece hoy recogido en el art. 38.2 de la LOTC.

4. El efecto preclusivo

De conformidad con el art. 38.2 de la LOTC «las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional». Busca este precepto, ordenando el régimen de sucesión entre procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, integrar aquellas exigencias básicas de fijeza y reversibilidad en los pronunciamientos constitucionales y lo hace desligando esta disciplina de los efectos, ya aludidos, de las sentencias recaídas en estas vías (la «vinculación» de todos los poderes públicos y los «efectos generales», reconocidos también a las sentencias resolutorias de conflictos de competencia –art.61.3 de la LOTC–, respecto de los cuales no introduce la Ley, sin embargo, una norma análoga a la contenida en el citado art. 38.2).

La disposición establece un efecto preclusivo a raíz de las sentencias desestimatorias, que toma como criterio la «vía» procesal, no las partes en el procedimiento que así concluyó, y que, en tal sentido, modula notablemente los efectos típicos de la cosa juzgada. Todos los legitimados –comparecieran o no en el procedimiento anterior– no podrán plantear en el mismo cauce la controversia constitucional ya resuelta y delimitada por la Ley tanto en atención a las disposiciones constitucionales y legales entonces contrastadas como en virtud del fundamento que llevó en su día a la impugnación, resultando pues claro no ya sólo, como se apuntó, que si la disposición es otra (aunque no el precepto que encierre) el replanteamiento en la misma vía es posible, sino que también lo será cuando, aun impugnándose el mismo texto considerado no contrario a la Constitución en su momento, la motivación –el parámetro constitucional ofrecido por el recurrente– haya variado. Correlativamente, sí la vía procesal es diversa, todos los legitimados para comparecer en el proceso constitucional podrán hacerlo, sin que a ello obste su eventual presencia anterior en el proce-

dimiento que concluyó con sentencia desestimatoria. Este equilibrio entre clausura y apertura de las vías hacía el examen de la constitucionalidad de la ley juega, en realidad, por el sometimiento a plazo de la acción abstracta de inconstitucionalidad (art. 33 de la LOTC), en beneficio sólo del control llamado «concreto» o «incidental». Menos claro es, en la literalidad del precepto, si este juego se produce también «en contra» de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, si, suscitada y «desestimada» una cuestión de este carácter, se hace ya inviable la promoción de nuevas dudas de inconstitucionalidad sobre la misma disposición de ley y por referencia a idéntico precepto constitucional. Es evidente que tampoco se produce la preclusión señalada cuando, tras la sentencia desestimatoria recaída en procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, la misma «cuestión» trata de plantearse indirectamente a través de procedimientos diversos, como es el amparo constitucional (STC 13/1984). Y la sucesión procesal de curso inverso entre estos mismos procedimientos tampoco será relevante a los efectos que aquí se consideran, porque no cabe utilizar «los pronunciamientos efectuados por este Tribunal con ocasión de procesos cuyo objeto inmediato no es el control de normas, sino el amparo de derechos fundamentales, no ya para apoyar un juicio directo sobre la validez o la falta de validez de un precepto legal, lo que es obvio, sino para rechazar como inadmisibile una cuestión de inconstitucionalidad» (STC 106/1986).

Las dificultades de interpretación a propósito del art. 38.2 de la LOTC no se han suscitado tanto, sin embargo, respecto del contenido normativo del precepto cuanto por referencia a otra de las disposiciones de la misma Ley Orgánica. El art. 29.2 comprendido en las llamadas «Disposiciones generales» que la Ley dedica a la ordenación de los procedimientos de inconstitucionalidad, declara que «la desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley no será obstáculo para que la misma Ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso». Considerando, de nuevo, criterios preliminares de literalidad, el precepto parece cegar una de las posibilidades abiertas por el art. 38.2; pues si este precepto, según se ha dicho, prevé con claridad la sucesión entre recurso y cuestión de inconstitucionalidad sobre un mismo objeto, la norma contenida en el art. 29.2 se diría que restringe tal eventualidad a la hipótesis de que la desestimación lo hubiese sido «por razones de forma». Y no puede desconocerse que esta interpretación del precepto no sólo introduciría una grave inconsistencia con lo prevenido por la misma Ley en otra de sus disposiciones sino que contrariaría abiertamente el sentido material que subyace, conforme se apuntó, a la permisión legislativa de una posible consecutividad entre vías

distintas para el control de constitucionalidad de la ley. La inconsistencia, por lo demás, reside también en el seno mismo del art. 29.2., pues no de otro modo puede calificarse a una proposición normativa que se abre con la mención a «un recurso de inconstitucionalidad» y que concluye, con un aparente sentido limitador, refiriéndose a la «aplicación (de la Ley, disposición o acto) en otro proceso».

Desajuste tan perturbador no existió en todas las redacciones del Proyecto de Ley Orgánica a lo largo de su procedimiento de elaboración parlamentaria. Más bien en algún estadio de este *iter* legislativo los preceptos que hoy se contienen en los arts. 29.2 y 38.2 de la LOTC se conciliaban con facilidad, pues, en el Proyecto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, la segunda de estas disposiciones no difería de su actual redacción, en tanto que el hoy art. 29.2 (entonces párrafo segundo del art. 32) prescribía, más en reiteración —o en anticipación— que en armonía con lo establecido por el hoy art. 38.2, que «La desestimación de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley, disposición o acto con fuerza de ley promovido en vía principal no será obstáculo para que la misma ley, disposición o acto puedan ser impugnados en vía incidental con ocasión de su aplicación en otro proceso». La tensión se introduciría cuando, inalterado en lo sustancial el texto del actual art. 38.2, se acogió en el Congreso la enmienda del Grupo Socialista introductora del inciso «por razones de forma», hoy presente en el art. 29.2 inciso que, aun eliminado del texto a su paso por el Senado, fue reintroducido definitivamente en el Congreso de los Diputados¹⁴².

La doctrina científica ha reconocido, desde el principio, el «gran margen de duda»¹⁴³ que abre la comparación entre los arts. 29.2 y 38.2 de la LOTC y ha optado bien por calificar como «inconstitucional»¹⁴⁴ el primero de estos preceptos, bien por buscar alguna interpretación conciliadora, apuntando cómo el controvertido inciso «por razones de forma» pudiera entenderse referido no a las razones de la desestimación, sino, antes aún, a los motivos de la impugnación, lo que, en definitiva, permitiría seguir reconociendo como norma plenamente eficaz, en lo que aquí interesa, a la contenida en el art. 38.2¹⁴⁵.

¹⁴² Sesión del día 19 de septiembre de 1979 (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, p. 1757).

¹⁴³ AROZAMENA SIERRA, J.: *ob. cit.*, p. 174; para otros la norma del art. 29.2 de la LOTC es «perniciosa, pero inequívoca» (TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, II, Madrid, 1986, p. 409).

¹⁴⁴ Entre otros, RODRÍGUEZ OLIVER, J. M.: «Los ámbitos exentos del control del Tribunal Constitucional Español», en *El Tribunal Constitucional*, *ob. cit.*, III, p. 2342.

¹⁴⁵ RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M.: *La jurisdicción constitucional*, *ob. cit.*, pp. 836-838.

Esta general perplejidad de los comentaristas no tiene vía sencilla de superación en el terreno de la interpretación de los textos. Puede dejarse constancia de que el debatido art. 29.2 adquiriría sentido propio si –en conformidad con su inciso final, aunque no con su encabezamiento– se hubiera dirigido a ordenar exclusivamente la sucesión entre cuestiones de inconstitucionalidad, impidiendo que, dictada sentencia desestimatoria en una cuestión de inconstitucionalidad, se reprodujera un planteamiento idéntico en el mismo cauce, con la sola excepción de que la desestimación lo hubiera sido por carecer la primera cuestión de los requisitos de procedibilidad debidos, esto es, por las «razones de forma» a las que el precepto se refiere.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, cuando ha habido ocasión para ello, ha extraído todas sus virtualesidades de la norma contenida en el art. 38.2 de la LOTC, declarando en sentencia resolutoria de recurso de inconstitucionalidad que «... si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición –o la disconformidad– a la Constitución de alguno de los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el juez o tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (STC 4/1981).

El genérico reconocimiento de la posibilidad admitida por el Tribunal Constitucional en este pasaje de su sentencia no tiene apenas discordancias en la doctrina científica y cuando estas han aparecido¹⁴⁶ se ha debido, seguramente, más a un traslado quizá indiscriminado de las construcciones procesalistas sobre la cosa juzgada a estos procedimientos que a una consecuencia de entendimiento de la relación –de la tensión, mejor– que media entre los arts. 29.2 y 38.2 de la LOTC.

Resta, para acabar, la cuestión, no explícitamente resuelta por el último de estos preceptos, relativa a la hipotética sucesión entre cuestiones de inconstitucionalidad de idéntico signo. Cuando este supuesto se ha suscitado, el Tribunal Constitucional no ha dejado de observar que «dada la identidad sustancial de la actual pretensión procesal con la resuelta en la anterior sentencia (desestimatoria), podría plantearse la cuestión de si los efectos de la cosa juzgada impiden la admisión a trámite del presente proceso», por más que no se rehusara entonces el conocimiento y fallo de la nueva cuestión en atención a que la misma fue introducida antes de la adopción de las anteriores desestima-

¹⁴⁶ ALMAGRO NOSETE, J.: *justicia constitucional*, Madrid, 1980, p. 126; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *ob. cit.*, p. 258.

torias, no siendo objeto de acumulación con las entonces pendientes (SSTC 41/1983 y 51/1983). Siendo claro que el problema será, en cada caso, el de la determinación de la efectiva «identidad» entre los objetos de las cuestiones que pretendan sucederse, nada que impida extender a esta vía la norma impeditiva —textualmente sólo aplicable al recurso— del art. 38.2 de la LOTC. De una parte, tal preclusión («en la misma vía»), sólo tendrá efectividad entre cuestiones, ya que los recursos están sujetos al plazo de impugnación. De otro lado, esta conclusión, abonada quizá por lo que pueda entenderse *a contrario* de lo dispuesto en el art. 35.2 *in fine* de la misma Ley, no contraría la norma contenida en el art. 163 de la Constitución, porque el examen de la constitucionalidad de la ley se configura para el juzgador no como un derecho subjetivo, sino como un poder o como función al servicio de la depuración objetiva del ordenamiento, en cuyo ejercicio habrá de tenerse en cuenta, también, la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (art. 40.2 de la LOTC).

Un interés ya casi exclusivamente histórico tiene, por último, el considerar lo prevenido por la Ley Orgánica respecto de los efectos de las sentencias desestimatorias dictadas en el derogado recurso previo de inconstitucionalidad (art. 79.2: «El pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa»). Acaso sea sólo pertinente observar que este precepto no podría verse como una «excepción» a lo prevenido en el art. 38.2 de la misma LOTC, esto es, como una permisión de la sucesión entre recursos (previo y ordinario) sobre un texto idéntico (entonces proyectado y después vigente) y a partir de una idéntica motivación: So pena de concluir en que las sentencias dictadas en recurso previo carecieron de cosa juzgada (en contra de lo prevenido, con carácter general, en el art. 164.1 de la Constitución) y de relativizar plenamente el sentido pacificador de la resolución del Tribunal, la norma contenida en el citado art. 79.5 sólo debiera entenderse como negadora de la imposibilidad de toda ulterior impugnación del texto ya enjuiciado, pero no en los términos de una plena apertura al replanteamiento, sin alteración jurídica relevante, del problema de constitucionalidad ya resuelto.

5. Valor de precedente

Los márgenes que abre el art. 38.2 de la LOTC para el nuevo enjuiciamiento del problema de constitucionalidad ya resuelto, en términos desestimatorios, por sentencia anterior pueden ponerse, por último, en relación con

la cuestión, más amplia, de cuál sea la eficacia, sobre el propio Tribunal Constitucional, de la doctrina por él establecida en procesos anteriores cuando se hayan de enjuiciar disposiciones, a las que, de principio, pudiera extenderse la razón de la decisión anterior. Lo que así se plantea, como es obvio, va más allá del ámbito específico de aplicación del citado art. 38.2, pues el valor de precedente de las sentencias constitucionales no quedaría limitado –en la medida en la que haya de reconocerse– por los criterios de identidad objetiva y causal en la duda o en la pretensión de inconstitucionalidad que recoge la Ley Orgánica en dicho precepto. Con todo, lo previsto en este art. 38.2 –la posibilidad de que, aunque en distinta vía, se busque la estimación de una pretensión o de una duda antes no acogida– resulta elocuente en orden a la inexistencia de una vinculación del propio Tribunal a la doctrina establecida en resoluciones propias anteriores.

A la misma conclusión ha de llevar lo prevenido en el art. 13 de la LOTC. Se dice allí que «cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno». No existe, pues, autovinculación del Tribunal en Pleno a su propia doctrina, aunque ésta limita la virtualidad innovadora de las resoluciones cuya adopción sea de competencia de las Salas y, por ello, con relativa frecuencia, estos órganos «inmediatos» del Tribunal Constitucional abordan en sus resoluciones, se pida o no así por los recurrentes, la posible aplicabilidad al nuevo caso de lo decidido antes para supuestos análogos (entre otras, SSTC 86/1983, 121/1983 y 5/1985), haciéndose, en ocasiones, expresa mención al valor como «precedente» de la doctrina constitucional (STC 59/1986) o dictándose, en otros casos, sentencias que son, en parte, «de remisión» a lo expuesto en otras (S 121/1984).

El precedente, pues, cuando se reconozca por el Tribunal, ni impide el conocimiento pleno del nuevo asunto, ni predetermina la solución que al mismo haya de darse. No debe confundirse, por lo tanto, con los efectos, expresamente reconocidos por el art. 38.1 de la LOTC y ya tratados, de «cosa juzgada» y de «vinculación» sobre todos los poderes públicos, expresión ésta que, en lo que aquí importa, no queda referida al Tribunal Constitucional, quien está sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica cuando enjuicia la legitimidad de la ley (art. 1.1 de la LOTC)¹⁴⁷. Si así no fuera, como ya se ha apuntado, se dejaría de realizar por el Tribunal Constitucional la tarea de ir

¹⁴⁷ Vuelve aquí a aparecer, indirectamente, el problema, ya aludido, del «valor normativo» de las sentencias constitucionales. Sobre el mismo, entre otros, SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema político de la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 375 y PÉREZ-ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984, p. 48.

acomodando su interpretación, en todos los procesos de los que conoce, a las posibles transformaciones del marco normativo e institucional dentro del cual su jurisdicción se ejerce. Cuestión distinta a la de la eficacia sobre el propio Tribunal Constitucional de su propia doctrina es, obviamente, la de la incidencia de la misma sobre los demás órganos que puedan dar inicio a uno de estos procedimientos, con lo que ello pueda suponer en orden al examen de la consistencia preliminar que los asuntos planteados puedan mostrar. Así como en el procedimiento de amparo la LOTC prevé una posible causa de inadmisibilidad para el caso de que «el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual» (art. 50.2.c, hipótesis ésta en la que el Tribunal «podrá» acordar la inadmisión), en la regulación legislativa de la cuestión de inconstitucionalidad se prevé un supuesto de inadmisibilidad para el caso de que la misma «fuese notoriamente infundada» (art. 37.1), fórmula en la que no dejan de tener cabida los casos en los que el incidente se hubiera promovido a partir de una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales abiertamente discordante de la establecida por el Tribunal Constitucional en su propia doctrina.

No es infrecuente, desde luego, la remisión en las sentencias de las que tratamos, a resoluciones anteriores, de las que se trae hasta el asunto pendiente una *ratio decidendi* que pueda llevar en él a solución no diversa. Así, el Tribunal Constitucional ha asumido el valor de precedente de su doctrina, entre otros supuestos, en los casos en los que ha examinado la constitucionalidad de una disposición de ley con contenido idéntico al de otra ya enjuiciada y declarada in constitucional (SS 26/1985 y 72/1985).

6. La eficacia de las sentencias en el tiempo

Esta cuestión está tradicionalmente ligada en —éste y en otros ámbitos del ordenamiento— a la figura jurídica de la «nulidad» y ello, si bien puede dar razón de tal delimitación inicial, no permite desconocer que problemas de algún modo análogos pueden suscitarse respecto de las sentencias desestimatorias, cuyo fallo incorpora, expresamente o por remisión a la fundamentación que le precede, un contenido normativo determinado que, como se apuntó, no carece de efectos sobre la labor de los aplicadores del Derecho, vinculando también, cuando el procedimiento se inició por vía de cuestión de inconstitucionalidad, al órgano judicial que suscitó el incidente (art. 38.8 in fine de la LOTC, ya antes aludido). También respecto de este tipo de fallos

cabría, así, plantear su proyección –su «vinculación» empleando la expresión legal– en el tiempo, pero nos ceñiremos el análisis de la incidencia en este plano de los fallos de carácter estimatorio, que son los únicos que, expulsando del ordenamiento una disposición o un fragmento de disposición, dejan abierta la cuestión de cuál haya de ser la suerte de las disposiciones y actos que a ella se ligaron con anterioridad a la adopción de la declaración de inconstitucionalidad.

6.1 *La invalidez y sus consecuencias*

En los procesos constitucionales que aquí importan se juzga de la «validez» (art. 163 de la Constitución) de actos y disposiciones con fuerza de ley, esto es, de su «constitucionalidad». Cuando tal juicio es negativo, ha de llegarse a la «declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley» (art. 161.1.a), declaración que se obtiene a partir de un «juicio de contraste entre las dos normas (la constitucional y la legislativa) al que subsigue una consecuencia jurídica» (STC 11/1981). No califica jurídicamente la Constitución, sin embargo, en qué consista dicha consecuencia, de tal modo que de su articulado pueden sólo hacerse derivar, de modo indirecto, algunos de tales efectos, ya en términos positivos (pérdida de «vigencia» de la disposición inconstitucional: art. 164.2), ya negativamente («la sentencia o sentencias recaídas –sobre la base de aquella disposición– no perderán el valor de cosa juzgada» art. 161.1.a). La LOTC en su art. 39.1 puntualiza que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que debe extenderse por conexión o consecuencia». Quedaba así establecida la consecutividad entre declaración de inconstitucionalidad y de nulidad, descartándose, con ello, cualesquiera otras posibles interpretaciones de los efectos de la inconstitucionalidad –su asimilación a la «derogación», por ejemplo¹⁴⁸– que, de *lege ferenda*, pudieran, acaso, haberse concebido. Sin embargo, se introducía un nexo general y necesario, que algunos autores, calibrando la variedad de supuestos que habrían de llegar hasta el Tribunal Constitucional, consideraron en exceso simplificador¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Parece asimilar los efectos de la estimación del recurso de inconstitucionalidad a los de la «derogación», GARRIDO FALLA, F.: *ob. cit.*, p. 1718.

¹⁴⁹ BOCANEGRA SIERRA, R.: *ob. cit.*, p. 237.

Ciertamente, las definiciones normativas no han podido agotar la complejidad de la realidad jurídica de la que el Tribunal conoce diariamente. Si la declaración de inconstitucionalidad es el juicio negativo que subsigue al contraste entre la disposición sujeta a control y su parámetro constitucional, ha de decirse que existen en nuestro Derecho declaraciones de aquél carácter —explícitas o no— a las que no se anuda un efecto anulatorio. Naturalmente, no hay anulación cuando el juicio de inconstitucionalidad no recae sobre una «disposición», sino sobre una «norma», aunque tal hipótesis queda fuera de lo que ahora interesa. Importa no obstante señalar que, cuando el texto sujeto al control del Tribunal no existe aún —o ya no existe— en el ordenamiento, la declaración de su disconformidad con el parámetro constitucional no entraña, al menos necesariamente, la de su «nulidad». Tal era el caso de la «declaración de inconstitucionalidad» (art. 79.4.b) dictada, en tanto estuvo vigente, en el recurso previo regulado en el Capítulo II del Título VI de la LOTC y no distinto es, en lo que aquí interesa, el «pronunciamiento» del Tribunal, también en vía de control preventivo, sobre la conformidad o disconformidad entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional (art. 78 de la LOTC). Cuando la disposición enjuiciada haya desaparecido, por derogación, del ordenamiento no resulta necesario que la declaración de inconstitucionalidad vaya acompañada de la anulación si bien en diferentes casos, el Tribunal ha dictado, respecto de leyes preconstitucionales, fallos en los que se declara, acumulativamente, la inconstitucionalidad, la derogación y la nulidad del texto impugnado o cuestionado, tipo de pronunciamiento éste que se ha podido justificar en razón a que la «inconstitucionalidad sobrevenida» de una disposición de ley anterior a la Constitución «produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación» (STC 9/1981).

Con independencia de estos casos, existe otro, específicamente ligado a la forma de distribución territorial del poder en nuestro Estado, que conviene también anotar. En el marco del ordenamiento autonómico español, puede verificarse el supuesto de que, sometida a control de constitucionalidad por supuesto vicio de incompetencia una cierta disposición de ley estatal, se concluya en la declaración de que la inconstitucionalidad denunciada no afecta a la disposición como tal —aplicable en determinadas zonas del territorio y en todo él como Derecho supletorio— sino a la regla, implícita en el texto y denunciada por quien promueva la acción, según la cual la disposición resultaría inmediatamente aplicable en cualesquiera ámbitos territoriales. En tales casos de «inconstitucionalidad» *ratione territorii* no procede una declaración de nulidad porque ésta es «un vicio que afecta a la validez de las normas, no simplemente a su vigencia o su eficacia y choca, por tanto, con el recto uso de las

categorías jurídicas declarar la nulidad de una disposición que es plenamente válida en otras partes del territorio nacional» (STC 80/1985), de tal modo que, cuando es de acoger la pretensión actora, dicta el Tribunal en estos supuestos un fallo en el que se determina que la disposición controvertida «no es de aplicación» en cierta parte del territorio (por todas, STC 179/1985)¹⁵⁰.

6.2 *El alcance de la declaración de nulidad*

Las dificultades comienzan cuando se trata de determinar el alcance de la declaración de «nulidad» prevista con carácter general en el art. 39.1 de la LOTC. Ya hemos dicho que la Constitución sólo dice que la disposición de este modo sancionada perderá su eficacia (su «vigencia», dice *a contrario* el art. 164.2, lo que, al margen de otras posibles incidencias, no afectará a la cosa juzgada de las sentencias que hicieron aplicación de aquélla (art. 161.1.a). Ahora hay que añadir que la LOTC desarrolla y matiza estos tan genéricos enunciados disponiendo (art. 40.1) que «las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulta una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

Alrededor de este enunciado normativo, se ha centrado una reflexión doctrinal que, en principio, no difiere en sus líneas básicas de la producida en otros ordenamientos, como el italiano o el germano-occidental. También entre nosotros, por lo tanto, ha existido alguna discusión a propósito de cuestiones tales como la nulidad o anulabilidad de la disposición de ley viciada de inconstitucionalidad, el carácter declarativo o constitutivo de la sentencia que constate tal vicio y, en fin, el alcance del fallo anulatorio, esto es, lo que —en términos convencionales— se suele designar como la alternativa *ex nunc/ex tunc* para la determinación de los efectos de aquel tipo de resolución.

Antes de introducimos en el debate y de reseñar los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, conviene hacer una consi-

¹⁵⁰ Sobre esta problemática, RUBIO LLORENTE, F.: «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, STARCK, C. y WEBER, A. (eds.), Baden-Baden, 1986, p. 256.

deración de principio sobre el significado que ha de reconocerse, en el ordenamiento español, a la expresión «efectos temporales» de las sentencias en el ámbito de la jurisdicción constitucional. La obviedad de que el objeto del enjuiciamiento en estos procedimientos es sólo una o varias disposiciones de ley obliga a reconocer que los efectos de la sentencia que sancione a éstas con la declaración de nulidad incidirán, de, modo directo, sólo sobre el texto reconocido como inconstitucional, texto que, desde la resolución del Tribunal Constitucional, no existirá ya en el ordenamiento, es decir, perderá toda la eficacia que el sistema jurídico atribuye a los actos y disposiciones dotados de la fuerza propia de la ley. No se enjuicia en estas vías una o varias «situaciones» que, surgidas al amparo del texto controlado, pudieran haber resultado o no afectadas por el mismo vicio en éste apreciado y por ello mismo la LOTC no recoge, al regular las sentencias dictadas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, la previsión de que estas resoluciones deban o puedan disponer alguna determinación sobre aquellas situaciones, previsión que sí se recoge, con plena coherencia, respecto de las sentencias que resuelvan recursos de amparo (art. 55.1.a), conflictos de competencia (art. 66) o conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado (art. 75.2).

Que esto sea así depende, como es claro, de la naturaleza de «control de normas» en que consiste esta competencia del Tribunal Constitucional, pero significa (y ésta es la consideración primera que aquí ha de hacerse) que el Tribunal Constitucional nada ha de decir, necesariamente, sobre los efectos de la inconstitucionalidad de la ley en las situaciones surgidas bajo su vigencia: «... no es objeto propio de la competencia de este Tribunal el pronunciamiento sobre la validez de todas estas disposiciones de rango infralegal (dictadas en aplicación de la ley inconstitucional), cuyo control de legalidad y constitucionalidad corresponde a los órganos del Poder Judicial y en especial a los del orden contencioso-administrativo ...», de tal modo que el alcance del fallo estimatorio «entraña la imposibilidad de que, al amparo de la norma que declaramos contraria a la Constitución, se dicten nuevos reglamentos», pero no significa «la invalidez de las normas reglamentarias ya existentes» (STC 83/1984), cuestión esta cuya determinación corresponderá, en su caso, a los juzgadores ordinarios. El Tribunal Constitucional, en definitiva, juzga solo de la constitucionalidad de disposiciones de ley, no de la validez de otros preceptos o actos adoptados en aplicación y ejecución de aquéllas, y no podría, en modo alguno, extender a los últimos la sanción de nulidad aplicada a la primera, pues la declaración de inconstitucionalidad por conexión o por consecuencia es sólo factible en el ámbito de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley sometido a su control (art. 39.1 de la LOTC). No es, pues, posi-

ble que la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, al hilo de tal determinación, confirme o niegue la validez de otros actos y disposiciones y, así, las referencias que en ocasiones se contienen en las sentencias de las que tratamos a tales textos vinculados al enjuiciado poseen sólo un alcance «negativo», por el que se descarta la definición del Tribunal Constitucional sobre aquéllos y no, en ningún caso, el sentido de afirmar o negar la validez de los mismos «... esta anulación no ha de comportar ... la de los actos jurídicos dictados en ejecución de los preceptos que ahora se invalidan, ni, por lo mismo, la de las situaciones administrativas declaradas a su amparo, pues no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de la entrada en vigor de las mismas» (STC 60/1986). Al Tribunal Constitucional, en conclusión, no le es imposible determinar en su sentencia los efectos de sus declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad, pero sólo por referencia directa al que ha sido objeto propio de su examen, al acto o disposición impugnado o cuestionado.

Lo anterior lleva a modular respecto de estas sentencias –y esta es la segunda observación que procede apuntar– la construcción dogmática que cabe llamar general o «común» sobre el efecto de las nulidades. El Tribunal Constitucional no juzga sobre situaciones, sino sobre disposiciones, ya que, con carácter general, los enunciados sujetos a su examen no conforman inmediatamente, sin auxilio de otras disposiciones o actos ulteriores, el mundo concreto de las relaciones jurídicas existentes entre los diferentes sujetos.

6.3. *Los efectos en el tiempo de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad*

Tras lo anterior, puede ya decirse algo sobre los efectos en el tiempo de la sentencia estimatoria dictada en recurso o en cuestión de inconstitucionalidad.

a) Una primera cuestión que puede abordarse adoptando aquí el lenguaje común de la teoría de las nulidades es la de si la disposición viciada de inconstitucionalidad incurre en un supuesto de nulidad o de anulabilidad, en la hipótesis de que uno y otro concepto determinasen en el ámbito de la jurisdicción constitucional, como en el de los procedimientos civiles y contencioso-administrativos, consecuencias diversas. La doctrina, en algún caso, ha apuntado ya que estaríamos ante supuestos de «nulidad»¹⁵¹.

¹⁵¹ GARCIA DE ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, p. 143.

Apenas hace falta recordar la condición polémica, en cualquier ámbito jurídico, de esta dualidad conceptual. Como consideración general, parece oportuno advertir que uno de los rasgos que con frecuencia se han predicado de la noción de nulidad *a radice* o de «pleno derecho» (la de la total ineficacia del acto así viciado: *Titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*) no podría entenderse nunca, tampoco en lo que al control sobre la ley se refiere, en toda su literalidad tan terminante porque, como la doctrina civil ha destacado, «la idea de ‘nullum effectum’ no expresa una experiencia o un fenómeno real, sino un mandamiento o una sanción del orden jurídico»¹⁵², advertencia asumida también en nuestro Derecho por la literatura jurídico-administrativa¹⁵³. Que la disposición de ley se declare finalmente nula, no puede significar ni una ignorancia de los efectos anteriores que normalmente la misma habrá deparado, ni el designio, sin matices, de que tales efectos han de considerarse sin más como no verificados. La declaración, por tanto, de que es función de los procesos constitucionales «privar de todo efecto a las leyes contrarias» a la Constitución (STC 14/1981), debe entenderse referida, en principio, a los efectos *pro futuro* de la disposición estimada inconstitucional, pero no, de modo absoluto, respecto de los efectos ya causados, a propósito de los cuales son necesarios criterios de resolución menos tajantes.

Ello no significa que estemos ante supuestos de «anulabilidad», sino que esta pareja de conceptos es de escasa utilidad en nuestro ámbito. Algunos de los rasgos genéricamente atribuidos al acto anulable no se dan, desde luego, respecto de la ley inconstitucional, pues el vicio de ésta puede ser apreciado en todo tiempo (a través de la cuestión de inconstitucionalidad), sin sujeción plena al principio dispositivo en el proceso (arts. 39.2 y 84 de la LOTC y STC 11/1981) y sin que, en rigor, sean imaginables supuestos de «subsanción» de un vicio cierto de inconstitucionalidad. Respecto de este último punto ha dicho ya el Tribunal Constitucional que la ley sobrevenida que transforme, asumiendo su contenido, un Real Decreto-ley (art. 86.3 de la Constitución) no hace imposible el examen de la constitucionalidad de este último (STC 111/1983), como tampoco lo impide la llamada «convalidación» del Decreto-Ley (art. 86.2 de la misma norma fundamental) por obra del Congreso de los Diputados (STC 29/1982). Ciertamente, en los escasos supuestos en los que el Tribunal ha debido examinar un alegado vicio *in procedendo* de la ley, ha aludido, para obtener su conclusión, a la entidad misma del defecto denunciado (STC

¹⁵² DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 308.

¹⁵³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, 1975, p. 93.

35/1984) o a si éste «fue convalidado por la misma Cámara» (STC 108/1986), pero estas consideraciones no apuntan tanto a la previsión de una hipotética inconstitucionalidad «subsana»ble» cuanto a la determinación, sencillamente, de si hubo o no inconstitucionalidad en el procedimiento de adopción de la Ley.

Con fines descriptivos podría trasladarse al vicio de inconstitucionalidad parte de la tipología acuñada por los privatistas para identificar, en otro plano, los distintos supuestos de «ineficacia»¹⁵⁴. Así, la ineficacia de la ley inconstitucional puede decirse «provocada» (esto es, de necesaria determinación jurisdiccional), «absoluta» (afectarte a todos o *erga omnes*) e «insana»ble», en el sentido que acaba de apuntarse. Resta por ver, empleando aún otra de estas categorías, si la ineficacia de la ley inconstitucional ha de entenderse como «originaria» o «sobreenvenida».

b) Ligada a esta dicotomía suele aparecer la cuestión del carácter «declarativo» o «constitutivo» de la sentencia que, apreciando la inconstitucionalidad de la disposición enjuiciada, disponga su anulación, dilema éste que, como es sabido, tiende a ponerse en relación con los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de la declaración misma de nulidad. En la doctrina ha podido afirmarse tanto que la sentencia estimatoria tiene un carácter constitutivo¹⁵⁵ como que su condición es la de un fallo «declarativo-constitutivo»¹⁵⁶, siendo de señalar alguna sentencia constitucional que parecería dar a entender que sus efectos son de los del primer tipo (STC 66/1983), línea que acaso podría verse confirmada por las referencias que en ocasiones se hacen a la «validez o in validez *ex origine* de las normas impugnadas» (STC 60/1986).

Puede partirse de la idea de que, por sí sola, la sentencia estimatoria no declara, ni crea, situaciones jurídicas determinadas. Sin duda, no es irrelevante observar que la sentencia que aprecia un vicio de inconstitucionalidad constata una anomalía jurídica preexistente, pero también ha de decirse que la declaración de nulidad es el acto a partir del cual —no antes— ha de considerarse ineficaz la disposición así viciada, sin que la sombra del acto «inexistente» se proyecte sobre la ley inconstitucional que, en tanto sea ley, posee, según se dijo, una presunción de legitimidad que, respecto de las leyes postconstitucionales, puede ser sólo destruida por el Tribunal Constitucional (STC 66/1985). En todo caso, la evidencia de que la inconstitucionalidad es un dato jurídico que preexiste a la sentencia que la declara —y que aprecia una invalidez y una

¹⁵⁴ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos ...*, ob. cit., pp. 302 y ss.

¹⁵⁵ PÉREZ GORDO, A.: ob. cit., p. 274.

¹⁵⁶ ALMAGRO NOSETE, J.: ob. cit., p. 175.

ineficacia que «surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma» (S 1/1981)— nada dice, de modo directo, acerca del carácter *ex tunc o ex nunc* del pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad y la consiguiente ineficacia de la ley.

c) Lo anterior ha de tenerse en cuenta para aproximarse al problema de los efectos *ex tunc o ex nunc*, —por seguir con la oposición convencional— de la anulación de la ley inconstitucional. No existe hoy en el Derecho español la posibilidad de una declaración de nulidad con efectos diferidos, hipótesis, sin embargo, que apuntada como conveniente, previa reforma legislativa, por algún comentarista¹⁵⁷— no queda categóricamente prejuzgada por la Constitución. En cualquier caso, la LOTC, que enlaza la anulación con la declaración de inconstitucionalidad sin excepción expresa (art. 39.1), dispone hoy que «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad ... producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1).

En la doctrina científica se ha sostenido tanto la eficacia *ex nunc* de la sentencia¹⁵⁸ como su proyección *ex tunc*¹⁵⁹, identificada a veces en términos de «retroactividad». El Tribunal Constitucional se ha referido en algún caso, expresa o implícitamente, a los efectos *ex tunc* de la sentencia estimatoria dictada en estos procedimientos (SSTC 33/1985 y 171/1985), mas cabe preguntarse por cuál sea, en el marco de la LOTC y de las consideraciones que preceden, el sentido preciso de estas referencias jurisprudenciales.

No enjuicia el Tribunal Constitucional a través de estas vías la integra proyección en el ordenamiento de una cierta disposición de ley, sino, estrictamente, su conformidad o disconformidad con la Constitución. Su decisión no afecta, pues, directamente a las disposiciones y actos que aplicaron la ley inconstitucional, ni puede —por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica— remover, indiscriminadamente, todos los efectos (todas las situaciones jurídicas) que nacieron por obra de tales actos de aplicación y con fundamento último en la ley inválida. Al respecto, como ya se ha dicho, el principio de seguridad jurídica queda asumido por el art. 161.1.a) de la Constitución, de conformidad con el cual «la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada» por haber hecho aplicación de una ley inconstitucional, regla que la LOTC recoge y matiza (art. 40.1) en un punto

¹⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, P.: «Dos años de jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Derecho Político*, 17, 1983, p. 42.

¹⁵⁸ RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M.: *La jurisdicción constitucional*, ob. cit., p. 835; AROZAMENA SIERRA, J.: ob. cit., p. 171.

¹⁵⁹ ELIZALDE Y AIMERICH, P. de: ob. cit., p. 877.

específico, pues, de conformidad con este precepto legislativo, habrá lugar a la revisión del proceso ordinario sancionador (penal o contencioso-administrativo) en el que «como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad». Se introdujo así en la Constitución y en la ley misma, aun sin nombrarlo, el concepto de «situaciones consolidadas», empleado en otro pasaje de la LOTC para regular la posibilidad de combatir ante el propio Tribunal Constitucional actos anteriores a su constitución (Disposición Transitoria 2.1). No de otro modo lo ha entendido, desde el principio el Tribunal Constitucional «... la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de nulidad con ineficacia originaria, si bien dentro de un respeto a situaciones consolidadas» (STC 14/1981).

Por aplicación de idéntica *ratio*, pueden entenderse «consolidadas» o «agotadas» las situaciones jurídicas no examinadas y definidas por sentencia firme, porque no fueron siquiera llevadas ante los tribunales, aunque pudieron haber sido así controvertidas, pues la prescripción de acciones, cuando sea de apreciar, no podría ser ignorada, sin desconocer, al mismo tiempo, que la razón del instituto es, en lo que aquí interesa, no distinta a la garantizadora de la estabilidad de las *causae finitae*, de tal modo que una hipotética reapertura del plazo, ya consumido, para demandar justicia ante los tribunales haría paradójicamente de mejor condición a quien se aquietó frente al acto o disposición aplicadores de la ley inconstitucional respecto de quien, defendiendo su derecho, obtuvo finalmente y antes de la declaración de inconstitucionalidad, una sentencia firme de los juzgadores ordinarios desestimatoria de su pretensión.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre las situaciones jurídicas engendradas por aplicación de la disposición sancionada de nulidad se proyectan, de este modo, sólo sobre situaciones que quepa llamar «pendientes», susceptibles, pues, de ser aún conocidas y resueltas por los tribunales de justicia. Esto no significa otra cosa, en definitiva, sino que la ineficacia de la ley, ligada a la declaración de nulidad, es inmediatamente aplicable, de tal manera que —y aquí radica el distingo más neto frente a los efectos derogatorios comunes— los órganos del Poder Judicial no podrán reconocer, a raíz de la sentencia constitucional, ultraactividad alguna a la disposición inconstitucional, para cuya aplicación no cabría, pues, invocar la regla *tempus regit actum*: «la regla del art. 40.1 de la LOTC, cuyo propósito es preservar la cosa juzgada en aras del principio constitucional de la seguridad jurídica y con excepción, a su vez, en los casos que dice el mismo precepto ..., no es obviamente un obstáculo a la aplicación de la nulidad a los procesos pendien-

tes sino, justamente, un reforzamiento de la tesis de los efectos de la sentencia a los casos pendientes» (ATC 236/1983). Parece clara la impropiedad de llamar «retroactiva» a este tipo de eficacia de la sentencia. Por hacer referencia a una problemática análoga, tampoco entraña retroactividad alguna, sino aplicabilidad inmediata, el enjuiciamiento a la luz de la legalidad constitucional sobrevenida, cuando ello sea procesalmente viable, de actos surgidos con anterioridad a su vigencia (STC 80/1982).

VIII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos
Ankara, 1990

Jerarquía de las Normas Constitucionales
y su función en la Protección
de los Derechos Fundamentales

I. SOBRE LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

1. **Introducción. El problema en la Teoría de la Constitución.**
El caso español

Resulta posible en la Teoría de la Constitución la distinción entre dos tipos de jerarquía de las normas constitucionales que habitualmente se corresponden con dos vías o métodos para llevar a cabo dichas jerarquizaciones. En este sentido, se ha hablado¹ de una jerarquía material o sustancial que conlleva una superioridad de ciertas normas constitucionales sobre otras en virtud de sus distintos contenidos a los que se otorga un carácter definitorio de dicha relación jerárquica; normalmente, este tipo de jerarquía supone la asunción por la Constitución de una particular ideología y, consecuentemente, de un afán por ofrecer una especial protección a ciertas partes de la norma suprema o a algunas decisiones o valores constitucionales sobre otros. Pero es posible hablar también, y es incluso más frecuente, de una jerarquía formal o estructural y, en ese supuesto, la propia Constitución establece una graduación entre sus contenidos a efectos interpretativos; de utilizarse esta técnica, la misma norma suprema ofrece un plan de acción o unos criterios para resolver las posibles colisiones entre normas constitucionales, otorgando de manera expresa una mayor jerarquía a algunas de sus normas.

Estos dos tipos de jerarquía se encuentran íntimamente unidos con dos métodos o vías seguidos para jerarquizar los preceptos constitucionales. Una

¹ Véase, CANOSA, Raúl: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, especialmente págs. 280 a 289, sobre los distintos tipos de jerarquía.

jerarquización positiva mediante normas escritas y expresas de la Constitución que ordenan una relación de jerarquía entre sus preceptos; y una jerarquización jurisprudencial fundamentalmente relacionada con la jerarquía material o sustancial, vía en la que son los propios Tribunales y, muy especialmente, los Tribunales Constitucionales los órganos encargados de interpretar y jerarquizar las disposiciones constitucionales en función de sus contenidos; esta delicada labor exige que el intérprete de la Constitución se vea constreñido a optar, de entre las distintas posibles interpretaciones, por aquella que, a su juicio, mejor se ajuste a unos principios fundamentales o a determinados mandatos, no siempre formulados con las deseables dosis de certeza y que configuran una Constitución material o sustancial (algunos autores hablan de identidad constitucional) situada por encima del resto de la norma suprema y de preferente aplicación en virtud de una relación jerárquica. Pero, a menudo, la dificultad de esta labor exegética obliga a los Tribunales Constitucionales a adoptar decisiones sobre jerarquización de valores y normas ante el silencio del poder constituyente que hizo la norma suprema, actividad que ofrece el riesgo de poder comprometer su independencia, al verse obligado a elegir entre una de las opciones que del texto constitucional se deducen, en vez de simplemente rechazar aquellas interpretaciones que resultan incompatibles con la norma fundamental.

Pues bien, como primera aproximación a la cuestión, no es fácil advertir dentro del texto de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, en cuanto Constitución formal o documento constitucional, la presencia de una jerarquización positiva de sus preceptos. Todo ello con las salvedades y matizaciones que más adelante se harán en relación con: a) los procedimientos simple y agravado para la reforma constitucional (art. 167 y 168 de la Constitución); b) el distinto grado de garantía de los derechos y libertades reconocidos en el Título I (art. 53 de la Constitución); y c) con la noción de bloque de la constitucionalidad que la justicia constitucional española maneja como parámetro de control de las leyes, a raíz de la aparición de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

Pero aún teniendo en cuenta estas especificidades de la Constitución española vigente debe insistirse en que ni el texto de la misma establece con claridad una relación de jerarquía formal o material para sus proposiciones normativas ni tampoco se ha intentado por el Tribunal Constitucional español afrontar una jerarquización por vía jurisprudencial de sus normas como criterio para resolver las posibles antinomias. Puede por ello decirse que la supremacía jurídica de la Constitución se proyecta sobre los actos legislativos pero no sobre las normas constitucionales entre sí. Este estado de la cuestión en el

ordenamiento jurídico español hace que no sea sencillo que el informe nacional se adecue estrictamente al esquema propuesto, probablemente pensado para sistemas jurídicos en que tal jerarquía existe; sin perjuicio, de que a continuación se expongan de manera sucinta los elementos de la doctrina constitucional que en mayor medida se aproximen a esta problemática.

2. La Constitución como sistema normativo

2.1 *Naturaleza jurídica. Valor normativo. Aplicación Directa*

Desde sus primeras resoluciones, ha existido una preocupación del Tribunal Constitucional español por argumentar y poner de manifiesto el valor normativo de todos los preceptos constitucionales; interés que de forma muy temprana asimismo ha existido en la doctrina científica².

Por el contrario, la consideración de la Constitución como una simple declaración programática, en vez de como norma jurídica, había sido la tradicional a lo largo de la historia del constitucionalismo español y la acogida en la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios hasta fechas bien recientes y salvo algunas excepciones³. Conforme a esta vieja concepción de la Constitución, el orden que sus preceptos establecían era meramente programático y requería para su efectividad y vigencia de un desarrollo normativo; de manera que ni los ciudadanos ni los Tribunales ordinarios (entre otros poderes públicos) resultaban directamente vinculados por sus preceptos de no mediar la interposición de una norma emanada por el legislador.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional supuso una pronta reacción frente a este estado de cosas. Así bien pronto se dijo que en virtud del art. 9.1 de la Constitución todas las normas constitucionales vinculan a todos los Tribunales y sujetos públicos y privados, pues si bien es verdad que no todos los artícu-

² Cfr GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1981; RUBIO LLORENTE, Francisco: «La Constitución como fuente del Derecho» en VVAA *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, 1979, vol. I, pp. 53 y ss; NIETO, Alejandro: «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, vol. 1, 1983, pp. 371 y ss.

³ Así, p. ej. la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 3 de julio de 1979, Aranzadi 3182. La paulatina recepción de la idea de Constitución como norma jurídica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede verse en SANTAMARIA, Juan Alfonso y PAREJO, Luciano: *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, Capítulo primero. También PEREZ TREMPES, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

los de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativos, todos enuncian normas jurídicas⁴; y de manera complementaria, que la Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación ni de inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo legal, es la norma jurídica suprema de nuestro ordenamiento y tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a ella, de forma que sus preceptos son alegables ante los Tribunales quienes están vinculados al respeto y al cumplimiento de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I⁵.

En definitiva, los distintos pronunciamientos acerca de la naturaleza de la Constitución destacan su carácter verdaderamente normativo y la superación de la vieja concepción de las Constituciones como programa o declaración de intenciones tan arraigada en el derecho español; y en las ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha encontrado con resoluciones de Tribunales ordinarios que fundaban sus razonamientos y sus decisiones en entender que el contenido de la Constitución integra simples enunciaciones de principio encaminadas a orientar una futura labor de los poderes públicos, pero sin eficacia para el nacimiento de derechos civiles⁶ o para impedir situaciones laborales de discriminación⁷, salvo que se desarrollen por leyes ulteriores, no ha dudado en afirmar que esas consideraciones acaso fueran admisibles en el régimen jurídico impuesto por las Leyes Fundamentales del anterior régimen político autoritario, pero ya no lo eran tras la aparición de la nueva Constitución de 1978, que (salvo excepciones que se deriven de su misma estructura normativa) posee eficacia directa e inmediata como norma suprema del ordenamiento jurídico sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario, y especialmente en lo que concierne a «los derechos fundamentales y libertades públicas en sentido estricto» (Capítulo Segundo, Sección primera, Título I). No obstante, habrá ocasión más adelante para matizar las diferencias existentes en la aplicación de «los derechos y deberes fundamentales» en razón de su eficacia directa e inmediata o indirecta y mediata, las distintas normas que los desarrollan, su grado de protección jurisdiccional e incluso su rigidez constitucional.

Por consiguiente, la Constitución no es sólo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero,

⁴ STC 5/1981, de 13 de febrero, Voto Particular 1, FJ 22.

⁵ STC 16/1982, de 25 de abril, FJ 1^o.

⁶ STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1.º. Las resoluciones judiciales que se anulan por el T.C. invocaban como fundamento la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1972, donde se recoge la concepción de las Leyes Fundamentales como declaración programática.

⁷ STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2.º.

ordenando y previendo los sistemas de creación del derecho sino que es también en sí misma una norma de ejecución y efectos inmediatos, como resulta indiscutible además respecto de los derechos fundamentales contenidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución por ser objeto del proceso de amparo⁸. La Constitución es, por tanto, y de manera simultánea, fuente del derecho y norma que regula las fuentes del derecho. También se ha declarado en varias resoluciones, que la Constitución consagra un sistema de valores que informa el ordenamiento jurídico⁹ y constituye el orden de la convivencia política, lo que hace de ella una norma cualitativamente distinta de las demás, en cuanto posee naturaleza de Ley superior¹⁰.

2.2 *La necesidad de una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales*

Las afirmaciones sobre el valor normativo de la Constitución y su aplicación en materia de derechos fundamentales y libertades públicas han solido ir parejas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la exposición de la Constitución como un todo coherente y absoluto, un sistema, en el que cada precepto adquiere valor y sentido en función de los demás; en definitiva a la necesidad de su exégesis de acuerdo con una interpretación sistemática¹¹; tal y como se expondrá al hablar de las posibles colisiones entre derechos fundamentales y entre éstos y otras normas constitucionales, así como del valor preferente de esos derechos.

2.3 *Constitución y legalidad ordinaria: principio de interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución*

Pero si los preceptos constitucionales deben de ser interpretados sistemáticamente, como un conjunto o todo armónico, es bien distinta la relación entre Constitución y legalidad ordinaria, incluso en el supuesto de leyes que desarrollen derechos fundamentales. Aquí el Tribunal Constitucional, sin negar que en algunas ocasiones pueda ser útil la vía según la cual la Constitu-

⁸ STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3.º.

⁹ STC 125/1983, de 26 de diciembre, FJ 3.º.

¹⁰ STC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3.º.

¹¹ Cfr, entre otras múltiples, las SSTC: 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3.º; 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3.º; 68/1987, de 21 de mayo, FJ 5.º; 252/1988, de 20 de diciembre, FJ 2.º, etc.

ción se interpreta de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico, ha sostenido que no es la primera que debe seguirse; por el contrario, es la legalidad ordinaria la que debe ajustarse en su inteligencia y aplicación al orden constitucional¹². De manera que se reputa inadmisibles una «inversión en el orden de utilización de los cánones hermenéuticos» que lleve a interpretar un precepto de la Constitución de forma acorde con el conjunto del ordenamiento jurídico¹³. Antes bien son los preceptos constitucionales los que imponen un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria.

2.4 *El deber de sujeción a la Constitución de los poderes públicos y de los ciudadanos*

Consecuencia obligada de la consideración de la Constitución como norma suprema es la sujeción a la misma y al resto del ordenamiento jurídico que el art. 9.1 de la Constitución establece tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos; pero este deber de sujeción es de distinto signo para unos y otros, pues mientras los segundos tienen normalmente un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece para ellos deberes positivos (*verbi gratia*, los arts. 30 y 31 de la Constitución, entre otros, que consagran los deberes constitucionales de los ciudadanos de defensa de España y los tributarios), los titulares de los poderes públicos tienen, además, un deber positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución¹⁴. No obstante, este deber positivo de acatamiento de la Constitución por los titulares de los poderes públicos debe entenderse como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación o reforma por los cauces previstos en los arts. 166 y siguiente de la Constitución¹⁵; y es, por lo demás, compleja y debatida la eficacia directa o indirecta y mediata de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidas en la Constitución a las relaciones *inter privatos*, en este segundo caso, mediante la singularización de un acto interpuesto de un poder público, frecuentemente un Tribunal de Justicia.

¹² STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3.º.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3.º.

¹⁵ *Ibidem*.

2.5 *La eficacia de la Constitución en el tiempo: El efecto derogatorio de la normativa anterior. Inconstitucionalidad sobrevenida. Alcance y límites de la aplicación retroactiva de los preceptos constitucionales*

En lo que atañe a la incidencia de la norma suprema en el ordenamiento vigente con anterioridad a la misma son varias las técnicas que el Tribunal Constitucional ha empleado.

A) En primer lugar, la condición normativa de la Constitución y su aplicación directa suponen otorgar a sus disposiciones la eficacia derogatoria que es propia de todas las normas jurídicas (*lex posterior derogat lex anterior*). Así la Constitución española de 1978 culmina en una Disposición Derogatoria en tres apartados. El tercero de los cuales, a modo de cláusula derogatoria general, prescribe la derogación de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma. Este efecto derogatorio se produce siempre que la norma ordinaria se oponga, es decir, resulte manifiestamente incompatible con la norma constitucional. Ello requiere previamente de un detallado examen por el intérprete de la norma de rango ordinario con la finalidad de reconducir sus disposiciones al marco constitucional por vía interpretativa y mediante una adecuada exégesis correctora¹⁶. Sólo si dicha interpretación conforme a la Constitución no fuera posible debe producirse el efecto derogatorio. Jueces y Tribunales pueden, por tanto, inaplicar las normas preconstitucionales, incluso con rango legal, y contrarias a la norma fundamental.

De manera que el efecto derogatorio de la Constitución como Ley posterior evita el planteamiento por Jueces y Tribunales ordinarios de cuestiones de inconstitucionalidad (véanse los arts. 163 de la Constitución y art. 35 y sig. de la LOTC) de las leyes preconstitucionales aplicables al caso y que estimen pueden ser contrarias a la Constitución, pues mediante la técnica de la derogación pueden inaplicar la ley que estiman derogada al supuesto de hecho que enjuician. Se deja la intervención del Tribunal Constitucional para aquellos supuestos en que la persistencia de interpretaciones contrarias a la Constitución o la dispersión de criterios reclamen una solución de alcance general, con los efectos que disponen los arts. 38.1, 39.1 y 2 de la LOTC¹⁷; es decir, cuando haya de declararse la nulidad de los preceptos impugnados y de los conexos, en cuanto inconstitucionales; en este supuesto, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional posee valor de cosa juzgada, vinculada a todos los poderes

¹⁶ STC 8/1983, de 18 de febrero, FJ 3.º.

¹⁷ STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 3.º

públicos y produce efectos generales desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Esta doctrina ha sido matizada al admitirse que el Juez ordinario puede, en todo caso, plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de leyes preconstitucionales, por la vía de los arts. 35 y siguiente de la LOTC, si «la solución del problema se presenta al Juez como dudosa»¹⁸; y también en reiteradas ocasiones se ha matizado la doctrina constitucional precedente manteniendo que el cambio operado por la Constitución en las formas de producción del derecho no permite concluir, en modo alguno, que sean formalmente inconstitucionales las normas anteriores a la Constitución que, como es inevitable, se produjeron sin el respeto a esas formas¹⁹; del mismo modo, se ha dicho que la Constitución no pone en tela de juicio la validez de los modos de producción normativa del ordenamiento anterior, incidiendo su disposición derogatoria únicamente sobre los contenidos normativos y no sobre las formas de creación²⁰.

Debe, asimismo, ponerse de manifiesto que los Jueces y Tribunales ordinarios pueden también inaplicar o anular las normas reglamentarias o administrativas contrarias a la ley o a la Constitución y posteriores a esta última; mientras., en cambio, no pueden inaplicar o anular las normas postconstitucionales que posean rango de ley.

B) La peculiaridad de las normas constitucionales respecto de las normas «viejas» o preconstitucionales radica en su doble naturaleza, ya que la Constitución es una Ley superior (criterio jerárquico) y a la par una Ley posterior (criterio temporal), de donde se deduce, para el Tribunal Constitucional, que la coincidencia de este doble criterio da lugar (de una parte) a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las normas ordinarias que se opongan a la Constitución y (de otra) a su pérdida de vigencia, a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación²¹. En este sentido, la derogación produce la pérdida de vigencia de una norma de modo que no puede ser aplicada para regular situaciones nuevas, pero no puede decirse lo mismo respecto de la regulación de aquellas situaciones que habiendo surgido con anterioridad a dicha derogación produzcan, sin embargo, efectos con posterioridad a la misma. Ahora bien, toda ley preconstitucional contraria a la Constitución debe entenderse no solamente derogada sino también inconstitucional, y, en consecuencia, tal

¹⁸ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 2.º.

¹⁹ V. gr. Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 612/1983, de 30 de noviembre, FJ único.

²⁰ V. gr. ATC 147/1983, de 13 de abril, FJ 2.º.

²¹ SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1Q; 10/1981, de 6 de abril, FJ 7.º, etc.

invalidez sobrevenida puede producir efectos en situaciones que, aún surgidas con anterioridad a la norma fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor.

Todo ello sin perjuicio, a diferencia de lo que ocurre con la derogación, del monopolio que ostenta el Tribunal Constitucional para el control de la constitucionalidad de las leyes; en suma, Jueces y Tribunales ordinarios deben optar, bien por inaplicar las leyes preconstitucionales que estimen derogadas, bien por promover una cuestión de inconstitucionalidad de la norma ante el Tribunal Constitucional si estiman que se ha producido su invalidez sobrevenida. El Tribunal constitucional posee el monopolio de rechazo sólo respecto de las leyes posteriores a la Constitución.

C) Se ha visto hasta ahora el efecto derogatorio de las normas anteriores a su entrada en vigor que poseen los preceptos constitucionales en virtud de su carácter normativo. Más problemática o compleja es la respuesta a la pregunta de si poseen también efectos jurídicos retroactivos y, consecuentemente, el tratamiento ofrecido a esta cuestión en la jurisprudencia constitucional. Como punto de partida debe destacarse que ni en la Disposición Final de la Constitución, que establece su entrada en vigor el mismo día de su publicación en el diario oficial, ni en ningún otro pasaje del texto constitucional existe precepto alguno que establezca su retroactividad²²; es cierto, sin embargo, que el inciso final de la Disposición transitoria 2.^a, apartado 1.º, de la LOTC permite una débil eficacia retroactiva de la Constitución, a través de los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, pero siempre respecto de Leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella que hubieren agotado sus efectos tras la aparición de la norma fundamental; por consiguiente, «sensu contrario», no puede aplicarse la Constitución retroactivamente a situaciones que nacidas antes de su entrada en vigor, y al amparo de leyes válidas en aquél momento, habían agotado sus efectos cuando se promulgó la norma fundamental²³. Porque, en definitiva, toda Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política de cara al futuro. Ahora bien, también se ha dicho que en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, la Constitución ha de tener efecto retroactivo en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución²⁴; no obstante, esta doctrina general habrá de ser concretada caso por caso tenien-

²² V. gr. ATC 338/1984, de 27 de junio, FJ único.

²³ SSTC 110/1987, de 1 de julio, FJ 2.º; 4/1984, de 23 de enero, FJ 2.º.

²⁴ SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3.º; 29/1981, de 24 de julio, FJ 7.º, etc.

do en cuenta las peculiaridades del mismo. Más moduladamente, aunque para llegar a resultados similares, en ocasiones el Tribunal Constitucional ha dicho que el respeto a la Constitución exige, sin duda, que se hagan desaparecer situaciones jurídicas discriminatorias (v. gr. una excedencia forzosa impuesta por razón de sexo) nacidas de actos jurídicos contrarios al orden constitucional y lesivos de derechos fundamentales, pero la Constitución no tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, es imposible crear, «ex novo» y por su imperio, situaciones jurídicas que antes de su promulgación no llegaron a nacer²⁵.

A modo de conclusión, no puede perpetuarse, vigente la Constitución, una situación discriminatoria (o, en general, transgresora de derechos fundamentales) surgida al amparo de la legislación preconstitucional, lo que no implica necesariamente la aplicación retroactiva de la Constitución sino, antes bien, el reconocimiento de su carácter normativo y de su vinculatoriedad inmediata²⁶.

2.6 Principios generales del Derecho y Constitución

La Constitución española recoge una serie de principios generales del derecho que vinculan a todos los poderes públicos, e informan el ordenamiento jurídico que ha de ser interpretado de acuerdo con los mismos. Se ha dicho, por ello, que suponen una ampliación de los contenidos del ordenamiento jurídico que ya no sólo está compuesto de normas escritas sino también de valores –art. 1.1 de la Constitución– y de principios que ordenan las instituciones y organizan el sistema jurídico en general²⁷. El lugar de estos principios entre las fuentes del derecho y su aplicación no deja de plantear algunas dificultades técnicas por su mismo grado de indeterminación y, en ocasiones, incluso de opacidad, lo que otorga un relevante papel en su concreción a la doctrina científica y jurisprudencial.

Aunque no todos los principios generales del derecho, obviamente, se recogen en la norma fundamental ni tan siquiera todos ellos poseen carácter escrito, sí existen algunos que vienen constitucionalizados y comparten el carácter de principios generales del derecho y el de principios constitucionales y, entre ellos, interesa destacar por su relevancia y alcance jurídico, los recogidos en el art. 9 de la Constitución, en sus apartados 1º y 3º: Así el principio de constitucionalidad o de sujeción y vinculación a la Constitución de los ciuda-

²⁵ STC 91/1986, de 2 de julio, FJ 1.º

²⁶ STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1.º y 2.º.

²⁷ Véase LEGUINA VILLA, Jesús: «Principios generales del derecho y Constitución» en *Revista de Administración Pública*, nº 114, 1987, pp. 7 y ss.

danos y de los poderes públicos (art. 9.1 de la Constitución) al que antes nos hemos referido brevemente. El principio de legalidad (art. 9.3 de la Constitución) que encuentra manifestaciones concretas o especificidades en otros preceptos constitucionales: legalidad penal y del derecho administrativo sancionador (art. 25 de la Constitución), legalidad procesal (arts. 17.1 y 24.2 de la Constitución), legalidad tributaria (art. 133.1 de la Constitución), legalidad administrativa (art. 103 de la Constitución), etc.; así como han de estimarse conexos también con dicho principio de legalidad los de publicidad de las normas y jerarquía normativa que en el mismo art. 9.3 se enuncian²⁸. El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales –art. 9.3 de la Constitución–²⁹. La interdicción de la arbitrariedad –art. 9.3 de la Constitución– como correctivo frente a actuaciones abusivas o discriminatorias a cargo de la Administración y estrechamente vinculado al principio de igualdad³⁰. O, entre otros, la seguridad jurídica, cuya esencialidad ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional al declarar que viene a ser un compendio o síntesis de los demás principios enunciados en el art. 9.3, pero que no se agota en los mismos, como se deduce de su expresa formulación en la norma fundamental³¹; esta esencialidad se corrobora con algunos pronunciamientos posteriores en fue el Tribunal ha llegado a declarar inconstitucional una norma legal por comprimir la seguridad jurídica hasta prácticamente ignorarla, transgrediendo el necesario equilibrio entre las exigencias de este principio y los de la justicia material³².

Sin embargo, no resulta necesario para los fines de este informe reseñar la jurisprudencia emanada en torno a cada uno de estos principios generales del derecho, pues debe bastar con señalar el valor normativo que el Tribunal Constitucional ha extraído de dichos principios, de acuerdo con una interpretación general³³ cuyas líneas maestras son las siguientes:

Forman una unidad sistemática en la que cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y sin configurar compartimientos estancos. Poseen una

²⁸ De este modo, en STC 41/1983, de 18 de mayo, FJ 2.º, se considera incluido el principio de jerarquía normativa en el de legalidad.

²⁹ Véase STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 17.º, que alude a las anteriores SSTC 27/1981 y 6/1983 para reiterar que no puede invocarse el principio de irretroactividad como defensa de una inadmisibile petrición del ordenamiento.

³⁰ Vid. LEGUINA VILLA, Jesús: *ob. cit.*, p. 31.

³¹ STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10.º

³² STC 147/1986, de 25 de noviembre, respecto de la Ley 1/1984, de 4 de enero, reguladora de la llamada amnistía laboral y donde se establecía que las acciones para instar su aplicación eran imprescriptibles.

³³ Vid. LEGUINA, Jesús: *ob. cit.* pp. 14 y ss., donde se formula esta síntesis de la interpretación general seguida por el TC y de la que aquí simplemente se da noticia.

relación de instrumentalidad con los valores superiores del ordenamiento. Son conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación corresponde a Jueces y Tribunales. Tienen valor normativo y no meramente programático y son susceptibles de aplicación directa todos los principios generales del derecho constitucionalizados (no sólo los que enuncia el citado art. 9 de la Constitución). No obstante, no engendran derechos fundamentales y por ello su transgresión no puede ser reparada en vía de amparo, a no ser que operen como instrumento o garantía de un derecho fundamental o que como consecuencia indirecta de su vulneración se produzca la lesión de éste.

3. Las Leyes de reforma constitucional. Los procedimientos de reforma simple y agravado

Una de las características más singulares de la Constitución española de 1978 consiste en que no contiene cláusula alguna donde se establezcan unos contenidos que, en todo caso, se vedan o impidan al poder de revisión constitucional; lo que se han llamado «cláusulas de intangibilidad», esto es, límites materiales al poder de revisión y que son tan frecuentes en las modernas constituciones occidentales. Por el contrario, incluso en el art. 168 se permite y contempla la posibilidad de una revisión total de la norma fundamental. Esta circunstancia ha hecho que pueda hablarse por algunos autores de un cierto relativismo o indiferentismo ideológico de la norma suprema³⁴.

Sin embargo, el alcance real de esta singularidad no puede ser verdaderamente comprendido sin caer en la cuenta que, a la vez, la Constitución establece en su Título X un doble procedimiento para la reforma constitucional, cada uno de ellos con un diferente grado de rigidez o dificultad para el cambio normativo, pero en ambos casos, tanto en el procedimiento simple del art. 167 como en el del agravado previsto en el art. 168, se trata de unos procedimientos que introducen unos requisitos de muy difícil consecución; esta consideración se acrecienta en el caso del procedimiento agravado regulado en el art. 168, que otorga un alto grado de rigidez constitucional a determinados contenidos de la norma suprema³⁵.

³⁴ JIMENEZ CAMPO, Javier: «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución» en *Revista de Derecho Político*, 1980, n.º 7, pp. 891 y ss.

³⁵ Para el estudio de la problemática que plantea la reforma constitucional en España, véanse: OTTO, Ignacio de: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987 (Capítulo V. Elaboración y reforma de la Constitución); VEGA, Pedro de: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; y PÉREZ ROYO, Javier: *La reforma de la Constitución*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987.

El procedimiento más simple, ordenado en el art. 167, requiere la aprobación del proyecto de reforma por una mayoría cualificada de tres quintos de cada una de las Cámaras (Congreso de los Diputados y Senado) y, si hubiera desacuerdo entre ellas, por una mayoría de dos tercios del Congreso de los Diputados, siempre que el proyecto hubiera obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta (la mitad más uno) de los miembros del Senado. La reforma así aprobada no necesita ser sometida a referéndum, salvo cuando lo soliciten una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

El procedimiento agravado del art. 168 exige la aprobación del proyecto, en principio, por una mayoría de dos tercios de cada Cámara y la disolución inmediata de ambas Cámaras que componen las Cortes Generales. Tras esta aprobación inicial y la celebración de elecciones, las nuevas Cámaras deben ratificar la decisión inicial y, en su caso, elaborar y aprobar el nuevo texto constitucional también por mayoría de dos tercios de cada Cámara. El proyecto de reforma debe, por último, ser ratificado en referéndum por el cuerpo electoral.

En suma, este segundo procedimiento agravado incluye unos requisitos más complejos pues prevé unas mayorías cualificadas más altas (dos tercios en vez de tres quintos) y, sobre todo, la disolución inmediata de ambas Cámaras para la celebración de elecciones y una segunda lectura del texto por las Cámaras elegidas, así como el sometimiento del proyecto a referéndum con un carácter obligatorio y no meramente potestativo o a solicitud de un cierto número de Diputados o Senadores como ocurre en el primer supuesto. Se trata, por tanto, de un procedimiento que cabe sin duda calificar como muy rígido.

Según el art. 168, debe seguirse uno u otro procedimiento en razón de la materia sobre la que verse el proyecto: cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo segundo, Sección Primera del Título I (derechos fundamentales y libertades públicas en sentido estricto) o al Título II (la Corona), el proyecto de reforma ha de ser discutido y aprobado por el procedimiento agravado.

Está implícitamente vedada, por lo demás, en el Título X la posibilidad de una reforma constitucional, en sentido estricto, tácita o no expresa.

Interesa poner de manifiesto ahora que en lo que atañe a los derechos comprendidos en el Capítulo Segundo, Sección Primera del Título I, es decir, los constitucionalizados en los arts. 15 a 29, debe seguirse este procedimiento de reforma agravado, circunstancia que hace que la fuerza de ley pasiva o resistencia al cambio normativo de los preceptos constitucionales que contemplan y consagran estos «derechos fundamentales y libertades públicas» sea muy grande.

No existe todavía en España experiencia en el uso de ambos procedimientos de reforma ni, lógicamente, pronunciamientos al respecto por parte del Tribunal Constitucional; no obstante, sí puede darse noticia de algunas de las tesis que han surgido entre nosotros sobre este tema de la reforma constitucional.

La existencia de dos procedimientos, uno de los cuales permite una revisión total, ha llevado a algún autor a estimar que existe una «jerarquía lógica» entre los arts. 167 y 168 de la Constitución³⁶, o dos poderes de reforma diversos, de forma que nada impediría –a su juicio– que siguiendo el procedimiento agravado del art. 168 se enmendara el art. 167 para dar menor rigidez a los preceptos a que éste procedimiento simple se refiere; la posibilidad inversa, en cambio, no resultaría admisible desde este planteamiento, es decir, no cabría reformar lo prescrito en el art. 168 por el poder de reforma de segundo grado del art. 167; por último, tampoco sería constitucionalmente posible una especie de autorreforma constitucional o enmienda del procedimiento prevenido en el art. 167 que se efectuara por la vía del mismo art. 167, pues nada autoriza en la propia Constitución a excluir al art. 167 del principio general consistente en que una norma no puede aplicarse a sí misma.

De entre las tesis aparecidas conviene destacar también aquella que sostiene que, dado que la constitución es fruto del poder constituyente y, en cambio, las leyes de reforma constitucional proceden de un poder constituyente constituido, ex definitione derivado de aquel poder originario, la Constitución ha de ocupar una posición superior o de primacía respecto de las leyes de reforma³⁷. El resultado de esta primacía, es evidente para quien formula esta tesis: si bien no cabe hablar de normas constitucionales inconstitucionales en relación con el texto originario de la Constitución ya que todo él es obra del mismo poder constituyente, puede, en cambio, mantenerse la inconstitucionalidad de una Ley de reforma si, por ejemplo, mediante la vía del art. 167 se introdujera una modificación del texto constitucional que pudiera considerarse incompatible en el contenido protegido por el art. 168³⁸. Pero de nuevo ha de recordarse que esta problemática no ha llegado a surgir en la realidad constitucional.

Por último, no han faltado tampoco intentos doctrinales de construir una relación jerárquica entre las mismas normas constitucionales, partiendo del

³⁶ OTTO, Ignacio de: *ob. cit.*, pp. 66 y ss.

³⁷ PÉREZ ROYO, Javier: *Las fuentes del Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, (Leyes de Reforma de la Constitución, pp. 37 y ss.).

³⁸ Ídem, p. 43.

contenido especialmente protegido en el art. 168 de la Constitución³⁹. Aunque estas tesis parecen ser minoritarias y tampoco han resultado acogidas por la jurisprudencia constitucional. Las respuestas que habitualmente se ofrecen por el sector mayoritario para rechazar la existencia de relación jerárquica alguna entre las normas constitucionales suelen consistir en afirmar que todo el texto constitucional procede de un mismo poder constituyente y fue emanado en un único acto sin determinación positiva alguna que imponga dicha relación; y que esta conclusión no se ve obstaculizada por el hecho de que algunos preceptos constitucionales posean una mayor resistencia al cambio o fuerza normativa pasiva, característica que no llega a alterar su idéntica naturaleza ni su igualdad de rango normativo⁴⁰. Las consecuencias de esta polémica no son estériles: ello obliga a efectuar siempre una interpretación sistemática de todas las normas constitucionales ante antinomias aparentes o colisiones de preceptos, excluyendo la posibilidad de su contradicción.

4. El bloque de la constitucionalidad

Pero si bien no resulta fácil ni aconsejable construir una relación jerárquica entre las normas constitucionales de nuestro ordenamiento, esta cuestión varía lógicamente cuando se contempla la noción de bloque de la constitucionalidad que habitualmente maneja el Tribunal Constitucional como parámetro de control de la constitucionalidad, por mandato de su propia Ley Orgánica, y en distintos procesos constitucionales.

A) La Constitución española no ordena el sistema de fuentes del derecho ni las relaciones entre normas infraconstitucionales en virtud, únicamen-

³⁹ Entre los defensores de la existencia de una relación jerárquica entre las normas constitucionales: PREDIERI, Alberto: «El sistema de las fuentes del Derecho» en VVAA *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, págs. 161 a 260. Predieri sostiene (pp. 208 y ss) que las normas constitucionales se sitúan a dos niveles; unas son fundamentales, las previstas por el art. 168, y se sitúan en posición de jerarquía y no de igualdad por relación a las ordinarias en caso de que no coincidan parcialmente en cuanto a la materia regulada. También CANOSA, Raúl: *ob. cit.*, pp. 282 y ss quien infiere de los arts. 53.2 y 168 el carácter de normas superconstitucionales de las disposiciones por ellos amparadas. Y, en el mismo sentido, VEGA, Pedro de: *ob. cit.*, p. 164, quien mantiene que la existencia de un doble procedimiento de reforma ha dado lugar a la creación de normas constitucionales de diferente rango en la jerarquía de fuentes, precisamente, el bloque delimitado por los arts. 53.2 y 168.

⁴⁰ Especialmente crítico con el criterio, en general, de la «especialidad derogatoria» y, en este caso, con los dos grados de rigidez constitucional derivados de ambos procedimientos de reforma como basamento para construir una jerarquía entre las normas constitucionales se muestra RUIZ MIGUEL, Alfonso: «El principio de jerarquía normativa» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 24, 1988, pp. 135 y ss. (pág.140).

te, del principio de jerarquía formal, de manera que este criterio deba ser necesariamente empleado en un juicio sobre la validez de la norma⁴¹. Utiliza también un criterio de competencia o de distribución de materias entre normas iguales en rango. Ello es fundamentalmente una consecuencia de la distribución territorial del poder entre Estado y Comunidades Autónomas que la Constitución organiza en su Título VIII. Una primera lectura de dicho Título evidencia la presencia de un sistema de distribución de competencias mediante listas, reguladas en los arts. 148 y 149 de la Constitución y una cláusula residual o de cierre (art. 149.3 de la Constitución) que atribuye al Estado las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de autonomía; pero es, en todo caso, imprescindible la asunción de las competencias autonómicas en los correspondientes Estatutos, puesto que la Constitución no atribuye directamente competencias a las Comunidades Autónomas como ocurre en otros sistemas; parece, por tanto, que *prima facie* Constitución y Estatutos debían ser los únicos elementos posibles del parámetro para los juicios de constitucionalidad derivados de conflictos competenciales, aunque no puede negarse la presencia en la propia norma fundamental de mecanismos de corrección de la distribución competencial mediante leyes, previstos en el art. 150 de la Constitución, y, sobre todo, las constantes remisiones a otras normas de rango infraconstitucional que en el citado art. 149 de la Constitución se hacen⁴². Pero la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, 2/1979, de 3 de octubre, vino a ofrecer un planteamiento diverso, ampliando el parámetro de la constitucionalidad o, cuando menos, haciendo explícito lo que de la propia norma fundamental podía directamente colegirse.

En este sentido, resulta muy significativo el tenor del art. 28.1 de la LOTC: «para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas». A la luz de este precepto, de donde se induce la noción de bloque de la constitucionalidad, en determinadas materias bastará como parámetro de constitucionalidad

⁴¹ Véase OTTO, Ignacio de: *ob. cit.*, pp. 94 y ss («las llamadas normas interpuestas y el bloque de la constitucionalidad»).

⁴² Este análisis histórico de la idea de bloque de la constitucionalidad se hace en FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Las Leves orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1981; donde probablemente se emplea por vez primera esta noción y el término entre nosotros.

dad con la Constitución y los Estatutos de Autonomía; pero, en otras ocasiones, existirá una «norma estatal completiva» de dicho bloque o norma interpuesta, es decir, una norma de rango infraconstitucional a la que la Constitución, o el propio Estatuto atribuye la virtualidad de limitar las competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma⁴³. Es, por lo demás, evidente que este bloque de la constitucionalidad, que sirve para enjuiciar la titularidad de la competencia, varía en cada caso según las previsiones estatutarias y constitucionales sobre cada competencia concreta.

No interesa, para los fines de este informe, analizar si las relaciones que existen entre esas «normas interpuestas» o «normas estatales completivas» y las leyes sometidas a control de constitucionalidad son relaciones fundadas en un criterio de jerarquía formal o en una reserva de materias que lleva a conceder preferencia al principio de competencia⁴⁴. En cambio, si posee relevancia poner de manifiesto cómo son las relaciones que existen entre las normas que forman el bloque de la constitucionalidad y para ello no es ocioso recurrir a la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

Las referencias a la noción de bloque de constitucionalidad (a veces también llamado bloque normativo constitucional), son frecuentes en los pronunciamientos del Tribunal⁴⁵. Sin embargo, rara vez se ha afrontado su análisis de manera directa, limitándose a calificarla como una noción compleja o una noción intrínseca a la propia Constitución o un conjunto armónico, y que simplemente se describe como un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes, añadiendo que no se refiere a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición⁴⁶. Son bastante más ricas (y casi resultan imposible de reseñar aquí en virtud de su extensión) las consideraciones efectuadas sobre las relaciones entre Constitución, Estatuto y Leyes delimitadoras de competencias.

⁴³ TOMAS Y VALIENTE, Francisco: *El reparto competencial en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 88 y ss (la noción de bloque de la constitucionalidad).

⁴⁴ Abiertamente defensor de la tesis de la competencia se muestra OTTO, Ignacio de: *ob. cit.*, p. 95.

⁴⁵ Entre las múltiples ocasiones en que el TC hace referencia al bloque de la constitucionalidad están las siguientes: SSTC 10/1982, de 23 de marzo, FJ 2.º; 26/1982, de 24 de mayo, FJ 2.º; 32/1983, de 28 de abril, FJ 1.º; 38/1983, de 16 de mayo, FJ 3.º; 42/1983, de 20 de mayo, FJ 4.º; 72/1983, de 29 de julio, FJ 4.º; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 28; 35/1984, de 13 de marzo, FJ 4.º; 11/1986, de 28 de enero, FJ 5.º; 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4.º; 27/1987, FJ 4.º.

⁴⁶ Esta descripción procede de STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1.º

Así el Tribunal Constitucional ha explicado⁴⁷ que el Estatuto es el desarrollo auténtico de la Constitución y la norma llamada a asumir las competencias dentro del marco establecido en la misma (art. 147.2 a) de la Constitución). Ahora bien, la Constitución no agota toda su fuerza normativa con la aprobación del Estatuto, pues las disposiciones estatutarias, como ocurre con el resto del ordenamiento jurídico, deben ser siempre objeto de una interpretación sistemática conforme a la Constitución. De manera complementaria, se ha dicho que el único parámetro posible para enjuiciar la validez constitucional de un precepto estatutario es la propia Constitución; y, además, que su adecuación a la Constitución o validez depende de todas sus normas constitucionales incluidas aquéllas –arts. 147.3 y 152 que señalan los procedimientos de modificación o reforma; en consecuencia, puede mantenerse que los Estatutos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a la Constitución⁴⁸.

Sin embargo, de ahí no cabe deducir que toda ley estatal que pretenda delimitar competencias y venga interpuesta entre la Constitución y el Estatuto sea inconstitucional por pretender ejercer una función reservada al Estatuto. La reserva que la Constitución hace al Estatuto en esta materia no es absoluta. Las leyes estatales pueden atribuir en ocasiones competencias a las Comunidades Autónomas (Leyes Orgánicas de transferencias o delegación ex art. 150.2 de la Constitución) y, en otras, delimitar el contenido de la competencia; pero este segundo supuesto, requiere bien que la Constitución remita a una Ley estatal para precisar o delimitar la competencia (p. ej. en el art. 149.1.29 de la Constitución) o bien que sea una misma disposición estatutaria, cuando asume la competencia, la que se remita a las prescripciones de una Ley estatal⁴⁹. Dicho de otra manera: la posibilidad de una ley estatal interpuesta no se apoya en una atribución genérica o cláusula general sino en la necesidad de una habilitación expresa en la Constitución o en el Estatuto.

⁴⁷ Sobre la interpretación de los Estatutos de Autonomía en los términos de la Constitución y su valor como parámetro de constitucionalidad, véanse, entre otras: STC 69/1982, de 23 de noviembre, FJ 1.º; 68/1984, de 11 de junio, FJ 14, 5.º y 6.º, ofrece un buen ejemplo de interpretación conforme a la Constitución de una disposición estatutaria que se califica como ambigua; 99/1986, de 11 de julio, FJ 4.º, en un voto particular a esta Sentencia se sostiene, en contra del parecer de la mayoría, que los Estatutos deben adecuarse no sólo a la Constitución sino también a los otros Estatutos aprobados con anterioridad, pues carece de sentido que el mismo legislador –las Cortes Generales– apruebe Estatutos contrapuestos; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 2.º, etc.

⁴⁸ Así se reconoce expresamente en STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4.º a.

⁴⁹ El papel de la ley estatal interpuesta se describe con minuciosidad en la STC 76/1983, de 5 de agosto, y en lo que afecta a lo expuesto en el texto en el FJ 4.º.

Por otra parte, esta ley estatal interpuesta o norma estatal completiva del bloque de la constitucionalidad no puede modificar lo dispuesto en el Estatuto ni tan siquiera en el caso de que poseyera rango de Ley Orgánica como el mismo Estatuto. De forma que el Estatuto de Autonomía se aprueba por Ley Orgánica (conforme al art. 81 de la Constitución) y sólo puede ser modificado después por el procedimiento de reforma que en él mismo se prevé (art. 147.3 de la Constitución), procedimiento sometido a requisitos más complejos que los exigidos para la aprobación de las Leyes Orgánicas; los contenidos estatutarios quedan reservados a esas disposiciones específicas por mandato del art. 147.2 de la Constitución. Esta imposibilidad de que la Ley estatal delimitadora de competencias modifique el Estatuto ha sido denominada principio de indisponibilidad del Estatuto y opera tanto para el legislador estatal como para el autonómico.

B) En el mismo art. 28 de la LOTC, pero ahora en su apartado 2.º, se eleva la reserva de Ley Orgánica al bloque de la constitucionalidad, pues en dicho apartado se dispone «Asimismo, el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del art. 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-Ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido».

Este precepto debe ser puesto en conexión con el art. 81 de la Constitución donde se establece que «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

En virtud de la interrelación entre estos dos preceptos, si una norma con rango de ley ordinaria (Decreto-Ley, Decreto legislativo, Ley estatal o autonómica) modifica o deroga lo reglado en una Ley Orgánica será inconstitucional al invadir la reserva de materias que para ese tipo de normas hace el mencionado art. 81. Una inconstitucionalidad por infracción de la reserva de Ley Orgánica. De forma que, en cierta medida, los contenidos de la reserva de Ley Orgánica del art. 81 de la Constitución se elevan al parámetro de control de la constitucionalidad, de un lado, frente a posibles Leyes Orgánicas que regulen otras materias no contempladas expresamente allí, y, de otro, frente a leyes ordinarias que se adentren en estas materias que les vienen vedadas, pues la reserva que el art. 81 establece posee carácter absoluto o, si se prefiere, alcance positivo y negativo. Todo ello ha dado lugar a una viva

polémica en nuestro país sobre las relaciones entre Ley Orgánica y Ley ordinaria y si estas vienen ordenadas conforme al principio de jerarquía o el de competencia, que no hace al caso exponer aquí, pues la inconstitucionalidad se produce, en todo caso, por infracción de la reserva de Ley Orgánica, esto es, del art. 81 de la Constitución pero las leyes orgánicas no son, obviamente, normas constitucionales.

Y es necesario recordar que entre los contenidos reservados a la Ley Orgánica por el art. 81 se encuentra el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalizados en el Capítulo II, Sección primera del Título I, es decir, arts. 15 a 29.

5. Supremacía de la Constitución y Derecho Comunitario Europeo

La supremacía de la Constitución se ve condicionada en virtud del Derecho Comunitario Europeo⁵⁰. Así se desprende claramente de la propia Constitución en sus arts. 95 y 93. En el art. 95 de la Constitución se prescribe, con carácter general, que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional; de manera que un tratado sólo será constitucionalmente legítimo y la norma internacional resultará de aplicación, si se reforma previamente la Constitución allí donde surja la antinomia.

Pero la misma Constitución en su art. 93 excepciona de esta regla general el supuesto de la adhesión a las Comunidades Europeas; entonces, mediante Ley Orgánica se puede autorizar la celebración de tratados por los que se atribuye una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución; en uso de este precepto efectivamente se aprobó,

⁵⁰ De entre los bastantes trabajos sobre esta problemática y que reflejan el estado de la cuestión en nuestro país pueden verse los siguientes: MUÑOZ MACHADO, Santiago: *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea v la Constitución Española*. Civitas, 1980, Madrid; REMIRO BROTONS, Antonio: *La acción exterior del Estado*, Madrid, Tecnos, 1984; LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986; PÉREZ TREMPES, Pablo: «Justicia comunitaria, Justicia Constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, pp. 157 y ss; VINTRO CASTELLS, Joan: «El control de la constitucionalitat del dret comunitari en materia de drets fonamentals» en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1986, n.º 3, pp. 183 y ss; ALONSO GARCÍA, Enrique: «La incidencia de la entrada en las Comunidades Europeas en el sistema constitucional de fuentes del derecho» en *VVAA Implicaciones constitucionales y políticas del ingreso de España en la CE y sus incidencia en las Comunidades Autónomas*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1986, 1986. G. CHUECA, Ángel: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989.

primero, la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas y, más tarde, la Ley Orgánica 4/1986, de 26 de noviembre, que autoriza la prestación del consentimiento del Estado respecto del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986; y es notoria la existencia de un derecho comunitario originario, contenido en los tratados de constitución, junto a otro derivado o secundario y emanado por los propios órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de la Comunidad; además amplios sectores del ordenamiento comunitario tienen eficacia directa en las relaciones jurídicas sin necesidad de un desarrollo posterior y deben ser actuados por las autoridades estatales, incluidos Jueces y Tribunales; por consiguiente, la posibilidad de una colisión entre normas constitucionales y derecho comunitario derivado no puede descartarse como hipótesis.

En nuestros días empieza a ser algo mayoritariamente admitido (pues el propio art. 93 de la Constitución da pie a ello y con las matizaciones que luego se harán) que el derecho comunitario y también el derivado prevalece en caso de colisión sobre el derecho interno, incluidas las normas constitucionales, aunque sean varias las explicaciones o principios conforme a los cuales doctrinalmente se justifica esta primacía del derecho comunitario (jerarquía, competencia, prevalencia). Sin embargo, esta cuestión no es todavía ni mucho menos pacífica. Pero, cualquiera que sea la posición que se adopte, no puede negarse que dicha primacía de las normas comunitarias altera sustancialmente la tradicional y exclusiva supremacía de las normas constitucionales dentro del ordenamiento.

En efecto, distintos autores han sostenido durante mucho tiempo que esa primacía del derecho comunitario no puede producirse en todo caso, y especialmente en los supuestos en que se altere la misma identidad constitucional y, en concreto, el nivel de protección que el derecho interno ofrezca a los derechos fundamentales y libertades públicas; pues ceder competencias a una organización supranacional no es abdicar del ejercicio del poder constituyente y debe haber límites constitucionales a la transferencia de competencias. Esta problemática, consistente en el eventual conflicto entre derecho comunitario y normas constitucionales en materia de derechos fundamentales, ha sido puesta en conexión por la doctrina científica con la posibilidad de un control de constitucionalidad del derecho comunitario. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido siempre rotunda en este punto: la invocación de lesiones de derechos fundamentales en la manera en que vengan formulados en la Constitución de un Estado miembro no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad ni a su efecto directo. En el otro extre-

mo, y en un primer momento, algunos Tribunales Constitucionales (el italiano, el alemán) han sostenido, mediante distintas argumentaciones, su competencia para declarar la inaplicación de aquellas normas comunitarias que ofrezcan un nivel de protección de los derechos fundamentales inferior al que prestan las normas constitucionales. Sin embargo, no es ocioso recordar, que la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español, emanada en 1979 y, por tanto, cuando ya eran conocidos algunos de estos precedentes de derecho comparado, no contempla expresamente una vía para efectuar el control del derecho comunitario.

Resulta imposible ahora reseñar los términos concretos en que este debate se ha ido produciendo, pero puede ponerse de manifiesto, primeramente, que el actual nivel de reconocimiento en el ámbito comunitario de los derechos fundamentales (en lo que atañe a su contenido esencial antes que a su concreta regulación positiva) es bastante similar al de los ordenamientos internos, lo que contribuye a hacer muy marginal la posibilidad real de estas colisiones normativas. Por otra parte, aunque ciertamente los tratados constitutivos de las Comunidades no incorporan una declaración de derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia ha ido progresivamente considerando los derechos fundamentales reconocidos por los Estados miembros y por el Convenio Europeo como parte de los principios generales del derecho comunitario y, en esa medida, como un límite a las actuaciones de la Comunidad, contribuyendo a hacerlos efectivos; y en el caso español la propia Constitución, art. 10.2, reenvía a los tratados internacionales y declaraciones de derechos ratificados por España para interpretar los preceptos constitucionales, lo que eleva los derechos fundamentales fijados por la Comunidad a parámetros y aboca a una interpretación conjunta de los mismos; circunstancias que de nuevo debilitan las bases de las que parte la hipótesis de la colisión normativa.

Todo ello ha llevado a un punto en que puede decirse que el Juez o Tribunal ordinario que ha de aplicar una norma comunitaria y estima que puede ser contraria a los derechos fundamentales, como éstos son también parte del ordenamiento comunitario, debe pedir al Tribunal de Justicia de la Comunidad que se pronuncie sobre la misma y aprecie su conformidad a derecho, planteando una cuestión prejudicial que viene regulada en el art. 177 del Tratado de la CEE. En suma, sólo el Tribunal de Justicia puede enjuiciar la validez de una norma comunitaria y aún en el caso de que su regularidad se plantease por una posible trasgresión de derechos fundamentales, y en definitiva, de los límites constitucionales.

II. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. Regulación de los derechos fundamentales en la Constitución española

1.1 *Extensión y minuciosidad de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. Normas constitucionales vs normas internacionales sobre derechos humanos*

La Constitución española de 1978 contiene una regulación muy extensa y detallada de los derechos fundamentales, a la que dedica su Título Primero (arts. 10 a 55).

Puede afirmarse que esta materia –la relativa a los derechos fundamentales– fue objeto de muy especial atención en los trabajos preparatorios de la Constitución. También es preciso señalar que el consenso entre todas las fuerzas políticas que participaron en la elaboración del texto constitucional fue muy elevado en lo que se refiere a la redacción del Título Primero. Estas circunstancias se explican, en última instancia, en virtud de dos factores complementarios.

En primer término, la preocupación por conseguir una normativa minuciosa y perfeccionada sobre los derechos fundamentales constituye una reacción natural frente a la situación histórica preconstitucional. No debe olvidarse que, durante cuarenta años, España estuvo sometida a un régimen autoritario en el que muchos derechos fundamentales no estaban reconocidos, o bien, se hallaban limitados estrictamente en su ejercicio y eran frecuentemente conculcados en la práctica.

Por otra parte, la Constitución española de 1978, dado el momento histórico en que se elaboró, pudo recoger e inspirarse en la regulación constitucional de otros Estados democráticos, principalmente europeos, así como en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, en especial, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Precisamente, los Pactos de 1966 fueron ratificados por España el 13 de abril de 1977, durante el período de elaboración de la Constitución española.

El Convenio Europeo fue ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, meses después de la aprobación de la Constitución. Los Pactos y el Convenio, como cualquier tratado internacional válidamente celebrado y publicado en España, forman parte del Derecho interno español, según el art. 96 de la Constitución. Además, el art. 10.2 de la Constitución dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Esto no quiere decir que los tratados internacionales sobre derechos fundamentales tengan en España el valor de normas constitucionales, a todos los efectos. Ahora bien, de una parte, la regulación constitucional de los derechos fundamentales coincide sustancialmente con la de los textos internacionales, aunque aquella es más amplia y más detallada en muchos aspectos. De otra parte, la infracción de los tratados internacionales constituye una infracción del Derecho interno, aunque no suponga al mismo tiempo una infracción constitucional. En este caso, dicha infracción puede ser alegada ante los tribunales ordinarios españoles, en la misma forma y con los mismos efectos que la infracción de una ley interna. Por último, las normas internacionales sobre derechos humanos tienen una eficacia interpretativa de las normas constitucionales españolas sobre las mismas materias. En este sentido, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen una eficacia constitucional, indirecta o mediata, en España.

Pero no existe una relación de jerarquía entre los tratados internacionales y la Constitución española. Ningún tribunal español, ni siquiera el Tribunal Constitucional, podría dejar de aplicar un precepto de la Constitución porque sea incompatible con un tratado internacional ratificado por España. Las eventuales antinomias entre la Constitución y los textos internacionales deben resolverse por vía interpretativa. En la actualidad, esos hipotéticos conflictos normativos irreductibles no existen en realidad, pues la Constitución, como se ha dicho, se inspira directamente en la regulación de los tratados internacionales. Si, en el futuro, se quisiera celebrar por España un tratado internacional que contuviera estipulaciones contrarias a la Constitución, se exige la previa revisión constitucional, según dispone el art. 95.1 de la propia Constitución. A estos efectos, el art. 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional faculta al Gobierno y a cada una de las Cámaras legislativas para requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado, antes de que el Estado español preste su consenti-

miento al mismo. La declaración del Tribunal Constitucional es vinculante. Este procedimiento no ha sido nunca utilizado.

1.2 *Tipos de derechos fundamentales en la Constitución española e intensidad del grado de protección jurisdiccional de los mismos*

La Constitución española divide el conjunto de los derechos fundamentales que reconoce en tres grupos: a) los que denomina «derechos fundamentales y libertades públicas» *stricto sensu*, regulados en la Sección 1.^a del Capítulo Segundo del Título I; b) los que denomina «derechos (y deberes) de los ciudadanos», regulados en la Sección 2.^a del Capítulo Segundo del Título I; c) los que define como «principios rectores de la política social y económica», regulados en el Capítulo Tercero del Título I.

No existe, en sentido propio, una relación de jerarquía entre los preceptos constitucionales que regulan unos u otros tipos de derechos fundamentales. Sin embargo, existen algunas diferencias importantes entre ellos: en cuanto a su aplicabilidad en las relaciones jurídicas intersubjetivas, directa o mediata; en cuanto al tipo de normas infraconstitucionales que pueden regularlos, en desarrollo de la constitución; en cuanto al procedimiento, más sencillo o gravoso, de reforma de los preceptos constitucionales que los regulan: y, sobre todo, en cuanto a la forma de protección jurisdiccional.

a) Los «derechos fundamentales y libertades públicas» *stricto sensu* comprenden, en términos resumidos, el derecho a la vida y a la integridad física y moral de la persona (art. 15), la libertad ideológica y de culto (art. 16), el derecho a la libertad y seguridad personales y las garantías en caso de detención (art. 17), el derecho al honor, al respeto de la vida privada y a la propia imagen, al derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 18), la libertad de residencia y circulación (art. 19), la libertad de expresión e información (art. 20), el derecho de reunión (art. 21) el derecho de asociación (art. 22), el derecho de participación política y de acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23), el derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías esenciales del proceso (art. 24), el derecho a la legalidad de las penas y sanciones administrativas y las garantías esenciales de los presos (art. 25), el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (art. 27), la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28) y el derecho de petición (art. 29).

Los preceptos constitucionales que regulan estos derechos y libertades son directamente aplicables, aún en ausencia de leyes que los regulen, según

ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios⁵¹. En cualquier caso, las normas infraconstitucionales que desarrollen esos preceptos de la Constitución deben asumir la forma de leyes orgánicas (art. 81 de la Constitución). Estas son leyes del Parlamento estatal o Cortes Generales, que deben ser aprobadas por mayoría absoluta (la mitad más uno) de los miembros de la Cámara baja o Congreso de los Diputados. Las leyes orgánicas de regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas deben respetar su contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución).

Por otra parte, aunque en la Constitución española no existen normas insusceptibles de revisión o modificación, cualquier reforma de los preceptos constitucionales que regulan esos «derechos fundamentales y libertades públicas» se somete al procedimiento extraordinario y especialmente gravoso establecido en el art. 168 de la Constitución, a que ya se ha hecho referencia con anterioridad. Merece la pena destacar que es un procedimiento sólo aplicable, además, a la revisión total de la Constitución, a la reforma del Título Preliminar, que establece los principios esenciales del sistema constitucional, y a la reforma del Título II, que regula la Corona. Ello da idea de la trascendencia que el constituyente ha atribuido a la regulación de los denominados «derechos fundamentales y libertades públicas».

Estos «derechos fundamentales y libertades públicas» (más el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación y el derecho a la objeción de conciencia, reconocidos en los arts. 14 y 30 de la Constitución, respectivamente) gozan de un sistema reforzado de garantías jurisdiccionales. Al igual que cualquier otro derecho constitucional, la infracción de aquellos derechos y libertades puede hacerse valer ante cualquier juez o tribunal ordinario, de acuerdo con sus respectivas competencias. Pero, además, una vez agotada la vía ordinaria procedente, cualquier interesado puede solicitar del Tribunal Constitucional la protección de sus «derechos fundamentales y libertades públicas», a través de un recurso individual, denominado *recurso de amparo* (art. 53.2) de la Constitución). Este tipo de recurso y, por tanto, el acceso de los particulares ante el Tribunal Constitucional no puede utilizarse en ningún otro caso, ni siquiera por referencia a otros derechos constitucionales. En definitiva, la Constitución española dispensa un trato muy especial de protección a los denominados «derechos fundamentales y libertades públicas». Esto no significa, en sentido propio, que las normas constitucionales que los

⁵¹ SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 63/1982, de 20 de octubre; 77/1982, de 20 de diciembre; 39/1983, de 16 de mayo; 22/1984, de 17 de febrero, etc. Sobre la evolución de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, véase la nota 3.

regulan se consideren jerárquicamente superiores a otros preceptos de la Constitución. Por el contrario, la doctrina jurídica española y la jurisprudencia entienden, de manera prácticamente unánime, que todas las normas constitucionales tienen el mismo rango. No obstante, en caso de conflicto entre normas, y aunque es preciso interpretarlas de manera conjunta y armónica, el Tribunal Constitucional viene reconociendo que los «derechos fundamentales y libertades públicas» tienen un valor preferente en el ordenamiento español⁵². Y ello porque, en palabras del propio Tribunal, son la esencia misma del sistema constitucional.

b) Los denominados «derechos (y deberes) de los ciudadanos» comprenden el derecho y deber de defender a España, mediante un servicio militar obligatorio, salvo la objeción de conciencia, o el deber de prestar ciertos servicios civiles (art. 30), el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo (art. 31), el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer (art. 32), el derecho a la propiedad privada y a la herencia, delimitado por la función social de estos derechos (art. 33), el derecho de fundación para fines de interés general (art. 34), el derecho y el deber de trabajar (art. 35), el derecho a la negociación colectiva de las condiciones laborales y el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37), y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, de acuerdo con las exigencias del interés general y, en su caso, de la planificación (art. 38).

Estos derechos constitucionales tienen, en algunos casos, un contenido bastante indeterminado, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional ha afirmado que alguno de ellos (así, la libertad de empresa) constituye una simple garantía institucional⁵³. Su regulación infraconstitucional debe realizarse también por ley, que asimismo debe respetar su contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución). Ahora bien, no precisan ser regulados por ley orgánica, sino por simple ley ordinaria, ya sea aprobada por el Parlamento estatal o incluso, en ciertos supuestos, por los Parlamentos o Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas (Regiones), según la distribución constitucional de las competencias entre el Estado y estas Comunidades. Además, se considera que la reserva de ley no es tan estricta y absoluta en este ámbito como el de los «derechos fundamentales y libertades públicas», ya que admite un desarrollo por normas reglamentarias o administrativas, siempre que en la ley

⁵² Sobre el valor esencial, nuclear o preferente de los derechos fundamentales y libertades públicas, véanse las SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 66/1985, de 23 de mayo; 109/1985, de 8 de octubre, entre otras muchas.

⁵³ STC 83/1984, de 24 de julio.

se establezca la regulación material de los aspectos o elementos más importantes de cada derecho fundamental⁵⁴.

Los preceptos constitucionales que regulan estos «derechos y deberes de los ciudadanos» pueden ser modificados por el procedimiento ordinario de reforma constitucional, regulado en el art. 167 de la Constitución.

Estos derechos constitucionales también pueden ser alegados por los particulares ante los jueces y tribunales ordinarios competentes, frente a cualquier acto u omisión de otros particulares o de los poderes públicos que los vulneren, incluidos los reglamentos o normas aprobadas por las administraciones públicas. Pero no gozan de la garantía reforzada del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por otra parte, los jueces y tribunales ordinarios carecen de potestad para inaplicar o anular una norma con rango de ley, según se ha expuesto, aunque siempre pueden plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad. Aparte de este procedimiento de revisión de la constitucionalidad de las leyes, también se puede interponer un recurso de inconstitucionalidad, directo y abstracto, ante el Tribunal Constitucional. Pero esta facultad de recurrir esta reservada a determinados órganos constitucionales: el Presidente del Gobierno, 50 Diputados, 50 Senadores, el Defensor del Pueblo (ombudsman) y los Gobiernos y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Quiere ello decir, que, salvo en materia de «derechos fundamentales y libertades públicas», en que los particulares afectados pueden acudir personalmente y con carácter subsidiario ante el Tribunal Constitucional interponiendo el recurso de amparo, la defensa de los demás derechos constitucionales frente a las leyes que puedan vulnerarlos no puede ser llevada personalmente por los interesados ante el Tribunal Constitucional. El enjuiciamiento de tales leyes depende de la libre decisión de los órganos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad. En caso de que no ejercitar esta facultad, que normalmente no suspende la eficacia de la ley impugnada mientras se tramita el recurso, y mientras ningún juez plantee una cuestión de inconstitucionalidad, que tampoco tiene efecto suspensivo *erga omnes*, la ley que regule, limite o afecte a un derecho constitucional debe ser aplicada por los jueces y tribunales ordinarios.

c) Los «derechos» constitucionales que se incluyen entre los «principios rectores de la política social y económica» son los correspondientes a la obligación de los poderes públicos de protección de la familia y, en particular, de los hijos y de las madres (art. 39), a una necesaria acción de los poderes

⁵⁴ SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 83/1984, de 24 de julio; 99/1987, de 11 de junio.

públicos que garantice el desarrollo y la estabilidad económica, la redistribución de la riqueza, el pleno empleo y determinadas condiciones de trabajo (art. 40), al deber de los poderes públicos de mantener un sistema público y general seguridad social (art. 41), a la obligación del Estado de proteger a los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42), el «derecho a la protección de la salud» (art. 43), el «derecho» a acceder a la cultura (art. 44), el «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado» (art. 45), los que deriven de la obligación de los poderes públicos de garantizar la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46), el «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (art. 47), los correspondientes a la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48), al deber de los poderes públicos de garantizar a los ciudadanos la suficiencia económica y un sistema de servicios sociales durante la tercera edad (art. 49), y los que deriven de la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios (art. 50).

Los preceptos de este Capítulo Tercero del Título I de la Constitución tienen un contenido más general y una eficacia distinta a la de los derechos constitucionales reconocidos en el Capítulo Segundo. La doctrina jurídica mayoritaria y la jurisprudencia consideran que se trata de normas jurídicas en sentido pleno y no de simples declaraciones retóricas o programáticas⁵⁵. Sin embargo, no contienen verdaderos derechos subjetivos *stricto sensu*, que puedan hacerse valer directamente por los ciudadanos ante los poderes públicos. El art. 55.3 de la Constitución dispone al respecto que los principios rectores de la política social y económica «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Por tanto, se trata de mandatos constitucionales cuyo destinatario directo es, ante todo, el legislador.

Ahora bien, dispone igualmente el art. 55.3 que el reconocimiento, el respeto y la protección de esos principios «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Aunque el alcance exacto de esta cláusula es objeto de controversia, no cabe duda de que los principios rectores de la política social y económica constituyen un elemento para la interpretación finalista de las leyes. De esta forma, pueden tener una eficacia legitimadora de los límites que el legislador impone al ejercicio de otros derechos, incluso constitucionales. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha aludido a algunos de estos principios como fun-

⁵⁵ STC 80/1982, de 20 de diciembre.

damento de la legitimidad constitucional de algunas restricciones o limitaciones legales del contenido del derecho de propiedad privada, bien sobre los terrenos y explotaciones agrícolas⁵⁶, bien sobre los recursos hidráulicos⁵⁷. La misma función legitimadora desempeñan, por poner otro ejemplo, en relación con ciertas normas que establecen «discriminaciones positivas», es decir, desigualdades de trato establecidas por el legislador en favor de determinados grupos sociales o categorías de ciudadanos merecedores de especial protección⁵⁸. La desigualdad de trato favorable, fundada en alguno de esos principios rectores, constituye justificación suficiente, lo que impide constatar la infracción del derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el art. 14 de la Constitución. También en algún caso, el Tribunal Constitucional ha destacado la obligación del legislador de desarrollar en la práctica alguno de dichos principios⁵⁹. Por último, no puede excluirse la posibilidad de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de una ley que incumpla nítidamente y exclusivamente alguno de los principios rectores de la política social y económica, si bien hasta ahora nunca se ha planteado esta posibilidad, es decir, la anulación de una ley por la simple infracción de alguno de dichos principios.

Por lo demás, como es obvio, estos principios constitucionales no pueden ser defendidos por los particulares ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. No se exige, para su desarrollo y concreción, una reserva de ley absoluta. Y pueden ser modificados mediante el procedimiento ordinario de reforma constitucional.

2. Regulación infraconstitucional, interpretación y aplicación de los derechos fundamentales

2.1 Regulación infraconstitucional

La normativa constitucional no agota la regulación vigente sobre los derechos fundamentales en el Derecho interno español. Aunque algunos de los preceptos de la Constitución tengan, de por sí, un contenido concreto y

⁵⁶ STC 37/1987, de 26 de marzo

⁵⁷ STC 227/1988, de 29 de noviembre

⁵⁸ STC 19/1982, de 5 de mayo

⁵⁹ Señaladamente, en la STC 45/1989, de 20 de febrero, en la que se destaca la obligación constitucional de tener en cuenta el principio de protección de la familia en la regulación del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

aplicabilidad directa e inmediata, su regulación puede ser desarrollada, en la mayoría de los casos, por normas jurídicas de rango inferior a la Constitución.

Es desarrollo normativo debe hacerse por ley orgánica, en el caso de los denominados derechos fundamentales y libertades públicas», y por ley ordinaria en el caso de los llamados «derechos y deberes de los ciudadanos», en los términos que se han expuesto con anterioridad. La Ley establece, en ambos casos, una regulación más detallada del contenido de cada derecho, así como las formas y límites de ejercicio y, en su caso, las garantías jurídicas para su defensa. Pero la ley debe respetar siempre el contenido esencial del derecho constitucional que regula.

El contenido esencial de cada derecho debe deducirse por vía interpretativa. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 11/1981, de 8 de abril ha declarado qué debe entenderse por contenido esencial. Este es el «conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar convertido en otro, desnaturalizándose». Dicho de otra manera, según el Tribunal, el contenido esencial comprende «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos»⁶⁰.

Las leyes reguladoras de los derechos fundamentales vinculan a todos los ciudadanos y a los poderes públicos, mientras estén en vigor. No obstante, su eventual disconformidad con el texto constitucional puede hacer valer a través de los recursos, de inconstitucionalidad y de las cuestiones de inconstitucionalidad que se planteen ante el Tribunal Constitucional. Además, cuando se trata de leyes que regulan los «derechos fundamentales y libertades públicas» stricto sensu, los particulares interesados que impugnen a través del recurso de amparo un acto de aplicación de la ley, pueden solicitar del Tribunal Constitucional que se pronuncie también sobre la constitucionalidad de la ley con carácter *erga omnes*. Si el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo, por entender que la ley aplicada en el caso concreto vulnera derechos fundamentales o libertades públicas, el Pleno del Tribunal, en nueva sentencia, puede declarar la inconstitucionalidad de la ley misma, con efectos generales (art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

⁶⁰ En sentido semejante, SSTC 62/1983, de 11 de julio; 124/1984, de 18 de diciembre; 67/1985, de 24 de mayo; 77/1985, de 27 de junio.

En la actualidad, el legislador español ha regulado, en desarrollo de la Constitución, la práctica totalidad de los derechos fundamentales⁶¹.

2.2 Interpretación de los derechos fundamentales

La interpretación de las normas constitucionales y legales que regulan los derechos fundamentales corresponden a todos los órganos judiciales en el ámbito de sus competencias, es decir, en los procesos que enjuician. En el Derecho español no rige, al menos con carácter propio, el principio *stare decisis*, por lo que es posible que se produzcan interpretaciones distintas de un mismo derecho fundamental por órganos judiciales distintos.

Ahora bien, la unidad jurisprudencial se consigne en virtud de un doble mecanismo. En primer lugar, mediante los recursos que pueden interponerse contra las resoluciones de los jueces y tribunales inferiores ante los tribunales superiores. En especial, a través los recursos de casación, revisión u otros que pueden interponerse en muchos casos ante el Tribunal Supremo, que es el órgano superior en todos los ordenes jurisdiccionales, salvo las competencias que corresponden al Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales. Es preciso señalar, al respecto, que el recurso de casación puede interponerse por infracción de la doctrina legal o jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Además, el art. 5.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial dispone que todos los jueces y tribunales, incluido el Tribunal Supremo, deben interpretar y aplicar las leyes y reglamentos conforme a la Constitución y a la interpretación de los preceptos constitucionales que realice el Tribunal Constitucional. En consecuencia, la unidad interpretativa de los derechos constitucionales se asegura mediante de las decisiones del Tribunal Constitucional. Esta función jurisprudencial del Tribunal es más notoria por relación a los denominados

⁶¹ Aparte de las garantías de seguridad personal y libertad y de las garantías esenciales del proceso, que se regulan en las leyes procesales, y de la regulación de los derechos de participación política en las leyes electorales, de referéndum e iniciativa legislativa popular, es preciso mencionar las siguientes leyes específicas reguladoras de derechos fundamentales y libertades públicas: Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa; Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, del Derecho de Reunión; Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, sobre el Derecho de Rectificación; Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, del «Habeas Corpus»; Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación; Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Otras leyes preconstitucionales, como la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, la Ley de Asociaciones, de 24 de diciembre de 1964 o la Ley reguladora del Derecho de Petición, de 22 de diciembre de 1960 siguen parcialmente en vigor, aunque muchos de sus preceptos han quedado derogados por la Constitución.

«derechos fundamentales y libertades públicas», puesto que resuelve un número importante y creciente de litigios en esta materia, a través del procedimiento subsidiario del recurso de amparo.

En el Derecho español no existe un criterio único o prioritario de interpretación de las normas jurídicas, incluida la Constitución. El art. 3.1 del Código Civil dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». El Tribunal Constitucional tiene en cuenta todos estos criterios, al interpretar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sin que pueda señalarse, con carácter general, la preferencia por unas a otras técnicas de interpretación⁶².

En cualquier caso, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional tiene muy en cuenta la conexión de los derechos fundamentales con los principios del ordenamiento democrático, en especial los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que se destacan en el art. 1 de la Constitución. De ahí que el Tribunal considere que los derechos fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva o individual, sino también una vertiente institucional⁶³, ya que son «fundamento del orden político (democrático) y de la paz social», según el art. 10.1 de la Constitución. La interpretación de los derechos constitucionales se realiza en atención a esta doble significación complementaria. Además, el Tribunal Constitucional suele tener en cuenta también un criterio de unidad de la Constitución, que exige dotar a cada uno de sus preceptos de la mayor fuerza normativa⁶⁴.

De otra parte, según se ha dicho, el art. 10.2 de la Constitución obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En la práctica, es frecuente que los órganos judiciales y el propio Tribunal Constitucional utilicen los preceptos de la Declaración Universal y de los tratados internacionales en especial los Pactos Internacionales de 1966 y el Convenio Europeo de 1950, para interpretar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Cons-

⁶² No obstante, el Tribunal insiste en la necesidad de una interpretación sistemática y finalista, más que estrictamente literal. Véase las SSTC citadas en la nota 10, así como la STC 262/1988, de 22 de diciembre.

⁶³ SSTC 25/1981, de 14 de julio; 114/1984, de 29 de noviembre, 159/1986, de 16 de diciembre, entre otras muchas.

⁶⁴ STC 227/1988, de 29 de noviembre.

titución⁶⁵. No sólo eso, sino que también es frecuente la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁶. La jurisprudencia de este Tribunal despliega, así, un efecto indirecto, pero cierto, en el Derecho interno español.

De la utilización de esos criterios interpretativos viene resultando, en la práctica, una doctrina jurisprudencial en materia de derechos fundamentales, elaborada sobre todo por el Tribunal Constitucional, que puede calificarse de extensiva o progresiva, en términos generales. A través de numerosas sentencias, el Tribunal ha desarrollado el alcance de los derechos fundamentales, más allá de lo que una interpretación estrictamente literal de la regulación constitucional podía hacer prever. En particular, esa interpretación abierta y progresiva afecta a los denominados «derechos fundamentales y libertades públicas», por su directa relación con los fundamentos esenciales del orden democrático que la Constitución proclama. De ellos ha declarado el Tribunal Constitucional que tienen un valor preferente en el conjunto de los derechos y normas constitucionales.

2.3 *Aplicación de los derechos fundamentales*

Según el art. 53.1 de la Constitución, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I «vinculan a modos los poderes públicos». Todos los poderes públicos, sin distinción, están obligados a respetarlos y aplicarlos en el ejercicio de sus funciones –legislativas, ejecutivas o administrativas, o judiciales–, y en el ámbito de sus respectivas competencias. Por supuesto, los derechos fundamentales vinculan también a los ciudadanos (art. 9 de la Constitución) o, con mayor precisión, a todas las personas, físicas o jurídicas, de naturaleza privada y deben ser aplicados igualmente en el ámbito de las relaciones *inter privatos*.

No existen excepciones, dispensas, o limitaciones subjetivas al deber general de aplicación de los derechos fundamentales. Cosa distinta es que algunos de esos derechos (ciertas garantías de seguridad y libertad personal, la inviolabili-

⁶⁵ Por ejemplo, SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 108/1984, de 26 de noviembre; 37/1988, de 3 de marzo.

⁶⁶ SSTC 12/1981, de 10 de abril; 21/1981, de 15 de junio; 22/1981, de 2 de julio; 24/1981, de 14 de julio; 31/1981, de 28 de julio; 41/1982, de 2 de julio; 53/1982, de 22 de julio; 62/1982, de 15 de octubre; 18/1983, de 14 de marzo; 44/1983, de 24 de mayo; 73/1983, de 30 de julio; 36/1984, de 14 de marzo; 101/1984, de 8 de noviembre; 108/1984, de 26 de noviembre; 114/1984, de 29 de noviembre; 5/1985, de 23 de enero; 44/1985, de 22 de marzo; 53/1985, de 11 de abril; 74/1985, de 18 de junio; 65/1986, de 22 de mayo; 2/1987, de 21 de enero; 196/1987, de 11 de diciembre; 37/1988, de 3 de marzo; 67/1988, de 18 de abril; 71/1988, de 19 de abril; 106/1988, de 8 de junio; 112/1988, de 8 de junio; etc.

dad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, las libertades de información y expresión, el derecho de reunión, el derecho de huelga y de adoptar medidas de conflicto colectivo) puedan ser suspendidos con carácter general, si se declaran los estados de excepción o de simio, o bien derechos (el plazo límite de 72 horas de detención preventiva, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones) puedan ser suspendidos por personas determinadas, de forma individual, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, con la necesaria intervención judicial y adecuado control parlamentario (art. 55 de la Constitución)⁶⁷.

La aplicabilidad de aquellos derechos fundamentales, al contrario que la de los principios rectores de la política social y económica, es directa e inmediata *ex constitutione*, en todo tipo de relaciones jurídicas, sin necesidad de ley que los desarrolle. En consecuencia, pueden ser alegados ante cualquier juez o tribunal, y deben ser aplicados por estos, como Derecho aplicable, con el rango o valor constitucional que les es propio, es decir, con preferencia a las leyes que los vulneren. No obstante, es preciso recordar una vez más que los jueces y tribunales ordinarios –no así el Tribunal Constitucional– están también sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 de la Constitución), entendiendo por tal exclusivamente las normas que emanan del Poder Legislativo, estatal o regional. Los jueces y tribunales ordinarios, que deben inaplicar o anular las normas reglamentarias o administrativas contrarias a la ley o a la Constitución, no pueden, en cambio, inaplicar o anular las normas con rango de ley. Para conciliar la doble exigencia de respeto a la Constitución y a la ley, el art. 163 de la Constitución les faculta para plantear la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes aplicables al caso de que conozcan ante el Tribunal Constitucional, suspendiendo la tramitación del proceso hasta que el Tribunal se pronuncie sobre la conformidad o disconformidad de la ley con la Constitución.

3. Conflictos entre derechos fundamentales y conflictos entre derechos fundamentales y otras normas constitucionales

Los derechos fundamentales no son, evidentemente, derechos absolutos o ilimitados. No obstante, en la Constitución española no existe una regulación o disposición general limitativa del ejercicio de los derechos fundamentales.

⁶⁷ La suspensión de estos derechos ha sido regulada, últimamente, por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo. Otra Ley Orgánica, num. 4/1981, de 1 de junio, regula los estados de alarma, excepción y sitio. Esta Ley no ha tenido que ser aplicada nunca desde su aprobación.

No existe, ni siquiera, una disposición interpretativa de los derechos fundamentales que desempeñe una función de límite general, semejante, por ejemplo, a la que se establece en el art. 30 de la Declaración Universal o en el art. 17 del Convenio Europeo por la Protección de los Derechos Humanos.

Sí introduce la Constitución límites específicos del contenido o del ejercicio de determinados derechos. Así, por ejemplo, las libertades de información y expresión tienen su límite en el respeto a los demás derechos fundamentales, en los preceptos de las leyes que los 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 (art. 20.4); las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones pueden ser prohibidas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público (art. 21.2); las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales (art. 22.2); el ejercicio del derecho de huelga puede ser limitado para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (art. 28.2), límite este que también afecta al derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2); el derecho de propiedad privada y a el derecho a la herencia tienen un contenido delimitado por su función social, de acuerdo con las leyes (art. 33.2) y pueden ser objeto de expropiación por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización (art. 33.3); la libertad de empresa puede quedar limitada por exigencias de la economía general o, en su caso, de la planificación (art. 38).

Además, el Tribunal Constitucional viene reiterando en su jurisprudencia que el ejercicio de los derechos fundamentales puede ser limitado, de acuerdo con las leyes, por la necesidad de salvaguardar no solamente otros derechos fundamentales, sino también otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos⁶⁸. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha precisado, con carácter general y abstracto, cuales y cuantos son esos bienes constitucionales, sino que los deduce y aplica por relación a cada caso concreto. Pero, en todo caso, el Tribunal Constitucional ha declarado que los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, deben interpretarse restrictivamente, y que toda limitación debe ser proporcionada y razonable, en atención al fin que pretende proteger. Los actos de limitación deben motivarse; justificarse estrictamente⁶⁹.

⁶⁸ SSTC 11/1981, de 8 de abril; 26/1981, de 17 de julio; 2/1982, de 29 de enero, etc.

⁶⁹ Sobre las exigencias formales y sustantivas de la regulación y aplicación de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, SSTC 36/1982, de 16 de junio; 81/1983, de 10 de octubre; 91/1983, de 7 de noviembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 13/1985, de 31 de enero; 77/1985, de 27 de junio; 51/1986, de 24 de abril; 159/1986, de 16 de diciembre; 56/1987, de 14 de mayo; 196/1987, de 11 de diciembre; 254/1988, de 21 de diciembre.

Tampoco existe, en el Derecho español, una jerarquía formal entre las normas constitucionales, ni puede hablarse de una jerarquía formal de los derechos fundamentales, a pesar de la estructura del Título I de la Constitución, es decir, del diferente grado de protección que se dispensa a unos u otros derechos.

En consecuencia, los conflictos entre unas y otras normas constitucionales y entre unos y otros derechos fundamentales deben resolverse por vía interpretativa, como así sucede. Pero no es posible establecer ni encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional una pauta o criterio interpretativo único, conforme al que puedan resolverse todos los conflictos normativos. En cambio, si es posible deducir algunos criterios básicos o esenciales, que es preciso exponer ahora.

En caso de conflicto entre normas o entre derechos constitucionales, el Tribunal Constitucional intenta, ante todo, una interpretación integradora o armónica de los preceptos en conflicto, a la luz del criterio de unidad de la Constitución, de manera que ninguno de ellos quede vacío de contenido o privado de su fuerza normativa. Desde este punto de vista, es necesario dar prioridad a aquellas normas constitucionales especiales que establecen un límite concreto y previo a la titularidad o al ejercicio de un derecho fundamental. Por ejemplo, el art. 70 de la Constitución dispone la inelegibilidad e incompatibilidad de los cargos de Diputado y Senador con el desempeño de otros cargos públicos, tales como los de los componentes del Tribunal Constitucional, los altos cargos de la Administración, el Defensor del Pueblo, los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo y los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en activo. Esta es una limitación subjetiva especial del derecho fundamental de participación política que establece el art. 23 de la Constitución. Pero es obvio que debe darse prioridad a aquellas excepciones, por venir establecidas en un precepto constitucional especial, siempre que se interpreten estrictamente. De la misma manera, el art. 127 de la Constitución prohíbe a los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo pertenecer a partidos políticos o sindicatos, lo que constituye una excepción al ejercicio de las libertades de asociación y sindicación, que no puede ser desconocida⁷⁰.

En segundo lugar, el art. 53.1 de la Constitución obliga a respetar, en todo caso, el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I, ya sean «derechos fundamentales y libertades públicas» (Sección 1.^a) o «derechos (y deberes) de los ciudadanos» (Sección 2A). Ese contenido esencial no puede ser limitado o restringido por la aplicación de otras normas, aunque sean constitucionales. Ahora bien, para la

⁷⁰ STC 108/1986, de 29 de julio.

definición del contenido esencial de cada derecho no sólo debe tomarse en consideración el aspecto o vertiente individual del mismo, sino también su dimensión institucional⁷¹. Eso significa que el derecho fundamental ha de ser interpretado a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho que la Constitución proclama. Así, por ejemplo, no constituyen infracciones del contenido esencial del derecho de propiedad los límites y obligaciones impuestas por las leyes al propietario en virtud de la función social de la propiedad, siempre que se reconozca en su favor un cierto beneficio o utilidad económica individual. Por consiguiente, se han tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional, para delimitar el contenido esencial del derecho de propiedad, y también la libertad de empresa, otros preceptos constitucionales, tales como el que subordina toda la riqueza del país al interés general y permite la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales (art. 128); el que obliga a regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación y dispone que la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los poderes públicos (art. 47); y el que obliga a estos poderes a velar por la utilización racional de todos los recursos naturales para proteger y mejorar la calidad de vida y el medio ambiente (art. 45)⁷².

Otro criterio esencial para la resolución de los conflictos entre normas y derechos constitucionales es el del valor preferente que el Tribunal Constitucional reconoce a los «derechos fundamentales y libertades públicas» *stricto sensu* (no así a los «derechos de los ciudadanos» regulados en la Sección 2.^a del Capítulo Segundo del Título I). Esto no significa que los «derechos fundamentales y libertades públicas» no admitan límites a su ejercicio, derivados de otros derechos y otras normas constitucionales, o incluso de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pero hay que entender que cualquiera de esos límites debe ser interpretado restrictivamente. Es decir, debe aplicarse un principio de favor libertario, que obliga a elegir, por lo común, la solución más favorable al ejercicio del derecho fundamental, que sea razonablemente posible⁷³.

Por último, el conflicto puede producirse también entre dos derechos fundamentales o libertades públicas que tengan valor preferente en el conjunto del ordenamiento. En tales casos, y en la medida en que el ejercicio individual de uno y otro derecho no pueda conciliarse, el Tribunal Constitucional resuel-

⁷¹ STC 37/1987, de 26 de marzo.

⁷² SSTC 37/1987, de 26 de marzo y 227/1988, de 29 de noviembre.

⁷³ Véase las sentencias citadas en la nota 68.

ve el conflicto atendiendo a la dimensión institucional de cada derecho, desde la perspectiva de los valores superiores y principios básicos del orden democrático.

El supuesto más característico de conflicto entre «derechos fundamentales y libertades públicas», extraído de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es el que se produce entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor. A través de una serie de decisiones, bastante numerosas y matizadas, el Tribunal ha resuelto estos conflictos ponderando casuísticamente las circunstancias concurrentes. Pero, en caso de duda, atribuye cierta prevalencia a las libertades de expresión e información, en virtud de la dimensión institucional que estas últimas tienen en el sistema democrático. Según el Tribunal Constitucional español, las libertades de expresión e información «no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático»⁷⁴. Esta dimensión institucional no concurre en el derecho al honor, por más que este sea también un derecho de rango fundamental y aparezca expresamente regulado en la Constitución como un límite a aquellas libertades. Por eso, el Tribunal Constitucional considera que no es contraria a la Constitución la publicación o difusión de determinadas informaciones u opiniones, aunque puedan ser lesivas del honor de una persona, si versan sobre hechos noticiables o cuestiones de interés para la opinión pública, y en especial si constituyen una manifestación de crítica política, aunque sea radical y áspera en sus términos. Sobre todo si el afectado en su honor es una persona de relevancia pública o bien una institución pública o una categoría, cuerpo o clase de funcionarios o servidores públicos, y siempre que la información presente visos de veracidad y que la opinión expresada no se refiera a la vida privada del afectado o no sea gravemente injuriosa, manifiestamente difamatoria o insultante en sus términos o ajena al contexto de la libre expresión del pensamiento de su autor⁷⁵.

En definitiva, este ejemplo singular manifiesta la tendencia del Tribunal Constitucional español a resolver los conflictos entre normas constitucionales, en ausencia de toda jerarquía entre ellas, de acuerdo con el grado de vinculación de cada una con los valores y principios esenciales del orden democrático.

⁷⁴ SSTC 12/1982, de 31 de marzo; 104/1986, de 17 de julio y 6/1988, de 21 de enero.

⁷⁵ Véase, aparte de las citadas en la nota anterior, SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 51/1989, de 22 de febrero.

IX Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos París, 1993

Protección Constitucional y Protección Internacional de los Derechos del Hombre: ¿conurrencia o complementariedad?

INTRODUCCIÓN

1. El control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza o rango de ley se ha establecido en España con la Constitución de 27 de diciembre de 1978, cuyo Título IX (arts. 159 a 165) configura un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, erigiendo al Tribunal Constitucional en órgano al que corresponde, con carácter exclusivo, el monopolio de rechazo de las normas con fuerza o rango de ley contrarias a la Constitución¹.

Las previsiones del Título IX de la Constitución se han desarrollado en la Ley Orgánica 3/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC). Constituido el Tribunal Constitucional el 12 de julio de 1980, comenzó a ejercer sus funciones tres días más tarde, dictando su primera Sentencia en un procedimiento de control de leyes el 2 de febrero de 1981 (1). Desde entonces, y hasta el 1 de octubre de 1992, ha dictado un total de 437 Sentencias².

2. El Estado español ha suscrito diversos tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos; tratados y convenios que, por imperativo del art. 10.2 de la Constitución, se constituyen en parámetro interpretativo de «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce».

¹ STC 4/1981.

² Cfr., hasta el 31 de diciembre de 1991, *Tribunal Constitucional. Estadística 1980-1991*, Gabinete Técnico del Presidente del Tribunal Constitucional, Madrid, 1992.

Las fechas de integración de tales tratados en el ordenamiento interno son las siguientes:

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950): Firmado por España, junto con los protocolos 3 y 5, el 24 de noviembre de 1977 y ratificado por instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979), entrando en vigor el 4 de octubre de 1979.

El 23 de febrero de 1978 se firmaron los protocolos núms. 1 (ratificado por instrumento de 2 de noviembre de 1990), 2 (ratificado por instrumento de 18 de marzo de 1982) y 4 (pendiente de ratificación). El 20 de diciembre de 1984 se ratificó el protocolo núm. 6, firmándose el protocolo núm. 7 el día 19 de marzo de 1985 (pendiente de ratificación). Por último, y mediante instrumento de 9 de julio de 1989, España ratificó el protocolo núm. 8.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos (hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966): Firmado por España el 23 de septiembre de 1976, fue ratificado mediante instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977) y entró en vigor el 27 de julio de 1977.

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966): Firmado y ratificado por España en las mismas fechas que el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, entrando también en vigor el 27 de julio de 1977.

3. En el instrumento de ratificación del Convenio Europeo de 1950, España declaró, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46, que reconocía como obligatoria, por un período de tres años a partir del 15 de octubre de 1979, la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio que se suscitaran con posterioridad al 14 de octubre de 1979. Esta declaración se renovó, por un nuevo período de tres años, el 24 de septiembre de 1982; desde entonces, y ya por períodos de cinco años, se han sucedido nuevas renovaciones el 18 de octubre de 1985 y el 10 de octubre de 1990, declarándose, en esta última ocasión, que el sometimiento a la jurisdicción del Tribunal Europeo será reconducida tácitamente por nuevos períodos de cinco años si no se notifica la intención contraria antes de la expiración del período en curso. Finalmente, y al ratificar el protocolo adicional núm. 1 (el 2 de noviembre de 1990), y de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 del mismo, España reiteró las declaraciones formuladas en relación con el art. 46 del Convenio Europeo, reconociendo la competencia del Tribunal en relación con

las demandas suscitadas con motivo de hechos posteriores a la fecha de ratificación del protocolo y, en particular, respecto de los expedientes expropiatorios iniciados en el ámbito interno con posterioridad a dicha fecha.

Asimismo, al ratificar el Convenio de Roma el Estado español puso de manifiesto su intención de formular la declaración prevista en el *art. 25* tan pronto como lo permitiera el desarrollo legislativo posterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Dicha declaración se verificó finalmente el 7 de junio de 1983, por un período comprendido entre el 1 de julio de ese año y el 14 de diciembre de 1985. El 18 de octubre de 1985, España declaró reconocer, por un período de cinco años, la competencia de la Comisión Europea para conocer de las demandas dirigidas al Secretario General del Consejo de Europa, manifestando, además, que tal declaración será reconducida tácitamente por nuevos períodos de cinco años mientras no se notifique la intención contraria antes de la expiración del período en curso. Al ratificar el protocolo adicional núm. 1, el Estado español hizo extensiva al *art. 25* la declaración efectuada respecto del *art. 46*.

España se adhirió al *Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos* mediante instrumento de 17 de enero de 1985 (BOE núm. 79, de 2 de abril de 1985), entrando en vigor el 25 de abril de 1985. La competencia del Comité para conocer de las demandas de un Estado contra otro Estado (*art. 41*) fue reconocida por el Estado mediante declaración de 17 de noviembre de 1988.

4. La integración de estos Convenios en el ordenamiento interno español no ha estado exenta de reservas.

Así, en el instrumento de ratificación del *Convenio Europeo de 1950*, y de conformidad con su *art. 64*, España se reserva la aplicación de los arts. 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) y 6 (derecho a un juicio equitativo), en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones internas relativas al régimen disciplinario militar, así como la aplicación del *art. 11* (libertad de reunión y de asociación), en la medida en que fuere incompatible con los arts. 28 (libertad de sindicación y derecho a la huelga) y 127 (prohibición de afiliación de Jueces, Magistrados y Fiscales a sindicatos y partidos políticos) de la Constitución. De otro lado, se declara que el Estado español interpreta el *art. 10.1* punto tercero (régimen de autorización previa de empresas de radiodifusión, cinematografía o de televisión) como compatible con un régimen que corresponda a la organización de la radiodifusión y televisión en España, y que interpreta los arts. 15 y 17 (estados de guerra o de peligro público y restricciones de los derechos del Convenio) en el sentido de que permiten la

adopción de las medidas contempladas en los arts. 55 y 116 de la Constitución (estados de alarma, excepción y sitio).

Por su parte, el instrumento de ratificación del *Protocolo adicional núm. 1* (derecho de propiedad) contiene una reserva a la luz del art. 33 de la Constitución (que reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, declara la función social de la propiedad y condiciona la privación de bienes y derechos a la concurrencia de causa justificada de utilidad pública o interés social, mediando la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes).

Al ratificar el *Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, España ha declarado que interpreta su art. 5 en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no considerará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido o no lo esté siendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales. De otro lado, aun cuando aún no se ha autorizado el *Segundo Protocolo facultativo* (abolición de la pena de muerte), España tiene la intención de reservarse el derecho de aplicar la pena de muerte en los casos excepcionales y sumamente graves previstos en la Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar, en tiempo de guerra.

5. España suscribió el 12 de junio de 1985 el *Tratado de adhesión del Reino de España y la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica*, así como el *Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados*. Previa autorización concedida por la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985), la adhesión de España a las Comunidades Europeas se ratificó mediante instrumento de 20 de septiembre de 1985 (BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986). Mediante instrumento de 1 de enero de 1986, y previa autorización otorgada igualmente en la citada L.O. 10/1985, se ratificó la adhesión de España a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

El *Acta Única Europea* (firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986) fue firmada por España previa autorización concedida en Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de febrero de 1986, ratificándose –previa autorización por la Ley Orgánica 4/1986, de 26 de noviembre de 1986 (BOE núm. 288, de 2 de diciembre de 1986)– mediante instrumento de 9 de diciembre de 1986 (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1987), entrando el vigor el 1 de julio de 1987.

El *Tratado de la Unión Europea* (hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992), se encuentra aún pendiente de la necesaria autorización de las Cortes Generales para su celebración. La integración de este Tratado ha obligado a reformar previamente el art. 13.2 de la Constitución.

I. CONDICIONES DE INTEGRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS

1. Procedimientos

En el Capítulo Tercero del Título III de la Constitución de 1978 (arts. 93 a 96) se establecen las condiciones que han de observarse para la integración en el ordenamiento interno de normas internacionales. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 96, los tratados internacionales formarán parte del Derecho interno una vez publicados oficialmente en España. El momento de la integración es, pues, el de la publicación oficial, en España, de la norma internacional, si bien tal publicación sólo puede verificarse si el tratado se ha celebrado válidamente (art. 96), lo que exige estar, por un lado, a las previsiones del Derecho Internacional en punto a la celebración de convenios³ y, por otro –ya desde una perspectiva puramente interna–, a las condiciones previstas en los arts. 93 a 95 de la Constitución en cuanto a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados. Tales condiciones, diversas en función del tipo de tratado a celebrar, son las siguientes:

a) *Integración previa reforma de la Constitución*

En virtud de lo dispuesto en el art. 95.1 de la Constitución, «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». Ello supone que en ningún caso podrá prestarse el consentimiento del Estado para obligarse por medio de un tratado *contra Constitutionem*, apareciendo así el citado art. 95.1 como un precepto garantizador de la supremacía de las normas constitucionales en la medida en que ante tratados inconstitucionales remite inexcu-

³ Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980, y al que España se adhirió el 16 de mayo de 1972.

sablemente a una alternativa tan simple como contundente: la no celebración del tratado, sin más, o la celebración del mismo previa reforma constitucional por alguna de las dos vías diseñadas en los arts. 167 y 168 de la Constitución⁴. En principio, corresponde al Gobierno y a las Cámaras legislativas determinar si un concreto tratado contiene o no estipulaciones contrarias a la Constitución, pues son el Gobierno y las Cortes quienes participan en el proceso de conformación del consentimiento del Estado, si bien –y según habrá de verse⁵ – tanto uno como otras podrán requerir, facultativamente, al Tribunal Constitucional para que éste declare si el tratado que pretende celebrarse es contrario a la Constitución. El hecho de que ese requerimiento sea sólo facultativo permite pensar en la posibilidad de que se celebren tratados inconstitucionales; posibilidad frente a la que, ya con carácter represivo, se hace frente en el art. 27.2 c) LOTC. En cualquier caso, y en lo que ahora interesa, la supremacía de la Constitución –garantizada en el ámbito interno por los mecanismos de reforma de su Título X (arts. 166 a 169)– se ve asegurada en las relaciones entre el Derecho español y el internacional mediante la prohibición *ex art.* 95.1 de que se celebren tratados contrarios a la Constitución sin proceder antes a la reforma de esta última. Se trata, en definitiva, de evitar las contradicciones entre dos normas –la Constitución y el tratado– por la vía de la acomodación de la primera a la segunda o por la de la desaparición radical de la contradicción mediante la no integración en el Derecho interno del tratado.

⁴ La iniciativa para la reforma de la Constitución corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, pudiendo la Asambleas Legislativas autonómicas solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de reforma o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de reforma constitucional, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa (art. 166, por remisión al art. 87.1 y 2 de la Constitución). El procedimiento más simple de revisión (art. 167) exige la mayoría de los tres quintos de cada Cámara; de no alcanzarse un acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de Diputados y Senadores, la cual presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. Si tampoco así se logra aprobar la reforma, el Congreso puede aprobarla por mayoría de dos tercios, siempre que en el Senado haya votado a favor de la reforma, al menos, la mayoría absoluta de la Cámara. Una vez aprobada la revisión constitucional, será sometida a referéndum si así lo solicitan, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras. El art. 168 prevé un procedimiento agravado de reforma cuando se pretenda revisar totalmente la Constitución o si se trata de reformas parciales que afecten a los arts. 15 a 29 o al Título II (De la Corona). En este caso se exige que una mayoría de dos tercios en cada Cámara apruebe la propuesta de reforma, procediéndose a continuación –si se alcanzan esas mayorías – a la disolución de las Cortes y a la convocatoria de elecciones generales. Las nuevas Cámaras deben ratificar la decisión de reforma y elaborar un texto constitucional que sólo será aprobado por una nueva mayoría de dos tercios en ambas Cámaras (no se prevé una Comisión paritaria para los casos de desacuerdo, ni tampoco la posibilidad de que el Congreso supla la falta de mayoría en el Senado). Finalmente, una vez aprobada en las Cortes, la reforma debe someterse en todo caso a referéndum para su ratificación.

⁵ *Vid. infra* 1-2.1

b) *Integración mediante autorización concedida por ley orgánica*

«Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. (...)» (art. 93 de la Constitución). Con este precepto se ha hecho posible –y tal era la finalidad tenida en cuenta por el Constituyente– la integración de España en las Comunidades Europeas.

En lo que a las especialidades procedimentales requeridas por este precepto se refiere, cabe decir que la autorización necesaria para la celebración de ese tipo de tratados han de concederla las Cortes Generales mediante un tipo de ley –la orgánica– que la Constitución reserva para la regulación, con carácter exclusivo, de determinadas materias [art. 81 de la Constitución, en general, y, de manera singular y concreta, en muy diversos preceptos constitucionales⁶]. Se trata de una ley que, tramitada en principio como las ordinarias, ofrece la peculiaridad de que para su aprobación, modificación o derogación se exige la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (Cámara Baja) en una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 81.2 de la Constitución).

La posibilidad de que mediante una ley orgánica se pueda autorizar la celebración de un tratado internacional de estas características ha llevado a considerar a parte de la doctrina que el art. 93 de la Constitución contiene una verdadera norma de reforma implícita de la Constitución, que vendría a sumarse a los mecanismos de reforma expresa previstos en sus arts. 167 y 168⁷. En realidad, el art. 93 sólo permite ceder el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (lo que supone, obviamente, que pueden concluirse tratados en los que se atribuya a instituciones internacionales el ejercicio de competencias que, en otro caso, habrían de ser necesariamente ejercidas por los órganos constitucionalmente designados al efecto), pero la literalidad del art. 95 (necesidad de reforma constitucional previa a la celebración de un tratado contrario a la Constitución) exige interpretar el art. 93 en términos que excluyan radicalmente la posibilidad de que a su través se pueda obviar la

⁶ Así, art. 8, para la regulación de las bases de la organización militar; art. 54, para la regulación institucional del Defensor del Pueblo; art. 55.2, para la eventual suspensión individualizada de determinados derechos fundamentales y libertades públicas en relación con investigaciones sobre actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

⁷ Cfr., por todos, RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: «Derecho Internacional y fuentes del Derecho», en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, pp. 1733 y ss. Resueltamente en contra, RUBIO LLORENTE, F.: *La Constitución Española y el Tratado de Maastricht*, texto inédito de una Conferencia pronunciada en Jaca en agosto de 1992, p. 16 del texto mecanografiado.

garantía de supremacía de la Constitución contenida en ese último precepto. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al declarar que debe procurarse «una interpretación que concilie ambas previsiones constitucionales; lo que supone afirmar, de una parte, que los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa (por los cauces del título X) y reconocer también, de la otra, que cabe autorizar, mediante Ley Orgánica, la ratificación de tratados que (...) transfieran o atribuyan a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias *ex Constitutione*, modulándose así, por lo tanto, el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado (...). En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una competencia cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución puede ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X» (Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 –en adelante DTC–, *BOE* núm. 177, de 24 de julio, f.j. 4).

Como norma que permite remitir –mediante tratado– a una organización internacional el ejercicio de competencias constitucionales, es evidente que el art. 93 permite que inevitablemente se altere el esquema de atribución de competencias inicialmente diseñado por la Constitución, toda vez que, por necesidad, la atribución del ejercicio de una competencia supone el previo desapoderamiento del órgano nacional habilitado por la Constitución para su ejercicio. En la medida en que eso es, según se ha dicho, inevitable, no puede negarse que el art. 93 implica una modificación en la titularidad del ejercicio de competencias constitucionales, pero tal modificación no puede en ningún caso interpretarse como una reforma constitucional en sentido estricto: en tanto que previsto por el art. 93, el cambio en la titularidad del ejercicio es un cambio operado en aplicación de la Constitución; cambio que, en consecuencia, sólo puede realizarse de acuerdo con las previsiones constitucionales y con el alcance constitucionalmente establecido, de manera que toda alteración constitucional que vaya más allá de la lógica insita en los supuestos de remisión reglada de ejercicio de competencias ha de verificarse por la única vía habilitada al efecto, esto es, por la de la reforma –expresa– de la Constitución.

El art. 93 sólo permite pues atribuir el ejercicio de competencias constitucionales, en ningún caso suscribir tratados que contradigan a la Constitución, ya que jurídicamente sólo es lícita aquella contradicción operada en la forma de una reforma expresa de sus enunciados y es claro que mediante un convenio de los previstos en el art. 93 los enunciados constitucionales permanecen

inalterados, por más que su ámbito de aplicación pueda verse constreñido por la normativa internacional incorporada al ordenamiento interno.

c) *Integración mediante autorización, por mayoría simple, de las Cortes Generales*

Además de a los tratados atributivos del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, se refiere también ésta, en su art. 94.1, a una serie de convenios respecto de los cuales el Estado español puede prestar su consentimiento para obligarse si lo autorizan, por mayoría simple, las Cortes Generales. Tales convenios son:

- Los de carácter político.
- Los de carácter militar.
- Los tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución (arts. 10 a 55).
- Los tratados que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- Los que supongan derogación o modificación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

La autorización parlamentaria se concede, según se ha dicho, por mayoría simple de ambas Cámaras, siguiéndose –con algunas matizaciones– el procedimiento legislativo común y rigiendo también –como en éste– la posibilidad de que una eventual discrepancia entre el Congreso y el Senado se resuelva con la decisión adoptada por el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta⁸.

d) *Integración mediante firma del Gobierno y posterior información a las Cámaras*

Fuera de los casos previstos en el art. 93 (tratados atributivos del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución) y en el art. 94.1 (tratados de

⁸ Con carácter general, y salvo en el supuesto previsto en el art. 168 de la Constitución (*vid. supra* nota 4), el Congreso de los Diputados puede suplir sin mayores dificultades la insuficiencia de mayorías en el Senado e, incluso, oponerse al menguado derecho de veto que a la Cámara Alta le confiere en el procedimiento legislativo el art. 90.2 de la Constitución.

carácter político, militar, etc.), la Constitución faculta al Gobierno para prestar el consentimiento internacional frente a los restantes tratados o convenios, sin más obligación que la de informar inmediatamente de su conclusión al Congreso y al Senado.

2. El control sobre la constitucionalidad de las normas internacionales

La supremacía normativa de la Constitución se ve garantizada respecto de las normas internacionales a través de un doble mecanismo de control de la constitucionalidad de los tratados. De una parte, por medio de un control previo (atribuido al Tribunal Constitucional), facultativo en su iniciación y vinculante en sus efectos; de otra, mediante un control represivo, posterior a la integración del tratado en el Derecho interno, sometido al mismo régimen que el previsto para el control de constitucionalidad de las normas sobre cuya desconformidad con la Constitución sólo puede pronunciarse el Tribunal Constitucional.

2.1 *El control previo*

a) Presupuestos:

En virtud de lo dispuesto en el art. 95.2 de la Constitución, «el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no» la contradicción a la que se refiere el art. 95.1. Se trata del único control previo de constitucionalidad actualmente existente, una vez derogado el art. 79 de la LOTC⁹, precepto en el que el legislador orgánico, haciendo uso de la habilitación contenida en el art. 161.1 d) de la Constitución, había establecido un control previo de constitucionalidad de leyes orgánicas y Estatutos de Autonomía.

La finalidad de este control previo de constitucionalidad de los tratados es evidente: evitar «la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad (*a posteriori*) de una norma pactada.» (DTC, f.j. 1).

⁹ La derogación se produjo mediante la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se dio nueva redacción al Título VI de la Ley Orgánica 3/1979, del Tribunal Constitucional. La Ley Orgánica 4/1985 fue objeto, precisamente, de un recurso previo de inconstitucionalidad, desestimado por la STC 66/1985.

Este mecanismo de control previo sólo se pone en marcha cuando el Gobierno o alguna de las dos Cámaras que integran las Cortes Generales tienen alguna duda acerca de la compatibilidad con la Constitución de un tratado, del tipo que sea, cuyo texto esté ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado (art. 78.1 *in fine* LOTC). La duda en cuestión puede surgir en cualquiera de las fases que conforman el proceso de generación del consentimiento del Estado. Así, el art. 157 del Reglamento del Congreso dispone que «si durante la tramitación de un tratado o convenio en el Congreso (...) se suscitaren dudas sobre la constitucionalidad de alguna de sus estipulaciones, el Pleno (...), a iniciativa de dos Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los Diputados, podrá acordar dirigir al Tribunal Constitucional el requerimiento previsto en el art. 95.2 de la Constitución», interrumpiéndose así la tramitación del convenio, que sólo podrá reanudarse si el criterio del Tribunal es favorable a la constitucionalidad de las estipulaciones en él contenidas, ya que, en caso contrario, la tramitación sólo continuará si se lleva a cabo previamente la reforma constitucional exigida por el art. 95.1 de la Constitución. En parecidos términos se pronuncia el art. 147 del Reglamento del Senado (Cámara en el que la propuesta de requerimiento puede ser planteada por un Grupo Parlamentario o por veinticinco Senadores).

b) Normas de referencia (procedimiento, objeto):

La previsión contenida en el art. 95.2 de la Constitución encuentra su desarrollo procedimental en el art. 78 LOTC¹⁰. Según lo dispuesto en el apartado 2 de este precepto, una vez que el Tribunal Constitucional haya recibido el requerimiento de alguno de los órganos legitimados para iniciar este control previo, se emplazará al requirente y a los demás órganos a fin de que, en el plazo de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión objeto de requerimiento. Dentro del mes siguiente al transcurso de ese plazo –y siempre que el Tribunal no haya solicitado aclaraciones, ampliaciones o precisiones de alguno de los órganos legitimados, de otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas o de personas físicas o jurídicas (para cuyas respuestas no puede concederse un plazo superior a treinta días)– el Tribunal emitirá una Declaración sobre la cuestión que le ha sido sometida.

¹⁰ Único precepto de los que, tras la L.O. 4/1985, componen el Título VI de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Objeto del control previo por parte del Tribunal sólo puede serlo la concreta estipulación o estipulaciones del tratado a las que el órgano requirente circunscriba sus dudas de constitucionalidad. Quiere ello decir que el Tribunal no puede ampliar de oficio su fiscalización a estipulaciones respecto de las cuales el requirente no haya formulado requerimiento alguno¹¹. Por el contrario, el parámetro de enjuiciamiento de la estipulación del tratado sometida al examen del Tribunal viene constituido por la Constitución en su conjunto y no sólo por los preceptos constitucionales respecto de los cuales haya podido el requirente expresar sus dudas. En palabras del propio Tribunal, «es (...) la Constitución *in toto*, y no sólo algunos de sus preceptos, la que ha de erigirse en punto de referencia (...)» (DTC, f.j. 2).

c) Efectos del control:

Las especialidades de este control previo de constitucionalidad de los tratados —que no concluye con una Sentencia, sino mediante una Declaración— no alcanzan en ningún caso a desvirtuar la posición del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución ni priva a su decisión de la naturaleza jurisdiccional y el carácter vinculante que es propio de sus Sentencias. Así lo ha dicho el Tribunal en su Declaración de 1 de julio de 1992: «lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho. Este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo. Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante. (DTC, f.j. 1). Así las cosas, «bien la resolución emanada de este Tribunal confirme la constitucionalidad de la norma convencional objeto de examen, y bien declare, por el contrario, su contradicción con nuestra Ley fundamental, dicha resolución posee los efectos materiales de la cosa juzgada. Aunque la forma de dicha declaración no pueda merecer la calificación legal de Sentencia (...), es una decisión jurisdiccional con carácter vinculante (...) y, en cuanto tal, produce *erga omnes* todos los efectos de la cosa juzgada, tanto los negativos o excluyentes, que impedirían trasladar a este

¹¹ Así sucede también en los supuestos de control de constitucionalidad (siempre *a posteriori*) de normas internas, si bien en los procedimientos de inconstitucionalidad la Sentencia que la declare «declarará igualmente la nulidad (...) de aquellos otros (preceptos) de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia» (art. 39.1 LOTC).

Tribunal la estipulación objeto de la resolución a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, cuanto los positivos o prejudiciales que han de obligar a todos los poderes públicos a respetar y ajustarse a nuestra declaración; en particular, si su contenido fuera el de que una determinada estipulación es contraria a la Constitución, el efecto ejecutivo inmediato y directo ha de ser la reforma de la Constitución con carácter previo a la aprobación del tratado.» (DTC, *ibid.*).

El Tribunal se ha ocupado pues de dejar bien claro —por si hubiera alguna duda— que sus Declaraciones *ex art.* 95.2 de la Constitución disfrutan de la naturaleza y efectos propios de sus Sentencias. Su carácter vinculante y el disfrute de los privilegios de la cosa juzgada suponen que, caso de una Declaración en la que se concluya que la estipulación de un tratado es contraria a la Constitución, el tratado en cuestión no puede integrarse en el ordenamiento interno hasta que la contradicción entre ambas normas se haya resuelto bien con la acomodación del tratado (mediante su renegociación, si ello es posible) a la Constitución, bien mediante la reforma de esta última por los cauces previstos en sus arts. 167 ó 168, según los casos. Por el contrario, si el Tribunal declara que la estipulación convencional examinada no es contraria a la Constitución, el efecto producido es que, una vez incorporado el convenio al Derecho interno, aquella estipulación no podrá ser residenciada de nuevo ante el Tribunal Constitucional.

2.2 *El control «a posteriori»*

a) Presupuestos:

El control previo al que acaba de hacerse referencia no es la única garantía de la supremacía de la Constitución. Junto a él, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha venido a sumar un control represivo, operativo cuando el tratado ya se ha incorporado al Derecho interno y diseñado en los mismos términos que el previsto para controlar la constitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley.

El art. 27.2 c) LOTC incluye a los tratados internacionales entre las «normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad»; declaración que, según los arts. 31 y 32.1 LOTC, podrá verificarse a través del recurso de inconstitucionalidad, o, en el caso del art. 35 LOTC, con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales.

La vía del *recurso de inconstitucionalidad* sólo podrá utilizarse en el plazo de tres meses a partir de la publicación oficial del tratado, estando legitimados para interponerlo el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y sus Asambleas Legislativas (art. 162.1 de la Constitución y art. 32 LOTC)¹².

La *cuestión de inconstitucionalidad*, por su parte, sólo puede ser promovida —en cualquier momento— por los Jueces y Tribunales cuando consideren que un tratado, aplicable a un caso del que están conociendo y de cuya validez depende el fallo, puede ser contrario a la Constitución (art. 35 LOTC).

Excepcionalmente, la constitucionalidad de un tratado podría también ser examinada con ocasión de un *recurso de amparo* (para cuya interposición están legitimados los particulares), siempre que, una vez estimado el recurso por una Sala del Tribunal Constitucional, ésta remitiera al Pleno, para su enjuiciamiento, la norma internacional de cuya aplicación resultó el acto lesivo de derechos fundamentales que dio lugar a la interposición del recurso de amparo (art. 55.2 LOTC).

Finalmente, una norma internacional puede también ser objeto de enjuiciamiento a través de un *conflicto de competencias* (arts. 59 y ss. LOTC). En realidad, por tratarse de procedimientos en los que no se enjuicia a la norma que ha dado lugar al mismo más que en la medida en que con ella se pone de manifiesto el ejercicio por parte de una Comunidad Autónoma, del Estado o —en el caso de los conflictos entre órganos constitucionales— de alguno de los órganos legitimados *ex art. 59.3 LOTC*, de competencias cuya titularidad reclama para sí el promotor del conflicto (STC 143/1985), puede decirse que el objeto de debate sólo puede ser bien la competencia para concluir tratados internacionales (caso de conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas), bien la competencia para participar en las concretas fases del proceso de formación del consentimiento internacional del Estado (caso de conflicto entre el Gobierno, el Congreso y el Senado). De cualquier forma, si el conflicto se resuelve mediante una Sentencia del Tribunal en la que se declare que la norma generadora del conflicto ha sido elaborada como consecuencia del ejercicio de una competencia de la que no es titular el órgano contra el que se inicia

¹² El art. 162.1 a) de la Constitución legitima, sin más, a las Comunidades Autónomas para interponer recursos de inconstitucionalidad. Ello no obstante, el art. 32 LOTC ha venido a limitar esa legitimación genérica circunscribiéndola a aquellos supuestos en los que se trate de impugnar una Ley del Estado (no de otra Comunidad Autónoma) y en los que la ley impugnada pueda «afectar a su propio ámbito de autonomía». Tratándose de convenios internacionales, es evidente que la primera de las limitaciones se da en cualquier caso (al carecer las Comunidades Autónomas de *ius contrahendi*). Cfr. STC 25/1981

el procedimiento constitucional, la consecuencia no es sólo que se atribuya expresamente al órgano promotor la competencia discutida, sino también que se anule –en tanto que dictada con incompetencia– la norma resultante, esto es, la norma internacional (STC 137/1989).

b) Normas de referencia (procedimiento, objeto):

En la medida en que no se ha diseñado para los tratados un control de constitucionalidad *a posteriori* específico, el régimen procesal de su control una vez incorporados al Derecho interno es el mismo que el vigente para el control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley.

Así las cosas, en el supuesto de un control por vía del recurso de inconstitucionalidad, una vez admitida a trámite la demanda –en la que habrá de concretarse el tratado que, en todo o en parte, se impugne, así como precisar el precepto constitucional que se entiende infringido–, el Tribunal dará traslado de la misma al Congreso, al Senado, y al Gobierno¹³, con el fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas, todo ello en el plazo de quince días, transcurridos los cuales el Tribunal habrá de dictar Sentencia en el término de diez, salvo que se amplíe el plazo hasta un máximo de treinta días.

La vía del control concreto de constitucionalidad se inicia con el planteamiento de la cuestión por parte del Juez o Tribunal que esté conociendo de un asunto en el que resulte aplicable y decisivo para el fallo un tratado internacio-

¹³ Excluyéndose, frente a lo que sucede en el recurso contra leyes internas, el traslado a los Gobiernos y Asambleas autonómicas, toda vez que ese traslado sólo se prevé cuando la norma impugnada haya sido dictada por una Comunidad Autónoma, lo que no puede ser el caso –hoy por hoy– en el supuesto de impugnación de un tratado, ya que éstas carecen de *ius contrahendi* (SSTC 137/1989, 17/1991, 28/1991); si se está ante un tratado concluido por una Comunidad Autónoma, la vía de impugnación constitucional no puede ser otra que la del conflicto de competencias, pues frente a un tratado de esa especie está fuera de lugar discutir su constitucionalidad material, habida cuenta de la incompetencia autonómica en la materia. La participación autonómica en el proceso de control de constitucionalidad de un tratado sólo sería imaginable si, a partir de los mecanismos previstos en el art. 150.2 de la Constitución (que permiten transferir o delegar en las Comunidades Autónomas facultades correspondientes a materia de titularidad estatal), las Comunidades Autónomas adquirieran facultades inherentes a las «relaciones internacionales», título competencial reservado al Estado, con carácter exclusivo, por el art. 149.1.3 de la Constitución. En ese supuesto, habilitadas las Comunidades Autónomas para concluir algún tipo de tratado (mediando, necesariamente y con carácter previo, un tratado concluido por el Estado y que habría de servir de marco a los celebrados posteriormente por las Comunidades Autónomas –dado que la transferencia de competencias no podría llevar al extremo de obviar la aplicación de los arts. 93 y 94 de la Constitución), habría de entenderse que el régimen de participación autonómica en el proceso de control de la constitucionalidad de ese tratado sería el previsto para el caso del control de normas internas procedentes de las Comunidades Autónomas.

nal sobre cuya constitucionalidad alberga dudas el órgano judicial¹⁴. La cuestión sólo puede plantearse una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, debiendo concretarse la norma internacional cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se estima infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada. Antes de adoptar, mediante Auto, su decisión definitiva, el órgano judicial debe oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de diez días aleguen lo que deseen acerca de la pertinencia de plantear la cuestión, resolviendo el Juez o Tribunal seguidamente en el plazo de tres días¹⁵. A continuación, el órgano judicial debe elevar la cuestión al Tribunal Constitucional junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones, si las hubiere, de las partes y el Ministerio Fiscal. Si el Tribunal admite a trámite la cuestión¹⁶ dará traslado al Congreso, al Senado, al Fiscal General del Estado y al Gobierno¹⁷, quienes podrán personarse y formular alegaciones en un plazo de quince días, transcurrido el cual se dictará Sentencia en el plazo de diez días o, si se estima necesario mediante resolución motivada, en el plazo de treinta.

c) Efectos del control:

De acuerdo con el art. 39 LOTC, la declaración de inconstitucionalidad supone la nulidad de los preceptos impugnados¹⁸. Ello supone que, declara-

¹⁴ No puede plantearse la cuestión de inconstitucionalidad si las dudas suscitadas al Juez o Tribunal se refieren a aspectos de la validez del tratado distintos de los puramente internos. Al Tribunal Constitucional sólo le preocupa la depuración del ordenamiento interno, de suerte que si el Juez o Tribunal que ha de aplicar una norma internacional no duda acerca de la corrección jurídica del procedimiento nacional de integración de esa norma, sino de la validez de ésta en el conjunto del sistema normativo internacional en el que se encuadra, el órgano judicial deberá resolver sus dudas en la forma prevista en este último (si se trata de una norma comunitaria, planteando la cuestión prejudicial del art. 177 T.C.CE). Como para el caso del Derecho europeo se ha dicho en la STC 28/1991, «el Derecho comunitario europeo tiene sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se cuenta este Tribunal Constitucional». En la misma línea, STC 64/1991.

¹⁵ Contra dicho Auto no cabe recurso alguno, si bien la cuestión podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a Sentencia firme (art. 35.2 *in fine* LOTC).

¹⁶ El Tribunal podrá rechazar —en trámite de admisión, mediante Auto motivado y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado— la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada (art. 37.1 LOTC).

¹⁷ Respecto a las Comunidades Autónomas, *vid. supra* nota 13.

¹⁸ Si bien la clara correspondencia que entre «inconstitucionalidad» y «nulidad» establece el art. 39 LOTC ha venido siendo matizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sobre el particular, RUBIO LLORENTE, F.: «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *REDC*, 22 (1988), p. 42, nota 86. Mención especial merece la STC 45/1989, en la que el Tribunal reserva los efectos anulatorios

da la inconstitucionalidad de un tratado a través de cualquiera de los procedimientos de control establecidos en la LOTC, la consecuencia es la nulidad de la norma internacional. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, semejante consecuencia puede generar no pocas dificultades para el Estado, toda vez que con la declaración unilateral de nulidad del tratado se puede incurrir en responsabilidad internacional, que es precisamente lo que ha querido evitarse mediante el establecimiento del control previo del art. 95.2 de la Constitución (DTC, f.j. 1)¹⁹. Con todo, en la única ocasión en la que el Tribunal Constitucional se ha visto en la necesidad –impuesta por la lógica del Derecho interno– de declarar la nulidad de una norma internacional (STC 137/1989) lo ha hecho no sólo reparando en esas dificultades, sino –más aún– asumiéndolas abiertamente. Así, en el f.j. 5 de esa Sentencia ha llegado a decirse que «poco importa que el Acuerdo (origen del conflicto de competencia) comprometa o no la responsabilidad internacional del Estado. Lo importante es que su mera existencia revela que la Comunidad Autónoma de Galicia, actuando en nombre propio y al margen de toda actuación del Estado, ha realizado un acto ilegítimo desde la perspectiva interna, constitucional (...)»²⁰.

Al margen pues de las consecuencias internacionales de la declaración unilateral de nulidad de un tratado, el Tribunal Constitucional entiende que sólo puede repararse en la lógica del ordenamiento; lógica a la que en todo

para aquellas Sentencias que declaren la existencia de una inconstitucionalidad por comisión. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, E.: «Un paso importante en el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales», *REDA*, 61 (1989), pp. 5 y ss.

¹⁹ Se ha señalado que acaso lo más correcto fuera entender que la nulidad declarada por el Tribunal Constitucional sólo afecta a los actos internos de generación de la norma internacional, de manera que más que de inconstitucionalidad de ésta debiera hablarse –exclusivamente– de inconstitucionalidad del procedimiento nacional de introducción de la norma en el sistema normativo interno, con la consecuencia de que la Sentencia del Tribunal Constitucional sólo podría traducirse en la necesidad de que se proceda a la denuncia del tratado, al objeto de que se activen los mecanismos ideados en el Convenio de Viena de 1969. En tanto esa denuncia no fuera aceptada, el tratado no podría sino continuar aplicándose en España. En este sentido, REQUEJO PAGES, J. L.: «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *REDC*, 34 (1992), pp. 50 y ss.

²⁰ La STC 137/1989 se dictó con ocasión de un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno central frente a la Comunidad Autónoma de Galicia con ocasión de un «Comunicado» suscrito entre una Consejería de aquella Comunidad y la Dirección Danesa del Medio Ambiente. El Tribunal Constitucional fue tajante al concluir que «en el Derecho español el *treaty-making power* pertenece al Estado y únicamente a él» (FJ 4). En el Voto particular de cuatro Magistrados a esta Sentencia se critica la severidad y el rigor con la que la mayoría del Pleno califica como expresivo del *treaty-making power* a lo que en su opinión no era más que un acuerdo instrumental. En cierto modo esa severidad ha disminuido de grado en la STC 17/1991, en la que el Tribunal reconoce a las Comunidades Autónomas cierta facultad de actuación en el ámbito internacional, siempre que en ningún caso se comprometa la soberanía nacional ni se generen responsabilidades del Estado frente a terceros.

caso habrá de estarse aun cuando se reconozca (DTC) que lo deseable –y de ahí la existencia del control previo– es la conjunción entre las previsiones de ambos sistemas normativos.

3. Supuestos en los que ha examinado la constitucionalidad de normas internacionales sobre derechos humanos

El Tribunal Constitucional español no ha enjuiciado en ningún caso la validez constitucional de normas internacionales relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona.

4. Supuestos en los que se ha examinado la constitucionalidad de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas

La adhesión de España a las Comunidades Europeas (autorizada mediante la Ley Orgánica 10/1985) se llevó a cabo sin que ninguno de los órganos legitimados para ello hubiera requerido al Tribunal Constitucional para que se pronunciara acerca de posibles incompatibilidades entre el Derecho europeo y el orden constitucional interno. Tampoco con posterioridad, una vez integrado el ordenamiento europeo en el español, se ha promovido ningún tipo de recurso o de conflicto ante el Tribunal.

Sin embargo, con ocasión de la integración del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), el Gobierno español hizo uso del control previo establecido en el art. 95.2 de la Constitución, requiriendo el 13 de mayo de 1992 al Tribunal Constitucional para que éste declarara si existía algún tipo de contradicción entre el art. 13.2 de la Constitución y la redacción que el Tratado de Maastricht pretendía dar al futuro art. 8 B,1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Mediante Declaración de 1 de julio de 1992, el Tribunal Constitucional concluyó que la contradicción efectivamente existía y que, por ser insalvable, era preciso reformar el art. 13.2 de la Constitución antes de prestar internacionalmente el consentimiento del Estado para obligarse por el Tratado de la Unión Europea. Dicha reforma se llevó finalmente a cabo por la vía prevista en el art. 167 de la Constitución²¹, estando

²¹ El hecho de que en la Declaración se afirmara que el único precepto constitucional afectado era el art. 13.2 suponía implícitamente que la vía de reforma debía ser la del art. 167 (*vid. supra* nota 4); sin embargo, el Tribunal hizo mención expresa a ese procedimiento –como obligado– en la parte dispositiva de la Declaración.

aún pendiente la necesaria autorización de las Cortes Generales –mediante ley orgánica– para la celebración del Tratado.

El Tribunal Constitucional entendió que existía una contradicción irreducible entre el futuro art. 8 B,1 T.C.CEE. y el entonces art. 13.2 de la Constitución, toda vez que el primero concede a los ciudadanos comunitarios el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales, en tanto que éste sólo contemplaba la posibilidad de atribuir a los extranjeros –mediante tratado y atendiendo a criterios de reciprocidad– el derecho de sufragio activo.

Pese a que el Gobierno sólo requirió al Tribunal para pronunciarse sobre la posible contradicción con el art. 13.2 de la Constitución, el Tribunal utilizó como parámetro de enjuiciamiento a la Constitución en su conjunto, extendiendo por tanto su análisis a las eventuales contradicciones con otros preceptos constitucionales, concretamente con el art. 23.1 (que atribuye a los ciudadanos el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes electos) y con el art. 1.2 (según el cual la soberanía nacional reside en el pueblo español). Respecto del art. 23.1, el Tribunal entendió que este precepto «no contiene (...) ninguna norma que excluya a los extranjeros del acceso a cargos y funciones públicas» pues no es ese artículo «el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales. En nuestra Constitución dicha norma, atinente a este requisito de capacidad, no es el art. 23.1, sino el art. 13, en cuyo primer párrafo se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas contenidas en el título I de la CE en los términos que establezcan los tratados y la Ley. Esta extensión se ve exceptuada por la cláusula del art. 13.2 que excluye de ella determinados derechos reconocidos en el art. 23, restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles. Pero esa exclusión no deriva, por tanto, de las previsiones del art. 23, que por sí mismo no prohíbe que los derechos allí reconocidos puedan extenderse, por Ley o tratado, a los ciudadanos de la Unión Europea» [DTC, f.j. 3 B)].

Tampoco se vio contradicción alguna entre la estipulación convencional examinada y el principio de soberanía nacional (art. 1.2 de la Constitución), ya que «la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida (...) si tales órganos fueran de aquéllos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas por el pueblo español al ejercicio de la soberanía (...)» lo que «no es el caso de los municipios» [DTC, f.j. 3 C)].

Reduciéndose, pues, la contradicción advertida al enunciado del art. 13.2 de la Constitución, y después de descartar las soluciones que para superarla proponía el Gobierno, el Tribunal declaró que el Estado sólo podía consentir internacionalmente en obligarse por medio del Tratado de Maastricht si previamente se reformaba el art. 13.2 por la vía del art. 167 de la Constitución. La reforma, según se ha dicho, se llevó a cabo el 27 de Agosto de 1992, lo que permitió que la Cortes autorizaran la celebración del tratado mediante el procedimiento previsto en el art. 93 de la Constitución.

II. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS EN CUANTO A LOS DERECHOS HUMANOS GARANTIZADOS POR LAS NORMAS INTERNAS Y LAS NORMAS INTERNACIONALES

1. **Derechos humanos garantizados tanto por las normas constitucionales como por las convenciones internacionales**

La Constitución Española recoge en su Título I una serie de derechos y libertades públicas de la persona que, siendo —obviamente— susceptible de encuadrarse en la clásica tripartición entre derechos civiles y políticos, derechos sociales y económicos y derechos de la llamada «tercera generación», se estructuran más bien con arreglo al criterio del diferente grado de efectividad con el que están dotados por el art. 53 de la Constitución; así, los que pueden considerarse, en general, como los derechos fundamentales clásicos (arts. 14 a 29) son inmediatamente alegables ante los Tribunales ordinarios, pudiendo incluso impetrarse el amparo del Tribunal Constitucional contra cualquier acto, disposición o resolución que los vulnere; por su parte, los que la Constitución denomina «Principios rectores de la política social y económica» (arts. 39 a 52) sólo podrán ser alegados, en tanto que derechos subjetivos, ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 de la Constitución).

Encabezando el Título dedicado a los derechos y libertades²² se encuentra el art. 10, en el que —por un lado— se declara que 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

²² En virtud de lo dispuesto en el art. 13.1 de la Constitución, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I de la Constitución, en los términos que establezcan los tratados y la Ley. Al particular se refiere la Ley Orgánica 7/1985, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

orden político y de la paz social, disponiéndose a continuación que las normas relativas a los derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados sobre la materia ratificados por España.

Asimismo, en el art. 14 se recoge el principio de igualdad como criterio estructurador de todos los derechos y libertades²³.

1.1 *Derechos civiles y políticos:*

Entre los derechos civiles y políticos garantizados simultáneamente por las normas constitucionales españolas y por las convenciones internacionales en la materia suscritas por España figuran los siguientes:

- *Derecho a la vida*²⁴ *y a la integridad física y moral* (art. 15 de la Constitución; arts 3, 4 y 5 de la Declaración Universal de 1948; arts. 2, 3 y 4 del Convenio Europeo de 1950; arts. 6, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Libertad ideológica, religiosa y de culto* (art. 16 de la Constitución; art. 18 de la Declaración Universal; art. 9 del Convenio Europeo; art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Derecho a la libertad y a la seguridad* (art. 17 de la Constitución; arts. 3 y 9 de la Declaración Universal; art. 5 del Convenio Europeo; art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (art. 18.1 de la Constitución; art. 12 de la Declaración Universal; art. 8 del Convenio Europeo; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

²³ Principio de igualdad que encuentra, a su vez, traducción concreta –en tanto que principio imperativo– en numerosos preceptos del Título I: por ejemplo, art. 31 (equidad del sistema contributivo); art. 39 (igualdad entre los hijos); art. 40 (distribución equitativa de la renta regional y personal). Por su parte, en el art. 9.2 se establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

²⁴ La pena de muerte queda abolida, «salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra» (art. 15, *in fine*). La Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar contempla la posibilidad de imponer penas capitales en tiempo de guerra; según se ha dicho, España tiene la intención de reservarse el derecho a aplicar la pena de muerte una vez que se integre en su ordenamiento el Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- *Derecho a la inviolabilidad del domicilio* (art. 18.2 de la Constitución; art. 12 de la Declaración Universal; art. 8 del Convenio Europeo; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Derecho al secreto de las comunicaciones* (art. 18.3 de la Constitución; art. 12 de la Declaración Universal; art. 8 del Convenio Europeo; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Derecho a elegir libremente residencia, y a entrar, salir y circular por el territorio nacional* (art. 19 de la Constitución; art. 13 de la Declaración Universal; art. 2 del Protocolo Adicional núm. 4 al Convenio Europeo; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Derecho a la libertad de expresión* [art. 20.1 a) de la Constitución; art. 19 de la Declaración Universal; art. 10 del Convenio Europeo; art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos].
- *Derecho a comunicar o recibir libremente información veraz* [art. 20.1 d) de la Constitución; art. 19 de la Declaración Universal; art. 10 del Convenio Europeo; art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos].
- *Derecho de reunión y manifestación* (art. 21 de la Constitución; art. 20 de la Declaración Universal; art. 11 del Convenio Europeo; art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Derecho de asociación* (art. 22 de la Constitución; art. 20 de la Declaración Universal; art. 11 del Convenio Europeo; art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Derecho a participar en los asuntos públicos*²⁵ (art. 23.1 de la Constitución; art. 21.1 de la Declaración Universal; art. 3 del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo; art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos* (24) (art. 23.2 de la Constitución; art. 21.2 de la Declaración Universal; art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- *Derecho a la tutela judicial efectiva*²⁶ (art. 24 de la Constitución; arts. 10 y 11 de la Declaración Universal; art. 6 del Convenio Europeo; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

²⁵ Derecho del que, por imperativo del art. 13.2 de la Constitución, sólo serán titulares los españoles, «salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

²⁶ Además del derecho a la tutela judicial efectiva (sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, el art. 24 de la Constitución establece en su apartado 2 los siguientes derechos: al Juez ordinario predeterminado por la ley; a la defensa y a la asistencia de letrado; a ser informado de las acusaciones formuladas en contra; a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; a no declarar contra sí mismo; a no confesarse culpable; y, a la presunción de inocencia.

- *Derecho a la legalidad penal irretroactiva* (art. 25 de la Constitución; art. 11 de la Declaración Universal; art. 7 del Convenio Europeo; art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

1.2 *Derechos económicos, sociales y culturales*

- *Derecho a la educación* (art. 27 de la Constitución; art. 26 de la Declaración Universal; art. 2 del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Libertad de creación de centros docentes* (art. 27.6 de la Constitución; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a la libre sindicación* (art. 28.1 de la Constitución; art. 23 de la Declaración Universal; art. 11 del Convenio Europeo; art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a la huelga* (art. 28.2 de la Constitución; art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a contraer matrimonio* (art. 32 de la Constitución; art. 16 de la Declaración Universal; art. 12 del Convenio Europeo; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a la propiedad privada* (art. 33 de la Constitución; art. 17 de la Declaración Universal; art. 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo).
- *Derecho al trabajo*²⁷ (art. 35 de la Constitución; art. 23 de la Declaración Universal; arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia*²⁸ (art. 39.1 de la Constitución; art. 16 de la Declaración Universal; art. 23

²⁷ El art. 35 establece «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» las necesidades de los españoles y de sus familias, «sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

²⁸ El art. 39 abre el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución (arts. 39 a 52), «De los principios rectores de la política social y económica». Según se ha dicho ya (*vid. supra* 2-1.) en ese Capítulo Tercero no se establecen propiamente derechos fundamentales *stricto sensu*, esto es, inmediatamente invocables ante la jurisdicción, sino, más bien, mandatos dirigidos al legislador que sólo se erigen en verdaderos y acabados derechos una vez que hayan sido cumplimentados por el poder legislativo, el cual precisará los términos en los que –con respeto, obviamente, a las normas constitucionales– podrán ser residenciados para su tutela ante la jurisdicción ordinaria.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

- *Derecho a la protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil* (art. 39.2 de la Constitución; art. 25.2 de la Declaración Universal; art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a una política que garantice las formación y readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo y el descanso necesario* (28) (art. 40 de la Constitución; art. 23 de la Declaración Universal; art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a la seguridad social* (28) (art. 41 de la Constitución; art. 22 de la Declaración Universal; art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a la protección de la salud* (28) (art. 43 de la Constitución; art. 25 de la Declaración Universal; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a la cultura* (28) (art. 44 de la Constitución; art. 27 de la Declaración Universal; art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- *Derecho a la vivienda* (28) (art. 47 de la Constitución; art. 25 de la Declaración Universal; art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

2. **Derechos del hombre garantizados exclusivamente por las normas constitucionales.**

2.1 *Derechos civiles y políticos*

- *Derecho a la protección de la intimidad y el honor frente al uso de la informática* (art. 18.4 de la Constitución)
- *Derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica* [art. 20.1 b) de la Constitución].
- *Derecho a la libertad de Cátedra* [art. 20.1c) de la Constitución].
- *Derecho de petición* (art. 29 de la Constitución).
- *Derecho de defender a España* (art. 30.1 de la Constitución).
- *Derecho a la objeción de conciencia*²⁹ (art. 30.2 de la Constitución).

²⁹ Derecho derivado del más amplio a la libertad ideológica (SSTC 15/1982, 35/1985).

2.2 *Derechos económicos, sociales y culturales*

- *Derecho a un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad* (art. 31 de la Constitución).
- *Derecho a la herencia* (art. 33 de la Constitución).
- *Derecho de fundación* (art. 34 de la Constitución).
- *Derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios* (art. 37.1 de la Constitución).
- *Derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo* (art. 37.2 de la Constitución).
- *Derecho a que se garantice la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico y a que se promueva su enriquecimiento* (28) (art. 46 de la Constitución).
- *Derecho a la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero* (28) (art. 42 de la Constitución).
- *Derecho a una política de previsión, tratamiento y rehabilitación e integración de los disminuídos físicos, sensoriales y psíquicos* (28) (art. 49 de la Constitución).
- *Derecho a una política de promoción de las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural* (28) (art. 48 de la Constitución).
- *Derecho a una política de promoción del bienestar de la tercera edad* (28) (art. 50 de la Constitución).

2.3 *Derechos del hombre de la «tercera generación»*

- *Derecho a un medio ambiente adecuado* (28) (art. 45 de la Constitución).
- *Derecho a la defensa de los consumidores y usuarios* (28) (art. 51 de la Constitución).

3. **Derechos y libertades establecidos en convenios internacionales y que no tienen equivalente en el plano constitucional**

Los supuestos en los que un derecho fundamental de la persona aparece establecido en tratados firmados por España, pero no en su Constitución son ciertamente escasos; de otro lado –y debido, en gran medida, a la labor interpretativa del Tribunal Constitucional– siempre puede encontrarse en el enunciado de un precepto constitucional cabida suficiente para entenderlos integrados en su contenido.

Así sucede, por ejemplo, con el *derecho a no ser sometido a esclavitud* (art. 4 de la Declaración Universal; art. 4 del Convenio Europeo; art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), derecho obviamente reconocido por la Constitución, en la medida en que de sus arts. 10 (donde se declara que la dignidad de la personas, sus derechos inviolables inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político) y 17 (derecho a la libertad) puede fácilmente deducirse la prohibición de toda forma de esclavitud o servidumbre. Lo mismo cabe decir del *derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica* (art. 6 de la Declaración Universal; art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En el ámbito de los derechos enumerados en el art. 24 de la Constitución³⁰ el ordenamiento español no reconoce expresamente el *derecho a la doble instancia en los procedimientos penales*³¹; ello no obstante, y por obra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se entiende que, si bien el mandato – incorporado al Derecho interno– contenido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley, «no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, (...) obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento» (SSTC 42/1982, f.j. 3)³², al tiempo que ese mandato internacional «actúa como un límite infranqueable de la libertad de configuración normativa del legislador»³³.

El *derecho de toda persona a una nacionalidad* (art. 15 de la Declaración Universal) se reserva únicamente a los españoles (art. 11.2 de la Constitución), con dos peculiaridades: la Constitución expresa ese derecho en términos negativos, como prohibición de sustraer la nacionalidad (española) que ya

³⁰ Vid. *supra* nota 26.

³¹ Así, SSTC 51/1982 y 171/1991.

³² En el mismo sentido, SSTC 51/1982, 76/1982, 37/1988, 113/1992. La única excepción admisible viene dada por los supuestos de aforamiento ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; así, por ejemplo, STC 51/1985.

³³ STC 113/1992, FJ 5). Como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 37/1982, 19/1983, 93/1984, 31/1992), esto es, de un derecho de configuración legal, el derecho a los recursos sólo se extiende a los legalmente establecidos. Con todo, en el ámbito penal la libertad legislativa de configuración se ve constreñida por el juego combinado del art. 24 de la Constitución y del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

se ostenta; además, esa prohibición se circunscribe únicamente a los españoles «de origen», sin extenderse a los «nacionalizados»³⁴.

Al *derecho de asilo* (art. 14 de la Declaración Universal) se refiere el art. 13.4 de la Constitución, remitiendo al legislador la tarea de establecer los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar de él en España. Esa previsión constitucional ha de entenderse dotada de un «contenido esencial» mínimo, inaccesible al legislador, pero la Constitución es lo suficientemente laxa en su remisión legislativa como para que el poder legislativo disponga de un considerable ámbito de maniobra³⁵.

El *derecho a la prohibición de toda apología del odio nacional, racial o religioso* (art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no se menciona expresamente en la Constitución, si bien puede considerarse incluido en el art. 10 (dignidad de la persona)³⁶.

4. Principios generales del orden jurídico comunitario relativos a los derechos del hombre y que no tienen su equivalente en el plano constitucional

Sirva para este apartado cuanto se ha dicho respecto del Convenio Europeo de 1950, toda vez que en virtud del art. F.2 del Tratado de Maastricht, «la Unión Europea respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo (...), y tal y como resultan de las

³⁴ Según el art. 17 del Código Civil, son españoles «de origen»: los hijos de padre o madre españoles; los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de estos hubiera nacido también en España o si ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad; los nacidos en España cuya filiación sea desconocida o, aunque conocida respecto de uno de los padres, la legislación de éste no atribuya al hijo su nacionalidad; los menores hallados en territorio español si no se conoce el lugar de su nacimiento ni su filiación. De acuerdo con el art. 24 del Código Civil, los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida conforme a lo establecido en las leyes penales o fueren declarados incurso en falsedad, ocultación o fraude en su adquisición, así como cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno. En el art. 26 se establecen las condiciones necesarias para recuperar la nacionalidad perdida.

³⁵ El mandato constitucional se ha traducido en la vigente Ley 5/1984, de Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.

³⁶ Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la STC 214/1991: «(...) ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE) (...). El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (...) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana (...)» (FJ 8).

tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.»³⁷.

III. LA UTILIZACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

1. Estatuto jurídico de la norma internacional relativa a los derechos del hombre

1.1 y 1.2 Localización en la jerarquía de las normas jurídicas. Efectos

La cuestión relativa a la posición jerárquica de las normas internacionales sobre derechos humanos no es más que una especie de la cuestión general acerca del estatuto jurídico que corresponde, en el sistema normativo interno, a las normas internacionales *tout court*. El punto de partida inexcusable para el tratamiento del problema desde la perspectiva del Derecho español viene constituido, de manera principal, por la conjunción resultante de dos preceptos constitucionales: el art. 95 (mediante el que se prohíbe la celebración de tratados contrarios a la Constitución)³⁸ y el art. 96, en cuya virtud

«1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. *Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el art. 94»³⁹.

³⁷ Al respecto, crfr. DÍEZ-PICAZO, L. M.: «¿Una Constitución sin declaración de derechos?», *REDC*, 32 (1991), pp. 135 y ss.

³⁸ *Vid. supra* I. 1-1. a).

³⁹ Procedimiento al que se ha hecho referencia *supra*, I. 1-1. c) y d). El hecho de que no se prevea expresamente un procedimiento de denuncia para los tratados celebrados de conformidad con lo establecido en el art. 93 de la Constitución [*supra* I. 1-1. b)], permite pensar que, o bien esos tratados pueden ser denunciados a través de un procedimiento que exige mayorías parlamentarias más exiguas que las requeridas para autorizar su celebración (mayoría simple de ambas Cámaras, en lugar de la mayoría absoluta propia de las leyes orgánicas), o bien el constituyente ha dado por supuesto que, ideado expresamente para permitir la adhesión de España a las Comunidades Europeas, el procedimiento del art. 93 sólo se refiere a tratados sin cláusula de denuncia. En este sentido, REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el Ordenamiento español», *op. cit.*, pp. 49-50.

La claridad y contundencia del tenor literal del art. 95 ha propiciado la unanimidad de la doctrina en punto a la posición de inferioridad en la que se encuentran las normas internacionales con respecto a las constitucionales⁴⁰. La coincidencia se agota, sin embargo, en ese mismo punto, toda vez que las discrepancias son más que notables cuando se trata de determinar el régimen de relaciones imperante entre las normas internacionales y las internas jerárquicamente inferiores a la Constitución.

Tales discrepancias no se articulan únicamente alrededor de la cuestión relativa a la superioridad o inferioridad jerárquica de los tratados frente a las leyes, sino que, antes aún, se manifiestan ya a la hora de dejar sentado si el de la jerarquía es el criterio más adecuado para ordenar las relaciones entre ambos tipos de normas⁴¹.

En la doctrina internacionalista española son mayoría quienes entienden que –asegurada la infraconstitucionalidad de los tratados– la relación norma internacional/ley ha de explicarse y resolverse en términos de jerarquía y confiriendo a aquélla una posición de supremacía frente a ésta⁴². La razón que parece abonar esta idea se encontraría en la propia dicción del art. 96.1, del

⁴⁰ Cfr., por todos, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Vol. I, 4. edición, Madrid, 1990, p. 236, con cita de bibliografía (p. 245). La infraconstitucionalidad de las normas internacionales viene, además, confirmada por el art. 161.1 a) de la propia Constitución (competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley) y por el art. 27.2 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, precepto que, según se ha visto (*supra* I. 1-2.2), incluye a los tratados entre las normas susceptibles de ser declaradas inconstitucionales. A la supremacía de la Constitución ha hecho explícita y clara referencia el Tribunal Constitucional en la ya citada Declaración de 1 de julio de 1992 (FJ 1).

⁴¹ Señalan GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: *Curso...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 237, que la intención inicial del constituyente era resolver los problemas de relación entre el tratado y la ley por la vía de la superioridad jerárquica de aquél respecto de ésta. La mención expresa que en el Borrador (art. 7.2) y en el Anteproyecto constitucional (art. 6.1) se hacía a los tratados como normas que, una vez publicadas, tendrían «jerarquía superior a la de las leyes», desaparece en la redacción final del art. 96.1 de la Constitución, surgiendo así las discrepancias doctrinales a las que se hace seguidamente referencia en el texto.

⁴² Por todos, cfr. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español*, Madrid, 1984, *passim*. Y ello tanto si se trata de normas internacionales convencionales como de normas consuetudinarias, habida cuenta de que el art. 96.1 de la Constitución equipara a ambas. Así, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: *Curso...*, *op. cit.*, pp. 235-236, donde se subraya que «no puede silenciarse, sin embargo, que la norma consuetudinaria internacional presenta complejos problemas en orden a la determinación de su existencia, contenido y oponibilidad por parte de un juez o de una autoridad españoles, y que resulta harto improbable que un tribunal inaplique una ley nacional anterior so pretexto de que ha surgido una costumbre internacional posterior, si ésta no ha sido objeto de codificación interna o internacional. El ejemplo sobre la regla consuetudinaria relativa a la inmunidad de los Estados (...) resulta suficientemente ilustrativo» (p. 236). Ejemplo, además, que ha sido objeto de tratamiento por parte del Tribunal Constitucional en la STC 107/1992.

que habría que deducir la que se ha calificado de «superioridad jerárquica material de los tratados»⁴³, ya que si las disposiciones de un convenio sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas por el propio tratado o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (nunca por una norma interna), sería evidente que la norma internacional prima sobre las normas (infraconstitucionales) internas.

Entre los administrativistas y constitucionalistas, por el contrario, el criterio de la jerarquía cede en beneficio de construcciones más alambicadas. Así, entre los primeros, predomina la idea de que el tratado y la ley interna se relacionan en términos de competencia⁴⁴. Los tratados cuya celebración ha sido autorizada por las Cortes Generales a través de los procedimientos diseñados en los arts. 93 y 94.1⁴⁵ de la Constitución serían normas, cuando menos, equiparables a la ley nacional; pero normas que, disfrutando del mismo valor y fuerza que las leyes, no se relacionan con éstas en términos de jerarquía, sino de separación: «lo que ocurre es que el tratado, válidamente celebrado, acota para su disponibilidad un ámbito material o un concreto conjunto de competencias del que queda privado el legislador estatal; éste, sin embargo, si pierde su potestad de normar aquellas cuestiones atendidas por el tratado o para alterar su regulación no es por razón de que éste sea una norma superior cuyo contenido debe respetar, sino por carecer de competencia para hacerlo, competencia que le pertenecía antes de la celebración del tratado, pero de la que ha sido privado después, poniéndose en marcha un mecanismo de separación de competencias, voluntariamente operado por el propio legislador estatal (pues su autorización es necesaria para la celebración del tratado) que, de esta manera, y amparándose en una previsión constitucional que se lo permite, se auto vincula para el futuro. Es, pues, la incompetencia el vicio que explica la invalidez de las normas estatales sucesivas que afecten al contenido del tratado»⁴⁶.

La utilización del criterio de la competencia ha sido calificado, entre los constitucionalistas, de «distorsionador», dado que el «uso del criterio de la

⁴³ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: *Curso...*, op. cit., p. 237.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1980, pp. 146 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S.: *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, 1986, pp. 202 y ss.

⁴⁵ Esto es, por mayoría simple o mediante ley orgánica. A los integrados a partir del art. 94.2 (que sólo prevé la información *a posteriori* de su celebración por parte del Gobierno a las Cámaras) se les niega la equiparación a las leyes, entendiéndose —en general— que carecen de fuerza activa y pasiva frente a éstas, siendo nulas las normas internacionales de este tipo que contradigan lo dispuesto en una norma legal; en este sentido OTTO, I. de : *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pp. 124-125.

⁴⁶ MUÑOZ MACHADO, S.: *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, op. cit., p. 204.

competencia (...) supone una distribución de competencias entre normas, cosa que no se da en absoluto en los tratados internacionales, que pueden versar sobre cualquier materia, exactamente igual que puede hacerlo la ley. La inderogabilidad de los tratados por las leyes podría explicarse a partir de la competencia si los tratados sólo pudieran regular ciertas materias y la inderogabilidad se produjera sólo en ese campo. Pero no es ése el caso: el tratado puede imponerse a las leyes en cualquier materia»⁴⁷. Para I. DE OTTO, todas las normas internacionales —cualquiera que haya sido el procedimiento de integración— se equiparan a las leyes en lo relativo a su control de constitucionalidad y todas ellas —en virtud de lo dispuesto en el art. 96 de la Constitución— tienen una peculiar resistencia frente a las leyes, por las que no pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas. A partir de esas dos características comunes a todos los tratados se hace preciso, para este autor, operar con una serie de distinciones; así, y en primer lugar, sólo los tratados a los que se refieren los arts. 93 y 94.1 de la Constitución gozarían de la fuerza activa propia de las leyes, esto es, de la capacidad de derogar o modificar cualquier otra norma, leyes incluidas, dado que si el art. 94.1 exige autorización de las Cortes para celebrar tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley, parece claro que los convenios celebrados únicamente por el Gobierno (art. 94.2) carecen de aquella fuerza activa y serán nulos si contradicen preceptos legales vigentes⁴⁸. De otro lado, la relación tratado/ley sólo podría explicarse añadiendo a la primera distinción entre tratados cuya celebración ha sido autorizada por las Cortes y tratados celebrados únicamente por el Gobierno, una nueva diferenciación que atienda a la localización en el tiempo de la norma internacional respecto de la interna. De este modo, la relación *tratado autorizado por las Cortes/ley anterior* se regiría por el criterio de la validez, primando —en caso de contradicción— el primero sobre la segunda; la relación *tratado no autorizado previamente por las Cámaras/ley anterior* se estructuraría igualmente alrededor del concepto de validez, pero confiriendo primacía a la norma interna frente al tratado, el cual sería nulo si se opusiera a lo dispuesto en aquélla. En cambio,

⁴⁷ OTTO, I. de: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit. p. 125. Según este autor, el criterio competencial sólo sería válido para explicar las relaciones entre normas a las que, previamente, una norma común y superior a ambas ha asignado diferentes ámbitos de normación, tal y como sucede, por ejemplo —en el Derecho español— entre las normas estatales y las autonómicas.

⁴⁸ OTTO, I. de: *Derecho Constitucional (...)*, op. cit., pp. 124-125. Por el contrario, se ha sostenido que la modificación o derogación de la ley nacional no puede en ningún caso traer su causa de una norma internacional, sino únicamente del acto normativo interno (autorización parlamentaria) exigido por la Constitución en sus arts. 93 y 94.1 para que la norma internacional se integre en el sistema normativo nacional; así, REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Consideraciones en torno a la posición (...)*, op. cit. pp. 56 y ss. Sobre la «nulidad» (interna) de los tratados, vid. *supra* nota 19.

las relaciones entre los *tratados (de cualquier especie)* y las *leyes posteriores* no vendrían ya regidas por criterios de validez, sino de aplicabilidad (art. 96 de la Constitución) de suerte que, en caso de conflicto entre ambos tipos de normas —y siendo ambas igualmente válidas— la contradicción no podría resolverse por la vía de la derogación (pérdida de vigencia) de una de ellas, sino por la de conferir a las internacionales una aplicación preferente frente a las internas. En definitiva, la relación tratado/ley no podría explicarse en clave de separación de competencias ni únicamente en términos de validez y jerarquía, sino a partir de una combinación de los criterios de validez y aplicabilidad y en función de la ubicación en el tiempo de una norma respecto de otra, así como de la participación que hayan tenido las Cortes en el proceso de formación del consentimiento internacional del Estado.

El Tribunal Constitucional apenas sí ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de los problemas ahora analizados. Sí lo ha hecho, desde luego —y con toda rotundidad—, en lo que a las relaciones entre la Constitución y los tratados se refiere, declarando sin vacilaciones la supremacía de aquélla⁴⁹. A las relaciones imperantes entre los tratados y las leyes posteriores se ha referido el Tribunal en términos tales que parecen confirmar la asunción de la tesis defendida por I. DE OTTO. Así, en la STC 28/1991 se ha dicho que «la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, *in fine*), sino que, *como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto*, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan» (f. j. 5)⁵⁰. De este planteamiento cabe, en efecto, deducir que para el Tribunal la cuestión

⁴⁹ DTC de 1 de julio de 1992 (*vid. supra* I. 1-4.); asimismo, SSTC 137/1989 (*vid. supra* nota 20), 28/1991, 64/1991.

⁵⁰ En el mismo sentido, ATC 740/1984: «supuesta la validez -de conformidad con la legislación vigente en su momento- del Convenio cuestionado (Convenio hispano-francés de 1969), lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (normal legal posterior en el tiempo a aquel Convenio) (...) no le afecta, puesto que la derogación, modificación o suspensión del (...) Convenio sólo puede producirse en la forma prevista en el Convenio o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional, pero no por una ley interna». Para GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 237, de la jurisprudencia constitucional se infiere que el Tribunal se sirve del binomio jerarquía-primacía. Lo mismo cabría decir de la jurisprudencia ordinaria, donde —en opinión de estos autores— se viene «observando una fuerte propensión hacia la solución de conflictos entre normas convencionales y normas internas partiendo de la técnica de la jerarquía normativa, mediante el efecto acumulado de los artículos 9.3 y 96 de la Constitución, descartando construcciones más barrocas. Sin duda, la jerarquía tiene una virtualidad para el juez ordinario: le ofrece una respuesta directa e inmediatamente operativa» (pp. 240-241).

planteada no excede los límites de la mera legalidad: el juez ordinario debe decidir cuál de las dos normas resulta aplicable⁵¹, pero siempre en el bien entendido de que el conflicto no puede resolverse con arreglo a criterios jerárquicos, toda vez que eso supondría que, o bien el tratado se vería afectado en su vigencia por la ley (lo que expresamente descarta el art. 96 de la Constitución), o bien la ley posterior contradictoria con un tratado debería ser declarada inválida, posibilidad esta última que ha de descartarse desde el momento en que el Tribunal Constitucional encomienda la solución del problema a los Tribunales ordinarios, manifiestamente incompetentes para pronunciarse negativamente acerca de la validez de una norma legal postconstitucional⁵².

En cuanto a las relaciones vigentes entre un tratado y una ley anterior, el Tribunal no se ha pronunciado en ningún sentido. Cabe suponer, no obstante, que la solución vendría dada por el entendimiento de que se trataría de nuevo de una cuestión de mera legalidad que habría de resolverse, esta vez, por la vía de un pronunciamiento acerca de la vigencia de la norma nacional anterior.

En cualquier caso, y reconduciendo cuanto hasta aquí se ha dicho al ámbito de las normas internacionales relativas a los derechos fundamentales de la persona, el hecho de que –según se ha visto⁵³– prácticamente todos los derechos reconocidos en textos internacionales tengan su equivalente en la Constitución Española (salvo simples divergencias de matiz, suficientemente corregidas por la jurisprudencia constitucional), supone que la posible contradicción entre una norma interna y un tratado internacional en el que se garanticen tales derechos puede resolverse sin mayores dificultades por la vía de los controles constitucionalmente establecidos en el art. 53.2 (judicial ordinario y de amparo) o por los procedimientos del recurso directo y de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, ya que en todos los casos aquella contradicción podrá ser reconducida en su planteamiento para presentarse como un problema de

⁵¹ Decisión que, de ser arbitraria o manifiestamente infundada, podría ser revisada en amparo por el Tribunal Constitucional *ex* art. 24.1 de la Constitución.

⁵² El juez ordinario lo es, desde luego, de la constitucionalidad de la ley, pero el denominado «monopolio de rechazo» de las leyes inconstitucionales está reservado, con carácter exclusivo, en favor del Tribunal Constitucional. Si un juez considera que una norma con rango de ley –y posterior a la Constitución– puede ser inconstitucional (conclusión a la que, evidentemente, sólo puede llegar tras enjuiciarla en términos de constitucionalidad –juicio que, por tanto, se presupone en toda aplicación judicial de una ley) sólo le cabe plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal (*vid. supra* I. 1-2.1). Si, por el contrario, la ley es anterior en el tiempo a la Constitución, su contradicción con ésta puede ser resuelta por el Juez considerándola derogada (inaplicación singular) por la propia Constitución o, en caso de duda acerca de si efectivamente existe o no tal contradicción, planteando la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional.

⁵³ *Vid. supra* II. 2–3.

infracción de preceptos constitucionales⁵⁴. Quiere con ello decirse que, con independencia de cuál sea la posición ocupada por las normas internacionales en el sistema normativo español, los derechos garantizados en aquéllas no palidecen en su defensa por el hecho de que los tratados no tengan una posición jerárquicamente superior a las leyes, habida cuenta de que éstas –por subordinadas a la Constitución– vienen obligadas a respetar los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos –prácticamente todos los que lo están internacionalmente–, de manera que la indefinida posición de los tratados no es óbice para asegurar la máxima protección a los derechos que en ellos se reconocen.

Finalmente, y por lo que se refiere a la eficacia directa de las normas internacionales relativas a los derechos de la persona, cabe decir que los términos en los que aquélla se verifica vienen dados por lo dispuesto en el art. 53 de la Constitución⁵⁵. Los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 39 y ss. de la Constitución (y en los correspondientes tratados internacionales) sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, en tanto que derechos subjetivos, de acuerdo con lo que disponga la legislación de desarrollo (debiendo entenderse que, a estos efectos, un tratado internacional cumple la misma función que una ley de desarrollo), y únicamente los garantizados en los arts. 14 a 30 de la Constitución (y en los tratados que garanticen derechos equiparables) gozarán de la máxima protección jurisdiccional (amparos judicial y constitucional).

2. La utilización directa de la norma internacional por el Tribunal Constitucional

2.1 *En el marco del control de constitucionalidad de las leyes*

Las normas internacionales sobre derechos fundamentales de las persona cumplen en el ordenamiento español una función hermenéutica expresamente reconocida por la Constitución⁵⁶. Sin embargo, en ningún caso pueden erigirse –ni ellas, ni las normas internacionales en general– en parámetro de enjuiciamiento utilizable por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones. Así se desprende, con toda claridad –y respecto del control de leyes o

⁵⁴ En tal sentido, STC 28/1991 (FJ 5).

⁵⁵ *Vid. supra* II. 2-1, y nota 28.

⁵⁶ *Vid. infra* 3-3.

normas del Estado y de las Comunidades Autónomas—, de pronunciamientos como el contenido en la ya citada STC 28/1991:

«Ningún tratado internacional recibe del art. 96 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional (...). En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria» (f.j. 5)⁵⁷.

El Tribunal Constitucional, en el ejercicio de su función de control de las normas con rango de ley (sean estatales o autonómicas) sólo puede, pues, utilizar como criterio de fiscalización las normas del Derecho interno. Con toda claridad se deduce lo anterior de la reciente STC 79/1992:

«(...) las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos (de competencias entre el Estado y una Comunidad Autónoma) son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991 y 236/1991), la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias, pues la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades españolas dejen de estar sometidas, en cuanto poder públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (...)» (f.j. 1).

Ello no supone, obviamente, que los poderes públicos españoles no vengán obligados a respetar los compromisos internacionales asumidos por el Estado. Supone, simplemente, que dicha obligación sólo puede ser garantizada extramuros de la jurisdicción constitucional: una ley nacional nunca podrá ser declarada inconstitucional por infracción de lo dispuesto en un tratado, ya

⁵⁷ «Lo que se discute por los recurrentes es (...) la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes, ya que no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 de la Constitución» (STC 49/1988, FJ 14 *in fine*).

que el parámetro de enjuiciamiento del Tribunal sólo viene conformado por normas del Derecho interno (Constitución y «bloque de la constitucionalidad»). En caso de conflicto entre ley o disposición normativa interna y tratado internacional habrá de acudir a los órganos de tutela previstos en cada caso por el sistema internacional, órganos entre los que —expresamente— el Tribunal Constitucional no se considera incluido⁵⁸. Esto es, serán los Tribunales ordinarios (a ellos encomienda primariamente aquel cometido el Derecho internacional) los que habrán de decidir la resolución del conflicto, con arreglo a los criterios a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

2.2 En el ámbito del recurso de amparo

Tampoco en su función de garante de los derechos fundamentales puede servir el Tribunal Constitucional, de manera directa, de otro parámetro de enjuiciamiento que no sea, estrictamente, el propio texto constitucional. Así se desprende, por ejemplo, de la STC 214/1991:

«(...) no le corresponde a este Tribunal, al conocer un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC) (...)» (f.j. 1)⁵⁹.

Con mayor claridad, si cabe, se ha dicho en la STC 64/1991 que «el recurso de amparo se ha establecido (...) como un medio procesal para recabar la tutela de las libertades y derechos proclamados en los arts. 14 a 30 CE (...) y sólo con la finalidad de restablecer o preservar los mismos (...) De modo que la única medida de enjuiciamiento aplicable, tanto en el proceso constitucional de amparo como en el proceso preferente y sumario seguido ante los Tribunales ordinarios (...) es la integrada por los preceptos (de la Constitución) que reconocen aquellos derechos y libertades públicas (...) [f.j. 4.a)]. (Lo que debe matizarse añadiendo que, en ocasiones, habrá de tenerse en cuenta la legislación de desarrollo).

Ciertamente, y según habrá de verse a continuación, el art. 10.2 CE obliga a interpretar los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España». Ello

⁵⁸ STC 64/1991 (FJ 7 *in fine*), en relación con el sistema normativo comunitario.

⁵⁹ En el mismo sentido, STC 120/1990.

no obstante, «la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales (...). Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales (...), siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal» [STC 64/1991, f.j. 4.a)]⁶⁰.

En consecuencia, a través del recurso de amparo no puede invocarse directamente una violación de derechos reconocidos en tratados internacionales; es preciso «que los motivos de amparo (consistan) siempre en lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 CE» (STC 64/1991), lo que supone que la infracción de un derecho o libertad garantizados en un tratado internacional sólo puede residenciarse ante el Tribunal Constitucional si tal derecho o libertad se corresponden con alguno de los reconocidos en el art. 14 a 30 de la Constitución y siempre que el precepto invocado ante el Tribunal sea, precisamente, el recogido en la Constitución; por su parte, los derechos contemplados en normas internacionales que, reconocidos en la Constitución, no lo sean, sin embargo, como derechos tutelables a través del recurso de amparo, únicamente podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de conformidad con lo que disponga la normativa legal que desarrolle a sus homólogos del Derecho interno (si coinciden con los enumerados en los arts. 39 y ss. de la Constitución)⁶¹; si se trata de derechos no comprendidos ni entre los tutelables en amparo ni entre los establecidos en los arts. 39 a 52 de la Constitución, su protección corresponde en todo caso a la jurisdicción ordinaria, aun cuando la regulación del ejercicio de tales derechos a través de una ley (art. 53.1 de la Constitución) no se haya aún verificado, habida cuenta de la efectividad inmediata de su contenido esencial. En todo caso, en aquellos supuestos en los que sólo se prevé la tutela judicial ordinaria, la intervención del Tribunal Constitucional puede finalmente producirse si los Tribunales ordinarios incurren, en el ejercicio de su función de garantía, en infracciones encuadrables en el ámbito del derecho reconocido en

⁶⁰ También, STC 214/1991, FJ 1.

⁶¹ *Vid. supra* nota 28.

el art. 24.1 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva, susceptible de amparo constitucional).

3. La norma internacional sobre derechos fundamentales de la persona como fuente de inspiración del Tribunal Constitucional

3.1 *Fundamento*

La utilización de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España como criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionalmente reconocidos encuentra su fundamento en el mandato que, en tal sentido, establece el art. 10.2 de la Constitución. El imperativo del art. 10.2 ha sido, desde el principio, rigurosamente observado en la jurisprudencia constitucional, siendo muy numerosas las resoluciones en las que el Tribunal expresamente se sirve de normas (y jurisprudencia) internacionales para conformar el sentido último de los preceptos constitucionales utilizados como parámetro de enjuiciamiento de la corrección constitucional de los actos o disposiciones normativas recurridos en amparo⁶². Tratándose, en cambio, de procedimientos de control de constitucionalidad al margen de la protección de los derechos fundamentales, la remisión interpretativa del art. 10.2 de la Constitución es irrelevante.

3.2 *Ejemplos*

a) Mención expresa de normas internacionales en la motivación de las resoluciones del Tribunal Constitucional:

– *Declaración Universal de Derechos Humanos*

A ella se refieren, con carácter general, las SSTC 24/1981, 51/1985, 81/1986, 176/1988, 195/1989, 28/1991 y 36/1991.

El *Preámbulo* es objeto de mención expresa en la STC 25/1981.

Su *art. 5* (prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes) aparece citado en el ATC 238/1985.

⁶² SSTC 9/1981, 42/1982, 18/1983, 108/1984, 178/1985, 57/1986, 40/1987, 64/1988, 30/1989, 69/1990, 214/1991 y 113/1992, entre otras muchas.

Al *art. 9* (prohibición de arbitrariedad en la detención y el destierro) se refiere la STC 41/1982.

Las SSTC 62/1982, 104/1984, 99/1985 113/1987 y 176/1988 citan de manera expresa los preceptos relativos a la tutela judicial, presunción de inocencia y garantías penales (*arts. 10 y 11*).

El *art. 16* (derecho a contraer matrimonio) se menciona en la STC 45/1989.

Las SSTC 86/1982 y 132/1989 aluden al derecho a la libertad ideológica y religiosa (*art. 18*).

Al *art. 20* (libertad de reunión y asociación) se refieren las SSTC 67/1985 y 139/1989.

El *art. 22* (derecho a la seguridad social) aparece mencionado en la STC 23/1984.

En la STC 195/1989 se alude al derecho a un orden social internacional que asegure la efectividad de los derechos y libertades proclamados en la Declaración (*art. 28*) y en la STC 22/1981 se menciona el *art. 29* (deberes del individuo)

— *Convenio Europeo de 1950*

A él se refieren, con carácter general, las Sentencias 21/1981, 22/1981, 62/1982, 81/1986, 64/1988, 112/1988, 33/1989, 184/1990, 36/1991, 214/1991 y 245/1991.

El *Preámbulo* del Convenio ha sido citado en la STC 25/1981.

A su *art. 2* (derecho a la vida) se refiere la STC 53/1985.

El *art. 3* (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes) aparece mencionado en las SSTC 65/1986, 2/1987 y 120/1990.

El *art. 5* (derecho a la libertad y la seguridad) se menciona en Sentencias tales como la 16/1981, 44/1983, 140/1986, 196/1987 y 112/1988.

En las SSTC 21/1981, 101/1984, 114/1984, 223/1988, 40/1989, 36/1991 ó 245/1991, entre otras muchas, se hace referencia al *art. 6* (derecho a la tutela judicial).

Al *art. 8* del Convenio (intimidad personal y familiar, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia) se refieren las SSTC 73/1983, 114/1984 y 184/1990.

Las SSTC 5/1981, 15/1982 ó 115/1987 citan expresamente el *art. 9* (libertad ideológica y religiosa).

El *art. 10* (libertad de expresión) aparece citado en las SSTC 62/1982, 159/1986 y 107/1988. La primera de ellas es un buen ejemplo de la utilización

de aquel precepto (en su apartado segundo) por parte del Tribunal para justificar limitaciones a la libre expresión.

Al *art. 11* (libertades de reunión, asociación y fundación de sindicatos) se refieren Sentencias como la 53/1982 ó la 89/1989.

En la STC 45/1989 se menciona el *art. 12* (derecho a contraer matrimonio).

El *Protocolo adicional núm. 1* se cita, con carácter general, en la STC 195/1989, y el Protocolo adicional núm. 7 se menciona en los AATC 127/1986 y 1309/1988.

— *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

En general, SSTC 31/1982, 33/1989, 195/1989 ó 36/1991.

El *art. 6* (derecho a la vida) se menciona de manera expresa en las SSTC 53/1985 y 40/1987.

El *art. 9* (derecho a la libertad y a la seguridad) aparece citado en las SSTC 41/1982, 40/1987 ó 199/1987.

Al *art. 10* (derecho a la libertad) se refieren las STC 60/1985 y el ATC 360/1990.

El *art. 11* (derecho a no ser encarcelado por incumplir obligaciones contractuales) se cita en el ATC 370/1986.

La STC 77/1985 menciona expresamente el *art. 13* (expulsión de extranjeros).

Al *art. 14* se refieren numerosísimas Sentencias: 16/1981, 42/1982, 90/1983, 124/1984, 139/1985, 123/1986, 196/1987, 106/1988, 20/1989, 180/1990, 30/1991, 36/1991, 113/1992, entre otras ⁶³.

El *art. 15* (garantías penales) aparece citado en el ATC 272/1986, donde también se menciona el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16).

En la STC 110/1984 se cita el *art. 17* (intimidación personal y familiar).

El *art. 18* (libertad ideológica y religiosa) es mencionado expresamente en la STC 195/1989, así como en los ATC 359/1985 y 180/1986.

Al *art. 19* (libertad de expresión) se refieren las SSTC 153/1985 y 107/1988.

El *art. 20* (prohibición de propaganda en favor de la guerra y prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso) aparece citado en la STC 139/1989.

⁶³ Este precepto, según se ha visto, ha obligado al Tribunal Constitucional a considerar que la doble instancia penal es indisponible por el legislador; *vid. supra* II. 2-3.

Al *art. 21* (derecho de reunión) alude la STC 85/1988, citándose en la STC 67/1985 el *art. 22* (derecho de asociación).

En la STC 45/1989 se menciona el *art. 22* (derecho a contraer matrimonio).

Las SSTC 5/1983 y 74/1991 hacen alusión al derecho a participar en los asuntos públicos (*art. 25*), citando, por último, la STC 30/1986 el *art. 27* (protección de minorías).

— *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Con carácter general SSTC 57/1982, 64/1988 y 195/1989.

El *art. 3* (igualdad entre el hombre y la mujer) se menciona de manera expresa en la STC 115/1987.

Al *art. 8* (derecho a crear sindicatos y a la huelga) se refieren las SSTC 38/1981 y 23/1983.

En las SSTC 45/1989, 120/1990 y 137/1990 se cita el *art. 10* (protección a la familia, madres y niños).

El *art. 13* (derecho a la educación) aparece mencionado en Sentencias como las 5/1981 y 195/1989.

En las SSTC 79/1987, 71/1988, 78/1988 y 180/1990 se cita el *art. 14* (obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria).

El ATC 511/1988 se refiere al *art. 15* (derecho a participar en la vida cultural, a gozar del progreso científico y a la protección de los derechos de autor).

b) Referencias a la jurisprudencia de los órganos internacionales de control:

— *Comisión y Tribunal del Convenio Europeo*

Entre la jurisprudencia internacional citada por el Tribunal Constitucional español destaca, tanto por su volumen como por su relevancia en la motivación de sus resoluciones, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así, las Sentencias de 27 de junio de 1968 (*Caso Neumeister y Caso Wemhoff*) se citan, por ejemplo, en las SSTC 223/1988 y 8/1990. En esta última se hace también mención de la de 10 de noviembre de 1969 (*Caso Stogmüller*) y de la de 2 de octubre de 1984 (*Caso Stoogstrom*).

La Sentencia dictada en el *Caso Delcourt* (de 17 de enero de 1970) se cita en las SSTC 223/1988 y 81/1989, en las que también se mencionan la de 6 de julio de 1971 (*Caso Ringeinsen*), la de 28 de junio de 1978 (*Caso König*), la de 10 de diciembre de 1982 (*Caso Foti*) y la de 6 de mayo de 1981 (*Caso Buchholz*); esta última se cita asimismo en la STC 8/1990.

El *Caso Handyside* (Sentencia de 7 de diciembre de 1976) aparece mencionado en la STC 171/1990, que también cita la Sentencia de 26 de abril de 1979 (*Caso Sunday Times*), la de 25 de marzo de 1985 (*Caso Barhold*) y la de 8 de junio de 1986 (*Caso Linges*, citado también en la STC 67/1988).

La Sentencia de 18 de enero de 1978 (*Caso Irlanda v. Reino Unido*), la de 25 de abril de 1978 (*Caso Tyrer*) y la de 25 de febrero de 1982 (*Caso Campbell y Cosane*) se mencionan en las SSTC 120/1990 —en la que también se alude al *Caso Soering*, Sentencia de 7 de julio de 1989— y 137/1990.

Las SSTC 71/1988 y 30/1989 se hacen eco de la Sentencia de 28 de noviembre de 1978 (*Caso Lüdicke, BelKacem y Koç*), citándose en la segunda el *Caso Oztürk* (Sentencia de 21 de febrero de 1984).

El *Caso Airey* (Sentencia de 9 de octubre de 1979) se cita en la STC 216/1988, donde también se menciona (como en las SSTC 37/1988 y 245/1991) el *Caso Pakelli* (de 25 de abril de 1983).

La Sentencia dictada en el *Caso Winterwerp* (de 24 de octubre de 1979) es objeto de mención expresa en la STC 104/1990, al igual que el *Caso Ashingdane* (Sentencia de 28 de mayo de 1985) y el *Caso Weeks* (Sentencia de 2 de marzo de 1987).

A la de 27 de febrero de 1980 (*Caso Deweer*) se refiere la STC 40/1989.

En las SSTC 37/1988, 71/1988 y 180/1990 se cita la de 13 de mayo de 1980 (*Caso Ártico*).

En la STC 89/1989 se alude al *Caso Le Compte, van Leuven y de Meyere*, de 23 de junio de 1981 y al *Caso Albert y Le Compte*, de 10 de febrero de 1983.

El *Caso Piersack* (Sentencia de 1 de octubre de 1982) se recuerda en la STC 106/1989, aludiéndose también —al igual que en la STC 11/1989— al *Caso De Cubber* (Sentencia de 26 de octubre de 1984).

El *Caso Malone* (Sentencia de 2 de agosto de 1984) se cita en la STC 114/1984.

El *Caso Zimmermann y Steiner* (Sentencia de 13 de julio de 1983) aparece citado en Sentencias como la 50/1989, en la que igualmente se hace mención de los *Casos Erkner y Hofauer* (Sentencia de 23 de abril de 1987), *Lechner y Hess* (Sentencia de 23 de abril de 1987), *Baggetta* (Sentencia de 25 de junio de 1987) y *Capuano* (Sentencia de 25 de junio de 1987).

A la Sentencia de 8 de diciembre de 1983 (*Caso Axen*) se alude en la STC 176/1988, citándose igualmente el *Caso Sutter* (Sentencia de 22 de febrero de 1984).

En la STC 2/1987 se menciona la Sentencia de 28 de junio de 1984 (*Caso Campbell y Fell*).

Las SSTC 119/1990 y 74/1991 hacen mención expresa del *Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt* (Sentencia de 2 de marzo de 1987).

A la Sentencia se 29 de febrero de 1989 (*Caso Bouamar*) se hace referencia en la STC 71/1990.

En la STC 59/1990 se cita la Sentencia de 21 de junio de 1988 (*Caso Plattform Ärzte für das Leben*).

En la STC 55/1990, el Tribunal menciona de manera expresa el *Caso Hauschildt* (Sentencia de 24 de mayo de 1989).

El *Caso Groppera Radio y otros* (Sentencia de 21 de marzo de 1990) se cita en la STC 206/1990.

Finalmente, en la STC 214/1991 se alude al *Caso Barfod* (Sentencia de 22 de febrero de 1989), y en la STC 245/1991 se cita el *Caso Marckx* (Sentencia de 13 de junio de 1979).

En lo que a las Resoluciones de la Comisión se refiere, en las SSTC 103/1985 y 107/1985 se cita la *Decisión de la Comisión de 13 de diciembre de 1979*, mencionándose en la STC 114/1984 la Resolución del Comité de Ministros de 12 de noviembre de 1971 (*Caso Scheichelbauer*).

– *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

En la STC 189/1990 se hace expresa mención de la Sentencia de 17 de abril de 1985 (*Estado neerlandés contra Ann Florence Reed*).

En la STC 28/1991 se menciona el *Caso Costa/E.N.E.L.* (Sentencia de 15 de julio de 1964, citándose igualmente el *Caso Simmenthal* (Sentencia de 9 de marzo de 1978).

Al *Caso Kramer* (Sentencia de 14 de julio de 1976) se alude en la STC 64/1991, en la que también se citan la Sentencia de 13 de noviembre de 1990 (*Caso Procurador Fiscal/Andrew Marshall*) y la de 26 de abril de 1988 (*Caso APESCO*), así como el Auto de 10 de octubre de 1989 (*Caso Comisión/Reino Unido*).

4. La autonomía del Tribunal Constitucional respecto de las normas y jurisprudencia internacionales

Según se ha dicho ya (supra 3-2 y 3-3), las normas internacionales relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona nunca pueden erigirse en parámetro de enjuiciamiento utilizable por el Tribunal en el ejercicio de sus funciones. La Constitución sólo les reconoce, expresa-

mente, un valor hermenéutico que el Tribunal Constitucional siempre ha ponderado desde sus primeras resoluciones, respetando en todo momento la interpretación que de tales normas han hecho, en cada caso, los correspondientes órganos internacionales de control. Puede pues afirmarse que el Tribunal –dentro de los límites marcados por el art. 10.2 de la Constitución– ha atribuido a las normas internacionales de las que se ha servido para interpretar los derechos constitucionales el sentido que aquéllas han recibido de los diferentes Tribunales supranacionales. Ello no ha sido óbice, naturalmente, para que, en algunos supuestos muy concretos, las conclusiones del Tribunal Constitucional se hayan visto posteriormente contradichas por Tribunales como el de Estrasburgo⁶⁴, no tanto por una divergencia en la interpretación de las normas internacionales, cuanto por una disparidad en el entendimiento de su proyección sobre un supuesto de hecho singular.

IV. LA SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL INTERNACIONALES

Ya se ha señalado (vid. **Introducción**) que, al ratificar el *Convenio de Roma* y, posteriormente, el *Protocolo adicional núm. 1*, el Estado español declaró, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46, que reconocía como obligatoria –a partir del 15 de octubre de 1979– la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; declaración que ha sido objeto, desde entonces, de sucesivas renovaciones. Asimismo, y también al ratificar el Convenio, España puso de manifiesto su intención de formular la declaración prevista en el art. 25 (competencia de la Comisión para conocer de demandas de particulares) tan pronto como lo permitiera el desarrollo legislativo posterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Tal declaración (también manifestada al ratificar el Protocolo adicional núm. 1) se verificó, finalmente, el 7 de junio de 1983, siendo objeto de sucesivas renovaciones.

Asimismo, el Estado español ha reconocido la competencia del Comité de Derechos Humanos del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* para conocer de las comunicaciones dirigidas por individuos, ya que ha integrado en su ordenamiento interno el *Protocolo facultativo* de dicho Pacto.

⁶⁴ Vid. *infra*, 4-2.2 a).

1. Presupuestos

En virtud del art. 26 del Convenio Europeo, la Comisión (y, en su caso y posteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) sólo podrá conocer de un asunto después de que se hayan agotado todos los recursos internos. Ello supone que un individuo sólo puede recurrir a las instituciones del Convenio si previamente ha transitado por los siguientes cauces procesales:

- Si se pretende denunciar la violación de un derecho que, reconocido por el Convenio, figura además entre los garantizados en los arts. 14 a 30 de la Constitución, es preciso haber agotado la vía judicial ordinaria y haber promovido recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El acceso a la jurisdicción internacional sólo sería posible si el Tribunal inadmite el recurso de amparo⁶⁵ o si dicta Sentencia desestimatoria.
- Si la demanda tiene por objeto la supuesta violación de un derecho garantizado por el Convenio, pero que no se encuentra reconocido en los arts. 14 a 30 de la Constitución⁶⁶, bastará con haber agotado los recursos judiciales ordinarios⁶⁷, ya que el recurso de amparo no sería exigible —por inviable *ex art.* 55.2 de la Constitución.

Lo anterior es igualmente aplicable a lo dispuesto en el *Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

En consecuencia, la intervención del Tribunal Constitucional no es en todos los casos un presupuesto necesario para la intervención de los órganos internacionales de control. Únicamente lo será en el supuesto de que la demanda internacional verse sobre violaciones de derechos reconocidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución.

⁶⁵ Salvo, obviamente, que la inadmisión obedezca a la falta de agotamiento de los recursos existentes en la vía judicial [arts. 50.1 a) y 44.1 a) LOTC].

⁶⁶ Lo que es el caso con el derecho a contraer matrimonio y el derecho a la propiedad privada.

⁶⁷ Habrá de estarse, en cada caso, a la correspondiente legislación procesal para determinar cuándo se han agotado los recursos ordinarios. Así, en materia contencioso-administrativa será preciso agotar la vía administrativa antes de acudir a los Tribunales, cuyas resoluciones pueden ser objeto de revisión en una segunda instancia según se satisfagan o no determinadas condiciones relativas a la materia concreta sobre la que verse el litigio o a la cuantía del mismo; en el ámbito de las jurisdicciones civil y laboral se prevén asimismo diferentes procedimientos, instancias y recursos en función de la materia y de la cuantía; en el orden penal (según se ha visto, *supra* II. 2-3.) se garantiza siempre una segunda instancia. En el ámbito de la jurisdicción castrense (no integrada completamente en la jurisdicción ordinaria) existen asimismo diferentes recursos, cabiendo la posibilidad de que los asuntos puedan ser conocidos por el Tribunal Supremo

Por lo demás, el recurso de amparo no está sujeto –en lo que a requisitos de legitimación y condiciones de procedimiento se refiere– a especiales dificultades. En cuanto a lo primero (legitimación para recurrir) pueden acudir al Tribunal Constitucional todas aquellas personas –físicas o jurídicas– que consideren que han sufrido una violación de sus derechos fundamentales (arts. 14 a 30) (cabe, en ocasiones, impetrar el amparo en defensa de derechos ajenos) por obra de decisiones o actos sin valor de ley de las Cortes o las Asambleas legislativas de la Comunidades Autónomas (art. 42 LOTC), de disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno (central o autonómicos) o de sus autoridades, agentes o funcionarios (art. 43 LOTC) o de acciones u omisiones judiciales (art. 44 LOTC)⁶⁸. En cuanto a lo segundo (procedimiento), el recurso se interpone por medio de demanda en la que deben consignarse los hechos que lo fundamenten y los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijándose con precisión el amparo que se solicita. El Tribunal puede inadmitir de plano el recurso mediante providencia (resolución dictada por unanimidad de una de las cuatro Secciones del Tribunal, compuestas por tres Magistrados) o mediante Auto motivado (dictado también por una Sección, previa audiencia del recurrente y del Ministerio Fiscal)⁶⁹. Caso de admitirse (lo que implica la posibilidad de suspender el acto o disposición recurrida), se procede al emplazamiento del recurrente y del Ministerio Fiscal, así como de quienes hayan podido personarse en el procedimiento, para que aleguen lo que estimen pertinente, dictándose posteriormente Sentencia definitiva.

Puede pues concluirse que la intervención del Tribunal Constitucional –no supeditada a especiales dificultades– sólo en determinados casos es una condición necesaria para residenciar una presunta violación de derechos ante la jurisdicción internacional.

2. Supuestos en los que la actuación del Tribunal Constitucional ha sido cuestionada ante los órganos internacionales de control

Tanto el Tribunal de Estrasburgo como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han enjuiciado en diversas ocasiones la actuación del

⁶⁸ Lo que, habida cuenta del contenido de los arts. 14 (principio de igualdad, también en su variante aplicativa) y 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) –que figuran entre los preceptos susceptibles de amparo constitucional–, permite que el Tribunal pueda revisar prácticamente cualquier pronunciamiento de la jurisdicción ordinaria

⁶⁹ Las causas de inadmisión pueden ser: falta de agotamiento de recursos; falta de invocación en la vía judicial previa del derecho que se estima vulnerado; imposibilidad de imputar la violación denunciada al órgano judicial cuya resolución se impugna; extemporaneidad del recurso (el plazo para recurrir es de veinte días o, excepcionalmente –art. 42 LOTC– de tres meses), o falta de contenido constitucional de la demanda (art. 50 LOTC)

Estado español, si bien sólo el primero lo ha hecho en asuntos sobre los que previamente había recaído una decisión del Tribunal Constitucional⁷⁰. En los tres casos en los que así ha ocurrido, el Tribunal Europeo llegó a una solución contraria a la adoptada por el Tribunal Constitucional.

En la Sentencia de 6 de diciembre de 1988 (*Caso Barberá, Messegué y Jabardo*), el Tribunal de Estrasburgo entendió que en el proceso penal seguido contra tres ciudadanos españoles se había infringido el derecho reconocido en el art. 6.1 del Convenio Europeo (derecho a un proceso justo). Previamente, el Tribunal Constitucional había inadmitido –mediante el Auto 173/1983) el recurso de amparo interpuesto por los Sres. Barberá, Messegué y Jabardo, argumentando que carecían de contenido constitucional las infracciones denunciadas por los recurrentes (del principio de igualdad, del derecho a no padecer indefensión y del derecho a la tutela judicial efectiva), faltando, además, el requisito de la previa invocación del derecho a la presunción de inocencia –también alegado– ante la jurisdicción ordinaria.

Es evidente que en este caso el Tribunal Constitucional y el de Estrasburgo no coincidieron al proyectar sobre el asunto debatido el parámetro de enjuiciamiento constituido por el art. 24 de la Constitución y por el art. 6 del Convenio, respectivamente. Con todo, la peculiaridad del Caso Barberá, Messegué y Jabardo reside en que, tras la Sentencia del Tribunal Europeo, los demandantes (que cumplían pena de prisión en España) solicitaron de la Audiencia Nacional la ejecución de aquélla, lo que dio lugar a un complejo procedimiento, ya que la Audiencia Nacional (previa suspensión de la pena de prisión) remitió el asunto al Tribunal Supremo. Este Tribunal anuló la suspensión de la pena y se negó a dar ejecución a la Sentencia del Tribunal Europeo, alegando que las Sentencias de ese Tribunal no son directamente ejecutables en España y que no existía cauce procesal para revocar lo dispuesto en la primitiva Sentencia condenatoria. Así las cosas, los recurrentes acudieron de nuevo ante el Tribunal Constitucional, interesando –esta vez– la ejecución de la Sentencia de Estrasburgo. El Tribunal, mediante la Sentencia 245/1991 concedió el amparo pretendido y, en una decisión sin precedentes, acordó dar ejecución directa a la Sentencia internacional, retrotrayendo las actuaciones del proceso penal hasta el momento en el que, según aquélla, se había producido la vulneración de las garantías reconocidas en el art. 6 del Convenio⁷¹. En

⁷⁰ No puede hacerse aquí referencia, obviamente, a los casos en los que la Comisión ha inadmitido reclamaciones contra actuaciones del Estado español

⁷¹ Sobre la STC 245/1991, cfr. REQUEJO PAGÉS, J. L.: «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales», *REDC* 35 (1992), pp. 179 y ss.

la STC 245/1991, el Tribunal subraya la necesidad de articular mecanismos procesales internos que permitan la ejecución de Sentencias condenatorias del Tribunal de Estrasburgo cuando, como era el caso, las penas impuestas en su día aún se están ejecutando, instando además al legislador a establecer esos mecanismos mediante una reforma de la legislación procesal; en tanto esa reforma no se verifique, el Tribunal se cree en la obligación de dar ejecución directa –vía recurso de amparo– a esas Sentencias del Tribunal Europeo.

En la Sentencia de 7 de julio de 1989 (*Caso Unión Alimentaria Sanders*) el Tribunal de Estrasburgo condenó nuevamente al Estado español, mediando previa resolución del Tribunal Constitucional. En aquella ocasión, la recurrente había interpuesto una demanda ante el Tribunal Constitucional denunciado dilaciones indebidas en un procedimiento civil. Mediante la STC 5/1985⁷², el Tribunal desestimó el amparo pretendido, con el argumento de que el concepto «dilación indebida» del art. 24 de la Constitución (equivalente en su contenido –se dice de manera expresa– al art. 6 del Convenio Europeo) es un concepto indeterminado que sólo puede ser dotado de sentido en cada caso atendiendo a criterios objetivos (complejidad del litigio, conducta de las partes y de las autoridades, consecuencias de la demora para aquéllas), lo que, trasladado al asunto enjuiciado, sólo podía llevar a entender que los retrasos verificados no podían calificarse, constitucionalmente, de «dilaciones indebidas». El Tribunal de Estrasburgo, por el contrario, estimó que se había conculcado el art. 6 del Convenio, toda vez que ni el litigio presentaba especial dificultad, ni la parte obró con falta de diligencia, de manera que los abultados retrasos de los órganos judiciales en la satisfacción de las diferentes fases del procedimiento no podían encontrar justificación alguna. Esto es, utilizando prácticamente los mismos criterios objetivos a la hora de delimitar *ad casum* el contenido del concepto «dilaciones indebidas», los dos Tribunales llegaron a soluciones contrarias. El Tribunal Europeo, en aplicación del art. 50 del Convenio, condenó al Estado español al pago de una indemnización a la recurrente, de manera que no se plantearon los problemas de ejecución interna que dieron lugar a la antes citada STC 245/1991.

Finalmente, en la Sentencia de 23 de abril de 1992 (*Caso Castells*), el Tribunal de Estrasburgo condenó al Reino de España por la violación del art. 10 del Convenio (libertad de expresión) y también en esa ocasión existía una decisión previa del Tribunal Constitucional. En la STC 51/1985, el Tribunal había desestimado el recurso de amparo interpuesto por el Senador Castells Arteché contra una Sentencia penal por la que se le condenaba como autor

⁷² En la que consta el Voto particular discrepante del Magistrado Sr. Tomás y Valiente.

de un delito de injurias al Gobierno. A juicio del Tribunal Constitucional, en el proceso penal no se habían infringido los derechos invocados por el recurrente: art. 14 (principio de igualdad), art. 24 (tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, derecho a valerse de todos los medios de prueba necesarios para la defensa...), art. 23 (derecho a participar en los asuntos públicos, con el que se conectaba el derecho a la libertad de expresión), art. 17 (derecho a la libertad y seguridad) y art. 25 (retroactividad de la legalidad penal más favorable). Sin embargo, el Tribunal Europeo estimó que –aun cuando no debía entrar a examinar la supuesta vulneración del art. 14 del Convenio (igualdad)– sí debía declarar infringido el art. 10, pese a que el Gobierno español había planteado la excepción preliminar de que el Tribunal no podía pronunciarse sobre ese derecho, habida cuenta de que la infracción de su homónimo en el Derecho interno (art. 20 de la Constitución) no había sido denunciada ante el Tribunal Constitucional, tal y como resulta exigible a partir del art. 26 del Convenio. El Tribunal rechazó esta objeción con el argumento de que –según su jurisprudencia– bastaba con que la cuestión hubiera sido planteada «en substancia» ante los Tribunales nacionales, lo que en su opinión había sido el caso dados los términos en los que el recurrente planteó la infracción del derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23 de la Constitución). Salvada esta objeción⁷³, el Tribunal consideró que el Sr. Castells Arteché había visto cercenado su derecho a la libertad de expresión, sin que pudiera servir de excusa el supuesto efecto políticamente desestabilizador de sus manifestaciones, tal y como sostenía el Gobierno. La condena impuesta al Estado español lo fue también, como en el caso anterior, *ex art.* 50.

3. Supuestos en los que el órgano internacional de control ha ido más allá que el Tribunal Constitucional

El Estado español nunca ha sido condenado por el hecho de que una ley no sometida al control del Tribunal haya infringido lo dispuesto en una norma internacional relativa a los derechos fundamentales de la persona.

Ello no obstante, merece destacarse la pendencia ante el Tribunal de Estrasburgo de un asunto del que pudiera resultar la declaración de ilicitud (internacional) de la normativa interna reguladora de la cuestión de incons-

⁷³ Sobre el riesgo de que la interpretación dada al art. 26 del Convenio por parte del Tribunal de Estrasburgo haga posible que los Tribunales nacionales y el Europeo se pronuncien sobre cuestiones diferentes, cfr. REQUEJO PAGÉS, J. L.: «La articulación de las jurisdicciones...», *op. cit.*, p. 184, nota 9.

titucionalidad⁷⁴. En efecto, en lo que será el futuro *Caso RUMASA*, el Tribunal Europeo se pronunciará sobre la compatibilidad entre el art. 6 del Convenio y la regulación legal del control concreto de normas con rango de ley, regulación en la que no se prevé la intervención de las partes en el proceso *a quo* (salvo la del Ministerio Fiscal). De estimar el Tribunal que la normativa procesal que impide esa intervención (contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) contraría lo dispuesto en el art. 6 del Convenio de 1950, no estaríamos propiamente ante un caso de condena del Estado español por obra de una ley no sometida al control del Tribunal Constitucional, ya que –como norma con rango de ley– también la LOTC es susceptible de enjuiciamiento por aquél (por más que, hoy día –caducado el plazo para el recurso directo–, el único control posible sea el articulado a través de la cuestión de inconstitucionalidad; control que, por sus peculiaridades, nunca permitiría ya una revisión de la Ley *in toto*). Estaríamos, todo lo más, ante un supuesto en el que la condena deriva de una ley que, pudiendo haber sido enjuiciada, no lo ha sido por no haberse interpuesto el correspondiente recurso. Con todo, debe también destacarse que si bien las partes en el proceso *a quo* no pueden intervenir directamente ante el Tribunal Constitucional cuando éste conoce de la cuestión planteada por el órgano judicial ante el que se sustancia aquel procedimiento, su intervención está en todo caso asegurada –bien que mediatamente– en la medida en que el órgano judicial sólo puede promover la cuestión previa audiencia de las partes, debiendo remitir al Tribunal las alegaciones que éstas hayan evacuado, de suerte que, en último término, el Tribunal siempre cuenta con el parecer de los particulares a la hora de adoptar la solución que corresponda.

CONCLUSIONES

El sistema de protección de derechos ideado por la Constitución española se conjuga en todo caso con los sistemas internacionales de garantía de los derechos humanos. Todos los derechos internacionalmente reconocidos tienen su homólogo en el derecho interno y a todos ellos, por una u otra vía, se brinda una completa protección judicial. En ocasiones, la protección dispensada se agota en la ofrecida por la jurisdicción ordinaria; otras veces, a esa

⁷⁴ Sobre la cuestión de constitucionalidad o control concreto de normas con rango de ley, *vid. supra* I. 1-2.2

protección común se superpone la extraordinaria (y subsidiaria) del recurso de amparo constitucional. Finalmente, y por encima de las garantías nacionales, se encuentran los mecanismos reparadores de la jurisdicción internacional, a los que cualquier individuo puede acudir tan pronto como haya agotado todos los recursos previstos por el ordenamiento interno.

En general, ambos sistemas de protección —el nacional y el internacional— convergen hacia soluciones idénticas, por más que en ocasiones el Tribunal Constitucional se haya visto contradicho por el Tribunal Europeo de Estrasburgo. Basta parar mientes en la profusa utilización que el Tribunal Constitucional hace de la jurisprudencia internacional y en los escasos supuestos en los que —desde su constitución, en 1980— se ha visto desautorizado por los Tribunales internacionales, para concluir que la sincronía es, con mucho, la característica más dominante en la articulación de ambas instancias de protección.

X Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos Budapest, 1996

El Tribunal Constitucional como garante del principio de separación de poderes

I. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES¹

La Constitución española no consagra expresamente el principio de separación de poderes², prescindiendo incluso de calificar de «poder» al legislativo y al ejecutivo³. Sólo el poder judicial recibe reiteradamente tal designación⁴, con el propósito, sin duda, de equipararlo a los anteriores, respecto de

¹ Las abreviaturas utilizadas han sido las siguientes:

- ATC: Auto del Tribunal Constitucional
- CE: Constitución española de 1978
- FJ: Fundamento jurídico
- LOTC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

² En las siguientes páginas soslayaremos toda referencia a la división *vertical* de poderes, esto es, al modo en que la Constitución distribuye el poder político entre las diversas entidades territoriales (sobre el particular versó precisamente la Ponencia que, elaborada por Francisco Tomás y Valiente, presentó el Tribunal Constitucional español a la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, celebrada en Madrid en el año 1984). De ahí que nos centremos exclusivamente en analizar lo que se viene denominando la separación *horizontal* de poderes. Y otra observación previa se impone: esta separación horizontal de poderes será abordada desde su perspectiva tradicional, distinguiendo, por tanto, únicamente entre el legislativo, ejecutivo y judicial. Así, pues, ninguna mención se hará de los posteriores enriquecimientos que ha ido experimentando esta visión clásica, tales como la posible inclusión de nuevos órganos o la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos.

³ Aunque, siquiera indirectamente, también el legislativo se conecta en alguna ocasión con el término poder. Así, el art. 116.5 CE, al regular los estados de alarma, excepción y sitio, dispone lo siguiente: «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».

⁴ El Título VI de la Constitución, en donde se contiene su regulación, se titula precisamente así, «Del Poder Judicial», y esta expresión es repetidamente utilizada en su articulado (arts. 117.1, 122.1, 127.2, etc.).

los cuales había ocupado, en algunos aspectos, una posición tradicionalmente subordinada.

Ello no quiere decir en modo alguno que este principio de separación de poderes no se erija en el principio estructural básico de la Constitución española. Y, en efecto, su presencia puede rastrearse a todo lo largo del texto constitucional. De hecho, desde el momento en que la Constitución proclama que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (art.1.1) va de suyo su recepción implícita, pues tal principio es un componente fundamental de la teoría del Estado de Derecho⁵. Pero, obviamente, es del diseño de la parte orgánica de la Constitución de donde con mayor claridad se infiere la asunción del principio, al atribuir tres títulos específicos a cada uno de sus componentes tradicionales. Así, junto al ya citado Título VI («Del poder judicial»), los Títulos III («De las Cortes Generales») y IV («Del Gobierno y de la Administración») se encomiendan a la regulación de los otros poderes clásicos⁶.

En cada uno de los Títulos mencionados, el constituyente procede a identificar a los diferentes órganos a los que adjudica sus funciones típicas. En lo que concierne al legislativo, comienza proclamando el art. 66 en su primer apartado: «Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado». Y, acto seguido, en el apartado segundo establece que las «Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción de gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución»; cláusula esta última que hace referencia a las diversas atribuciones que, aun no siendo consustanciales a la función típica del órgano, se le encomiendan a lo largo del texto constitucional, como sucede, por ejemplo, con su participa-

⁵ Vid. GARCÍA PELAYO, M.: «La división de poderes y su control jurisdiccional», *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, p. 11.

⁶ Por su parte, el Tribunal Constitucional no se halla regulado en el Título relativo al poder judicial, sino que se le adjudica su propio Título, el IX («Del Tribunal Constitucional»). Ya en fecha muy temprana el propio Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de señalar que no es «un órgano integrante del Poder Judicial, como se infiere, entre otros preceptos, del Título VI de la Constitución, en donde no está incluido el Tribunal Constitucional, que precisamente por ser «independiente de los demás órganos constitucionales» (art. 1 de la LOTC), está regulado en un Título aparte de la Constitución (el IX), desarrollado por la propia Ley orgánica de 3 de diciembre de 1979» (ATC 83/1980, FJ 2.º). Pues bien, lo que se analizará a continuación es exclusivamente la forma en que el Tribunal Constitucional controla que los tres poderes tradicionales no rebasen sus respectivas esferas competenciales, omitiendo, por tanto, toda referencia al cúmulo de interrogantes que plantea la inserción de la jurisdicción constitucional en esa clásica tríada. Cuestión ésta de los límites que el propio Tribunal Constitucional ha de respetar a fin de no invadir las atribuciones del legislativo, ejecutivo y judicial que, sin embargo, sí es abordada por PÉREZ ROYO, Javier: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, 1988, y por SALAS: «El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo u judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6, pp. 141 y ss.

ción en el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional (art. 159.1) y del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3). No persigue, sin embargo, la mencionada cláusula restringir la esfera de actuación del legislativo a las concretas competencias que explícitamente les vengan reconocidas por la Constitución, pues, tal y como se reconoció en la STC 108/1986, «la recta interpretación del último inciso del art. 66.2 de la Norma suprema no es que las Cortes sólo puedan tener las funciones expresamente contenidas en la Constitución, sino que ésta les asigna algunas que forzosamente han de cumplir y que la ley no puede atribuir a ningún otro órgano, sin que ello suponga que, por ley, no pueda reconocérseles otras que no estén específicamente mencionadas en la Constitución» (FJ 12.º).

Por su parte, es en el art. 98.1 CE donde se define el órgano que ostenta el poder ejecutivo: «El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley». Mientras que su ámbito competencial aparece delimitado en el art. 97 CE con los siguientes términos: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». De otra parte, y rompiendo con lo que venía siendo tradicional en la historia constitucional española, la vigente Constitución ha desvinculado por completo al Jefe del Estado del poder ejecutivo, dado que aparece regulado en un Título específico (el II, «De la Corona») y se le atribuyen unas competencias tasadas ajenas al mismo: «El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes» (art. 56.1 CE). Así pues, la Corona queda formalmente extramuros del tradicional esquema tripartito de los poderes del Estado⁷.

Respecto del tercero de los poderes, afirma el art. 117.1 CE que: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». En lo que concierne a la regulación de este poder difuso, ha de destacarse el énfasis puesto por el constituyente en la consagración de su independencia frente al resto de los

⁷ Con todo, su tradicional vinculación con el Ejecutivo sigue teniendo manifestaciones en el texto constitucional, pues, por ejemplo, al Rey corresponde, formalmente, nombrar y separar a los miembros del Gobierno (art. 62 e) CE), expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, así como conferir los empleos civiles y militares [art. 62 f) CE].

órganos constitucionales del Estado –en especial, frente al ejecutivo–, en cuanto rasgo característico del principio de división de poderes en su concepción más clásica, que, por el contrario, no es extensivo con igual rigor al binomio poder legislativo/poder ejecutivo en un régimen parlamentario como el acuñado por la Constitución española. De ahí que, lejos de contentarse con su mera declaración genérica, el constituyente haya optado por incorporar concretas garantías de tal independencia⁸. Así, de una parte, se contempla la inamovilidad de los Jueces y Magistrados, pues «no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley» (art. 117.2). De otro lado, se dispone que «no podrán desempeñar otros cargos públicos» (art. 127.1), ordenándose acto seguido al legislador que establezca «el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos» (art. 127.2). Y, en fin, se instituye el Consejo General del Poder Judicial como «órgano de gobierno» de este poder, encomendándose al legislador, entre otras, la tarea de establecer sus funciones, «en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario» (art. 122.2). Estas funciones que necesariamente ha de asumir el Consejo –se apuntó en la STC 108/1986– son precisamente «aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir en los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado» (FJ 7.º).

Y, obviamente, el texto constitucional atribuye en exclusiva a los Juzgados y Tribunales «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» (art. 117.3); si bien, como lógica contrapartida, recuerda a continuación que no pueden ejercer más funciones que las antes señaladas y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.4), «disposición esta última –afirma la ya reiterada STC 108/1986 en su fundamento jurídico sexto– que tiende a garantizar la separación de poderes».

La Constitución, en consecuencia, ha identificado los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, asignándoles a cada uno de ellos el ejercicio de sus funciones típicas. Asunción de este dogma del constitucionalismo que, desde luego, resultaba poco menos que obligada, dado que, desde sus primeras construccio-

⁸ Véase el libro de REQUEJO PAGÉS, Luis: *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989.

nes doctrinales, la separación de poderes siempre se ha concebido como *conditio sine qua non* para la adecuada salvaguarda de la esfera de libertad de los ciudadanos. En efecto, como recordaba el ATC 60/1981: «Sólo un sistema de distribución de poderes, que evitan su concentración y hacen posible la aplicación de las técnicas de relación y control entre quienes lo ejercen legítimamente, garantiza la vigencia efectiva de las libertades y derechos» (FJ 4.º).

Ahora bien, si el principio de división de poderes sigue teniendo como finalidad primordial la de asegurar el disfrute de los derechos, es claro que su comprensión actual difiere de la sostenida por sus iniciales teorizadores. Y, en esta línea, frente a una concepción más rígida del principio defendida por éstos, la Constitución española se ha inclinado por un sistema que, asentado sobre la base de que «todos los poderes del Estado tienen el deber de colaboración» (STC 67/1984, FJ 3.º D), contempla una pluralidad de relaciones de cooperación, tanto orgánicas como funcionales, entre los mismos.

Detengámonos, siquiera brevemente, en contemplar cómo se plasman constitucionalmente tales interrelaciones, pues sólo así podrá aprehenderse cuál es el perfil último del principio acuñado en la Constitución española

1. La cooperación orgánica entre los poderes del Estado

La adopción del régimen parlamentario constituye, sin duda, la más relevante relativización, como es sabido, de la concepción doctrinal clásica, habida cuenta del denso y permanente entramado de relaciones entre los órganos legislativo y ejecutivo que caracteriza a este régimen político.

De entrada, en abierta contradicción con la máxima de que una misma persona no puede ser al tiempo integrante de los dos poderes citados⁹, nada impide a los diputados o senadores formar parte del ejecutivo, pues la Constitución reconoce reiteradamente la posibilidad de compatibilizar el cargo de parlamentario con la condición de miembro del Gobierno. Así, el art. 70.1 CE, al enumerar las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los parlamentarios que necesariamente habrá de contemplar la ley electoral, excluye expresamente a los integrantes del Gobierno; y el art. 98.3 CE vuelve a insistir sobre el particular al afirmar que «los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario».

⁹ «Si no hubiera monarca y se confiara el poder ejecutivo a cierto número de personas del cuerpo legislativo, la libertad no existiría, pues los dos poderes estarían unidos, ya que las mismas personas participarían de uno y otro» (MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI).

De otra parte, componente esencial del régimen parlamentario es la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, que, en el diseño constitucional, sólo es exigible por la Cámara baja, esto es, por el Congreso de los Diputados¹⁰. El Gobierno lo es, por tanto, en la medida en que goza de la confianza de la mayoría de la Cámara baja, de quien adquiere, consiguientemente, la necesaria legitimidad democrática. Pues bien, el texto constitucional español, de acuerdo con lo que se ha dado en denominar «parlamentarismo racionalizado», lejos de dejar un amplio campo a la formación de costumbres y convenciones, se encarga de regular con detalle el funcionamiento del sistema parlamentario, reglamentando tanto el modo en que debe instaurarse la relación fiduciaria que une al legislativo y al ejecutivo, como las formas a través de las cuales se puede poner fin a la misma. Así, exige que el Congreso de los Diputados manifieste expresamente su confianza en el Gobierno a través de la «investidura» de su Presidente¹¹ y contempla dos mecanismos destinados a poner de manifiesto la quiebra de dicho nexo fiduciario, lo que acarrea, obviamente, la caída del Gobierno: la cuestión de confianza y la moción de censura. En virtud de la primera de las citadas, es el propio Presidente del Gobierno quien, previa deliberación del Consejo de Ministros, plantea al Congreso de los Diputados si sigue contando con su confianza, bastando el voto favorable de la mayoría simple de los Diputados para estimar otorgada la misma (art. 112 CE). Por el contrario, en la moción de censura son los Diputados, al menos una décima parte, quienes proponen exigir la responsabilidad política del Gobierno, requiriéndose para su planteamiento que los promotores incluyan un candidato a la Presidencia del

¹⁰ A la regulación de las instituciones típicas del régimen parlamentario se encomienda el Título V de la Constitución («De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales»), cuyo primer precepto, el art. 108, dice así: «El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados».

¹¹ El art. 99 CE establece al respecto lo siguiente:

«1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos o representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

«2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.

«3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.

«4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgare la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

«5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso».

Gobierno (art. 113.2 CE). Y, de conformidad con este modelo de moción de censura «constructiva», en el caso de que la mayoría absoluta del Congreso se incline por apoyarla (art. 113.1 CE), ello provocará la investidura automática del candidato a Presidente del Gobierno incluido en aquélla (art. 114.2 CE).

Ahora bien, si es consustancial al régimen parlamentario que la propia existencia del ejecutivo dependa de la voluntad del Parlamento, también es elemento característico del mismo el hecho de que esta relación de dependencia orgánica no sea unilateral, sino recíproca. Pues también el ejecutivo está facultado para poner fin a la legislatura antes de que transcurra el período ordinario de cuatro años previsto por la Constitución (arts. 68.4 y 69.6). El Presidente del Gobierno puede, en efecto, previa deliberación del Consejo de Ministros, disolver anticipadamente el Congreso, el Senado o las Cortes Generales, debiendo fijar el Decreto de disolución la fecha de las elecciones (art. 115.1 CE).

No se agotan aquí, con los mecanismos de funcionamiento propios del sistema parlamentario, las diversas muestras de relación orgánica entre los tres poderes tradicionales del Estado contempladas por la Constitución. Por citar otro ejemplo relevante, al que habremos de volver líneas abajo, ha de señalarse que el texto constitucional proporciona al legislativo un relevante papel en la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. El art. 122.3 CE establece al respecto: «El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión».

2. Las relaciones funcionales entre los poderes del Estado

Tampoco la Constitución española ha abrazado una lectura estricta de la separación de poderes en lo concerniente al ejercicio de las funciones que cada uno de ellos tienen encomendadas. Ya porque se exija una coparticipación de varios poderes en el desempeño de alguna concreta función; ya porque se confieran competencias a un órgano en el ámbito de una función que, por definición, corresponde a otro; ya porque se atribuya a un poder facultades de control, aun en el desenvolvimiento de la tarea característica del con-

trolado; ya porque, en fin, se permita a un poder interferir en una actividad ajena, hasta el extremo de impedir el normal ejercicio de ésta, lo cierto es que el texto constitucional diseña un sistema basado en una intensa interrelación funcional, del que ahora señalaremos las expresiones más destacadas.

Quizá en ningún otro ámbito se refleje de forma más nítida la estrecha colaboración funcional entre el legislativo y el ejecutivo que en la materia presupuestaria, en donde es imprescindible la participación de ambos para el desempeño de una misma función. De una parte, es a este último a quien corresponde en exclusiva la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134.1 CE), en lógica consonancia con su carácter de «vehículo de dirección y orientación de la política económica, que corresponde al Gobierno» (STC 27/1981, FJ 2.º). En tanto que la participación de las Cortes Generales en la función presupuestaria se concentra en el examen, enmienda y aprobación de los mismos (art. 134.1 CE); función que, dicho sea de nuevo con los términos empleados por el Tribunal Constitucional, «el art. 66.2 CE enuncia como una competencia específica, desdoblada de la genérica potestad legislativa» (*ibidem*). Y es precisamente esta especificidad de las atribuciones del legislativo en materia presupuestaria la que explica las restricciones que al respecto le impone la Constitución, pues, amén de la ya citada facultad exclusiva del Gobierno para su elaboración, el legislativo sufre otras notables limitaciones: la imposibilidad de que la Ley presupuestaria cree tributos, aunque sí puede proceder a su modificación cuando lo prevea una ley tributaria (art. 134.7); así como una merma considerable de sus derechos de enmienda e iniciativa legislativa, habida cuenta de que «toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación» (art. 134.6 CE).

Pero, como señalábamos líneas arriba, la Constitución también prevé supuestos de colaboración de diversos órganos incluso en funciones que, desde una perspectiva clásica o puramente teórica, resultan definitorias de un solo poder. A este respecto, y comenzando por el ámbito competencial característico del legislativo, ha de apuntarse en primer lugar que la iniciativa legislativa, como es tradicional, no es monopolio del Congreso de los Diputados y del Senado, pues también se atribuye tal prerrogativa al Gobierno, quien, de hecho, es el titular que hace un uso más frecuente del derecho de iniciativa¹².

¹² Además de los citados, el art. 87 CE incluye entre los titulares de la iniciativa legislativa a las Asambleas de las Comunidades Autónomas y al cuerpo electoral:

«2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas 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.

El texto que el Gobierno, tras su aprobación en Consejo de Ministros, remite al Congreso se denomina «proyecto de ley» (art. 88 CE), y goza además de prioridad en su tramitación parlamentaria frente a las proposiciones de ley emanadas de las Cámaras (art. 89.1 CE).

Mucho más allá de lo anterior; la Constitución contempla distintas posibilidades de que el Gobierno dicte normas con rango de ley, que reciben la denominación de «decreto legislativo» y «decreto-ley». En lo que concierne al decreto legislativo, la facultad del Gobierno para dictar disposiciones de tal rango deriva del propio Parlamento, quien otorga la delegación legislativa bien «mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo» (art. 82.2 CE). Consiguientemente, en este supuesto el Gobierno no ejerce una potestad legislativa primaria o propia, sino absolutamente dependiente de la voluntad del legislativo; naturaleza peculiar de esta fuente del Derecho que la STC 205/1993 describió del siguiente modo: «El término delegación empleado por la Constitución implica el carácter derivado del poder que se atribuye al Gobierno, que tiene su fuente en el poder delegante, y que no puede separarse de éste ni excederse de los límites que el mismo establece. La ley delegante habilita y, al mismo tiempo, limita el desarrollo de la actividad legislativa del Gobierno» (FJ 3.º). No es de extrañar, por tanto, que el constituyente centrara su atención, más que en la propia legislación delegada, en la delegación legislativa, regulando de forma muy precisa las condiciones bajo las cuales las Cortes pueden habilitar al ejecutivo para que éste dicte normas con fuerza de ley. Así, no pueden ser objeto de delegación las materias reservadas a ley orgánica (art. 82.1)¹³; la delegación ha de otorgarse «de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio» (art. 82.3); en lo que concierne a las leyes de bases, éstas no podrán

«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 exigirán 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».

¹³ Según establece el art. 81.1 CE, las leyes orgánicas, que requieren la mayoría absoluta de la Cámara Baja, son «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». Cláusula esta última que se refiere a las numerosas reservas expresas de ley orgánica que se establecen a lo largo del texto constitucional. Así, por ejemplo, en relación con la regulación de determinados órganos, como el Defensor del Pueblo (art. 54), el Tribunal de Cuentas (136.4) o el Tribunal Constitucional (art. 165); o en materia de derechos, como suspensión individual de derechos fundamentales (art. 55.2) y los estados de alarma, excepción y sitio; o, en fin, por terminar con otro ejemplo relevante, se exige ley orgánica para autorizar la celebración de Tratados Internacionales por los que se atribuye a una organización o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93).

autorizar la modificación de la propia ley de bases ni facultar para dictar normas con carácter retroactivo (art. 83), y habrán, además, de delimitar con precisión el objeto y alcance de la delegación, así como los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio (art. 82.4) ; y, por último, respecto de las leyes ordinarias para autorizar la refundición de textos legales, se exige que especifiquen si dicha autorización se limita a la mera formulación de un texto único o si se incluye la facultad de regular, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos (art. 82.5).

De naturaleza muy diferente es la figura del decreto-ley, ya que es el Gobierno quien, por su propia iniciativa, está facultado para dictar la norma, produciéndose sólo *a posteriori* la intervención del legislativo. Ahora bien, el ejecutivo no goza de entera libertad para ejercitar esta atribución, puesto que, por un lado, la Constitución requiere la existencia de un presupuesto de hecho habilitante, a saber, un «caso de extraordinaria y urgente necesidad», y, de otra parte, dispone que el decreto-ley no puede «afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general» (art. 86.1). Por lo demás, el decreto-ley se concibe como una norma de carácter provisional, dado que, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación, deberá ser sometido a debate y votación de totalidad en el Congreso de los Diputados, a fin de que éste acuerde su convalidación o su derogación (art. 86.2 CE) ; aunque las Cortes también pueden decidir que el decreto-ley se tramite como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art. 86.3 CE). Sea como fuere, resulta evidente que la caracterización del decreto-ley efectuada por la Constitución revela, de forma mucho más acusada que el Decreto Legislativo, una concepción poco estricta del dogma de la división de poderes, como el Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de subrayar: «El instituto del Decreto-ley se encuentra regulado por el art. 86.1 de la Constitución, que permite que el Gobierno utilice este instrumento y dicte este tipo de disposición, aunque lo somete a unos estrictos límites y a unas concretas coordenadas (...). De este modo, nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del Decreto-ley, que, por una parte, *no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes*, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiendo por tales aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional (...) sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles

de prever, *requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes*» (STC 6/1983, FJ 5.º, el subrayado es nuestro).

Bien puede decirse, por tanto, que «las Cortes Generales, en cuanto representantes del pueblo español, titular de la soberanía, son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario» (STC 51/1982, FJ 1.º)¹⁴, que no de la potestad legislativa *tout court*, puesto que, como hemos visto, la misma es, de hecho, compartida con el ejecutivo, por más que, cuando de éste se trata, su ejercicio se conciba como excepcional (decreto-ley) o aparezca bajo la forma tanto más modesta de un poder delegado por la Cortes (decreto legislativo); todo ello sin perjuicio, naturalmente, de las competencias legislativas ejercidas por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

Junto a esta capacidad de participación del ejecutivo en la función que define por antonomasia al legislativo, también cabe identificar cierta intervención de éste en la esfera típica de aquél. Así, mientras que la dirección de la política exterior se atribuye al Gobierno (art. 97 CE), la Constitución exige en su art. 94.1, para la mayoría de los casos¹⁵, que las Cortes Generales autoricen previamente la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios, bastando en el resto de los supuestos no contemplados expresamente por la Constitución que se informe al Congreso de los Diputados y al Senado de su conclusión (art. 94.2 CE).

En otras ocasiones, la capacidad de injerencia del legislativo en la esfera funcional del ejecutivo adquiere unas dimensiones más reducidas, limitándose a una actividad de control de la acción cotidiana de gobierno. A este respecto, la Constitución, además de permitir que las Cortes recaben la información que precisen del Gobierno (art. 109), así como que soliciten la presencia de sus miembros (art. 110.1), dispone en su art. 111.1 que «el Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se

¹⁴ Expresión que, por lo demás, ya se había recogido en el fundamento jurídico primero de la STC 29/1982.

¹⁵ Los casos contemplados en dicho precepto son los siguientes:

- «a) Tratados de carácter político.
- «b) Tratados o convenios de carácter militar.
- «c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- «d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- «e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución». Todo ello sin olvidar, naturalmente, la necesaria intervención del legislador orgánico en relación con los Tratados mencionados en la nota número 12.

le formulen en las Cámaras». Instrumentos estos últimos a través de los cuales los parlamentarios pueden inquirir al ejecutivo sobre cualquier aspecto concerniente al ejercicio de su actividad, si bien las interpelaciones se reservan a aquellas cuestiones que versen sobre «los motivos o propósitos de la conducta del ejecutivo en cuestiones de política general, bien del Gobierno o de algún departamento ministerial» (art. 181.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados).

Entrando ya en otro orden de cosas, y antes de cerrar este epígrafe, no está de más traer a colación aquellos supuestos en que es la esfera propia del poder judicial la afectada por la intervención de los otros poderes del Estado. En esta línea, una potestad, como la sancionadora, que por naturaleza cabría adscribir en exclusiva a los órganos judiciales, es también ejercitada por la Administración, como se desprende del art. 25.3 CE: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Una nueva muestra de coparticipación de funciones que pone una vez más de relieve cuán alejado está el modelo constitucional de una concepción rígida o excesivamente teórica del principio que nos ocupa: «No cabe duda —dice la STC 77/1983 en su fundamento jurídico 2.º— de que *en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial* y no podría nunca estar en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se puede citar *la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediatez de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados*» (el subrayado es nuestro).

De otro lado, también al poder legislativo se le ha investido de ciertas competencias para interferir en la actividad jurisdiccional, la cual puede llegar a ser sencillamente neutralizada por decisión de aquél. A este respecto, cabe señalar aquellos supuestos en que el Presidente o los demás miembros del Gobierno sean acusados de traición o de cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, en cuyo caso la acusación «sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo» (art. 102.2 CE).

Como también entraña otra interferencia similar la figura de la inmunidad, que aparece regulada del siguiente modo en el art. 71.2 CE: «Durante el

período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva». Pues bien, esta necesaria intervención del Congreso o del Senado previa al procesamiento de alguno de sus miembros, a través de la concesión o denegación del suplicatorio –decisión parlamentaria que tiene «relevancia jurisdiccional» (STC 90/1995, FJ 4.º)–, no se concibe, obviamente, como un privilegio personal de aquéllos, sino que su objetivo es preservar a las Cortes en cuanto institución. Es precisamente esta finalidad institucional a la que se incardina la inmunidad lo que justifica esta severa intromisión del legislativo en la esfera judicial; y así lo ha puesto de manifiesto reiteradas veces el Tribunal Constitucional: «Esa protección a que la inmunidad se orienta no lo es, sin embargo, frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los Diputados o Senadores, pues no cabe mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por los Jueces y Tribunales a quienes el art. 117.1 de la CE atribuye, de manera específica, la tarea de aplicar el ordenamiento para la administración de justicia. La amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede serlo de tipo político, y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular. La posibilidad de que las Cámaras aprecien y eviten esa intencionalidad es lo que la Constitución ha querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y *lo que permite, por tanto, la institución de la inmunidad es que las propias Cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional como es una valoración sobre el significado político de tales acciones* (STC 90/1985, FJ 6.º; de nuevo al subrayado es nuestro)¹⁶.

Pero, al margen de las excepciones citadas, la Constitución se cuida mucho de evitar cualquier otro tipo de injerencia del legislativo en el ámbito judicial. Así, por ejemplo, cuando el art. 76.1 contempla la posibilidad de que el Congreso, el Senado o ambas Cámaras conjuntamente nombren Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público, se presta a añadir: «Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas».

¹⁶ Véanse, en la misma línea, las SSTC 243/1988 (FJ 3.º) y 206/1992 (FJ 4.º).

Tras este fugaz recorrido por el texto constitucional en aras de aportar siquiera una visión sintética y necesariamente somera del modo en que el constituyente concibió el principio de división de poderes, cabe llegar a la conclusión de que ni orgánica ni funcionalmente se ha asumido una interpretación rigurosa del mismo. Desde el punto de vista orgánico, éste es el resultado obligado al que conduce la adopción del régimen parlamentario. Y, bajo el prisma funcional, tampoco es dable su recepción estricta, pues este principio no tiene ya como exclusiva finalidad garantizar la efectiva vigencia de los derechos y libertades, sino que se le concibe como un *principio organizador* en virtud del cual el reparto de competencias y tareas entre los diversos órganos constitucionales aparece también presidida por el criterio de eficacia, de tal modo que las concretas decisiones del Estado han de encomendarse a los órganos estructuralmente más adecuados, con independencia de que tales atribuciones se acomoden o no a su tradicional función típica¹⁷.

Por lo tanto, lo que caracteriza a este principio, según es asumido por la Constitución española, no es la separación estricta de poderes a los que se encomienda en exclusiva una concreta función, sino el establecimiento de unos órganos –que se hallan recíprocamente vinculados por múltiples relaciones de colaboración y control– a los que se atribuye un cierto haz de competencias, adecuado a su estructura, a fin de que puedan desempeñar una específica función o puedan participar, junto con otro, en el ejercicio de determinadas funciones. Así concebido el alcance del principio, se hace evidente que su recepción constitucional impide que cualquiera de los poderes vaya más allá de las concretas atribuciones que les confiere la Constitución –dado que ello se traduce inevitablemente en el menoscabo de una esfera competencial ajena–, o que se les despoje de competencias esenciales para el desarrollo de su función típica, así como, naturalmente, que se instituyan mecanismos de control no previstos constitucionalmente que supongan la instauración de relaciones de supra– y subordinación no sancionadas por el texto constitucional.

Pues bien, la jurisdicción constitucional española conoce un procedimiento *ad hoc* destinado en exclusiva a resolver las posibles quiebras que pueda sufrir el principio de separación de poderes: el conflicto entre los órganos constitucionales del Estado. Un conflicto de atribuciones cuyo objetivo es, en consecuencia, garantizar «la existencia de la misma estructura constitucional concebida como

¹⁷ Perspectiva ésta que se deja translucir en las antes parcialmente transcritas SSTC 6/1983, 77/1983 y 90/1995 (*Vid.* subrayado). Y es que, en efecto, allí se justifica en términos de eficacia o adecuación del órgano las intervenciones en esferas funcionales tradicionalmente –o teóricamente– ajenas que se producen, respectivamente, cuando se aprueba un Decreto-ley, la Administración ejercita la potestad sancionadora o las Cámaras resuelven sobre la concesión o no del suplicatorio.

sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias, que se protegen también a través de esta vía procesal. El interés preservado por el proceso conflictual es estrictamente el de respeto a la pluralidad o complejidad de la estructura de poderes constitucionales, lo que tradicionalmente se ha llamado «división de poderes», resultando así coherente que el único vicio residenciable en él sea el deparado por una invasión de atribuciones que no respete esa distribución constitucional de poderes» (STC 45/1986. FJ 4.º).

Se trata, en suma, de un procedimiento específicamente diseñado para que el juez constitucional desempeñe esa tarea de preservación de las respectivas esferas competenciales de los órganos del Estado que, en puridad, impulsó en su día la propia génesis y posterior implantación de la jurisdicción constitucional en Europa¹⁸. De este concreto procedimiento habremos ahora de ocuparnos.

II. EL PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO PARA LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES: EL CONFLICTO ENTRE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO

Debe, no obstante, comenzar este apartado advirtiéndole que el constituyente no previó ninguna vía *ad hoc* llamada a resolver las controversias que pudieran surgir entre los poderes del Estado. Fue, consiguientemente, el legislador quien, aprovechando la cláusula abierta contenida en el art. 161.1.d) CE¹⁹, decidió crear este mecanismo específico al aprobar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así pues, en su Título IV, denominado precisamente «De los conflictos constitucionales del Estado», junto a los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí (Capítulo II), se incluyó un Capítulo III relativo a los «conflictos entre órganos constitucionales del Estado»²⁰.

¹⁸ Sobre la jurisdicción de conflictos constitucionales (Staatsgerichtsbarkeit), prevista en el art. 19 de la Constitución de Weimar aunque sólo en relación con los suscitados en el seno de los Länder, puede consultarse CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, pp. 127 y ss.

¹⁹ De acuerdo con el art. 161.1 de la Constitución:

«El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: (...).

«d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas».

²⁰ Sobre este procedimiento constitucional, véanse las monografías de GARCÍA ROCA: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1987, y de GÓMEZ MONTORO: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1992; así como el artículo de PIBERNAT DOMENECH: «Los conflictos constitucionales», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1982, pp. 197-209.

1. Los sujetos del conflicto

Según establece el art. 59.3 LOTC, el Tribunal Constitucional conocerá de los conflictos que opongan «al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí». No obstante, para tener una visión cabal del modo en que la LOTC ha regulado la cuestión²¹, este precepto debe ser completado con la afirmación, contenida en su art. 73.1, de que el conflicto ha de ser planteado «por acuerdo de sus respectivos Plenos».

De la mera lectura de estas disposiciones ya es posible extraer algunas consideraciones dignas de mención. En primer término, el hecho de que exija el acuerdo de los Plenos pone de relieve que son los órganos constitucionales como tales, y no las fracciones de los mismos o los concretos órganos en que se subdividan, los que gozan de legitimación. Restricción que afecta especialmente al poder legislativo —o, para ser más precisos, a cada una de las Cámaras que lo integran, habida cuenta de que el citado art. 59.3 LOTC no incluye entre los legitimados a las Cortes Generales en cuanto órgano plural—, ya que, de este modo, se priva de esta capacidad a unos sujetos potencialmente tendentes a entrar en conflicto, como sucede con determinados órganos de las Cámaras (señaladamente, las Comisiones de investigación), así como con los Grupos Parlamentarios y los parlamentarios individuales.

Asimismo destacable es la forma en que se contempla la participación en este proceso del poder judicial, que, como hemos visto, se reconoce al Consejo General del Poder Judicial y no a los Jueces y Tribunales. En la *única* Sentencia dictada hasta la fecha por el Tribunal Constitucional en relación con este proceso conflictual²², a saber, la STC 45/1986, se ha insistido en esta monopolización de

²¹ Debe necesariamente apuntarse, sin embargo, que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (L.O. 2/1982, de 12 de mayo) señala en su art. 8.1 que «los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas serán resueltos por el Tribunal Constitucional», atribuyéndose al Pleno la facultad de «plantear los conflictos que afecten a las competencias o atribuciones del Tribunal» (art. 21.3.b). No obstante, con posterioridad, la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (Ley 7/1988, de 5 de abril) introdujo una relevante matización, al establecer que corresponde al Pleno del Tribunal de Cuentas «proponer a las Cortes Generales el planteamiento de conflictos que afecten a las competencias o atribuciones del Tribunal» (art. 3 letra p).

²² Dicha Sentencia tiene su origen en tres conflictos acumulados planteados por el Consejo General del Poder Judicial frente a sendas decisiones del Congreso de los Diputados y una del Senado, todas ellas recaídas en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. El grueso de la controversia versó sobre el art. 112 de esta Ley, que atribuye al Congreso y al Senado la competencia de proponer el nombramiento de los veinte vocales del Consejo General del Poder Judicial, pues éste sostenía que esta facultad rebasaba la atribuida a las Cámaras por el art. 122.3 CE, y, en consecuencia, reclamaba para sí la potestad de proponer doce de dichos vocales. La cuestión no sería resuelta en la STC 45/1986, ya que desestimó los conflictos por razones procesales sin entrar, consiguientemente, en el fondo del asunto,

la intervención en el mismo por parte del Consejo: «Los órganos en que se expresa el Poder Judicial (que es un poder de configuración plural, para ejercer la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado «en nombre del Rey») no tienen acceso al conflicto de atribuciones, pues los órganos judiciales en sí mismos considerados no son «órganos constitucionales» a los efectos de plantear conflicto de atribuciones según el art. 59.3 LOTC, y los conflictos posibles entre Juzgados y Tribunales y otros órganos del Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo. Además, al configurarse constitucionalmente como su «órgano de gobierno», no podría ser, ni siquiera a efectos procesales, «representante» del Poder Judicial, pues ello estaría en contradicción con el principio constitucional de «independencia de Jueces y Magistrados» (art. 117.1 CE) y ese presunto carácter representativo habría de admitirse también del lado pasivo, sujetando así al miembro integrante del Poder Judicial a instancias o actuaciones judiciales del propio Consejo» (FJ 5.º). En consecuencia, ni gozan de legitimación los Jueces y Tribunales individualmente considerados, ni tan siquiera el Consejo General del Poder Judicial puede actuar en este proceso como su representante, lo que evidentemente no puede dejar de influir ostensiblemente en el propio alcance de los conflictos que suscite este órgano constitucional, pues habrá necesariamente de atenerse a la protección de sus propias competencias: «El Consejo General del Poder Judicial está legitimado en el conflicto de atribuciones para defender las que constitucional y legalmente le corresponden. Defendiendo sus atribuciones propias, el Consejo desarrolla, indirectamente, una importante labor de garantía de la posición de independencia, no de las funciones de los órganos del Poder Judicial. La propia existencia del Consejo es una garantía más de las que el ordenamiento establece para asegurar y garantizar la independencia del Poder Judicial, de forma que al hacer valer sus propias competencias, el Consejo defiende también y reafirma esa misma independencia, pero únicamente puede hacerlo en la medida en que la misma se conecta a las atribuciones y competencias del propio Consejo» (*ídem*, fundamento jurídico 5.º).

2. El objeto del proceso conflictual

De acuerdo con lo que establece el art. 73. 1 LOTC, cuando el Pleno de cualquiera de los órganos constitucionales legitimados para ello «estime que

sino en la STC 108/1986, la cual, dictada con motivo de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada ley, vendría a sostener la constitucionalidad de tal atribución.

otro de dichos órganos adopta decisiones *asumiendo atribuciones que la Constitución y las Leyes orgánicas confieren al primero*, éste se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la *indebida asunción de atribuciones* y solicitará de él que la revoque». Por su parte, el párrafo segundo del recién mencionado art. 73 LOTC dispone que «si el órgano al que se dirige la notificación afirmar que actúa en el ejercicio constitucional y legal de sus atribuciones o, dentro del plazo de un mes a partir de la recepción de aquélla no rectificare en el sentido que le hubiere sido solicitado, el órgano que estime *indebidamente asumidas sus atribuciones* planteará el conflicto ante el Tribunal Constitucional». Y, en fin, el art. 75.2 LOTC, al regular los efectos de la Sentencia que resuelve este tipo de procesos, señala que la misma «determinará a qué órganos corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y declarará nulos los actos ejecutados por *invasión de atribuciones*».

De estas disposiciones parece deducirse que el conflicto habrá de plantearse contra aquellas decisiones de otros órganos que se hayan adoptado en el ejercicio de competencias que no le corresponden, no bastando, por tanto, con que el órgano que lo plantea entienda que su ámbito competencial ha sido afectado con motivo del ejercicio ilegítimo de las competencias propias de otro órgano. Es decir, del propio tenor literal de la LOTC cabe inferir que el conflicto tiene por objeto reivindicar la titularidad de una competencia, y no reaccionar frente a la pretendida lesión o menoscabo de un ámbito de atribuciones producida por otro órgano al ejercitar una competencia propia cuya titularidad no se discute. Ésta es, por lo demás, la concepción del conflicto sostenida por el Tribunal Constitucional, quien ha destacado que este procedimiento «tiene por principal objeto una vindicación de competencia», y que tal «*vindicatio potestatis* sólo puede referirse a actos constitutivos de invasión de atribuciones» (STC 45/1986, FJ 1.º); de dónde resulta que «el conflicto constitucional de atribuciones no es un proceso impugnatorio, sino que su objeto es una reivindicación competencial frente a decisiones o actos de otros órganos constitucionales que supongan una efectiva y actual invasión de atribuciones en menoscabo del órgano que debería haberlos adoptado» (*idem*, FJ 2.º). Y, aún con mayor claridad, si cabe, puede leerse en el fundamento jurídico cuarto: «Este tipo de proceso conflictual requiere no sólo el estimar ejercidas antijurídicamente por otro órgano constitucional unas determinadas atribuciones, sino, además, el que el órgano que plantea el conflicto asegure y defienda ser titular de la atribución constitucional controvertida».

Esta comprensión del conflicto entre órganos constitucionales del Estado como *vindicatio potestatis* contrasta con la posición sostenida en relación con

los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, respecto de los cuales la jurisprudencia constitucional no entiende imprescindible que el ente que plantea el conflicto recabe para sí la competencia ejercida por otro. Pero, con independencia de que así lo reclame el propio tenor literal de las disposiciones antes citadas, esta visión más estricta se justifica en función de la diversa naturaleza que presentan la separación vertical y horizontal de poderes: «A diferencia de los conflictos interterritoriales en los que este Tribunal ha admitido supuestos de lesión por simple menoscabo –no por invasión– de competencias ajenas (...), en los conflictos entre órganos constitucionales el legislador no ha admitido otro supuesto que el de la estricta usurpación de funciones. La razón de esta diferencia es que en los conflictos de atribuciones no se trata de preservar las esferas respectivas de soberanía y de autonomía de entes territoriales» (*idem*, FJ 4.º).

Por lo demás, cabe reseñar en relación con los vicios alegables en el proceso que nos ocupa que el Tribunal Constitucional ha excluido categóricamente la posibilidad de que existan *conflictos preventivos*, esto es, aquellos que se suscitan, no porque se haya producido una efectiva invasión del ámbito competencial de un órgano, sino porque simplemente se corre el riesgo de que tal injerencia se produzca. En términos inequívocos, se asegura en la reiterada STC 45/1986 que se trata «claramente de un cauce reparador, no preventivo» (FJ 1.º), afirmándose, acto seguido, que los actos que se reputen como lesivos deben estar dotados «de virtualidad, agresiva, actual y efectiva, sobre atribuciones de otro órgano constitucional» (FJ 2.º).

Entrando ya en otro orden de cuestiones, en concreto, en el relativo a determinar cuáles son las decisiones susceptibles de fundamentar el planteamiento de un conflicto, debe reseñarse en primer término que el legislador excluyó conscientemente la posibilidad de que se planteasen *conflictos negativos*, entendiendo por tales aquellos en que lo impugnado es la inactividad de un órgano. Tal conclusión es, desde luego, la que cabe deducir de la tramitación parlamentaria de la LOTC. Pues, si inicialmente en el Proyecto remitido por el Gobierno se contemplaban expresamente las omisiones como objeto del conflicto, al permitir su planteamiento cuando un órgano pretendiera «rehuir deliberadamente actuaciones», dichos supuestos fueron finalmente suprimidos del texto de la LOTC.

Mayores dudas suscita determinar si este mecanismo procesal es apto para resolver conflictos que tengan su origen en una ley. En línea de principio, no cabe ciertamente excluir –y así lo comprobaremos en el siguiente epígrafe– que una ley pueda entrañar una usurpación de funciones atinentes a los otros poderes del Estado, ocasionando la pertinente *vindicatio potestatis* por

parte de éstos. No son, pues, razones materiales, sino fundamentalmente de carácter procedimental, las que generan este interrogante. Y consideraciones de esta índole son justamente las que ha barajado el Tribunal Constitucional para poner de relieve las dificultades que plantea aceptar que la decisión desencadenante de este proceso sea una ley, aunque no ha negado tajantemente la posibilidad de que existan tales conflictos *sub specie legis*: «... no deben desconocerse las dificultades de encaje que podría tener la disposición legislativa dentro del cauce procesal abierto en los arts. 73 y siguientes de la LOTC y existen cauces específicos adecuados para el control de la constitucionalidad del contenido de la Ley. La propia regulación del procedimiento conflictual lo hace difícilmente practicable como reacción frente a una presunta invasión de atribuciones por obra del legislador. Siendo la Ley acto complejo de formación bicameral e imputable, en su adopción, a las Cortes Generales, tendría que estar este órgano plural pasivamente legitimado como tal en este procedimiento. (...) La consideración aislada de las Cámaras, sin embargo, las hace impotentes para reparar hipotéticas lesiones derivadas de un acto complejo y, en particular, para responder al requerimiento previo y «revocar» la decisión invasora, no imputable, aisladamente, a ninguna de las Cámaras, y, por ello, no reparable aisladamente por una u otra de ellas» (*idem*, FJ 3.º).

3. Los trámites procedimentales del conflicto

Antes del planteamiento del conflicto, la LOTC prevé un trámite previo con el que se pretende dar la oportunidad a los poderes involucrados de alcanzar una resolución pacífica de la controversia, el requerimiento de incompetencia. El órgano que cree usurpado su ámbito competencial habrá de solicitar al pretendidamente causante de la injerencia que revoque su decisión, para lo cual dispone del plazo de un mes a partir de la fecha en que llega a su conocimiento la misma (art. 73.1). En el caso de que el órgano requerido²³ sostenga que su decisión no entrañó vulneración alguna del orden competencial, o, transcurrido un mes desde que se le hizo el requerimiento, no haya rectificado su decisión en el sentido solicitado por el requirente, podrá éste plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional (art. 73.2 LOTC), sin que se prevea un plazo concreto para su formalización. A tal objeto, continúa el art. 73.2 LOTC, «presentará escrito en

²³ La LOTC, a diferencia de lo que sucede con la legitimación activa, no precisa si debe ser también el Pleno quien conteste al requerimiento. En los únicos conflictos planteados hasta la fecha, fueron las Mesas del Congreso y del Senado, no sus respectivos Plenos, los que respondieron al Consejo General del Poder Judicial.

el que se especificarán los preceptos que considera vulnerados y formulará las alegaciones que estime oportunas», adjuntando al mismo «certificación de los antecedentes que reputo necesarios y de la comunicación cursada en cumplimiento de lo prevenido en el número anterior de este artículo».

La LOTC no contempla la eventualidad de que se suspenda la eficacia de la decisión impugnada; y, de hecho, esta posibilidad ha sido abiertamente descartada con alcance general en el ATC 462/1985, aduciendo que «en los casos en que el legislador ha querido dotar de las potestades de suspensión al Tribunal, lo ha regulado expresamente», y, en relación con este proceso conflictual, la LOTC, «además de no regular esa potestad suspensiva, está previendo la hipótesis contraria —esto es, la no suspensión—, como revela el art. 75.2, pues en él se atribuye al Tribunal, en caso de ejecución, la facultad de resolver lo que proceda sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los actos ejecutados (FJ único).

Una vez planteado el conflicto, el Tribunal Constitucional, dentro de los diez días siguientes, «dará traslado del mismo al órgano requerido y le fijará el plazo de un mes para formular las alegaciones que estime procedentes» (art. 74 LOTC, permitiendo, además, este precepto que todos los demás órganos legitimados comparezcan en el procedimiento, «en apoyo del demandante o del demandado, si entendieran que la solución del conflicto planteado afecta de algún modo a sus propias atribuciones». Y, en fin, el proceso concluirá, por lo general, con el dictado de una Sentencia, que, según establece el art. 75.2 LOTC, podrá contener un triple pronunciamiento: la determinación del órgano a quien corresponde la atribución controvertida; la anulación de la decisión que haya generado la invasión de competencias ajenas; y, en su caso, la adopción de las medidas que se estimen pertinentes respecto de las situaciones jurídicas producidas al amparo de la decisión anulada.

Pues bien, llegados a este punto, y a modo de conclusión, cabría destacar que el legislador se ha inclinado por una regulación puntual del también llamado «conflicto de atribuciones», tal vez espoleado por la certidumbre de que buena parte de estas controversias tendría su cauce de resolución natural en el proceso político, y que otras disputas de esta índole terminarían igualmente residenciándose en el juez constitucional a través del resto de las vías procesales. Ciertamente, era de prever desde el inicio que difícilmente habría de jugar un papel protagonista un proceso constitucional que, en virtud de lo dispuesto en la LOTC, sólo puede ser instado por los Plenos de los respectivos órganos legitimados; que no tiene por objeto proteger las competencias de los Jueces y Tribunales, sino estrictamente las del Consejo General del Poder Judicial; que únicamente puede plantearse respecto de usurpaciones de atribu-

ciones, y no meras afectaciones de los respectivos ámbitos competenciales; etc. Y así ha venido la praxis a corroborarlo, pues, como ya señalamos, sólo la reiteradamente citada STC 45/1986 ha venido a resolver un conflicto de atribuciones tras más de quince años de actividad del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, si lo que se pretende es aportar una visión de cómo la jurisprudencia constitucional ha venido a incidir en el principio de separación de poderes, es claro que una comprensión cabal de la tarea desempeñada por el Tribunal Constitucional a este respecto sólo puede lograrse atendiendo a las decisiones vertidas en relación con los otros procedimientos constitucionales. A analizar algunas de las resoluciones recaídas en recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo que, ya abierta o soterradamente, encierran un problema de reparto de poderes, se dedica precisamente el siguiente y último apartado.

III. LA SALVAGUARDA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES A TRAVÉS DE LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES NO ESPECÍFICOS

Que el esquema del conflicto de atribuciones diseñado por el legislador no incentive su frecuente utilización, no ha impedido, desde luego, que el Tribunal Constitucional haya reiteradamente intervenido para dirimir controversias de orden competencial entre los órganos constitucionales del Estado. En esta línea, el Tribunal ha podido afirmar cómo «la Constitución ofrece un sistema de garantías suficientes como para depurar a su través las extralimitaciones en las que pudiera incurrir un órgano constitucional» (STC 45/1986, FJ 5.º).

Es más; en determinados supuestos, las presuntas vulneraciones competenciales, independientemente del mayor o menor rigor con que el legislador orgánico hubiese regulado el conflicto entre órganos, encontrarían en todo caso su más natural acomodo en otros procedimientos, como acaece, por ejemplo, cuando se trata de determinar si el ejecutivo —ya de *motu proprio*, ya porque contase con una expresa habilitación del legislador a tal efecto— ha invadido la esfera de competencias normativas que atañe a este último, habida cuenta de que para su resolución parecen más aptos los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes y disposiciones con fuerza de ley, es decir, el *recurso y la cuestión de inconstitucionalidad*²⁴.

²⁴ El recurso de inconstitucionalidad, en cuanto mecanismo de «control abstracto en sentido estricto», puede interponerse por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cin-

También a través de la vía del *recurso de amparo*²⁵ se sustentan a veces verdaderas controversias de índole competencial. Y ello es así porque, en alguna ocasión, la asignación de una concreta función a un determinado órgano constituye precisamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental en cuestión, como es el caso del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)²⁶. O porque, ante la falta de legitimación para acudir al conflicto de atribuciones, no queda otra opción que apelar a un derecho fundamental. Así sucede cuando un parlamentario entiende que la actitud renuente u obstaculizadora del Gobierno le impide desempeñar su función de control del mismo, lo que pretendidamente acarrearía la lesión del derecho consagrado en el art. 23.2 CE²⁷.

Pero no nos precipitemos, ya que lo que se pretende con las siguientes páginas es precisamente desvelar estas controversias competenciales que se ocultan bajo la apariencia de un caso de derechos fundamentales o de vulneraciones de preceptos sustantivos de la Constitución. A tal objeto, parece pertinente que la sistematización de la jurisprudencia no se inspire en criterios materiales, sino que se realice atendiendo al poder cuya esfera de atribuciones

cuenta Senadores, así como por los órganos ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas (art. 162.1 a) CE). De otra parte, la Constitución, en su art. 163, también contempla una fórmula de «control concreto impropio», la cuestión de inconstitucionalidad, que se define en los siguientes términos: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

²⁵ Mediante el recurso de amparo se tutelan los derechos incluidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución (esto es, los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en los arts. 15 a 29), el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 CE), frente a las lesiones ocasionadas por los poderes públicos (art. 53.2 CE).

²⁶ Según reza este precepto: «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 cada momento». Sobre el particular puede consultarse el artículo de HUERTA TOCILDO: «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 81-113.

²⁷ De acuerdo con esta disposición, los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes». Un derecho fundamental que, según jurisprudencia constitucional ya consolidada, abarca también el ejercicio de las facultades y derechos inherentes al cargo o función pública de que se trate. Así, por citar una de las numerosas decisiones vertidas al respecto, dice la STC 161/1988: «el derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución... es un derecho de configuración legal, como de forma inequívoca expresa el último inciso del precepto, y, en su consecuencia, compete a la Ley, comprensiva, según se deja dicho, de los Reglamentos Parlamentarios, ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicas. Una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, éstos quedan integrados en el *status* propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 de la Constitución, defender ante los órganos judiciales —y en último extremo ante este Tribunal— el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público...» (FJ 2.º).

se trata de proteger en relación con las presuntas injerencias, interferencias o lesiones cometidas por los otros dos poderes del Estado ignorando lo dispuesto en la Constitución. De este modo, sucederá en ocasiones que aquello que desde el punto de vista material no entrañaría sino una sola cuestión y podría, por ende, ser abordado en un solo momento, por ejemplo, determinar cómo la jurisprudencia constitucional ha definido el alcance del derecho fundamental a la legalidad sancionadora, bajo el prisma competencial que a nosotros interesa requerirá un análisis escindido en dos planos y, así, comprobar, primero, cómo dicha jurisprudencia ha defendido esta concreta atribución del legislador frente al ejecutivo, para, más tarde, hacer lo propio con las presuntas interferencias del poder judicial.

1. La protección de la esfera competencial del poder legislativo

1.1 *Frente a las intromisiones del poder ejecutivo: El quebrantamiento de la reserva de ley. El ejercicio ilícito de la facultad de dictar normas con rango de ley. La utilización espuria del monopolio de la iniciativa legislativa en materia presupuestaria*

Antes de detenernos en las más relevantes manifestaciones jurisprudenciales en las que se expresa la función tuitiva que hasta ahora ha desempeñado el Tribunal Constitucional en este ámbito, no parece inoportuno hacer una previa precisión acerca de la peculiaridad que encierra este tipo de controversias. Particularidad que deriva de la propia mecánica interna del régimen parlamentario, en el que, dada la dependencia orgánica existente entre Gobierno y Parlamento, más que estrictos conflictos entre el legislativo y el ejecutivo, las divergencias se suscitan, en puridad, entre la mayoría que sostiene al Gobierno y la oposición. Quiere decirse con esto que, en buena parte de los supuestos que ahora analizaremos, se trata de injerencias *consentidas* o, aún más, *provocadas* por el propio poder legislativo²⁸, o, a fuer de ser exactos, por la mayoría parlamentaria. El Tribunal Constitucional restituye en estos casos la integridad del orden competencial del legislador, *a pesar de* la voluntad del legislador. Son, pues, las minorías quienes reaccionan frente a tales invasiones

²⁸ En cualquier caso, cuando la invasión se produce por iniciativa del propio poder ejecutivo, al ejercitar su potestad reglamentaria, corresponde su control a la jurisdicción ordinaria, no interviniendo el juez constitucional más que en aquellos supuestos excepcionales en que el Reglamento, *per se*, implique la lesión directa e inmediata de un derecho fundamental. Véase al respecto el libro de CAAMAÑO, Francisco: *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid, 1994.

mediante la interposición del recurso de inconstitucionalidad, o, en su defecto, son los propios jueces quienes, al tener que aplicar en un caso concreto la norma con rango de ley pretendidamente lesiva del ámbito competencial del legislativo, deciden plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

a) Reserva de ley. Entrando ya en el análisis casuístico de la jurisprudencia, debemos en primer lugar detenernos en aquellos supuestos en que los problemas competenciales se presentan bajo la forma de un presunto *quebrantamiento de la reserva de ley*²⁹. Ciertamente, en nuestro sistema constitucional la reserva de ley no pretende tanto deslindar positivamente el ámbito de actuación del legislador – puesto que «las Cortes Generales... pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin poseer un título específico para ello» (STC 76/1983, FJ 4.º)– como, más propiamente, acotar negativamente la esfera del poder normativo del ejecutivo, definiendo los espacios en los que, en principio, está vedado el ejercicio de su potestad reglamentaria. Como ya señalaría al respecto la STC 83/1984: «Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos» (FJ 4.º).

Ahora bien, la reserva de ley no puede ser entendida en modo tan riguroso que se excluya la posibilidad de «una intervención auxiliar o complementaria del reglamento» (STC 99/1987, FJ 3.º), dado que el legislador puede estimar pertinente la colaboración normativa de la potestad reglamentaria. E, incluso, dicha colaboración «resultará, en muchos casos, debida y obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias» (STC 77/1985, FJ 14.º *in fine*). Pero, en estos supuestos, las remisiones o habilitaciones en favor del ejecutivo deben restringir «efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técni-

²⁹ Las reservas de ley establecidas por la Constitución española son numerosísimas. Baste, pues, reseñar una de las más relevantes, a saber, la contenida en el art. 53.1, que, en relación con los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, dispone: «Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...». Reserva de ley que ha de conectarse con el art. 81.1 CE, que prevé que sean leyes orgánicas –esto es, leyes aprobadas por la mayoría absoluta del Congreso– «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas».

cos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley» (STC 83/1984, FJ 4.º).

Así pues, es claro que las reservas de ley se traducen en un límite que pende sobre el propio legislador, impidiéndole que las a veces imprescindibles remisiones a las normas reglamentarias que se vea obligado a efectuar «hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley», pues, si obrase de este modo, se produciría «una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria» (STC 83/1984, FJ 4.º). En consecuencia, según se apostilló en la STC 99/1987, el legislador no puede «disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva» (FJ 3.º).

En suma, el reconocimiento de facultades normativas del ejecutivo en unos ámbitos que, *prima facie*, quedan constitucionalmente reservados en exclusiva para el legislador, sólo encuentra justificación en aquellos supuestos en los que «la naturaleza de las cosas», «motivos técnicos» o la «optimización» de las finalidades perseguidas por la Constitución hagan imprescindible su colaboración normativa. Son, pues, consideraciones de eficacia o adecuación del órgano para desempeñar una concreta tarea las que explican tales intervenciones del ejecutivo en esferas que, en principio, le son ajenas. Subyace aquí esa comprensión del dogma de la separación de poderes como *principio organizador* al que ya hicimos referencia páginas arriba, el cual, lejos de concebirse como un mandato estricto o excesivamente teórico, se proyecta en la exigencia de que en el reparto de las atribuciones entre los poderes del Estado se atienda también al criterio de la aptitud estructural de cada órgano para desempeñar una específica función.

Fundamentos de tal índole son igualmente los utilizados cuando se pretende explicar la intensa colaboración normativa del ejecutivo en el ámbito de las sanciones administrativas; materia que, al formar parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), queda, al igual que los delitos y las penas, cubierta por la exigencia de *lex certa*. Requisito que se plasma en el mandato al legislador de que realice «el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos» (STC 62/1982, FJ 7.º); de tal modo que dicha descripción permita predecir, con un nivel suficiente de certeza, «las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que

puede hacerse merecedor quien las cometa» (STC 116/1993, FJ 3.º). Sin embargo, frente a la más estricta aplicación de la reserva de ley cuando de delitos se trata³⁰ esta garantía en que la *lex certa* consiste sólo tiene «una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas, por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y otras consideraciones de prudencia o de oportunidad» (STC 219/1989, FJ 2.º).

La capacidad de intervención del ejecutivo se acrecienta incluso cuando se trata de determinar el ilícito administrativo en el seno de una relación de sujeción especial. Pues, según argumentó la STC 2/1987: el incurso en una relación de este género «se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el *status* específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal sentido la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución» (FJ 2.º).

b) Decreto legislativo y Decreto-ley. Otras decisiones jurisprudenciales dignas de mención son aquellas que se han vertido para preservar el ámbito competencial del legislativo frente al pretendido *ejercicio ilícito por parte del ejecutivo de su facultad de dictar normas con rango de ley*. En efecto, por lo que hace a la figura del *decreto legislativo*, no han faltado ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha debido controlar la posible existencia de decretos legislativos *ultra vires*, esto es, aquellos que dicta el Gobierno ignorando la

³⁰ No obstante, también en relación con los delitos cabe la utilización legislativa de normas penales abiertas, esto es, «aquellas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en la Ley penal, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, incluso de carácter reglamentario» (STC 53/1994, FJ 4.º). Pero, en tales casos, se exigen los siguientes requisitos: «que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o... se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (STC 127/1990, FJ 3.º).

materia concreta o los principios y directrices impuestos por el legislador al habilitarle para el dictado de estas disposiciones normativas con fuerza de ley³¹. Naturalmente, dado el carácter derivado de esta potestad gubernamental: «La determinación del objeto, alcance, principios y criterios por parte de la Ley de Bases, circunscriben el campo de la delegación legislativa para asegurar que la delegación no se ejercite de modo divergente al objeto y a la finalidad que la determina. Mientras que el ejercicio directo de la función legislativa supone un margen de decisión sujeto sólo a mandatos constitucionales, el ejercicio delegado de la función legislativa supone que el Gobierno no sólo está sujeto a la Constitución, sino también a la delimitación precisa que la Ley de Bases ha de hacer sobre el objeto y alcance de la delegación y sobre los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio, los cuales al ser establecidos por la Ley de Bases permiten ser objeto del correspondiente debate parlamentario» (STC 205/1993, FJ 3.º). La razón de ser de este control resulta, por lo tanto, evidente desde la perspectiva del principio de separación de poderes: cuando el Parlamento opta por delegar en el Gobierno una tarea porque entiende que será más ágilmente desempeñada por éste, tal habilitación se efectúa sólo sobre la base de que las decisiones fundamentales al respecto han quedado ya predeterminadas por el legislador, de tal suerte que, si el Gobierno se excede de lo estrictamente delegado, es claro que el producto normativo emanado de aquél entraña, de hecho, la usurpación ilícita de un ámbito material que, únicamente tras el pertinente debate parlamentario, es susceptible de ocupación por el ejecutivo.

Por el contrario, en el caso del *Decreto-ley*, la asunción de una función propia del legislativo por parte del Gobierno se justifica constitucionalmente, como ya vimos, por la exigencia de que el Estado reaccione con presteza ante una situación de «extraordinaria y urgente necesidad», aunque dejando siempre a salvo determinadas materias que, por su relevancia, ni siquiera la situación de necesidad podría considerarse argumento bastante para legitimar su afectación por el ejecutivo (instituciones básicas del Estado, derechos y libertades consagrados en el Título I, régimen de las Comunidades Autónomas y Derecho electoral general) (art. 86.1 CE). Consiguientemente, mientras se respeten los límites del citado precepto, su utilización habrá de reputarse lícita, «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de

³¹ No puede dejar de reseñarse a este respecto que, según reza el art. 82.6 CE: «Sin perjuicio de la competencia propia de los *Tribunales*, las leyes de delegación podrán establecer normas adicionales de control». Por lo tanto, el control de los decretos legislativos *ultra vires* es una tarea compartida con los órganos de la jurisdicción ordinaria (STC 51/1982, FJ 1.º).

prever, requieren una acción normativa inmediata o en que coyunturas económicas exigen una respuesta rápida (STC 6/1983, FJ 5.º)³².

Ahora bien, en la hipótesis de que el Gobierno recurra a este peculiar instrumento aun en ocasiones en que no concurra ese presupuesto fáctico habilitante, o respecto de materias a él vedadas constitucionalmente, es el propio Congreso de los Diputados quien está llamado en primera instancia a velar por esta ilícita invasión de su esfera funcional, ya que habrá de decidir, en el plazo de treinta días desde la promulgación de la norma presuntamente lesiva de su ámbito competencial, acerca de la convalidación o derogación de la misma (art. 86.2 CE). La convalidación, pues, no viene a ser sino «una homologación respecto de la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino» (*ibídem*).

Sin embargo, aunque el Congreso renuncie a esa función de autotutela y acuerde, en consecuencia, la convalidación de un decreto-ley dictado al margen de las previsiones constitucionales —consintiendo así, tácitamente, una injerencia destinada a prolongarse en el tiempo, pues, una vez convalidado, el decreto-ley pierde su carácter de provisionalidad, incorporándose con afán de permanencia en el ordenamiento jurídico³³—, es claro que corresponde al Tribunal Constitucional restituir el orden competencial vulnerado. A él corresponde, ciertamente, en primer término, comprobar si en realidad se produjo el presupuesto fáctico habilitante, así como controlar si las concretas disposiciones del Decreto-ley se acomodan o no a la necesidad del caso concreto. Y ello es así por más que, en la apreciación de lo que haya de considerarse caso de extraordinaria y urgente necesidad, deba reconocerse cierto margen de manobra «al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado», pues, aun admitiendo que éstos gozan en efecto de un «razonable margen de discrecionalidad³⁴: «El Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia. Es claro que esa potestad de control del Tribunal implica que dicha definición sea explícita y razonada y

³² Véase CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Tres Sentencias sobre el decreto-ley (SSTC 29/1982, 6 y 111/1983)», en *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985, pp. 145-162.

³³ Vid. SSTC 29/1982, FJ 2.º; 6/1983, FJ 5.º y 111/1983, FJ 3.º.

³⁴ «El Tribunal no podría, sin traspasar las fronteras de su función y a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión del gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático» (STC 111/1983, FJ 5.º).

que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan» (STC 29/1982, FJ 3.º). En suma, el juez constitucional está llamado a controlar «la observancia de la relación de adecuación entre la respuesta normativa dada a la situación motivadora y la urgencia que la justificó, pues, aunque la observancia de los límites genéricos del art. 86 de la Constitución pueda haber existido y el Congreso de los Diputados puede haber homologado el Decreto-ley siempre tendrá que ser la respuesta normativa adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho» (STC 6/1983, FJ 5.º).

La segunda forma de control que ejercita el Tribunal Constitucional respecto del Decreto-ley consiste en examinar si se ha observado el mandato constitucional de que los mismos no pueden *afectar* determinadas materias; aunque, ciertamente, la jurisprudencia vertida sobre el particular ha esquivado una interpretación literal del precepto, que habría conducido muy probablemente, de aplicarse estrictamente, a dejar vacía de contenido esta peculiar figura normativa³⁵.

c) Contenido material de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Por último, antes de terminar este apartado, procede hacer referencia a las interferencias que puede sufrir el legislador con ocasión de la *utilización espuria del monopolio de la iniciativa legislativa en materia presupuestaria por parte del ejecutivo*. Y es que, en efecto, ha sido usual que el Gobierno incluyera en el Proyecto de Ley de Presupuestos la regulación de determinadas materias no genuinamente presupuestarias, logrando así una más asequible aprobación de dicha normativa por parte del Parlamento, dadas las restricciones que, respecto de la Ley de Presupuestos, imponen al poder legislativo de las Cortes tanto la propia Constitución (art. 134. 6 y 7) como los Reglamentos de las Cámaras. A fin de hacer frente a tal fenómeno, que entraña en sustancia un menoscabo de la esfera de atribuciones del legislador que, a diferencia de

³⁵ Especialmente, la prohibición de que puedan «afectar... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero», pues, como se afirmó en la STC 111/1983, «la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el art. 86.1 de la CE se sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo «afectar» de un contenido literal amplísimo; como con tan exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título I, es claro que tal interpretación, fácilmente reducible *ad absurdum*, tampoco puede ser aceptada...» (FJ 8.º). Esta tendencia es asimismo perceptible en relación con el resto de las materias excluidas del Decreto-ley: véanse, por ejemplo, las SSTC 60/1986, FJ 4.º y 23/1993, FJ 2.º.

los antes reseñados, y al menos formalmente, ni es auspiciado ni consentido por éste, se ha ido acuñando una línea jurisprudencial, hoy ya plenamente consolidada, que se asienta sobre la base de que «el objeto de las leyes de presupuestos generales del Estado, a diferencia de lo que en principio sucede con las demás leyes, no puede ser libremente fijado» (STC 195/1994, FJ 2.º), distinguido a tal respecto dos posibles contenidos de las mismas.

De una parte, cabría identificar un «*contenido mínimo necesario e indispensable*» (STC 65/1987, FJ 4.º), que, en virtud de lo dispuesto por la Constitución³⁶, vendría a estar «constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos» (STC 76/1992, FJ 4.º). Y, junto a éste, podrá coexistir un *contenido eventual*, cuya presencia se justifica en el «carácter instrumental del presupuesto en relación con la política económica» cuyo trazado al Gobierno atañe (STC 27/1981, FJ 2.º).

Ahora bien, esta posible incorporación de materias que no constituyen el núcleo esencial e indisponible del Presupuesto, en cuanto mera previsión contable de los ingresos y gastos del Estado, se supedita a la observancia estricta de dos condicionantes, a saber: «la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexa en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales. En cuanto a la primera condición, hemos declarado con reiteración que ha de ser una relación directa con los gastos e ingresos que constituyen estrictamente el Presupuesto o con los criterios de política económica general del que dicho Presupuesto es el instrumento (SSTC 63/1986, FJ 12.º; 65/1987, FJ 4.º y 65/1990, FJ 3.º). En cuanto a la segunda condición, hemos sostenido que la inclusión injustificada de estas materias en la ley anual de Presupuestos puede ser contraria a la Constitución por suponer una *restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional...*» (STC 76/1992; la cursiva es nuestra).

La cita, aunque larga es un buen exponente del modo en que la jurisprudencia constitucional viene desempeñando esa tarea de preservación de las respectivas esferas competenciales de los órganos del Estado, aun cuando las injerencias sólo se manifiesten muy sutilmente. Con esta línea jurisprudencial se ofrece, en efecto, un remedio razonablemente aceptable para garantizar que la Ley de Presupuestos «no contenga más disposiciones que las que corresponde a su función constitucional» (STC 76/1992, FJ 4.º).

³⁶ De acuerdo con el art. 134.2 CE: «Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado».

1.2 Frente a las interferencias del poder judicial: La aplicación analógica in peius de las normas sancionadoras

Quizás convenga comenzar este apartado haciendo referencia a una cuestión que no por obvia o bien conocida deba dejar aquí de recordarse: que en un sistema de control de constitucionalidad concentrado «no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional» (STC 4/1981, FJ 1.º). La doble supeditación del juez a la Constitución y a la ley se trató, pues, de conciliar por el constituyente, no atribuyéndole la facultad de inaplicar *per se* la ley pretendidamente inconstitucional, sino habilitando una vía incidental, la cuestión de inconstitucionalidad, a través de la cual pudiese someter el conocimiento del asunto al órgano que ostenta el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes.

Únicamente en relación con las leyes preconstitucionales que se reputen contrarias al texto constitucional se reconoce la posibilidad de que los órganos judiciales decidan su inaplicación sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues, «al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente—, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales» (*ibídem*). Pero, salvando estos supuestos, los jueces carecen de la facultad de dejar de aplicar en los casos concretos las leyes presuntamente inconstitucionales, hasta el punto de que toda decisión que se adopte ignorando esta proscripción habrá de considerarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución³⁷.

Mas, volviendo a las injerencias que puede cometer el poder judicial en la esfera propia del legislador, debemos traer de nuevo a colación el derecho fundamental a la legalidad penal, que implica, como ya sabemos, la exigencia de que sea, en principio, una ley formal la que defina las conductas ilícitas y las sanciones. Una vez fijados ambos extremos por el legislativo, es obvio que

³⁷ Así sucedió en la STC 23/1988, en cuyo fundamento jurídico primero puede leerse: «La tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido (...). Dentro de la prestación que supone la tutela judicial se integra así el sometimiento del Juez a la Ley para resolver la pretensión planteada ante él, sometimiento que no excluye, sino que al contrario presupone, la posibilidad de plantear ante este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad de la norma legal aplicable al caso. De no hacerlo así, dejando de aplicar indebidamente, por su supuesta inconstitucionalidad, una norma legal relevante para el caso, habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte».

corresponde a los órganos judiciales subsumir los hechos en el tipo descrito y determinar la correspondiente sanción, de acuerdo con la facultad de interpretar y aplicar la ley que el art. 117.3 CE atribuye en exclusiva a los Jueces y Tribunales. E, incluso, ha de reconocerse un cierto margen de maniobra a los jueces en el desempeño de esta función, pues, como viene reiterando la jurisprudencia constitucional acuñada al respecto, el principio de legalidad penal no es tan riguroso que reduzca al Juez a ser un mero ejecutor automático de la Ley, actuando de forma tan mecánica que anule su libertad, cuando en uso de ésta, ni se crean figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento; máxime si se toma en consideración que no puede considerarse dicho principio vulnerado cuando la definición del tipo «incorpore conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación» (STC 62/1982, FJ 7.º).

No obstante lo dicho, en el supuesto de que un órgano judicial sobrepase el radio de acción que le permite su facultad de interpretar y aplicar la legalidad penal, deviniendo su decisión una actuación creadora, es obvio que se habrá vulnerado frontalmente el principio que nos ocupa. Y ello sucede cuando, al aplicar una determinada disposición penal al caso concreto, la subsunción por él efectuada «no obedece a los resultados de una cierta interpretación, no por discutible menos posible, del tenor literal de la mencionada disposición, sino que constituye un verdadero supuesto de extensión *in malam partem* del alcance del tipo en cuestión a supuestos que no pueden considerarse incluidos en él» (STC 111/1993, FJ 7.º)³⁸. A la jurisdicción constitucional corresponde, en consecuencia, velar por que no se traspase el umbral que separa lo que no constituye sino el ejercicio de la facultad que ostenta el juez para valorar y subsumir las conductas juzgadas en las normas penales –manifestación de su competencia exclusiva para interpretar la legalidad ordinaria– de la extensión analógica peyorativa de dichas normas, vedada por el principio de legalidad penal. Y, al proteger de este modo el derecho fundamental en cuestión, es obvio que, *pari passu*, también está contribuyendo a la preservación de la esfera competencial del poder legislativo frente a las injerencias del judicial, pues, como se reseñó en el ATC 263/1995, la prohibición de la extensión analógica *in peius* del Derecho Penal «significa rechazar de plano la analogía como fuente creadora de delitos y penas, *impidiendo así que el Juez invada ámbitos que sólo al legislador corresponde*» (FJ 20; la cursiva es nuestra).

³⁸ Véanse, además, las SSTC 75/1984 (FJ 5.º in fine), 159/1986 (FJ 8.º) y 133/1987 (FJ 4.º). Por lo demás, la prohibición de la aplicación analógica *in peius* de las normas penales es una doctrina que, obviamente, se ha hecho extensiva a las infracciones y sanciones administrativas (STC 182/1990, FJ 3.º).

2. La protección del ámbito de atribuciones del poder ejecutivo

2.1 Frente a las invasiones del legislador: Las Leyes de caso único

No son ciertamente de carácter normativo las atribuciones cuyo menoscabo puede el poder ejecutivo temer como consecuencia de la acción del legislador. Sencillamente, la Constitución española desconoce una «reserva reglamentaria» *more gallico* –al menos como se desprende de la literalidad de la Constitución francesa de 1958–, y consagra la sumisión plena de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1), por lo que difícilmente podría reconocerse a la potestad reglamentaria del Gobierno un espacio propio, resistente a la ley³⁹. De hecho, «la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero lo habilita (STC 35/1982, FJ 2.º)⁴⁰. Todo ello sin olvidar, además, según ya se ha reseñado, que las Cortes, «pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin poseer un título específico para ello» (STC 76/1983, FJ 4.º); así como que la también aludida cláusula final del art. 66.2 CE («las Cortes Generales... tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución») no puede entenderse como la fijación de un tope máximo de atribuciones, sino como un mínimo obligatorio e indisponible, pues nada impide que, mediante ley, «pueda reconocérseles otras, que no estén específicamente mencionadas en la Constitución» (STC 108/1986, FJ 12.º). No es, constitucionalmente ilícita de la esfera del ejecutivo por parte de las Cortes.

Diversa puede ser la conclusión si nos atenemos a la concepción del Ejecutivo más genuina, en cuanto enraizada directamente en la visión que del mismo ya se tenía en la inicial teoría de la división de poderes, a saber, la de ser el poder del Estado al que se encomienda como tarea esencial la transfor-

³⁹ Sobre las relaciones entre la ley y el reglamento, *Vid.* OTTO, Ignacio de: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987; y RUBIO LLORENTE, Francisco: «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», así como «Principio de legalidad», ambos ahora en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, 1993.

⁴⁰ Habilidadación que incluso se ha exigido respecto de las relaciones de sujeción especial en un caso relativo a sanciones administrativas a las que se imputaba haber quebrado el principio *ne bis in idem*. Así, se afirma lo que sigue en la STC 234/1991: «...las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta puede otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación» (FJ 2.º).

mación de la voluntad general que la ley expresa en una actuación concreta y determinada. Y es que, ciertamente, podría cuestionarse si esta función natural del poder ejecutivo no es acaso inconstitucionalmente asumida por el legislador cuando dicta *leyes de caso único*, entendiendo por tales aquellas que son «dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro» (STC 166/1986, FJ 10.º).

Pues bien, la jurisprudencia constitucional no ha negado drásticamente su posible existencia, partiendo para ello de la consideración de que «la resistencia conceptual que, en principio, suscitó esta clase de Leyes se encuentra actualmente superada por la moderna doctrina científica, según la cual el dogma de la generalidad de la Ley no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar, con valor de Ley, preceptos específicos para supuestos únicos o sujetos concretos» (*ibídem*). De otra parte, tal aseveración se fundamenta en la propia Constitución española, habida cuenta de que «no existe precepto, expreso o implícito, que imponga una determinada estructura formal a las Leyes, impeditiva de que éstas tengan un carácter singular» (*idem*, FJ 11.º).

Consiguientemente, no puede afirmarse apriorísticamente que este tipo de Leyes quede, *ab initio*, proscrito por el texto constitucional; y ello es así por más que no pueda sino reconocerse que las mismas entrañan una injerencia del legislador en el ámbito propio del poder ejecutivo: «La función legislativa —sigue diciendo la STC 166/1986 en el mismo fundamento jurídico— tiene por objeto ordinario la producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad, y la función ejecutiva el de actuar en atención a un fin concreto de interés general, y de ello se desprende que el contenido material de las Leyes singulares es, al menos en parte, actividad ejecutiva o de administración y, en su consecuencia, que dichas Leyes constituyen una intervención del legislador en el ámbito de poder del gobernante y administrador». Sucede, sin embargo, que «la evolución histórica del sistema constitucional de división de poderes ha conducido a una *flexibilización* que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de Ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta *fungibilidad* entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones, admitiéndose pacíficamente que su separación ya no se sustenta en la generalidad de una y la singularidad de la otra y que, según se deja ya dicho, es lícito al legislador adoptar decisiones singulares cuando así lo requieran situaciones singulares, al igual que es lícito a la Administración completar la función normativa de aquél mediante el ejercicio de su poder reglamentario» (la cursiva es nuestra).

Ahora bien, si el texto constitucional no veda, *prima facie*, las Leyes de caso único, «ello no quiere, sin embargo, decir que las Leyes singulares sean totalmente equiparables a las Leyes generales, en el sentido de que constituyan ejercicio *normal* de la potestad legislativa, sino que se configuran como ejercicio *excepcional* de esta potestad» (*ídem*, FJ 10.º). Y es que, al fin y al cabo, «no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales –art. 66.2– y la ejecución al Gobierno –art. 97– y, por tanto, *esta separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro*» (*ídem*, FJ 11.º; de nuevo, la cursiva es nuestra).

¿Cuándo puede, por tanto, utilizarse, siquiera excepcionalmente, las Leyes de caso único? Pues, evidentemente, de acuerdo con la visión «flexible» del dogma de la separación de poderes que implica concebirlo como *principio organizador*, cuando su respeto estricto se traduciría inevitablemente en un grave quebranto de la eficacia de las decisiones que el Estado debe adoptar para hacer frente a una situación de hecho excepcional: «En su consecuencia –se afirma en ese mismo fundamento jurídico–, de la misma forma que el ejercicio por el Gobierno de la potestad legislativa que, a título excepcional, le concede el art. 86.1 de la Constitución para supuestos de «extraordinaria y urgente necesidad» debe utilizarse tan sólo cuando tales supuestos requieren una prontitud de respuesta que no puede dar el poder legislativo de las Cortes, la adopción de las Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria transcendencia y complejidad, no son remediabiles por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar una solución adecuada a una situación singular».

La constatación de que existe una situación excepcional a la que no puede hacer frente adecuadamente el poder ejecutivo es, consiguientemente, la razón última que justifica este tipo de Leyes; pero sirve, al tiempo, como argumento que viene a orillar una dificultad doctrinal que, contra su utilización, podría también argüirse, a saber, que las mismas pueden entrañar una vulneración del principio de igualdad: «La vocación a la generalidad que su propia estructura interna impone a las Leyes viene protegida, en nuestra Ley fundamental, por el principio de igualdad en la Ley establecido en su art. 14; pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la

esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora. Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular –supuesto el más intenso de Ley diferenciadora– debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta... Según ello, la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por hechos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone» (STC 166/1986, FJ 11.º).

En suma, el control que al Tribunal Constitucional atañe efectuar acerca de la adecuación a la Constitución de las Leyes de caso único –y, por ende, el *test* a través del cual salvaguarda la esfera del ejecutivo frente a esta peculiar forma de invasión cometida por las Cortes– se proyecta en un doble plano: de una parte, se trata de determinar, en primer término, si cabe reconocer que existen en efecto unos hechos definitorios de una situación excepcional que las justifiquen, al objeto de «excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad»; y, en segundo término, ha de asegurarse «la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas» (*ibídem*). Con todo, la superación de este *test* no legitimaría, sin más, el dictado de una Ley de estas características, pues el legislador encuentra en los derechos fundamentales un límite absolutamente inequívoco. Y es que, ciertamente: «los derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, Leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio; dichos derechos son materia reservada a Leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares» (*ibídem*).

2.2 Frente a las intervenciones judiciales: Los actos políticos del Gobierno

El art. 97 CE atribuye al poder ejecutivo, como ya sabemos, además de la facultad que le da nombre y la potestad reglamentaria, la función de dirección política: «El Gobierno –comienza precisamente dicho precepto– dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado». Pues bien, dadas la peculiar naturaleza de esta función, cuyo alcance es imposi-

ble de precisar *a priori*, y la presencia en la Constitución de un precepto, el art. 106.1, que circunscribe el control de los Tribunales a «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa», era de esperar que no dejara de plantearse en sede constitucional, a través de la invocación en vía de amparo de una presunta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la cuestión del posible control judicial de los *actos políticos del Gobierno*.

Un recurso de amparo de esta índole es, precisamente, el que está en la génesis de la STC 45/1990, en donde se resolvió el interrogante, negando tal posibilidad, en los siguientes términos: «En efecto, no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está... la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes» (FJ 2.º). Así pues, una vez más, un caso de derechos fundamentales coadyuva a la definición jurisprudencial del perfil último que adopta la división de poderes en el seno de la Constitución; principio que, como ya dijimos, y éste es un buen ejemplo, impide la instauración de mecanismos de control entre los poderes del Estado no queridos por el constituyente.

Pero los supuestos en que con mayor frecuencia se ha reiterado esta doctrina ha sido en el marco de las estrechas relaciones Parlamento-Gobierno que caracterizan al régimen parlamentario. Efectivamente, la hipótesis más usual es aquella en la que un miembro del legislativo, ante la negativa o el cumplimiento insatisfactorio por parte del Gobierno de una petición de información, entiende que tal actitud, al impedirle ejercitar su facultad de control inherente al cargo, entraña una lesión del derecho consagrado en el art. 23 CE; demanda de amparo en la que, eventualmente, en el caso de que se haya pretendido en vano que la jurisdicción ordinaria conociese de la cuestión, también puede haberse invocado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Huelga reseñar que en estos supuestos se sustancian verdaderos conflictos de atribuciones entre los órganos legislativo y ejecutivo que, por razones de falta de legitimación, no pueden encauzarse a través del procedimiento constitucional específicamente previsto para ello⁴¹.

⁴¹ Una singular forma de conflicto, cuya mención parece ahora pertinente, es la que se produce dentro del propio Parlamento cuando un parlamentario individual o un Grupo Parlamentario cree injustifi-

Y, como es obvio, estas controversias, en la medida en que se producen en el seno de las relaciones políticas entre el Ejecutivo y el Legislativo, reguladas en el Título V de la Constitución, e implican, por tanto, que el «Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración» (STC 196/1990, FJ 5.º; y, en este sentido, también ATC 426/1990, FJ 3.º), tampoco están sujetas al Derecho Administrativo, deviniendo, en consecuencia, ilegítima toda interferencia del poder judicial en su resolución. A lo sumo, es únicamente el Tribunal Constitucional quien puede efectuar cierto control en este ámbito, cuando «en el desarrollo de esa clase de relaciones pueda vulnerarse el ejercicio del derecho fundamental que a los parlamentarios les garantiza el art. 23 de la CE, bien por el Ejecutivo, bien por los propios órganos de las Cámaras, si se les impide o coarta el ejercicio de la función parlamentaria» (STC 220/1991, FJ 5.º). Ahora bien, «mientras que los obstáculos al ejercicio de las facultades que integran la función parlamentaria provenientes de los propios órganos de las Cámaras son, en principio, susceptibles de revisión en amparo, las respuestas o actuaciones del Ejecutivo en réplica a tal ejercicio constituyen, también en principio, ejercicio de las funciones gubernamentales propias, susceptibles de control político y parlamentario –y, en última instancia, electoral– *pero no revisables, en general, desde consideraciones de corrección jurídica, so riesgo de pretender una judicialización inaceptable de la vida política, no exigida en modo alguno por la Constitución, y poco conveniente con el normal funcionamiento de la actividad política de las Cámaras Legislativas y del Gobierno*» (ibídem; de nuevo, la cursiva es nuestra).

3. La salvaguarda de la función judicial

Si el recurso de amparo contribuye, en determinada medida a la protección del ámbito de atribuciones del legislativo y del ejecutivo, cuando se trata del poder judicial su colaboración a tal respecto deviene especialmente relevante. Ha de hacerse notar, en efecto, que entre los derechos susceptibles de

cadamente obstaculizado el ejercicio de sus derechos y facultades por parte de los órganos de gobierno de las Cámaras. En principio, estos *actos internos* del legislativo, en aras del respeto de la independencia consustancial a los órganos constitucionales, estarían, por su naturaleza, exentas de todo control jurisdiccional (ATC 183/1984, FJ 2.º). Ahora bien, esta doctrina de los *interna corporis acta* «sólo resulta de aplicación en la medida en que no exista lesión de derechos y libertades (...) Así, si un acto parlamentario afecta a un derecho o libertad de los tutelables mediante el amparo constitucional, desborda la esfera de la inmunidad jurisdiccional inherente a los *interna corporis* y se convierte en un acto sometido, en lo tocante a ese extremo, al enjuiciamiento que corresponda a este Tribunal» (STC 23/1990, FJ 4.º; y, en la misma línea, SSTC 118/1988, FJ 2.º; 161/1988, FJ 3.º; 214/1990, FJ 2.º; y 15/1992, FJ 2.º).

amparo se encuentran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁴² y el derecho al Juez independiente e imparcial, que el Tribunal Constitucional ha entendido implícitamente integrado en los derechos al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)⁴³. Por lo tanto, sucede en ocasiones que, al resolver sobre las posibles vulneraciones de los citados derechos, la jurisprudencia constitucional viene, siquiera mediatamente, a asegurar la esfera competencial y la independencia consustanciales a los jueces y tribunales.

3.1 *Frente a las interferencias del legislador: La prerrogativa de la inmunidad*

Páginas atrás aludimos a que la propia Constitución contempla un supuesto excepcional de interferencia de la actividad jurisdiccional por parte de las Cámaras, la prerrogativa parlamentaria de la *inmunidad*, y que la misma se justifica, bajo el prisma de la separación de poderes en cuanto *principio organizador*, en la certidumbre de que sólo el poder legislativo está en condiciones de evaluar la eventual finalidad política que puede alentar el procesamiento de alguno de sus miembros.

De acuerdo con esa *ratio* última legitimadora de la institución, se hace evidente que el Congreso de los Diputados y el Senado no deciden libérrimamente acerca de la concesión o denegación del suplicatorio. De hecho, sólo podrán optar por esta última cuando «sea conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad parlamentaria persigue y en la que la posibilidad de denegación se fundamenta. Por el contrario, la respuesta negativa a la autorización para procesar será incorrecta y habrá un abuso de la figura constitucional de la inmunidad cuando ésta sea utilizada para fines que no le son propios» (STC 90/85, FJ 6.º). En consecuencia, al juez constitucional corresponde controlar si se ha hecho un uso adecuado de esta prerrogativa de los parlamentarios, debiendo, en caso contrario, reputar de ilegítima la interferencia en la actividad jurisdiccional y, con ello, declarar lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del querellante o denunciante⁴⁴. Claro es que esta función de

⁴² Según reza el citado artículo: «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».

⁴³ Véase, por todas, la STC 204/1994 (especialmente, FJ 2.º y 4.º).

⁴⁴ De ahí que se considerasen lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva sendos acuerdos del Senado y del Congreso que denegaron la autorización para que continuasen las demandas civiles de protección del honor planteadas contra parlamentarios (*Vid.*, respectivamente, las SSTC 243/1988 y 186/1989). En la primera de las citadas, se argumentó al respecto que «la inmunidad parlamentaria se manifiesta inapropiada para impedir el curso

control no puede llevar a revisar o a sustituir la valoración efectuada por el legislador, «pero sí a constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras, y ello de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales» (*ibídem*).

Esta exigencia de que el juicio de oportunidad se haya efectuado por el legislador de un modo razonable, consecuencia lógica de que también a él se extienda la interdicción de la arbitrariedad que la Constitución impone a todos los poderes públicos (art. 9.3), implica que no cualquier fórmula de motivación tenga «la virtualidad de despejar cualquier objeción a la constitucionalidad del Acuerdo parlamentario. La fundamentación o motivación, en efecto, no es ni puede ser garantía por sí misma, si no es en cuanto expresión de la coherencia del Acuerdo parlamentario con la «finalidad» de la inmunidad, a la vista de las circunstancias del caso concreto» (STC 206/1992, FJ 4.º). En suma, el requisito de que la denegación del suplicatorio debe estar precedida de un «juicio de oportunidad» tiene «un sentido predominantemente material; no se trata tanto de que el Acuerdo adopte una «forma motivada», cuanto de que exista en, o quepa deducir del Acto parlamentario una motivación coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria» (*ibídem*). Así, pues, habrá de considerarse que interfiere ilícitamente en la actividad jurisdiccional aquel Acuerdo de cuyo contenido no pueda inferirse nada «que pueda considerarse relevante para el sentido constitucionalmente perseguido a través de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria» (*idem*, FJ 5.º).

3.2 *Frente a las injerencias del poder ejecutivo: La independencia del poder judicial. Las atribuciones judiciales en el ámbito de derechos fundamentales*

La *independencia* del poder judicial respecto del ejecutivo quedaba, como ya vimos, consagrada reiteradamente en el texto constitucional. Pues bien, la jurisprudencia constitucional ha venido, de una parte, como no podía ser de otra manera, a subrayar su más evidente proyección, a saber, aquella que se

de una demanda civil interpuesta contra un parlamentario, pues el sentido propio de las palabras empleadas por el art. 71 de la Constitución, los antecedentes históricos y legislativos de esa prerrogativa de los miembros de las Cámaras y la razón misma de la institución excluyen, con absoluta claridad, que su protección se extienda a procesos que no sean penales, es decir, que no entrañen la eventualidad de que sean utilizados con la intención de perturbar el funcionamiento de la Cámara o alterar su composición, mediante la posible privación de la libertad del parlamentario» (FJ 4.º). Y, en la medida en que tales acuerdos se fundamentaron en lo dispuesto en una disposición de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, se elevó la cuestión al Pleno, quien, mediante la STC 9/1990, declararía la inconstitucionalidad del correspondiente precepto.

plasma en el mandato de que el juez en el ejercicio de sus funciones no esté «sometido a instrucciones del poder ejecutivo» (STC 204/1994, FJ 9.º). Y, de otra parte, ha insistido con base en la reserva de ley orgánica del art. 122.1 CE⁴⁵, en la necesidad de que tal independencia, lejos de circunscribirse a la vertiente funcional, se extienda también al *status* de los jueces, y que se garantice frente al propio poder reglamentario. A tal respecto, se afirmaría lo que sigue en la STC 108/1986: «Esa independencia supone que los jueces no pueden estar sometidos, en principio, a normas de rango inferior a la ley y, muy especialmente, a los reglamentos que pueda dictar el Gobierno (art. 117.1 de la Constitución). Y ello no sólo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también en su propio *status*, pues lo contrario supondría la posibilidad de influir en su situación personal con los riesgos que ello acarrea respecto a la misma función jurisdiccional» (FJ 29.º). No obstante, ante la imposibilidad de que una ley orgánica agote hasta los detalles la regulación del estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados, puede hacerse imprescindible que el reglamento colabore con aquélla en esta tarea; pero, en tal caso, se constriñe a unos límites muy estrictos el margen de maniobra del Gobierno: «Ello no supone necesariamente —continúa la citada Sentencia en el mismo fundamento jurídico— que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a ese *status*. Exigencias de carácter práctico pueden imponer que regulaciones de carácter secundario y auxiliar puedan ser dispuestas por vía reglamentaria. Pero en el bien entendido que tal tipo de disposiciones no pueden incidir en el conjunto de los derechos y deberes que configuran el estatuto de los Jueces y sí sólo regular, como se ha dicho, condiciones accesorias para su ejercicio».

Junto a esta protección genérica de su independencia, el Tribunal Constitucional ha debido en ocasiones hacer frente a concretas intervenciones de la Administración, ya conferidas expresa —e inconstitucionalmente— por el legislador, ya emprendidas por su propia iniciativa, que entrañaban la invasión de un ámbito que, en virtud de la Constitución, sólo podía corresponder a los órganos judiciales: *el ejercicio de determinados derechos fundamentales*. Así, por ejemplo, la negativa de la Administración competente frente a la solicitud de inscripción de un partido político en el Registro, aduciendo argumentos tales como la existencia de otro partido con una denominación similar, o el carácter ilegal o inconstitucional de sus estatutos, ha sido considerada lesiva del derecho de asociación (art. 22 CE), al estimarse que sólo el poder judicial

⁴⁵ Según establece esta disposición: «La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento, y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia».

está facultado para adoptar este tipo de decisiones. Respecto del primer caso citado, señaló la STC 85/1986 que «ni tal control resulta de la Ley, ni sería compatible con la Constitución un tipo de verificación que dejara un amplio margen de decisión a la Administración, como el que existiría en los casos de similitud o inducción a la confusión de la denominación elegida por los promotores de un partido respecto a la de otro ya inscrito...». Y si lo que perseguía la actuación administrativa era la protección de los derechos de terceros previamente inscritos, dicha tutela –continúa el Tribunal– «debe corresponder al orden jurisdiccional y no a la competencia administrativa, pues tal competencia, al operar a partir de un concepto jurídico indeterminado, podría tomarse por un verdadero control previo...» (FJ 4.º). Y, en lo concerniente al segundo supuesto antes mencionado, la STC 3/1981, tras citar lo dispuesto en el art. 22.4 CE⁴⁶, concluiría afirmando: «Resulta, por tanto, que al Poder Judicial, y sólo a éste, encomienda la Constitución y también la legislación ordinaria la función de pronunciarse sobre la legalidad de un partido político. Precisamente la apelación al Poder Judicial, que puede decretar, como se acaba de decir, su suspensión provisional y, en último término, su disolución, constituye el medio con que cuenta el Estado para su defensa en el caso de que sea atacado por medio de un partido que, por el contenido de sus estatutos o por su actuación al margen de éstos, atente contra su seguridad» (FJ 9.º).

Otra muestra de protección de las atribuciones judiciales en la esfera de los derechos fundamentales es la que proporciona la STC 77/1985. Se trataba, por lo que a nosotros concierne, de enjuiciar la constitucionalidad de un precepto de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE) que imponía una autorización administrativa que aprobase el carácter propio o ideario de los centros privados⁴⁷. El Tribunal Constitucional se inclinó por declarar la inconstitucionalidad de la disposición, y, aunque tal decisión se apoye en una vulneración de determinados derechos fundamentales, es claro que las consideraciones atinentes al reparto de funciones entre los poderes del

⁴⁶ En virtud de este precepto: «Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada».

⁴⁷ Para una más fácil comprensión de la cuestión, resulta pertinente recordar que el art. 27 de la Constitución dice lo siguiente:

- «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. (...)
- «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 gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca».

Estado jugaron también como *ratio decidendi*: «Sin embargo, en el art. 22.2 del proyecto de LODE no aparece que la autorización recaiga exclusivamente sobre la adecuación del carácter propio del Centro a los principios que deben inspirar la educación según el art. 27.2 de la CE, sino que también versaría sobre la forma en que se articula el derecho a establecer ese carácter propio con los derechos de los diversos miembros de la comunidad escolar. Es evidente que si la autorización está condicionada a que la Administración verifique si se da en esa articulación el respeto debido al conjunto de tales derechos, no puede tratarse de una autorización estrictamente reglada, ...y *que la Administración invadiría así la delicada labor de delimitar un conjunto de derechos constitucionales en presencia, labor que sólo corresponde a las jurisdicciones competentes.* (...) En consecuencia de todo lo anteriormente dicho, la exigencia de esa autorización vulnera el derecho a la libertad de enseñanza y a la libertad de creación de Centros docentes (art. 27.1 y 6 de la CE), en cuanto de dichos preceptos nace el derecho del titular a establecer el carácter propio, *sin que pueda admitirse la injerencia de una autorización administrativa, que en realidad encubriría el ejercicio de una función jurisdiccional que no le corresponde*, y que sería incompatible con el respeto a dichos derechos fundamentales» (FJ 10.º; como siempre, la cursiva es nuestra).

Baste ya, con lo hasta ahora mencionado, aunque los ejemplos podrían extenderse largamente, para poner fin a las citas jurisprudenciales que muestran cómo, siquiera indirectamente a través de la salvaguarda de derechos fundamentales, se logra preservar inmune el ámbito de atribuciones del poder judicial de las invasiones del ejecutivo. Si acaso, para concluir con ello también este epígrafe, no esté de más reseñar una forma relativamente usual de injerencia de la Administración en la facultad jurisdiccional: la que se produce cuando el legislador, como alternativa a la vía judicial, prevé que en la resolución de determinadas controversias intervenga un órgano arbitral en el que se integran miembros de la Administración. El arbitraje, en cuanto «equivalente jurisdiccional» (SSTC 62/1991 y 288/1993), no es, ciertamente, en términos generales, incompatible con la Constitución; pero en aquellos supuestos de arbitraje público obligatorio, en los que la decisión se confía a un órgano administrativo, es lícito dudar de su acomodación a la Constitución, al menos desde la perspectiva de la separación de poderes. Así lo hizo el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981, aunque no desveló el interrogante al no haber hecho alegación alguna al respecto los recurrentes: «Esta línea de análisis nos conduciría a plantearnos el problema de la licitud constitucional de que potestades que a primera vista parecen jurisdiccionales, por consistir en la resolución de conflictos, se confieran a órganos de la Administración en contra del principio de división de poderes» (FJ 24.º).

**XI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos
Varsovia, 1999**

**Jurisprudencia Constitucional en materia
de libertad confesional**

A. ESTATUTO DE LAS PERSONAS

I. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

1. La libertad de conciencia

1.1 Reconocimiento constitucional

La Constitución española de 1978 (CE) en la Sección Primera del Capítulo II de su Título Primero, que lleva por rúbrica «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», garantiza «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley». Al reconocimiento de las mencionadas libertades añade el precepto constitucional en el que se encuentran recogidas que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias»¹.

En la redacción del precepto constitucional no se menciona, pues, *expressis verbis* la libertad de conciencia, que por el contrario sí suele aparecer recogida, junto a la libertad de pensamiento y a la libertad religiosa, en los textos internacionales², los cuáles, sin embargo, normalmente no hacen referencia a la libertad ideológica. La Constitución, salvo la previsión citada relativa a que nadie puede ser obligado a declarar sobre sus creencias, sólo se refiere de

¹ Art. 16.1 y 2, respectivamente, de la CE

² A la libertad de pensamiento, conciencia y religión se refieren la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (art. 18); El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (art. 9.1); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1946 (art. 18.1).

modo explícito a una de las manifestaciones de la libertad de conciencia, cual es la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio³. Con todo, el Tribunal Constitucional ha solido considerar que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica y, concretando su contenido, ha declarado que en ella se integra, «no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también la de obrar de modo conforme a los imperativos de la misma»⁴.

En efecto, al hilo del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, se ha destacado en la jurisprudencia constitucional la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia, de la que aquélla constituye una especificación, llegando a afirmarse que puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que la CE garantiza en su art. 16.1, la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español⁵. En línea con esta genérica declaración, ante la denunciada inconstitucionalidad de un proyecto de Ley, en el que se declaraba no punible el aborto en ciertos supuestos, como consecuencia de la falta de previsión respecto a la objeción de conciencia que pudieran plantear los médicos o el personal sanitario a la práctica del aborto, el Tribunal Constitucional manifestó que «por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y... la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»⁶.

La anterior doctrina constitucional, que configura el derecho a la objeción de conciencia como concreción o parte del contenido de la libertad ideológica, ha sido posteriormente matizada con motivo de nuevos pronunciamientos sobre el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Este, en cuanto excepción al deber general de prestar el servicio militar, sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria, se caracteriza por ser un derecho constitucional autónomo, cuya relación con la libertad

³ El art. 30 de la CE dispone: «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» (...).

⁴ STC 15/1982, FJ 6. A la libertad de conciencia expresamente hace mención el Tribunal Constitucional, además de en la Sentencia dictada, en las SSTC 160/1987, FJ 3; 321/1994, FJ 4.

⁵ STC 15/1982, FJ 6.

⁶ STC 53/1985, FJ 4.

ideológica no autoriza ni permite calificarlo de fundamental, de modo que su desarrollo no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica⁷. Posteriormente, se reiteró la inicial configuración del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar como una concreción de la libertad ideológica, conectado con ésta directa o indirectamente⁸. En este contexto, se ha afirmado que la libertad ideológica o de conciencia, por sí misma, no es suficiente para liberar a los ciudadanos del cumplimiento de deberes constitucionales o legalmente establecidos por motivos de conciencia, so pena del riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos⁹, así como que el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones «no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho, o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitido excepcionalmente respecto a un deber concreto», cual acontece en relación con el deber de prestar el servicio militar obligatorio al reconocerse en el art. 30.2 de la CE¹⁰.

⁷ STC 160/1987, FJ 3; STC 161/1987, FJ 3. El debate sobre la caracterización o configuración del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar como derecho constitucional autónomo o derecho fundamental, por sí o por su derivación de la libertad ideológica, está vinculado a la determinación de si su regulación ha de efectuarse o no por la Ley Orgánica al estar reservada a este tipo de fuente *ex* art. 81.1 de la CE el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. El Tribunal Constitucional se había pronunciado ya por entender que los derechos fundamentales y las libertades públicas a las que se refiere el art. 81.1 de la CE son los comprendidos en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I de la CE, los recogidos en sus arts. 15 a 29, no estando sujetos, en consecuencia, a la reserva de Ley Orgánica el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar reconocido en el art. 30.2 de la CE, salvo que el mismo fuese considerado o caracterizado como derecho fundamental por derivación de la libertad ideológica (STC 160/1987, fundamentos jurídicos 2 y 3).

«El derecho a ser declarado exento del servicio militar —se afirma en la STC 321/1994— no deviene directamente del ejercicio de la libertad ideológica, por más que se encuentre conectado con el mismo, sino tan sólo de que la Constitución en su art. 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia, referido únicamente al servicio militar y cuyo ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria, sistema que permite al objetor cumplir los objetivos de la norma de servir a la comunidad salvaguardando sus íntimas convicciones» (FJ 4).

⁸ STC 55/1996, FJ 5.

⁹ STC 160/1987, FJ 3.

¹⁰ STC 161/1987, FJ 3. En este sentido, en el ATC 71/1993, frente a las denunciadas vulneraciones del derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 CE) y a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) por las resoluciones administrativas y judiciales que consideraron improcedentes las deducciones que el recurrente en amparo había efectuado en la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la parte que estimó que correspondían a los gastos de armamento en los Presupuestos Generales del Estado, el Tribunal Constitucional declaró que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar no podía ser extendido subjetivamente por razón de las propias creencias más allá del ámbito objetivo del deber a la prestación del servicio militar obligatorio, así como no podía ampararse en la libertad ideológica una excepción al cumplimiento del deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que impone el art. 31.1 de la CE, ni la adopción de formas alternativas a ese deber.

1.2 *El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar*

Analizando en concreto el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, al que ya hemos aludido en el epígrafe anterior, debe señalarse, en primer lugar, que el mismo entraña una excepción al deber constitucional de defender a España que con carácter general impone el art. 30.1 de la CE y que con tal carácter debe ser exigido por los poderes públicos. Esta excepción debe ser efectivamente declarada en cada caso, por lo que aquel derecho no garantiza en rigor la no prestación del servicio militar por parte del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción. Por lo tanto, técnicamente el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar no es el derecho a no prestar el servicio militar, sino el derecho de ser declarado exento del deber general de prestarlo y a ser sometido, en su caso, a una prestación social sustitutoria. Para su realización es necesario que el legislador delimite su contenido y regule un procedimiento para que pueda producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud¹¹, ya que, por un lado, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común; de otro, el objetor, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en este sentido (art. 9.2 CE), colaboración que comienza ya por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo en la intimidad personal, en cuanto nadie está «obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16.2 CE)¹².

El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar se encuentra actualmente regulado por la Ley 22/1998, de 6 de julio. En la citada disposición legal se establecen como causas que dan lugar a la exención del servicio militar por razones de conciencia y a su sustitución por una prestación social sustitutoria no sólo convicciones de orden religioso, sino también ético, moral,

¹¹ SSTC 15/1982, FJ 7; 35/1985, FJ 2; 160/1987, FJ 4. La necesidad de la *interpositio legislatoris* no significa, sin embargo, que el derecho del objetor está por entero subordinado a la actuación del legislador. «El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales». Así, hasta que se produjo la regulación legal del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, el Tribunal Constitucional identificó como contenido mínimo del mismo que había de ser protegido la supresión provisional de la incorporación al servicio militar (STC 15/1992, FJ 8).

¹² STC 160/1987, FJ 4.

humanístico, filosófico y otras de la misma naturaleza. La prestación social sustitutoria a cuya realización quedan obligados quienes sean declarados objetores de conciencia consiste en actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de armas, ni tengan relación con la institución militar, señalándose en la Ley como sectores prioritarios en los que ha de desarrollarse dicha prestación los de protección civil, conservación del medio ambiente y protección de la naturaleza, servicios sociales, servicios sanitarios, programas de cooperación internacional y cualesquiera otras actividades, servicios u obras de carácter análogo que sean de interés general. Se ha de llevar a cabo en asociaciones o entidades no gubernamentales previamente concertadas, así como en entidades dependientes de las Administraciones Públicas¹³.

El reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y la consiguiente exención del servicio militar corresponde al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, que ha de decidir, previa solicitud, sobre la procedencia o improcedencia del reconocimiento de la condición de objetor, no pudiendo, en ningún caso, valorar los motivos alegados por el solicitante¹⁴. En relación con las facultades conferidas al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, el Tribunal Constitucional tiene declarado que es el objetor de conciencia «y sólo él, el que declara, manifiesta o expresa su condición de objetor, es decir, su oposición al servicio militar por los motivos que le afecten en conciencia», pero no basta con tal declaración o manifestación para que automáticamente se le tenga por tal, «pues el fuero de la conciencia ha de conciliarse con el fuero social o colectivo». Por eso, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia se limita a reconocer la existencia de la condición de objetor, por motivos válidos de conciencia, aptos para la exención del servicio militar, no a declarar el derecho, ya que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar se completa con ese reconocimiento tras la pertinente comprobación y cooperación del objetor¹⁵.

¹³ Arts. 1.2, 6 y 7 de la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria.

¹⁴ Arts. 2 a 4 de la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria.

¹⁵ STC 160/1987, FJ 5 a). El Tribunal Constitucional también ha descartado la posible colisión del derecho a la intimidad y del derecho a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias con las facultades que al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia confería la anterior legislación reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social relativas a recabar de los interesados la ampliación de los razonamientos expuestos en su solicitud y requerir de los mismos u otras personas u organismos la aportación de documentación complementaria o testimonios pertinentes, así como denegar la solicitud cuando se percibiese incongruencia entre lo manifestado en ella y las conclusiones que se desprendiesen de las actuaciones del expediente. Aquella colisión desaparece, en opinión del Tribunal Constitucional, por el mismo ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener

De otra parte, el derecho a la libertad ideológica no puede ser aducido como motivo para eludir la prestación social sustitutoria al servicio militar. Frente a la invocación de que la negativa a cumplir esta prestación responde a los mismos motivos ideológicos en los que se funda la objeción de conciencia al servicio militar, el Tribunal Constitucional ha apreciado en dicha argumentación una confusión que no puede aceptarse entre la concreta y personal afectación a las convicciones íntimas que genera el cumplimiento del deber general a prestar el servicio militar y la oposición ideológica a las normas que regulan ese deber y el cumplimiento de otras prestaciones sustitutorias, cuyo cauce natural de desarrollo se encuentra en un Estado democrático en las libertades públicas constitucionalmente proclamadas y, muy especialmente, en las de expresión, participación política y asociación. En otras palabras, la Constitución no reconoce al objetor de conciencia al servicio militar ningún derecho a negarse a realizar la prestación social sustitutoria como medio para imponer sus particulares opiniones políticas acerca de la organización de las Fuerzas Armadas o de su radical supresión. En esta línea argumental, se ha afirmado que en la medida en que determinados comportamientos no sean expresión lícita de la libertad ideológica ni queden amparados por la objeción de conciencia legal o constitucionalmente establecida pueden ser en principio objeto de tipificación penal. Lo que no supone desconocer, sin embargo, que una determinada regulación de la prestación social sustitutoria que excediese los límites de lo razonable en cuanto a su duración o a las condiciones en las que deba realizarse pueda vulnerar el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar si por su rigor equivaliese al establecimiento de un obstáculo prácticamente inviable para el efectivo ejercicio de ese derecho¹⁶.

en el ámbito concreto de su conciencia sus razones ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar, bien entendido que sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas de su objeción nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias. «La intimidad personal y el derecho a no declarar íntimas convicciones es algo que el objetor ha de valorar y ponderar en el contexto de las garantías que la Constitución le reconoce y decidir, nunca mejor dicho, en conciencia, pero a sabiendas también de la especial naturaleza del derecho de objeción y de las garantías que asimismo compete exigir a la comunidad y en su nombre al Estado» (STC 160/1987, FJ 5 b)).

Por su parte, en la STC 161/1987, el Tribunal Constitucional declaró que la restricción que implica la prohibición de ejercer el derecho a la objeción de conciencia durante el período de actividad o servicio en filas no resulta excesiva ni vulnera el contenido del derecho constitucionalmente reconocido en el art. 30.2 de la CE, resultando, por el contrario, razonable y proporcionada en atención a la organización interna del servicio militar obligatorio y a la prestación de un deber constitucional cuya dimensión colectiva podría resultar perturbada por el ejercicio individual del derecho durante el período de incorporación a filas y sólo durante esa fase, quedando a salvo el pleno ejercicio del derecho antes y después de la incorporación a filas (FJ 5).

¹⁶ STC 55/1996, FJ 5. La Sentencia resuelve, desestimándolas, las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos órganos judiciales contra el precepto legal entonces vigente que establecía para el objetor de conciencia al servicio militar que rehusare cumplir la prestación social sustitutoria la pena de

2. La libertad religiosa

2.1 Reconocimiento constitucional y desarrollo legal

El enunciado del art. 16.1 de la CE, precepto en el que se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, ha suscitado en la doctrina científica el debate de si en él se reconoce una sola libertad con varias manifestaciones o, por el contrario, tres libertades distintas. Las posturas al respecto se mueven entre quienes mantienen que se trata de tres libertades diferentes pero estrechamente relacionadas y quienes sostienen que la libertad ideológica y religiosa, aunque distintas en su origen, en tanto que aquélla comprende la elaboración y conclusión de respuestas propias sobre las distintas facetas de la vida personal y social y ésta la de asumir propuestas ajenas que se nos ofrecen como creencias y que aceptamos mediante un acto de fe, son una única libertad, cuyo régimen común sólo resulta alterado en muy concretas manifestaciones, considerando la libertad de culto como una manifestación externa de la libertad religiosa que la distingue precisamente de la libertad ideológica¹⁷.

El Tribunal Constitucional en sus resoluciones se ha referido unas veces simultáneamente a la libertad ideológica, religiosa y de culto¹⁸; otras conjuntamente a la libertad religiosa y de culto¹⁹ o a la libertad ideológica y religiosa²⁰; también individualmente a cada una de ellas; y, en fin, no han faltado tampoco ocasiones en las que ha utilizado la denominación de libertad de

prisión menor en sus grados medio o máximo (de dos años, cuatro meses y un día a seis años) y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Los órganos judiciales aducían que la desproporción de las penas asignadas al comportamiento típico descrito podían vulnerar los derechos a la libertad personal (art. 17 CE) y a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). En la actualidad, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, bajo la rúbrica «De los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», dispone que serán castigados con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años el objetor reconocido que, sin causa justificada, 1) llamado al cumplimiento del servicio que se le asigne, dejare de presentarse, retrasando su incorporación al mismo por tiempo superior a un mes; 2) hallándose incorporado al referido servicio, dejare de asistir al mismo por más de veinte días consecutivos o treinta no consecutivos; y 3) incorporado para el cumplimiento de la prestación social sustitutoria, se separe de modo explícito o por actos concluyentes a cumplirla. La pena de inhabilitación incluye la capacidad de desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de cualquiera de las Administraciones, entidades o empresas públicas o de sus organismos autónomos y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo (art. 527).

¹⁷ Vid., SOUTO PAZ, J.A.: *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1993, pp. 87 y ss.; BASTERRA, D.: *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Madrid, 1989, pp. 290 y ss.; MORALES ARROYO, J.M.: «El lugar de la libertad ideológica en el catálogo de los derechos constitucionales», *Derechos y libertades*, núm. 2, pp. 276-284.

¹⁸ STC 64/1988, FJ 1; AATC 817/1985, 1021/1988.

¹⁹ STC 24/1982, FJ 4; ATC 480/1989.

²⁰ SSTC 217/1992; 66/1994; 177/1996, FJ 9.

ideas y creencias para aludir a las enunciadas en el art. 16.1 de la CE²¹. No obstante, sin dejar de resaltar las coincidencias evidentes entre la libertad ideológica y la libertad religiosa, en tanto que una y otra garantizan un espacio de autodeterminación vinculado a la propia personalidad y dignidad individual, a la vez que presentan una dimensión externa de *agere licere*, la libertad religiosa aparece considerada en la jurisprudencia constitucional como una concreción de la libertad ideológica circunscrita al campo o fenómeno religioso, resultando esta última comprensiva del resto de las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto al fenómeno religioso y al destino último del ser humano. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el propio texto constitucional diferencia «bien expresamente» como manifestaciones del derecho, la libertad ideológica, la religiosa y la de culto y, por otra parte, la ideología, la religión o las creencias²². Por su parte, la libertad de culto se presenta caracterizada como una manifestación de la libertad religiosa, al formar parte del contenido de ésta la exteriorización de las creencias religiosas mediante el culto, la celebración de actos, ritos o prácticas²³.

El derecho de libertad religiosa ha sido concebido por la jurisprudencia constitucional como un derecho subjetivo de carácter fundamental que garantiza la existencia de un «claustro íntimo» de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación individual, a la vez que presenta una dimensión externa de *agere licere* ante el fenómeno religioso, que faculta a sus titulares para actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia con aquéllos en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso²⁴. Asimismo, ha destacado su estrecha e íntima conexión con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por motivos religiosos (arts. 9.2 y 14 CE)²⁵, que ha llegado a calificar de consecuencia del

²¹ STC 53/1985, FJ 8.

²² STC 292/1993, FJ 5. «La libertad ideológica –se afirma en la Sentencia–, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista basado en la tolerancia y el respeto a la discrepancia y diferencia, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto al fenómeno religioso y al destino último del ser humano». En el mismo sentido, como concreción de la libertad ideológica circunscrita al fenómeno religioso, STC 177/1996, FJ 9.

²³ ATC 180/1986.

²⁴ SSTC 24/1982, FJ 1; 166/1996, FJ 2; 177/1996, FJ 9.

²⁵ El art. 9.2 de la CE recoge el mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Por su parte, el art. 14 de la CE dispone que «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».

principio de libertad religiosa, en virtud del cual no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de tratamiento jurídico diverso en función de las ideologías o creencias, debiendo existir un igual disfrute en la libertad religiosa, de modo que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico²⁶.

No obstante su carácter de derecho fundamental, no ha dejado de resaltarse la dimensión institucional que presentan las libertades que garantiza el art. 16.1 de la CE, entre ellas, la libertad religiosa y de culto, en cuanto significan el reconocimiento del pluralismo propugnado como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y son fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, de otras libertades y derechos fundamentales²⁷.

El derecho de libertad religiosa ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de junio, de Libertad Religiosa (L.O.L.R.). Se trata de un texto legal breve que consta de ocho artículos, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final, en el que es posible diferenciar tres partes: la relativa a los derechos individuales, la referida a los derechos de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas y, por último, la concerniente a los Acuerdos o Convenios de cooperación entre la Administración del Estado y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas. En su articulado la Ley recoge los principios constitucionales sobre la materia, proclamando que el Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto de acuerdo con lo previsto en la misma y prohibiendo toda discriminación por causa de las creencias religiosas, al establecer que éstas no pueden constituir motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley, ni podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas²⁸.

De otra parte, aunque no define explícitamente el concepto de «lo religioso», efectúa una delimitación negativa, al excluir de su ámbito de protección «las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas y otros fines análogos ajenos a lo religioso»²⁹.

²⁶ STC 24/1987, FJ 1. También, sobre la estrecha vinculación entre el derecho de libertad religiosa y el principio de igualdad, STC 1/1981, FJ 5; ATC 480/1989.

²⁷ STC 20/1990, FJ 4.

²⁸ Art. 1.1 y 2 de la L.O.L.R.

²⁹ Art. 3.2 de la L.O.L.R.

2.2 *Contenido y límites*

2.1.1 Contenido

El contenido del derecho de libertad religiosa ha sido delimitado por el Tribunal Constitucional, a tenor de lo previsto en el art. 10.2 de la CE, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la misma materia ratificados por España, habiendo tenido ocasión de enunciar e identificar algunas de las manifestaciones que lo integran. A la luz de la jurisprudencia constitucional, constituyen, entre otras, manifestaciones del contenido del derecho de libertad religiosa la de profesar o adoptar las ideas o creencias religiosas que libremente se elijan³⁰; la de cambiarlas o abandonarlas³¹; la de exteriorizarlas, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto, la celebración de actos y la observancia³²; la de acomodar la conducta religiosa y la forma de vida a las propias convicciones o creencias religiosas³³; la de recibir asistencia religiosa de la propia confesión³⁴; la interdicción de ser obligado a declarar sobre las creencias o ideas religiosas³⁵; y, en fin, la libertad de decidir si tomar o no parte en actos de naturaleza religiosa³⁶.

La L.O.L.R. desarrolla el contenido del derecho de libertad religiosa y concreta cada una de sus manifestaciones, distinguiendo, de una parte, los derechos individuales o personales y, de otra, los derechos colectivos o de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas.

Los derechos individuales o personales son los siguientes:

- a) Profesar las creencias religiosas que libremente se elijan o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que se tenía; manifestar libremente las propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas o abstenerse de declarar sobre ellas.
- b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de la propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus actos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no

³⁰ SSTC 63/1994, FJ 3; 166/1996, FJ 2; ATC 180/1986.

³¹ SSTC 19/1985, FJ 3; 166/1996, FJ 2.

³² SSTC 19/1985, FJ 1; 166/1996, FJ 2.

³³ AATC 617/1984, 551/1985.

³⁴ STC 24/1982, FJ 4.

³⁵ SSTC 19/1985, FJ 2; 63/1994, FJ 3.

³⁶ STC 177/1996, FJ 10.

- ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a las convicciones personales.
- c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí o para los menores no emancipados e incapacitados, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
 - d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y la L.O.L.R.³⁷.

A las iglesias, comunidades y confesiones religiosas se les reconoce en la L.O.L.R. el derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos; a designar y formar a sus ministros; a divulgar y propagar su propio credo; a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero³⁸.

2.2.2 Límites

De acuerdo con el inciso final del art. 16.1 de la CE, la libertad religiosa y de culto, así como la ideológica, se garantiza «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley». Por su parte, la L.O.L.R. enuncia como elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática, en cuanto límites al ejercicio del derecho de libertad religio-

³⁷ Art. 2.1. de la L.O.L.R.. El art. 21 de la CE reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, cuyo ejercicio no necesitaría autorización previa, si bien 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 las personas o los bienes. La Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión define por reunión, a efectos legales, la concurrencia de más de veinte personas con finalidad determinada (art. 1.2), pudiendo ejercerse el derecho de reunión sin sujeción a sus prescripciones cuando se trate, entre otras, de reuniones que celebren las asociaciones y demás entidades legalmente constituidas en lugares cerrados para sus propios fines y mediante convocatoria que alcanza exclusivamente a sus miembros o a otras personas nominalmente invitadas [art. 2 c)]. Por su parte, el art. 22 de la CE reconoce el derecho de asociación debiendo inscribirse en un registro, a los solos efectos de publicidad, las asociaciones constituidas al amparo del citado precepto constitucional, las cuales sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. En cuanto no hayan sido derogadas o no resulten contrarias al citado precepto constitucional, deben considerarse en vigor las disposiciones de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones.

³⁸ Art. 2.2 de la L.O.L.R.

sa, la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública³⁹.

En relación «al mantenimiento del orden público protegido por la Ley» al que alude el art. 16.1 de la CE como límite de las libertades que en él se reconocen, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la libertad ideológica, aunque su razonamiento pueda resultar perfectamente trasladable a la libertad religiosa, ha declarado que por ser aquélla esencial para la efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el art. 1.1 de la CE para constituir el Estado social y democrático de Derecho que en dicho precepto se instaura, y, especialmente, para la efectividad del pluralismo político, «es necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley». No puede hacerse coincidir, en términos absolutos, esta limitación, por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto constitucional que la determina, con los límites que a los derechos de libertad de expresión y de información impone el art. 20.4 de la CE⁴⁰. La equiparación en punto a las limitaciones de la libertad ideológica con esos otros derechos restringe, en su aplicación, la mayor amplitud con que la Constitución configura el ámbito de aquel derecho por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, de otras libertades y derechos fundamentales, entre ellos, los derechos de libertad de expresión y de información reconocidos en el art. 20.1 a) y d) de la CE. En este sentido, si bien la libertad ideológica en su manifestación externa no puede ser utilizada para eludir los límites que a la libertad de expresión y de información impone el art. 20.4 de la CE, tampoco puede entenderse absorbida por estas libertades, de modo que cuando el hecho imputado a un ciudadano afecte principalmente a su derecho a la libertad ideológica, su enjuiciamiento ha de ponderar y analizar también principalmente de qué manera a través de su manifestación externa se ha vulnerado el orden público protegido por la Ley⁴¹.

³⁹ Art. 3.1 L.O.L.R..

⁴⁰ El art. 20.4 de la CE establece como límites a las libertades de expresión y de información los derechos reconocidos en su Título I y los preceptos de las Leyes que los desarrollen y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

⁴¹ STC 20/1990, fundamentos jurídicos 3 y 4. La Sentencia resuelve el recurso de amparo promovido por un profesional de la información contra la decisión del Tribunal Supremo que le condenaba penalmente por un delito de injurias leves al Jefe del Estado como consecuencia de la publicación de un artículo frente a la que invocaba como vulneradas la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y las libertades de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE].

Con expresa remisión al enunciado del art. 3.1 de la L.O.L.R., el Tribunal Constitucional ha afirmado también que la moral pública puede ser utilizada por el legislador y aplicada por los órganos judiciales como límite al ejercicio de los derechos fundamentales, de acuerdo con la Constitución, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Acuerdos y Tratados ratificados por España (art. 10.2 CE)⁴². No obstante, ha precisado que la admisión del concepto de moral pública, que define como elemento ético común de la vida social susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, no puede identificarse con la que es propia de una determinada confesión religiosa⁴³ y para que opere como límite de los derechos fundamentales y libertades públicas ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimo ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de aquéllos que tienen un valor central en el sistema jurídico. Garantías que cifra, de una parte, en que las medidas restrictivas estén establecidas en la Ley y sean necesarias en una sociedad democrática para la protección de la moral y, de otra, en que su aplicación se efectúe con la finalidad para la cual ha sido prevista la medida.

La salvaguarda de «la salud» aparece enumerada entre los límites a la libertad religiosa en el art. 3.1 de la L.O.L.R. La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de modular en alguna medida su operatividad como tal límite y ha declarado en este sentido que una asistencia médica coactiva constituye una limitación vulneradora del derecho fundamental a no ser que tuviera una justificación constitucional⁴⁴. Aunque la libertad fundamental invocada por los demandantes de amparo no era la religiosa, sino la ideológica, en la que aquéllos, internos en centros penitenciarios, pretendían encontrar cobertura a la huelga de hambre que con carácter reivindicativo habían emprendido, considerando una interferencia la asistencia médica obligatoria acordada por la Administración Penitenciaria y respaldada por los órganos judiciales, el Tribunal Constitucional, pese a reconocer el trasfondo ideológico que latía en la actitud de los recurrentes en amparo, desestimó que hubiera resultado en

⁴² STC 62/1982, fundamentos jurídicos 3 a 7.

⁴³ El Tribunal Constitucional desestimó en la Sentencia las alegaciones del recurrente referidas a que el delito de escándalo público tipificado en el Código Penal refleja un concepto de moral que es propio de la religión católica y que es interpretado por los Tribunales con rechazo de toda concepción pluralista. Aunque se trataba ciertamente de una norma preconstitucional, éstas «han de interpretarse de conformidad con la Constitución, por lo que cualquiera que fuese el concepto de moral que tuviera en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, valores y derechos consagrados en la misma».

⁴⁴ STC 166/1996, FJ 2.

tales supuestos vulnerada su libertad ideológica, ya que la asistencia médica obligatoria a los presos en huelga que se encontraban en peligro de perder su vida no tenía por objeto impedir o poner obstáculos a la realización de la huelga, sino que iba exclusivamente encaminada a defender la vida y salud de los reclusos en huelga, por las que debe velar, en cuanto esencial deber de la misma, la Administración Penitenciaria, sin que existiera propósito alguno de impedir que aquéllos continuasen con su actitud reivindicativa⁴⁵.

Las relaciones contractuales y el principio de seguridad jurídica, proclamado en el art. 9.3 de la CE, pueden erigirse también en límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa. Ante la denunciada vulneración del mencionado derecho fundamental como consecuencia del despido de la demandante en amparo de la empresa en la que prestaba sus servicios por dejar de asistir al trabajo los días en que su religión proscribía toda actividad laboral, después de haber intentado sin éxito que la empresa consintiera un cambio del régimen de descanso semanal contractualmente establecido en razón de sus creencias religiosas y de su pertenencia a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que le impone la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado, el Tribunal Constitucional rechazó en este caso que el derecho a la libertad religiosa pudiera ser utilizado por una de las partes contratantes para imponer a la otra la modificación de la relación contractual que considere oportuna cuando no se ha denunciado la existencia de cláusula o estipulación alguna en el contrato de trabajo que en sí misma o en la interpretación o aplicación que de ella se hace resulte lesiva para los derechos fundamentales. En la pretensión de la recurrente de amparo de que se le dispensase de las obligaciones contractuales que libremente aceptó, subyace la idea de que un cambio puramente fáctico de sus ideas o creencias religiosas, en cuanto manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, ha de provocar la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo será exigible en la

⁴⁵ SSTC 120/1990 y 137/1990, fundamentos jurídicos 9 y 10, respectivamente. La salud como límite del derecho a la libertad religiosa late también en el trasfondo del recurso de amparo inadmitido a trámite por ATC 369/1984 y promovido contra las resoluciones judiciales que inadmitieron, por no apreciar la existencia de delito alguno en la decisión judicial, la querrela promovida por el demandante de amparo contra el Juez que otorgó autorización para que se practicaran transfusiones sanguíneas a su esposa, pese a la negativa y oposición de ambos por sus creencias religiosas, al ser testigos de Jehová, falleciendo aquella pocos días después de que se llevaran a cabo las transfusiones sanguíneas. Aunque en la demanda de amparo se invocaban también el derecho a la vida (art. 15 CE) y a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), el Tribunal Constitucional contrasta las resoluciones judiciales impugnadas únicamente con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues el contenido del derecho a la vida y a la libertad religiosa no podría haber sido afectado por éstas, al limitarse a apreciar la inexistencia de delito alguno, sino, en su caso, por la decisión judicial que autorizó la transfusión de sangre en la paciente, la cual no había sido impugnada y no constituía, por tanto, objeto de la demanda de amparo.

medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, supone llevar el principio de sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1 CE) «a extremos inaceptables contrarios a principios que, como el de seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3 CE)»⁴⁶.

2.3 Titularidad

Es clara la determinación en nuestro ordenamiento de los sujetos titulares del derecho a la libertad religiosa. El art. 16.1 de la CE expresamente garantiza la libertad religiosa y de culto «de los individuos y las comunidades». Así pues, todas las personas físicas son titulares del derecho, sin que se pueda tomar en consideración su nacionalidad para modular el ejercicio del mismo. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, se produce una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da, no resultando posible un tratamiento desigual entre unos y otros, respecto de aquellos derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituyen fundamento del orden político español»⁴⁷.

Ningún problema ha suscitado el reconocimiento de la titularidad del derecho a las comunidades religiosas. Precisamente la expresa mención a las comunidades en el art. 16.1 de la CE ha sido utilizada en la jurisprudencia constitucional como argumento, entre otros, en orden a extender la titularidad de algunos derechos fundamentales a las personas jurídicas o a determinados tipos de organización. La «plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de

⁴⁶ STC 19/1985, FJ 1.

⁴⁷ STC 107/1984, FJ 3. En la citada Sentencia el Tribunal Constitucional enumera, sin ánimo de exhaustividad, entre otros, «el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc. (como) correspondientes a los extranjeros por propio mandato constitucional», entre los que hay que incluir, en cuanto vinculado también a la propia personalidad y dignidad individual, la libertad religiosa. El art. 13.1 de la CE dispone que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas el Título I —«De los derechos y libertades fundamentales»— en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Por su parte, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de junio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España ninguna restricción contempla en relación con el ejercicio de la libertad religiosa.

defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental. Así, el art. 16 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, no sólo a los individuos, sino también a las comunidades»⁴⁸. De modo que el derecho de libertad religiosa alcanza también a las comunidades o confesiones en que los ciudadanos se integran para el cumplimiento comunitario de sus fines religiosos, sin necesidad de autorización previa, ni de su inscripción en un registro público.

II. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE LOS SENTIMIENTOS Y VALORES RELIGIOSOS

1. Garantías genéricas del derecho de libertad religiosa

El derecho de libertad religiosa, en cuanto encuadrado entre los derechos y libertades del Capítulo II —«De los derechos y libertades»— del Título I de la CE —«De los derechos y deberes fundamentales»—, se encuentra sometido al régimen de garantías que para los mismos se establece en el art. 53.1 de la CE y al integrarse, además, en la Sección Primera —«De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»— de aquel Capítulo, a las específicas que en orden a su protección jurisdiccional y desarrollo disponen, respectivamente, los arts. 53.2 y 81.1 de la CE

De conformidad con el art. 53.1 de la CE, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE «vinculan a todos los poderes públicos». Esta vinculatoriedad inmediata, es decir, sin necesidad de mediación del legislador, implica que esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional, siendo origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos⁴⁹.

Además, el ejercicio de tales derechos y libertades sólo puede regularse por Ley, la cual ha de respetar su contenido esencial y ha de revestir, la relativa al desarrollo de la libertad religiosa, al encontrarse recogida en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la CE, carácter de Ley Orgánica a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1 de la CE. Para el Tribunal Constitucional el contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo, por tanto, también la

⁴⁸ STC 64/1988, FJ 1. A las comunidades y asociaciones religiosas como titulares del derecho de libertad religiosa y de culto se refiere también el Tribunal Constitucional expresamente en las SSTC 24/1982, FJ 4; 139/1995, FJ 4; ATC 480/1989.

⁴⁹ SSTC 21/1981, FJ 17; 15/1982, FJ 8; 80/1982, FJ 1.

de los derechos fundamentales, viene determinado en cada caso por el elenco «de facultades y posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresado como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»⁵⁰. Por otra parte, en cuanto al alcance de la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81.1 de la CE para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de entender que tal reserva se refiere únicamente a los derechos fundamentales y libertades públicas comprendidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la CE, exigiendo, por tanto, forma orgánica para las Leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos, pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes Generales en constituyente permanente con la proliferación de Leyes Orgánicas⁵¹.

En orden a la protección jurisdiccional del derecho de libertad religiosa, cualquier ciudadano puede recabar su tutela ante los órganos judiciales ordinarios, bien a través de los procedimientos comunes de los distintos órdenes jurisdiccionales, bien acogiéndose al procedimiento preferente y sumario regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Agotada infructuosamente la vía judicial ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, puede impetrar la protección del derecho mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁵². Asimismo, frente a las Leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de Ley que se estimen lesivos del derecho a la libertad religiosa podrán los sujetos al efecto legitimados interponer recurso de inconstitucional-

⁵⁰ STC 11/1981, FJ 7. En el mismo sentido, SSTC 13/1984, FJ 3; 37/1987, FJ 2.

⁵¹ SSTC 76/1983, 67/1985, 160/1987.

⁵² El art. 4 de la L.O.L.R. establece que «los derechos reconocidos en esta Ley ejercitados dentro de los límites que la misma señala, serán tutelados mediante amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica».

lidad⁵³ y los órganos judiciales plantear la cuestión de inconstitucionalidad⁵⁴ ante el Tribunal Constitucional.

Aunque la libertad religiosa no aparece mencionada en el art. 55 de la CE entre las libertades y derechos que pueden ser suspendidos como consecuencia de la declaración de los estados de excepción y sitio, no siendo, por lo tanto, susceptible de suspensión en tales supuestos, sin embargo sí pueden verse afectados por la declaración de tales estados algunas de sus manifestaciones externas⁵⁵.

2. La protección en el ámbito penal de la libertad religiosa, las confesiones y los sentimientos religiosos

El carácter no confesional del Estado que proclama el art. 16.3 de la CE no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección, pues, de una parte, el mismo precepto constitucional, en su inciso final, impone a los poderes públicos tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y, de otra, la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática. En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que ciertamente no cabe una protección especial a una determinada confesión religiosa, de acuerdo con el principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho de libertad religiosa (art. 16 CE), pero que en modo alguno resulta vulnerado o afectado este derecho fundamental por un precepto legal, en este caso de naturaleza penal, que trata de garantizar el respeto a las convicciones religiosas de todos los ciudadanos, el cual contribuye, por el contrario, a crear las condiciones adecuadas para el ejercicio del derecho de libertad religiosa, estando sujeta la manifestación externa de las propias creencias o conviccio-

⁵³ De conformidad con los arts. 162.1 a) de la CE y 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) están legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad el Presidente del Gobierno, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores y, contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que pueda afectar a su propio ámbito de autonomía, los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas.

⁵⁴ Los órganos judiciales podrán plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando consideren que una norma con rango de Ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa la decisión que hayan de adoptar en el proceso pueda ser contraria a la Constitución (arts. 163 CE y 35 LOTC).

⁵⁵ La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción, y Sitio prevé, por ejemplo, entre las medidas que puede adoptar la autoridad gubernativa en los supuestos de los estados de excepción y sitio la suspensión de todo tipo de publicaciones; ordenar el secuestro de las mismas; someter a autorización previa o prohibir o disolver la celebración de reuniones y manifestaciones (arts. 21, 22 y 32).

nes a las limitaciones prescritas por la Ley necesarias para proteger los derechos y libertades fundamentales de los demás⁵⁶.

La libertad religiosa, los sentimientos religiosos y las confesiones religiosas son objeto de una protección específica en el ámbito penal. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (C.P.) encuadra los tipos referidos a su tutela dentro de los «Delitos contra la Constitución» –Título XXI–, bajo la rúbrica «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria –Capítulo IV–, sin perjuicio, claro está, de que el derecho a la libertad religiosa también queda protegido cuando se realicen en su contra actuaciones tipificadas en determinados tipos generales.

En la Sección Primera del mencionado Capítulo IV del Título XXI del Código Penal, intitulado «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución», se tipifican como delitos la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos, entre otros, referentes a la ideología, religión o creencias, así como la difusión, por idénticos motivos, de informaciones injuriosas, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, sobre grupos o asociaciones⁵⁷; la denegación de prestaciones públicas practicada por un particular o funcionario, a las que tengan derecho una persona, asociación, fundación o sociedad o sus miembros, por razón de su ideología, religión o creencias⁵⁸; la denegación de

⁵⁶ ATC 180/1986, en el que se inadmitió a trámite, por carecer manifiestamente de contenido constitucional, la demanda promovida contra las resoluciones judiciales que condenaron al recurrente en amparo como autor de un delito de escarnio de una confesión religiosa, cuestionando aquél la constitucionalidad de la norma penal al considerarla atentatoria del derecho de libertad ideológica y religiosa por entender que protegía de una forma especial los sentimientos y creencias de una parte de la población, lo que, en su opinión, era incompatible con el carácter aconfesional del Estado. En su Auto, el Tribunal Constitucional destaca la reforma operada en el Código Penal que «ha mantenido como delito el escarnio o ultraje referido a las confesiones religiosas, pero se ha suprimido la referencia a la religión católica o confesión reconocida legalmente», postulando, en todo caso, una interpretación de la norma penal conforme a los arts. 14 y 16 de la CE. En el mismo sentido, propugnando una interpretación de las normas penales protectoras de las confesiones o sentimientos religiosos acorde con los principios y derechos reconocidos en la Constitución, STC 62/1982, fundamento jurídico 3 A, y ATC 271/1984. En esta última resolución en la que se impugnaba la condena por un delito de blasfemia, argumentando que suponía una protección especial a la religión católica, el Tribunal Constitucional rechaza el trato privilegiado denunciado para una determinada iglesia o confesión religiosa, «ya que la idea de Dios o el concepto de lo sagrado no son patrimonio exclusivo de ninguna de ellas».

⁵⁷ Art. 510 del C.P. Delitos castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

⁵⁸ Art. 511 del C.P. Delitos castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, si son cometidos por un particular. Si son cometidos por funcionarios públicos se castigan con las mismas penas en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un tiempo de dos a cuatro años.

prestaciones en el ejercicio de actividades profesionales o empresariales basada en los mismos motivos⁵⁹; y, en fin, se consideran ilícitas las asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias⁶⁰.

La Sección Segunda del referido Capítulo IV del Título XXI del Código Penal, bajo la específica denominación de «delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», contiene los tipos que a continuación se refieren y que han sido clasificados por la doctrina⁶¹ del siguiente modo:

a) *Delitos contra la libertad de conciencia y de culto en sentido estricto.*

El art. 522 del C.P. tipifica como delito impedir, por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo, a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos de culto propios de las creencias que profesen o asistir a los mismos, así como forzar a otro u otros por iguales medios a practicar o concurrir a actos de culto o ritos o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión o a mudar la que profesen⁶².

b) *Tipos complementarios de protección referidos a las confesiones religiosas o a los sentimientos religiosos.*

b.1) *Perturbación de los actos de culto.*

El art. 523 del C.P. castiga al que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho impidiese o perturbase los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas⁶³.

⁵⁹ Art. 512 del C.P. Delitos castigados con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio por un período de uno a cuatro años.

⁶⁰ Arts. 515.5, 517 y 518 del C.P. Delitos castigados para los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones con las penas de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años; para los miembros activos de las asociaciones con las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses; para los cooperadores relevantes con la de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

⁶¹ COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II*, Madrid, 1997, pp. 723-743.

⁶² La pena prevista para ambos delitos es la de multa de cuatro a diez meses.

⁶³ La pena se fija por la mayor o menor gravedad de las conductas en orden a que el hecho se hubiere cometido en lugar destinado al culto –forma cualificada castigada con pena de prisión de seis meses a seis años– o en cualquier otro lugar –pena de multa de cuatro a diez meses.

b.2) Ofensas a los sentimientos religiosos.

b.2.1) Profanación. El art. 524 del C.P. tipifica como delito la ejecución de actos de profanación en lugar destinado al culto o en ceremonia religiosa en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados⁶⁴.

b.2.2) Escarnio o vejación. El art. 525 del C.P. sanciona a los que para ofender a los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa hagan públicamente, de palabra, por escrito, o mediante cualquier otro tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias o vejen, también públicamente, a quienes los produzcan o practican. Asimismo, a los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna⁶⁵.

c) *Delitos contra el respeto a los difuntos.*

El art. 526 del C.P. sanciona en su primer inciso al que, faltando al debido respeto a la memoria de los muertos, violare los sepulcros y sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas, y, en su segundo inciso, al que, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos⁶⁶.

3. El respeto a los sentimientos religiosos en los medios de comunicación

Las únicas previsiones específicas al respecto están referidas a la radio y la televisión, configuradas en nuestro ordenamiento jurídico como un servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado, sin perjuicio de su gestión indirecta. En el Estatuto de la radio y la televisión se dispone que la actividad de los medios de comunicación social del Estado se ha de inspirar, entre otros principios, en el respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico y a los valores de igualdad recogidos en el art. 14 de la CE Asimismo, se establece que la disposición de espacios en estos medios de comunicación social se han de concretar de modo que accedan a los mismos los grupos sociales y políticos más significativos⁶⁷. Previsiones de idéntico o

⁶⁴ El delito de profanación se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses.

⁶⁵ La pena fijada por el delito de escarnio tanto en ofensa de los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa como de quienes no profesan religión o creencia alguna es la de multa de ocho a doce meses.

⁶⁶ Para ambos delitos la pena fijada es la de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses.

⁶⁷ Arts. 4 y 24 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y Televisión. El art. 20.3 de la CE dispone que «La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación

similar tenor se recogen en la normativa reguladora de las emisoras municipales de radio difusión sonora⁶⁸, del tercer canal de Televisión⁶⁹, de la Televisión privada⁷⁰ y en la normativa de las Comunidades Autónomas reguladora de los servicios de radiodifusión y televisión de titularidad autonómica⁷¹.

Por su parte, en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 23 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales el Estado, salvaguardando los principios de libertad religiosa y de expresión, se obliga a que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos de los católicos, estableciendo los correspondientes acuerdos sobre esta materia con la Conferencia Episcopal Española⁷².

4. La protección de los valores religiosos en el ámbito familiar

4.1 *El matrimonio confesional y el reconocimiento de sus efectos civiles*

El art. 32 de la CE proclama el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, remitiendo a la Ley la regulación de las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. En desa-

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».

⁶⁸ Art. 2 de la Ley 11/1991, de 8 de abril, de Organización y Control de las Emisoras Municipales de Radiodifusión Sonora.

⁶⁹ Art. 5 de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión.

⁷⁰ Art. 3 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

⁷¹ Arts. 3 y 21 de la Ley del País Vasco 5/1982, de 20 de mayo, de creación del Ente Público «Radio Televisión Vasca»; 14 y 18 de la Ley de Cataluña 10/1983, de 30 de mayo, de creación del Ente Público «Corporación Catalana de Radio y Televisión» y de regulación de los Servicios de Radiodifusión y Televisión de la Generalidad de Cataluña; 16 y 17 de la Ley de Galicia 9/1984, de 11 de julio, de creación de la Compañía de Radio-Televisión de Galicia; 2 y 18 de la Ley de Andalucía 8/1987, de 9 de diciembre, de creación de la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía y regulación de los Servicios de Radiodifusión y Televisión gestionados por la Junta de Andalucía; Arts. 3 y 19 de la Ley de la Región de Murcia 7/1994, de 17 de noviembre, por la que se extingue Radio Televisión Murciana y se regula el Servicio Público de Radiodifusión de la Región de Murcia, su Organización y Control Parlamentario; arts. 2 y 21 de la Ley de la Comunidad Valenciana 7/1984, de 4 de julio, de creación de la Entidad Pública Radiodifusión y Televisión de la Generalidad Valenciana; Arts. 2 y 21 de la Ley de Aragón 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión; arts. 3 y 31 de la Ley de Canarias 8/1984, de 11 de diciembre, de Radiodifusión y Televisión en la Comunidad Autónoma; arts. 16 y 20 de la Ley Foral de Navarra 16/1985, de 27 de septiembre, de creación, organización y control parlamentario del Ente Público Radio-Televisión Navarra; arts. 11 y 16 de la Ley de la Comunidad de Madrid 13/1984, de 30 de junio, de creación, organización y control parlamentario del Ente Público «Radio Televisión Madrid».

⁷² Art. XIV.

rrollo del mencionado precepto constitucional fue aprobada la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la precedente regulación del matrimonio contenida en el Código Civil (CC) y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. El nuevo sistema matrimonial que instaura la Ley, en congruencia con el referido precepto constitucional, se caracteriza porque el Estado asume, plenamente, frente al sistema anterior, la competencia en materia de matrimonio, regulando en su integridad todos los aspectos de la institución matrimonial –capacidad, consentimiento, forma, inscripción, contenido, nulidad, separación, divorcio⁷³–; por el establecimiento de un régimen común para todos los españoles; y, en fin, por el reconocimiento de un pluralismo formal en la celebración del matrimonio, otorgando a los contrayentes la posibilidad de contraerlo en forma civil o en la forma religiosa legalmente prevista⁷⁴.

En relación con la celebración del matrimonio religioso, se autoriza la prestación del consentimiento matrimonial en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, en los términos acordados con el Estado, o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste. En consecuencia, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas antes aludidas, si bien el pleno reconocimiento de tales efectos requiere la inscripción del matrimonio, la cual se practica con la simple certificación de la iglesia o confesión respectiva, que ha de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil, denegándose la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en el Código Civil⁷⁵.

El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos es cronológicamente anterior a la ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la precedente regulación del Código Civil y se instauró el nuevo régimen matrimonial, reconociéndose ya en aquél diversas disposiciones sobre la eficacia civil del matrimonio canónico, cuyo contenido resulta sustancialmente coincidente con las previsiones referidas del Código Civil. En este sentido, el Estado reconoce los efectos civiles del matrimonio contraído según las normas de Derecho Canónico desde su celebración, si bien para el pleno reconocimiento de los mismos es necesaria la inscripción

⁷³ Arts. 44 a 106 del CC.

⁷⁴ El art. 119 del CC dispone, «Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.º Ante el Juez o funcionario señalado por este Código. 2.º En la forma religiosa legalmente prevista. También podrán contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración».

⁷⁵ Arts. 59, 60 y 63 CC.

en el Registro Civil, la cual se lleva a cabo con la simple presentación de la certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio⁷⁶.

En los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España se reconocen, respectivamente, efectos civiles al matrimonio celebrado ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; al celebrado, según la propia normativa formal israelita, ante los ministros de culto de las comunidades pertenecientes a la Comisión Israelita de España; y, en fin, al celebrado según la forma religiosa establecida en la ley islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. En todo caso, para el pleno reconocimiento de tales efectos es necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Antes de celebrarse el matrimonio, quienes deseen contraerlo de acuerdo con los ritos y ceremonias de las comunidades y confesiones evangélica, judía e islámica deben promover expediente de capacidad matrimonial ante el encargado del Registro Civil, quien ha de expedir por duplicado certificación acreditativa de la capacidad matrimonial de los contrayentes, la cual han de entregar éstos al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio. Para la validez de la celebración, el consentimiento ha de prestarse ante el ministro de culto de la respectiva confesión religiosa oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad, antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial. Celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante ha de extender en la certificación de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio que tiene que contener los requisitos necesarios para su inscripción y la identidad de los testigos, uno de cuyos ejemplares se remite al encargado del Registro competente para su inscripción, conservándose el otro ejemplar como acta de celebración en el archivo del oficiante⁷⁷.

⁷⁶ Art. 6.1. De conformidad con el protocolo final del Acuerdo «Inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda, el acta del matrimonio canónico para su oportuna inscripción en el supuesto de que éste no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas».

⁷⁷ Arts. 7 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España. Por Orden de 21 de enero de 1993 se aprueba el modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso.

4.2 *El reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos en procesos matrimoniales*

4.2.1 La jurisdicción eclesiástica de la Iglesia Católica. Reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones de sus Tribunales en procesos matrimoniales

Aunque corresponde exclusivamente a la jurisdicción estatal el conocimiento de las causas matrimoniales, se reconoce eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes y si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente, conforme a las condiciones a que se refiere el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.), a las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos de la Iglesia Católica sobre nulidad de matrimonio católico o a las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, quedando por tanto excluidas las causas de separación y de disolución del matrimonio canónico por aplicación del privilegio paulino y del privilegio petrino⁷⁸.

El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, faculta a quienes hayan contraído matrimonio canónico a acudir, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, a los Tribunales eclesiásticos solicitando la declaración de nulidad o la petición de decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, teniendo dichas resoluciones, a petición de cualquiera de las partes, eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por un Tribunal civil competente⁷⁹.

⁷⁸ Art. 80 CC. Por su parte, el art. 954 de la L.E.C. se refiere a las siguientes condiciones: 1.ª que la ejecutoria haya sido dictada como consecuencia del ejercicio de una acción personal; 2.ª que no haya sido dictada en rebeldía; 3.ª que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España; y 4.ª que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica y las que las leyes españolas requieran para que haga fe en España.

⁷⁹ La disposición transitoria 2.ª del Acuerdo prevé que «las causas que estén pendientes ante los Tribunales eclesiásticos al entrar en vigor en España el presente Acuerdo, seguirán tramitándose ante ellos y las Sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el art. XXIV del Concordato de 1953». El mencionado artículo del Concordato ya derogado disponía que el Estado español reconocía la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino, así como que las Sentencias y resoluciones en tales extremos de los Tribunales eclesiásticos, cuando fueran firmes y ejecutivas, serían comunicadas por aquéllos al Tribunal competente, el cual decretaría lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenaría su anotación en el Registro Civil al margen del acta del matrimonio. Y concluía reconociendo a todas las Sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de

El reconocimiento legal de eficacia en el orden civil de tales decisiones se sustenta, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, de una parte, en el carácter aconfesional del Estado (art. 16.3 CE) y, de otra, en el deber de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones (art. 16.3 CE), aunque este mandato no implica en modo alguno automatismo en el reconocimiento de efectos civiles a dichas decisiones⁸⁰.

En orden al alcance del reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos de la Iglesia Católica recaídas en procesos matrimoniales, el Tribunal Constitucional tiene declarado que, desde la entrada en vigor del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, los Tribunales eclesiásticos de la Iglesia Católica carecen de facultades para que sus resoluciones en los procesos canónicos de separación produzcan efectos civiles, sin perjuicio de sus efectos en el ámbito de la vida intraeclesial. A partir de la entrada en vigor de aquel Acuerdo, los procesos de separación matrimonial para que produzcan efectos civiles tienen que seguirse ante los órganos judiciales estatales. De este modo, ha afirmado el Tribunal Constitucional, se ha incorporado nuestro país a lo que «era un hecho general, bien por vía expresa de lo concordado, bien por el contenido implícito respecto a las causas canónicas, acabando con la singularidad que, en este punto, significaba nuestro sistema. Es común ahora que todos los procesos de separación, referidos a los dos tipos o formas de matrimonio, están atribuidos a la jurisdicción estatal, aunque, ciertamente los casos canónicamente podrán acudir a la Autoridad Eclesiástica para obtener la separación canónica, si bien sin efectos civiles, y sí intraeclesiales»⁸¹.

Finalmente, el reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos, con el alcance del que se ha dejado constancia, en modo alguno permite conferirles la condición de poderes públicos, ni a ninguna persona u órgano que dentro de la Iglesia Católica desempeñe funciones de naturaleza judicial o administrativa, sin que sea factible ninguna interpretación extensiva o analógica, pues el art. 16.3 de la CE al consagrar el manteni-

su competencia efectos en el orden civil cuando hubieren sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado, las cuales prestarían, además, el apoyo necesario para su ejecución.

⁸⁰ STC 66/1982, fundamentos jurídicos 2 y 3.

⁸¹ STC 1/1981, fundamentos jurídicos 6 y 7. La Sentencia resuelve el recurso de amparo promovido contra las resoluciones judiciales en las que los órganos jurisdiccionales estatales actuaron como meros ejecutores en orden al reconocimiento de efectos civiles de una Sentencia dictada por un Tribunal eclesiástico de la Iglesia Católica en un proceso matrimonial de separación y en la que se adoptaron medidas respecto al cuidado y régimen de visitas de los hijos habidos en el matrimonio.

miento de relaciones de cooperación con dicha Iglesia presupone el reconocimiento del carácter separado de ambas potestades⁸².

4.2.2 La vinculación del Juez estatal a las decisiones de los Tribunales eclesiásticos de la Iglesia Católica en procesos matrimoniales

El sistema anterior al vigente Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede que reconocía una jurisdicción eclesiástica en orden a las causas de separación y la producción de efectos civiles, al amparo del art. XXIV del Concordato entre el Estado español y la Santa Sede, de 27 de agosto de 1953, vinculando al Juez estatal en el orden jurídico civil la decisión del Juez eclesiástico, obedecía «al carácter confesional del Estado y a una concepción de la jurisdicción, como uno de los poderes del Estado, que no padecía por el ejercicio de los Tribunales eclesiásticos de funciones que, en cuanto se proyectan en el orden jurídico civil, podrían entenderse propios de la jurisdicción estatal». Aquel sistema, sin embargo, desde la entrada en vigor de la Constitución hubo de ser interpretado de conformidad con el principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) y el de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE)⁸³. En aplicación de los citados principios constitucionales, el Tribunal Constitucional ha proclamado la plena jurisdicción de los órganos judiciales estatales para reconocer, de acuerdo con la legislación del Estado, efectos civiles a las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos de la Iglesia Católica en los procesos canónicos de separación dictados entre la entrada en vigor de la Constitución y la entrada en vigor del Acuerdo del Estado español con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos. De modo que en estos supuestos, la actuación de los órganos judiciales estatales como meros ejecutores de las decisiones canónicas, renunciando al ejercicio de la potestad

⁸² STC 265/1988, FJ 1; ATC 119/1984. Por tal razón, como se indica en las citadas resoluciones, la vía del recurso de amparo constitucional no puede alcanzar al examen y enjuiciamiento de las actuaciones de los órganos que en el ámbito del ordenamiento canónico desempeñen funciones de naturaleza judicial o administrativa.

⁸³ STC 1/1981, fundamentos jurídicos 6 y 10. El Tribunal Constitucional propugna en la Sentencia una interpretación de la legislación preconstitucional, que obedece a la redacción del Concordato, acorde a los principios constitucionales de no confesionalidad (art. 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), desechando la declaración de su derogación, al objeto de evitar «sin daño para el sistema y, desde luego, para la armonía de las relaciones institucionales que dice el art. 16.3 (de la CE), vacíos normativos a la espera de nuevas regulaciones en la materia». En el mismo sentido, STC 66/1982, FJ 4.

jurisdiccional que le confiere el art. 117.3 de la CE, supone una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional que garantiza el art. 24.1 de la CE⁸⁴.

Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado sí tienen, a diferencia de sus decisiones en procesos matrimoniales de separación, eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas a Derecho del Estado en resolución dictadas por el Juez civil competente, según dispone el Acuerdo entre el Estado español con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos y el art. 80 del Código Civil⁸⁵. Aquel Acuerdo prevé, además, un régimen transitorio para los procesos pendientes ante los Tribunales eclesiásticos con anterioridad a su entrada en vigor, los cuales continuarán tramitándose ante aquéllos y las Sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el art. XXIV del Concordato del Estado español con la Santa Sede, de 27 de agosto de 1953⁸⁶.

El régimen transitorio establecido en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, que implica, en definitiva, que es suficiente, al objeto de su reconocimiento en el orden civil, la comunicación de la Sentencia del Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente, que decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a los efectos civiles, prevé un proceso de reconocimiento de efectos civiles a la Sentencia y resoluciones de los Tribunales eclesiásticos equiparable a la ejecución de una Sentencia o resolución judicial, por lo que ha de encuadrarse dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). De modo que en los supuestos en que resulte de aplicación dicho régimen transitorio, la negativa del Juez civil a proceder al reconocimiento de efectos civiles en los tér-

⁸⁴ STC 1/1981, FJ 11. Se descarta en la Sentencia que la jurisdicción eclesiástica haya invadido ámbitos jurisdicciones estatales, pues «en el área intraeclesial, y ordenado a fines espirituales, con fuerza en el fuero interno para los creyentes, lo que resuelvan los Tribunales Canónicos no puede tacharse, en modo alguno, de improcedente».

⁸⁵ Art. VI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos. Por su parte, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se dio nueva redacción, entre otros preceptos, al art. 80 del Código Civil, establece en su disposición adicional segunda el procedimiento a seguir en solicitud de eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado: «2. Presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia en el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado, acordará por Auto la eficacia civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código Civil, sobre los casos de nulidad y disolución. 3. Contra el Auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y el del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente».

⁸⁶ Disposición transitoria 2.^a

minos legalmente fijados supone una vulneración del mencionado derecho fundamental⁸⁷.

El Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el procedimiento establecido en la Ley 30/1981, de 7 de julio, para el reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontífices sobre matrimonio rato y no consumado. Su regulación no desconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), «ya que el legislador ha establecido un cauce procedimental, al modo de la jurisdicción voluntaria, y otro procesal, para el supuesto de oposición, que permite la efectividad del mencionado derecho fundamental». La actividad de constatación que se encomienda al Juez civil no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que, al ser concebido al modo de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse entre las funciones que puede atribuirle expresamente la Ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE). De otra parte, por tratarse de un tema de legalidad ordinaria, es al Juez al que corresponde valorar si la oposición de una de las partes puede calificarse o no de formularia y si se traduce en una pretensión razonada, con el correspondiente cierre del procedimiento, a salvo el derecho de la parte para formular su pretensión en el proceso correspondiente, en cuyo examen no puede entrar el Tribunal Constitucional salvo que por resultar manifiestamente irrazonada incida en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁸.

⁸⁷ SSTC 66/1982, fundamentos jurídicos 3 a 5; 65/1985, fundamentos jurídicos 6 y 7; 209/1991, fundamentos jurídicos 1 y 2; 6/1997, FJ 5. En este sentido, en la última de las Sentencias citadas, el Tribunal Constitucional estimó que habían vulnerado el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, en cuanto integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), las Sentencias de los órganos judiciales civiles que habían declarado el divorcio de un matrimonio ya previamente declarado nulo por la jurisdicción eclesiástica, nulidad que, en virtud de la disposición transitoria 2.^a del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, tuvo eficacia civil con la simple anotación registral de la Sentencia canónica. Sin embargo, entendió, asimismo, que aquel reproche no podía extenderse a los pronunciamientos relativos a los efectos económico-patrimoniales de la disolución del matrimonio, puesto que en este extremo las Sentencias del orden jurisdiccional civil venían a precisar los efectos civiles de las resoluciones canónicas que declararon la nulidad del vínculo matrimonial (fundamentos jurídicos 5 a 7).

⁸⁸ STC 93/1983, FJ 3. En este sentido, en la STC 265/1988 el Tribunal Constitucional estimó lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la decisión de otorgar efectos civiles a una dispensa de la autoridad eclesiástica de matrimonio rato y no consumado, cuando se había formulado una oposición por una de las partes, en términos razonados. El otorgamiento de efectos civiles pese a la oposición había provocado la indefensión del demandante de amparo, pues con ello se le reenviaba a un procedimiento no previsto en la Ley, ya que sólo se puede acudir al *procedimiento correspondiente* en el supuesto de que el Auto fuese denegatorio o se acordara el archivo o sobreseimiento. «Lo que no cabe hacer, una vez que se haya formulado oposición, es dictar un Auto de concesión de efectos civiles, dejando sin recurso a la parte

4.3 *El derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas*

Del principio de libertad de enseñanza deriva, entre otros, el derecho que el art. 27.3 de la CE garantiza a los padres de que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones⁸⁹. El citado precepto constitucional configura una órbita de libertad privada y un terreno acotado para el poder público proscribiendo formaciones ideológicas imperativamente impuestas por el Estado y ampara, junto a la libre elección de cierta educación moral y religiosa, el derecho de neutralidad ideológica de los centros docentes públicos⁹⁰. Esta neutralidad de los centros públicos de enseñanza, que ha de ser entendida como característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, es la única actitud compatible, como el Tribunal Constitucional ha declarado, con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada. Aunque no impide la organización en los centros docentes públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible ese derecho que a los padres garantiza el art. 27.3 de la CE, sí impide la imposición coactiva por los poderes públicos del estudio de una confesión ideológica o religiosa determinada, al menos con un contenido apolo-gístico y no meramente informativo⁹¹.

De otra parte, el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir presenta una indudable interacción con el derecho a establecer un ideario o carácter propio como faceta del derecho a

u obligándola a un proceso con todo lo que eso supone de inseguridad jurídica en el terreno personal y patrimonial, hasta tanto se resuelve sobre la eficacia definitiva de la inscripción acordada» (FJ 3).

Por otra parte, en el ATC 82/1984, el Tribunal Constitucional calificó de cuestión de legalidad ordinaria, ajena por tanto a su jurisdicción, la denegación de efectos civiles a una Sentencia canónica de nulidad por ser prioritaria en el tiempo la Sentencia de divorcio.

⁸⁹ La libertad religiosa comprende, entre otros derechos, el de recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito, o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 2.1 c) L.O.L.R.). Por su parte la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación reconoce el derecho de los padres o tutores a que sus hijos o pupilos reciban una educación conforme a los fines establecidos en la Constitución y en la presente Ley; a escoger centro docente distinto a los creados por los poderes públicos; y a que sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 4). Asimismo, reconoce a los alumnos el derecho a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales de acuerdo con la Constitución (art. 6).

⁹⁰ AATC 276/1983, 359/1985.

⁹¹ STC 5/1981, FJ 9; ATC 359/1985. Sobre la enseñanza de religión en los centros docentes, vid. el apartado B. IV.4.

crear centros docentes, pero es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, aunque es obvio que la elección de centro docente es un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral⁹².

En el supuesto de que los padres elijan para sus hijos un centro con un ideario o carácter propio están obligados a no pretender que el mismo siga orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con tal ideario o carácter. Sin embargo, pueden pretender legítimamente que se adopten decisiones que no puedan juzgarse, con arreglo a un criterio serio y objetivo, contrarias al ideario o carácter del centro⁹³.

4.4 *La celebración de fiestas religiosas*

4.4.1 Descanso laboral y festividades religiosas

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores establece en su art. 37.1 que los trabajadores tienen derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprende la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo, sin perjuicio de que por disposición legal, convenio colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad se regule otro régimen de descanso laboral para actividades concretas. Por su parte, el apartado 2.º del mencionado precepto fija en un máximo de catorce al año las fiestas laborales de carácter retribuido y no recuperable, debiendo en todo caso respetarse como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España⁹⁴.

⁹² STC 5/1981, FJ 8.

⁹³ STC 5/1981, FJ 12.

⁹⁴ El Real Decreto 1346/1989, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre Regulación de Jornadas y Descansos establece las siguientes fiestas laborales de ámbito nacional de carácter retribuido y no recuperable: a) De carácter cívico: 12 de octubre, Fiesta Nacional de España; 6 de diciembre, Día de la Constitución Española; b) De acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores: 1 de enero, Año Nuevo; 1 de mayo, Fiesta del Trabajo; 25 de diciembre, Natividad del Señor; c) En cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979: 15 de agosto, Asunción de la Virgen; 1 de noviembre, Todos los Santos; 8 de diciembre, Inmaculada Concepción; Viernes Santo; d) En cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979: Jueves Santo; 6 de enero, Epifanía del Señor; 19 de marzo, San José, o 25 de julio, Santiago Apóstol. A las Comunidades Autónomas les corresponde la opción entre la celebración de la Fiesta de San José o la de Santiago Apóstol

En el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, el Estado reconoce como días festivos todos los domingos y se prevé que ambas partes determinen de común acuerdo qué otras festividades religiosas tendrán carácter de días festivos⁹⁵.

Los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España confieren a los fieles de las iglesias o comunidades a aquéllas pertenecientes la posibilidad de sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, el régimen de descanso laboral establecido con carácter general en el art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores por el día de precepto de la respectiva confesión religiosa⁹⁶, así como, en relación con quienes profesan la religión judía o la islámica, la de sustituir, previo acuerdo también de las partes, las festividades de carácter retribuido y no recuperable que se señalan en el art. 37.2 del Estatuto de los Trabajadores por las festividades judías o islámicas que expresamente se mencionan en los Acuerdos de Cooperación con ambas confesiones religiosas⁹⁷.

En relación con la pretensión de un trabajador de modificar o alterar la jornada de descanso laboral pactada en el contrato de trabajo en razón de sus creencias religiosas y pertenencia a una determinada confesión, para hacer de

en su respectivo territorio, pudiendo además sustituir las fiestas señaladas en el apartado d) por otras que por tradición les sean propias (art. 45).

⁹⁵ Art. III. En relación con el cumplimiento del citado precepto del Acuerdo vid. nota anterior.

⁹⁶ El descanso laboral semanal para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras iglesias evangélicas pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España puede comprender la tarde del viernes y el día completo del sábado; para los fieles de las comunidades israelitas pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España la tarde del viernes y el día completo del sábado; y para los miembros de las comunidades islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España los viernes de cada semana desde las 13,30 hasta las 16,30, así como durante el mes de ayuno (Ramadán) pueden concluir la jornada laboral una hora antes de la puesta de sol (arts. 12 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España).

⁹⁷ En el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España se reconocen, de acuerdo con la ley y la tradición judías, las siguientes festividades religiosas: Año Nuevo (Rosh Hashaná), 1.º y 2.º día; Día de Expiración (Yon Kippur); Fiesta de las Cabañas (Succoth), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día; Pascua (Pesaj), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día; y Pentecostés (Shavuot), 1.º y 2.º día (art. 12.2 Ley 25/1992, de 10 de noviembre). Por su parte, el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España menciona, de acuerdo con la Ley islámica, las siguientes festividades religiosas: AL HIYRA, correspondiente al 1.º de Muharram, primer día del Año Nuevo Islámico; ACHURA, décimo día de Muharram; IDU AL-MAULID, correspondiente al 12 de Rabi al Awwal, nacimiento del Profeta; AL ISRA WA ALMI'RAY, correspondiente al 27 de Rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta; IDU AL-FITR, correspondiente a los días 1.º, 2.º y 3.º de Sawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán; y IDU AL-ADHA, correspondiente a los días 10.º, 11.º y 12.º de Idu Al-Hyyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham (art. 12.2 Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

este modo compatible el desempeño de sus obligaciones laborales con la proscripción de toda actividad laboral que su religión le impone en determinados días, el Tribunal Constitucional ha declarado que la invocación de los derechos fundamentales o las libertades públicas, en concreto, la libertad religiosa en este caso, en modo alguno pueden ser utilizados por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas. En tal pretensión subyace la idea de que un cambio puramente fáctico en las creencias religiosas, en cuanto manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, ha de provocar la modificación de los contratos suscritos, cuyo cumplimiento sólo sería exigible en la medida en que no sean incompatibles con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone al trabajador, lo que supone llevar el principio de sujeción de todos a la Constitución a extremos inaceptables contrarios a principios que, como el de seguridad jurídica, son objeto también de garantía constitucional (art. 9.3 CE). El hecho de que la empresa no haya dispensado al trabajador del régimen laboral que respecto a la jornada de descanso tiene establecido no puede considerarse vulnerador del derecho a la libertad religiosa, pues no haber posibilitado el cumplimiento de sus deberes religiosos, mediante la aceptación de alterar la jornada de descanso semanal, es algo sustancialmente distinto a una situación coactiva impeditiva de la práctica religiosa, ya que puede existir una incompatibilidad entre los deberes religiosos y el cumplimiento de las obligaciones laborales, pero no una coercitibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir en la materia la conducta del empresario⁹⁸.

De otra parte, que el Estatuto de los Trabajadores establezca como regla general que el descanso semanal de día y medio ininterrumpido comprenda el domingo tampoco puede estimarse lesivo del principio de igualdad y de la prohibición de toda discriminación por motivos religiosos. Aquella regla general pertenece al ámbito de lo dispositivo y cabe, pues, que por convenio colectivo o contrato de trabajo se pacte una regulación distinta, de modo que cuando se defiende un trato distinto en materia de jornada de descanso semanal por pertenecer a una determinada confesión religiosa lo que se trata de asegurar no es un trato igualitario, sino cabalmente que se dispense de la jornada normal de descanso semanal por razón de una determinada creencia religiosa. Así pues, el

⁹⁸ STC 19/1985, fundamentos jurídicos 1 y 2. La Sentencia resuelve en sentido desestimatorio la demanda de amparo promovida por un trabajador contra el despido de la empresa en la que prestaba sus servicios por dejar de asistir al trabajo los días en que su religión proscribía toda actividad laboral, después de haber intentado sin éxito que la empresa consintiera modificar el régimen de descanso semanal contractualmente establecido, en razón de sus creencias religiosas y de su pertenencia a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que le impone la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado.

otorgamiento de un descanso semanal distinto al régimen de jornada establecida con carácter general supone una excepción al régimen general, cuyo otorgamiento resulta legítimo, pero no imperativo para el empresario.

Desde otra perspectiva, que el descanso semanal instituido con carácter general comprenda el domingo no responde a una conceptualización religiosa que pueda hacer cuestionable que el Estatuto de los Trabajadores contenga una regla favorable para unos creyentes y desfavorable para otros, partiendo de que la libertad religiosa comporta, en aplicación del principio de igualdad, el tratamiento paritario de las distintas confesiones religiosas. La evolución de la legislación en la materia permite apreciar la coincidencia en establecer en el descanso semanal una ininterrupción periódica que comprenda el domingo, lo que si bien obedece, en los pueblos de civilización cristiana, a que tal día es el que por mandato religioso y tradición se ha escogido en estos pueblos y permite destacar el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, es inequívoco, sin embargo, que en la actualidad el descanso semanal es una institución secular y laboral que si comprende el domingo como regla general de descanso es porque ese día de la semana es el consagrado por la tradición. Esta secularización, como no podía ser de otro modo, dada la aconfesionalidad que proclama el art. 16 de la CE, es la que se mantiene en la vigente legislación laboral⁹⁹.

4.4.2 Centros docentes, pruebas de acceso a la Administración y festividades religiosas

Los alumnos pertenecientes a las confesiones religiosas evangélica, judía e islámica, que han suscrito Acuerdos de Cooperación con el Estado español, que cursen sus estudios en centros docentes públicos y privados concertados están dispensados, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes el día de precepto de su respectiva confesión y en las festividades y conmemoraciones religiosas que expresamente se señalan en los Acuerdos de Cooperación¹⁰⁰.

⁹⁹ STC 19/1985, fundamentos jurídicos 3 y 4.

¹⁰⁰ Para los alumnos pertenecientes a la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas integradas en la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España la dispensa comprende desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado; para los alumnos judíos, el sábado y las festividades religiosas mencionadas en el Acuerdo de Cooperación; y para los alumnos musulmanes el viernes durante las 13,30 horas hasta las 16, 30 horas y las festividades religiosas expresadas en el Acuerdo de Cooperación (arts. 12.2, 12.3 y 12.3 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación

De otra parte, salvo que exista causa motivada que lo impida, cuando los exámenes o pruebas de acceso para el ingreso en la Administración Pública hayan de celebrarse el día de precepto de una confesión religiosa o en los reconocidos en los Acuerdos de Cooperación como festividades o conmemoraciones religiosas, serán señaladas fechas alternativas para los miembros que lo soliciten de la confesión o confesiones religiosas afectados¹⁰¹.

III. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN SITUACIONES ESPECIALES¹⁰²

1. La libertad religiosa en las Fuerzas Armadas

1.1 *La libertad religiosa y la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas*

A todo militar se le reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, no pudiendo ser objeto de discriminación ningún miembro de las Fuerzas Armadas por razón, entre otros motivos, de su religión¹⁰³. Asimismo, a los militares de reemplazo se les garantizan los derechos a la libertad ideológica, religiosa y de culto, cuyo ejercicio no tiene otros límites en sus manifestaciones que las derivadas de la salvaguarda de la disciplina y la seguridad nacional, debiendo de facilitárseles el cumplimiento de los deberes religiosos y de proporcionárseles dentro de los establecimientos militares el tiempo necesario para su voluntaria asistencia a los actos de culto¹⁰⁴.

En relación con la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas, las Reales Ordenanzas de cada uno de los Ejércitos establecen que

de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España). Sobre las fiestas o conmemoraciones religiosas judías e islámicas recogidas en los respectivos Acuerdos de Cooperación, vid. nota 96.

¹⁰¹ Arts. 12.3, 12.4 y 12.4 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

¹⁰² El art. 2.3 de la L.O.L.R. establece, para la aplicación real y efectiva de los derechos que comprende la libertad religiosa y de culto, que «los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia».

¹⁰³ Arts. 177 y 185 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

¹⁰⁴ Art. 45.1 y 3 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, reguladora del Servicio Militar.

sus miembros pueden recibir asistencia religiosa de los capellanes militares o de ministros contratados y autoridades de confesiones legalmente reconocidas, correspondiendo al mando militar, a propuesta de los encargados de prestar la asistencia religiosa, la coordinación de los servicios religiosos de las distintas confesiones. También incumbe a los mandos militares, entre otros, el deber de respetar y proteger el derecho a la libertad religiosa, de facilitar el cumplimiento de los deberes religiosos y de prestar a los capellanes y a los demás ministros autorizados el apoyo preciso para el cumplimiento de sus obligaciones¹⁰⁵.

Dicha asistencia aparece regulada con diferente alcance y contenido en los Acuerdos suscritos por el Estado español con las distintas iglesias, comunidades y confesiones religiosas.

A los militares, sean o no profesionales, de confesión evangélica, judía e islámica, y a cuantas personas de dichos credos religiosos presten servicio en las Fuerzas Armadas, se les reconoce el derecho a recibir asistencia religiosa de la propia confesión y a participar en sus actividades religiosas y ritos previa la oportuna autorización de sus jefes, que han de procurar hacer compatibles con las necesidades del servicio y facilitar los lugares y medios adecuados para su desarrollo. Además, los militares judíos y musulmanes que no puedan cumplir las obligaciones religiosas de su confesión por no haber sinagoga o mezquita en su lugar de destino pueden ser autorizados a cumplir dichas obligaciones en la sinagoga o mezquita de la localidad más próxima cuando las necesidades del servicio lo permitan. La asistencia religiosa está encomendada a los ministros de culto o personas designadas por la respectiva confesión religiosa y autorizadas por los mandos del ejército, quienes han de ofrecer la colaboración precisa para que aquéllos puedan desempeñar sus funciones en iguales condiciones que los ministros de culto de otras iglesias, confesiones o comunidades que tengan concertados Acuerdos de Cooperación con el Estado¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Arts. 234 a 244 del Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra; 289 a 299 del Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, por el que se aprueban los Reales Ordenanzas del Ejército del Aire; 432 a 442 del Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, por el que se aprueben las Reales Ordenanzas de la Armada.

¹⁰⁶ Arts. 8 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España. En estos dos últimos Acuerdos de Cooperación se prevé también que las autoridades correspondientes comunicarán el fallecimiento de los militares judíos y musulmanes, acaecido durante la prestación del servicio militar, a la familia de los fallecidos, a fin de que puedan recibir las honras fúnebres y ser enterrados según el rito de la propia confesión.

La asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se presta a través del Vicariato Castrense, según dispone el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos¹⁰⁷. El Vicariato Castrense es una diócesis personal, no territorial, que consta de un Arzobispo Vicario General, con su propia curia, integrada por un Provicario General para todas las Fuerzas Armadas, un Secretario General, un Vicesecretario, un Delegado de Formación Permanente del clero y un Delegado de Pastoral. Además, el Vicario General cuenta con la cooperación de los Vicarios episcopales correspondientes y los capellanes castrenses como párrocos personales. El Vicario General Castrense es designado mediante la propuesta de una terna de nombres formada de común acuerdo entre la Nunciatura Apostólica y el Ministerio de Asuntos Exteriores y sometida a la aprobación de la Santa Sede, presentando el Rey uno de ellos para su nombramiento por el Romano Pontífice. Por su parte, el nombramiento eclesiástico de los capellanes castrenses lo efectúa el Vicario General Castrense, correspondiendo al Ministerio de Defensa, a propuesta de aquél, la determinación de su destino a unidad o establecimiento militar. Tanto la jurisdicción del Vicario General Castrense como la de los capellanes es personal y se extiende, cualquiera que sea su situación militar, a todos los militares de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, a los alumnos de las Academias y de las Escuelas Militares, a sus esposos, hijos y familiares que viven en su compañía, a todos los fieles de ambos sexos, ya seculares, ya religiosos, que presten servicios establemente bajo cualquier concepto o residan habitualmente en los cuarteles o lugares dependientes de la jurisdicción militar, así como a los huérfanos menores o pensionistas y a las viudas de militares mientras conserven ese estado.

La Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional dispuso la creación del Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas, a través del cual el Gobierno garantiza la asistencia religiosa a sus miembros en los términos previstos por el ordenamiento. El personal integrado en el mismo está vinculado por una relación de servicios profesionales de carácter permanente y no permanente y no tiene la condición de militar, debiendo ejercer las funciones propias de su ministerio en el ámbito de las Fuerzas Armadas dentro del respeto al derecho constitucional de libertad religiosa y de culto¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Arts. I a IV y Anexos I y II.

¹⁰⁸ Disposición final séptima de la Ley 17/1989, de 19 de julio. El Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas se creó por Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, adscrito a la Secretaría de Estado de Administración Militar. Su Capítulo II se dedica específicamente a la asistencia religiosa a los

1.2 *El servicio de asistencia religiosa católica a los miembros de las Fuerzas Armadas y su integración en la estructura orgánica militar*

El personal que presta la asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas estaba integrado orgánicamente en la Administración militar, constituyendo los cuerpos eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. La normativa por la que se regían estos cuerpos ha sido derogada por la citada Ley 17/1989, de 19 de julio, que dispuso la creación del Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y declaró a extinguir aquellos cuerpos, concediendo a sus componentes el derecho a optar entre integrarse en el Servicio de Asistencia Religiosa con carácter permanente o continuar en los cuerpos de procedencia con los mismos derechos y obligaciones.

La constitucionalidad de la integración del personal que presta el servicio de asistencia religiosa católica a los miembros de las Fuerzas Armadas en la estructura orgánica de éstas, constituyendo un Cuerpo propio al que se le otorga un tratamiento similar al de otros cuerpos y escalas militares, fue cuestionada en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra una disposición legal cuyo objeto era regular la clasificación de los mandos militares y los sistemas y condiciones de ascenso, determinando el concreto precepto impugnado las reglas por las que se había de computar el tiempo de efectividad exigido en cada empleo para el ascenso al inmediato superior¹⁰⁹.

El Tribunal Constitucional desestimó la pretensión de los recurrentes al no existir un ajuste entre la impugnación y el contenido de la disposición recurrida, pues ésta «se limita a regular los ascensos y el tiempo de efectividad exigidos en cada empleo para poder acceder al superior, de suerte que, aun en el caso de que declarásemos la inconstitucionalidad de tal Ley, las consecuencias de tal declaración no podían llegar más allá de que el tiempo de efectividad para los ascensos dejaría de ser ése», pero no podría en cambio sacarse conclusión alguna sobre la existencia del Cuerpo eclesiástico y su asimilación a otros cuerpos y escalas militares al ser una cuestión no regulada por la Ley objeto del recurso, sino por otras que sólo le sirven de presupuesto. Asimismo, por no ser la norma más idónea para regular la asistencia religiosa

miembros católicos de las Fuerzas Armadas, la cual se sigue ejerciendo por el Arzobispado Castrense en los términos del Acuerdo suscrito entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1997.

¹⁰⁹ STC 24/1982, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra el art. 9.4 de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascenso en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra.

a los miembros de las Fuerzas Armadas católicos o pertenecientes a otras confesiones religiosas, rechazó que el legislador hubiera incurrido en una inconstitucionalidad por omisión por no haber aprovechado la ocasión para reestructurar la prestación de asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas¹¹⁰.

Aunque los razonamientos expuestos resultaban por sí mismos suficientes para la desestimación del recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional realiza en la Sentencia, a continuación, una serie de precisiones sin duda relevantes en orden a la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. Entiende, en efecto, que el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los miembros de las Fuerzas Armadas no sólo no determina vulneración alguna del derecho de libertad religiosa o de culto y del principio de igualdad, sino que, por el contrario, ofrece «la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades». Y no padece aquel derecho fundamental «toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece», así como tampoco el principio de igualdad, dado que «por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstas pueden reclamar fundadamente, de suerte que sólo el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos, incidiría en la eventual violación analizada»¹¹¹. Finalmente, considera que la ausencia de mención expresa al Cuerpo Eclesiástico en los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos no significa que haya quedado suprimido o derogado dicho Cuerpo¹¹².

De otra parte, la adquisición por el Ministerio de Defensa de un edificio y su afectación al culto de una denominada confesión religiosa, en concreto, a parroquia católica de las Fuerzas Armadas, no vulnera el principio de no confesionalidad o neutralidad del Estado, que no supone una total incomunicación entre él y las diversas confesiones religiosas, encontrando adecuada cobertura la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el deber de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica y las demás confesiones (art. 16.3 CE)¹¹³.

¹¹⁰ STC 24/1982, fundamentos jurídicos 2 y 3.

¹¹¹ STC 24/1982, FJ 4.

¹¹² STC 24/1982, FJ 5.

¹¹³ ATC 616/1984.

1.3 *Los actos religiosos en ceremonias militares y la asistencia voluntaria a los mismos*

Algunas ceremonias militares pueden ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan, debiendo advertirse con la debida antelación a quienes no profesen la correspondiente religión que quedan dispensados de asistir al acto religioso¹¹⁴.

¹¹⁴ Arts. 423 del Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra; 461 del Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire; Real decreto 1024/1984, de 23 de mayo, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de la Armada. La Orden 100/1994, de 14 de octubre, regula los actos religiosos en ceremonias solemnes militares, la cual dispone:

Primero. Juramento o promesa ante la Bandera.

1. De acuerdo con lo previsto en la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y las Reales Ordenanzas de los Ejércitos que la desarrollan y en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar y del Reglamento del Servicio Militar que la desarrolla, previamente a la ceremonia militar se podrá celebrar, un acto religioso.

— A la Misa oficiada por el capellán castrense o concelebrada con otros sacerdotes asistirán voluntariamente el personal militar e invitados que lo deseen.

— Los actos religiosos de otras Iglesias, Confesiones o Comunidades Religiosas que, en su caso, puedan celebrarse, se regularán de conformidad con lo previsto en los correspondientes Acuerdos de cooperación con el Estado.

2. En el acto militar, a continuación de la toma del Juramento o Promesa, el capellán se situará junto al Jefe de la Unidad y pronunciará una invocación con arreglo a la fórmula recogida en las Reales Ordenanzas de los Ejércitos, terminada la cual se situará de nuevo en el lugar que tenga asignado.

Segundo. Entrega de Bandera a una Unidad.

En el acto de entrega de Bandera a una Unidad se incluirá, como es tradicional, la bendición de la misma. Para ello el capellán designado se desplazará desde donde se encuentre situado hasta la Bandera y la bendecirá conforme a la fórmula que recoge el ritual correspondiente, reincorporándose posteriormente a su lugar.

Tercero. Actos de entrega de Despachos o Títulos.

En las entregas de Despachos o Títulos, en los que se adquiere la condición de militar de carrera o de militar de empleo, se podrá incluir una intervención del capellán en oración de acción de gracias.

Cuarto. Actos de Homenaje a los que dieron su vida por España.

En los actos de homenaje a los que dieron su vida por España se pronunciará una oración en memoria y homenaje a cuantos a lo largo de la historia entregaron su vida por la Patria.

Quinto. Entierros.

En los actos oficiales que se celebren en ocasión de entierros, además de los honores fúnebres de Ordenanza, se podrá incluir la Santa Misa u otro acto católico de oración o, en su caso, un acto de culto con arreglo a la confesión religiosa que proceda.

Por tratarse de actos de protocolo en los que se interviene en representación del Estado o de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tiene la consideración de acto de servicio.

Sexto. Celebraciones de las Festividades de los Santos Patronos.

En las Festividades de los Santos Patronos se celebrará la ceremonia religiosa que de conformidad con el Jefe de la Unidad, considere más adecuada el capellán. A esta ceremonia asistirán voluntariamente el personal de la Unidad e invitados que lo deseen.

En el acto militar que se celebre con ocasión de dichas Festividades se podrá incluir una intervención del capellán a fin de resaltar su significado.

El principio de no confesionalidad o neutralidad del Estado en materia religiosa que proclama el art. 16.3 de la CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o su participación en ceremonias de esa naturaleza. Sin embargo, el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona a decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de naturaleza religiosa, decisión personal que han de respetar las Fuerzas Armadas en relación con sus miembros, al encontrarse vinculadas negativamente, como los demás poderes públicos, por el mandato de neutralidad del art. 16.3 de la CE¹¹⁵.

La doctrina expuesta ha sido sentada por el Tribunal Constitucional con ocasión de la demanda de amparo promovida por un militar profesional que fue sancionado disciplinariamente como consecuencia de su negativa a participar en actos de inequívoco contenido religioso. El recurrente en amparo había sido designado para formar parte de una Compañía de Honores Militares a la Virgen de los Desamparados con motivo del V Centenario de su Advocación. Al tener conocimiento del contenido religioso y espiritual de los actos a celebrar solicitó ser retirado de la Compañía, lo que le fue denegado, e iniciado el acto abandonó la formación, previa solicitud que le fue también denegada, en el momento de rendir honores a la Virgen, reincorporándose posteriormente a la formación hasta que la volvió a abandonar, tras serle denegado el permiso, cuando la Compañía procedió a recibir de nuevo a la Virgen para introducirla en la iglesia.

Para el Tribunal Constitucional resultan de inequívoco contenido religioso los actos convocados y organizados por la autoridad militar, «pues, su exclusiva finalidad era la de celebrar el V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados. No se trataba, pues, de actos de naturaleza religiosa con una participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa». El conflicto suscitado en este caso entre el deber de disciplina militar y el derecho a la libertad religiosa debió ser resuelto, aun cuando se considerase que la participación del recurrente en ampa-

Séptimo. Otras ceremonias militares significativas.

Las restantes ceremonias militares significativas podrán ir precedidas de los actos religiosos que tradicionalmente se vinieran celebrando, teniendo en cuenta que la asistencia a los mismos tendrá carácter voluntario.

Octavo. Celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense.

Con motivo de celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, las autoridades militares podrán designar, en representación institucional, comisiones, escoltas o piquetes adecuados al acto. Para el nombramiento de los mismos, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y la voluntariedad en la asistencia a los actos.

¹¹⁵ STC 177/1996, fundamentos jurídicos 9 y 10.

ro en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, respetando el principio de voluntariedad a la asistencia del acto religioso y, en consecuencia, debió de atenderse a la solicitud del demandante en amparo de ser relevado del servicio en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa. Al haber desatendido aquella solicitud, la autoridad militar vulneró la vertiente negativa del derecho fundamental a la libertad religiosa del solicitante de amparo¹¹⁶.

2. La libertad religiosa en centros docentes, hospitalarios y establecimientos penitenciarios

El Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos reconoce y garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitales, sanatorios, orfanatos y centros similares, tanto privados como públicos. El régimen de asistencia religiosa católica en los centros mencionados que sean de carácter público es regulado de común acuerdo entre las competentes autoridades de la Iglesia Católica y el Estado, quedando salvaguardado en todo caso el derecho de libertad religiosa de las personas y el debido respeto a sus principios religiosos y éticos¹¹⁷.

Por su parte, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de

¹¹⁶ En el ATC 551/1985, en el que se inadmitió a trámite el recurso de amparo promovido contra las resoluciones judiciales que condenaron al demandante de amparo como autor de una falta de respeto debido a los superiores jerárquicos, la ausencia de impedimento alguno para que el demandante de amparo, miembro del Cuerpo de la Policía Municipal, pudiera acomodar su conducta a sus propias convicciones religiosas, así como la asistencia voluntaria a la ceremonia religiosa organizada con ocasión de la celebración de la festividad del patrón del Cuerpo de Policía Municipal al que aquél pertenecía, pese a que se establecieran turnos de servicio entre el personal de la plantilla que no asistiera a dicho acto religioso en sustitución de los que quisieran asistir, constituyeron los motivos en los que el Tribunal Constitucional fundó su decisión de desestimar la denunciada vulneración del derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) que el recurrente en amparo cifraba en el recargo impuesto en la prestación del servicio. Los hechos que motivaron la sanción, según se hace constar en los antecedentes del mencionado Auto, consistieron en que en la reunión convocada para dar cuenta de los actos a celebrar con motivo del patrón de la Policía Municipal y al tratar el de la misa, a la que asistirían los Policías que pudieron hacerlo y que no estuvieran de servicio, el demandante de amparo manifestó al Jefe de la Policía Municipal que no podía obligar a ningún funcionario a asistir a la misma, contestando aquél que quien no quisiera acudir lo manifestara y prestaría servicio en la calle sustituyendo a quienes quisieran asistir, poniendo en conocimiento del Alcalde, no obstante, los funcionarios que no asistieran. El demandante de amparo espetó entonces al Jefe de la Policía Municipal «usted es un anticonstitucional y su actitud está fuera de la Ley».

¹¹⁷ Art. IV.

Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España garantizan el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los internados en centros o establecimientos penitenciarios, hospitalarios, asistenciales y otros análogos del sector público, la cual es proporcionada por los ministros de culto que designen las iglesias respectivas y debidamente autorizados por los centros o establecimientos públicos correspondientes. El acceso de tales ministros de culto a dichos centros es, a tal fin, libre y sin limitación de horario, debiendo en todo caso respetarse en la prestación de la asistencia religiosa el principio de libertad religiosa y observar las normas de organización y régimen interno de los centros. Los gastos del servicio de asistencia corren a cargo de las respectivas confesiones religiosas, sin perjuicio de la utilización de los locales que existan en los centros o establecimientos¹¹⁸.

2.1 *La libertad religiosa y la asistencia religiosa en centros docentes*

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, el art. 27.3 de la CE garantiza a los padres el derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Por su parte, la normativa en materia de enseñanza reitera este mandato constitucional y reconoce a los alumnos el derecho a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y morales o ideológicas, así como su intimidad en lo que respecta a tales creencias o convicciones. Derecho que se garantiza mediante la información, antes de formalizar la matrícula, sobre el proyecto educativo o sobre el carácter propio del centro; el fomento de la capacidad y actitud ética de los alumnos que posibilite a los mismos la realización de opciones de conciencia en libertad; y, en fin, la elección por parte de los alumnos o de sus padres o tutores, si aquéllos son menores de edad, de la formación religiosa o moral que resulte acorde con sus creencias o convicciones, sin que de esta elección pueda derivarse discriminación alguna¹¹⁹.

¹¹⁸ Arts. 9 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España. En los Acuerdos de Cooperación con estas dos últimas confesiones se prevé que las direcciones de los centros o establecimientos públicos están obligados a transmitir a la Comunidad Israelita e Islámica correspondiente las solicitudes de asistencia espiritual recibidas de los internos o sus familiares si los propios interesados no estuvieran en condiciones de hacerlo, precisando que la asistencia religiosa comprende, además, la que se dispense a los moribundos, así como las honras fúnebres del rito judío e islámico.

¹¹⁹ Arts. 4 y 6 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación; 16 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los Derechos y Deberes de los Alumnos y las Normas de Convivencia en los Centros. Sobre la enseñanza de la religión, vid. el apartado B. IV.4.

En los centros docentes públicos de educación general básica, preescolar, bachillerato y formación profesional, la asistencia religiosa y los actos de culto están regulados por la Orden de 4 de agosto de 1980. Se prevé al respecto que en dichos centros se habiliten locales idóneos para el desarrollo de actividades de formación y asistencia religiosa de los alumnos que decidan participar en ellos, determinando las autoridades académicas competentes, de acuerdo con la jerarquía de la Iglesia Católica o la autoridad de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas legalmente inscritas, las condiciones concretas en las que han de desarrollarse estas actividades. Las capillas, oratorios y otros locales destinados permanentemente al culto católico existentes en los centros escolares continuarán dedicados tanto a este fin como a otras actividades de formación y asistencia religiosa, sin perjuicio de su posible utilización para otras actividades escolares.

2.2 *La libertad religiosa y la asistencia religiosa en centros hospitalarios*

Constituyen derechos del enfermo, configurándose a la vez como obligaciones de los centros hospitalarios y de su personal, el respeto a sus opiniones personales y creencias religiosas y la asistencia religiosa según su confesionalidad¹²⁰.

En cumplimiento del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, por Orden de 20 de diciembre de 1982 se dispuso la publicación del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en centros hospitalarios públicos. En estos centros, la asistencia religiosa católica se presta por los capellanes o personas idóneas designadas por el ordinario del lugar, correspondiendo su nombramiento a la Institución titular del centro hospitalario. El Estado, a través de la correspondiente dotación presupuestaria, financia el servicio, debiendo disponer el centro hospitalario de los locales adecuados, tales como capillas, despachos y lugar para residir o pernoctar para el servicio de asistencia religiosa católica. En aplicación del referido Acuerdo, fue suscrito por los Ministerios de Justicia y de Sanidad y Consumo y el Presidente de la Conferencia Episcopal Española el Convenio sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios del Instituto

¹²⁰ Art. 13.1.f) y g) del Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración de los Servicios Hospitalarios y las garantías de los usuarios. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad reconoce a todos, frente a las distintas administraciones públicas sanitarias, el derecho al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que se pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.

Nacional de Salud, de 23 de abril de 1986, que regula la asistencia religiosa católica en dichos centros en términos idénticos a los previstos en aquel Acuerdo¹²¹.

2.2.1 Ideario religioso y centros sanitarios

La STC 106/1996 resuelve el recurso de amparo promovido por una trabajadora, auxiliar de clínica, al haber sido despedida del centro hospitalario en el que prestaba sus servicios, regido por una orden religiosa católica, como consecuencia de ciertas expresiones vertidas que el empresario consideró que constituían una exteriorización pública de menosprecio y ofensa contra un acto religioso¹²². El Tribunal Constitucional rechazó que al presente supuesto fuera trasladable la doctrina constitucional elaborada en relación al respeto por los docentes del ideario de los centros de enseñanza privada¹²³, pues subyace en ella la premisa de que el respeto al ideario por parte de los profesores está en directa conexión con el tipo de función que cumplen en el centro, es decir, la docencia, de modo que es el propio carácter de la prestación laboral que los docentes desarrollan en los centros de enseñanza, especialmente cuando ésta consiste en transmitir aspectos propiamente educativos o formativos, el que impone la necesidad de compatibilizar su libertad de cátedra con la libertad del titular del centro docente de establecer el ideario. La referida doctrina constitucional, elaborada en relación con los centros docentes privados y los derechos fundamentales que amparan al titular del centro y a los docentes, no resulta trasladable, so pena de alterar su originario y legítimo significado, a otros supuestos de relaciones laborales en los que el trabajador desempeña meramente funciones neutras o técnicas en relación con el ideario, esto es, que no guardan una relación directa con aquel ideario, lo que no le permite al empresario exigir al trabajador más que el cumplimiento de las obligaciones

¹²¹ Arts. 3, 4 y 6.

¹²² Los hechos que motivaron el despido de la trabajadora, según se relata en la Sentencia, fueron los siguientes: «ante la falta de asistencia de enfermos a la celebración eucarística, enfermos que han de ser preparados previamente por el personal sanitario del Centro, el Capellán celebrante comentó que podría deberse al hecho de encontrarse el Convenio con el personal sanitario en vías de negociación, por lo que, ante ello, optó por subir a las plantas a dar la comunión a los enfermos, lo que hizo portando el cáliz y entonando cantos religiosos. Cuando la comitiva llegó a la tercera planta, lugar en el que se encontraba la (demandante de amparo), ésta, manifestó en voz alta *no sé como no les da vergüenza, esto parece un picnic, estos son los humanitarios y si mi madre estuviese aquí los denunciaría*, lo que pudo ser escuchado por los que se hallaban presentes en dicho lugar» (FJ 1).

¹²³ Sobre la doctrina constitucional relativa al respeto por los docentes del ideario de los centros de enseñanza privada, vid. el apartado B. IV.2.

que se derivan del contrato de trabajo que les une, y en los que la relación laboral no ha sido concertada con la entidad portadora del ideario, sino con una empresa dependiente de la misma pero con distinta función social, a la que no puede extenderse de forma incondicionada, por consiguiente, el ideario propio de la entidad titular.

En este sentido, el Tribunal Constitucional destaca, en orden a desestimar la traslación al supuesto enjuiciado de la doctrina constitucional sobre el respeto por los docentes del ideario de los centros de enseñanza privada, que, en primer término, la actividad laboral desempeñada por la trabajadora demandante de amparo era exclusivamente de carácter técnico sanitario, viniendo determinadas sus obligaciones laborales en su contrato laboral en atención a esa categoría profesional, por lo que «no cabe desconocer que su actividad laboral no guardaba una relación directa con el ideario de la entidad titular del centro hospitalario», lo que excluye que pueda ser equiparada a la que desarrolla un docente en una escuela privada, con la ineludible consecuencia de que «no son trasladables al trabajador que en la empresa cumple funciones meramente neutras en relación con la ideología de su empresario las limitaciones que el ideario del centro docente puede imponer a un profesor en el ejercicio de sus libertades». En estos casos no existe una confrontación entre dos derechos fundamentales —la libertad de cátedra del profesor y la libertad de enseñanza del titular del centro docente—, sino únicamente el derecho fundamental de la trabajadora a la libertad de expresión frente al poder de dirección del empresario y las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo. En segundo lugar, que, pese a que la titular del centro hospitalario era ciertamente una entidad de carácter religioso, la relación laboral se había concertado entre la trabajadora y el centro sanitario, no entre ésta y la entidad religiosa, no pudiendo extenderse de forma incondicional a aquél el ideario propio de la entidad titular, pues su finalidad públicamente reconocida no es la de difusión de un ideario religioso, sino la asistencial o sanitaria¹²⁴.

¹²⁴ Fundamentos jurídicos 3 y 4. Descartada, pues, la aplicación de la mencionada doctrina constitucional, el Tribunal Constitucional procede a examinar en la Sentencia, a continuación, si las expresiones vertidas por la trabajadora y que motivaron su despido estaban amparadas o no por la libertad de expresión que reconoce el art. 20.1 a) de la CE, llegando a la conclusión de que sí se encontraban amparadas por el ejercicio de aquella libertad. Se afirma al respecto en la Sentencia que «las manifestaciones hechas por la trabajadora guardaban relación con el cumplimiento de sus obligaciones laborales y, de otra parte, tanto si se consideran en sí mismas como en su contexto, no entrañaban una ofensa grave para la religión cuyo acto de culto se estaba celebrando en forma inusual en un Centro hospitalario, ni eran vejatorias para los participantes en el mismo o sus creencias, aun cuando fueran improcedentes o irrespetuosas. Por lo que ha de estimarse que no fue legítima, por desproporcionada, la decisión del Centro hospitalario acordando el despido, por exceder del ámbito en el cual las obligaciones que para la trabajadora se derivan del contrato de trabajo pueden modular el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión que el art. 20.1 a) reconoce» (FJ 7).

2.2.2 Libertad religiosa y prestaciones sanitarias

Si el derecho de libertad religiosa del paciente puede imponer a los facultativos del sistema público sanitario, al objeto de respetar el mandato de una determinada confesión religiosa, la obligación de prestar la asistencia sanitaria sin que, en ningún caso, puedan utilizarse en el tratamiento médico transfusiones sanguíneas por pertenecer aquél a la confesión religiosa «Testigos Cristianos de Jehová», fue el tema abordado en la STC 166/1996¹²⁵.

El Tribunal Constitucional, tras declarar que una asistencia médica coactiva constituye una limitación vulneradora del mencionado derecho fundamental, a no ser que tenga una justificación constitucional, y descartar que en el presente supuesto se hubiera producido una asistencia de tal tipo, precisa que en este caso el problema suscitado no es de carencias o deficiencias de los servicios sanitarios públicos respecto del sistema o de los medios conforme a los cuales hayan de atenderse las prestaciones médico-quirúrgicas a los enfermos, sino que lo que se solicita, en razón de una determinada creencia religiosa, es que dichas prestaciones se dispensen prescindiendo de un remedio «cuya utilización, por pertenecer a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideran necesarias para solventarlo». «Las causas ajenas a la medicina —se afirma en la Sentencia—, por respetables que sean —como lo son en este caso—, no pueden interferir o condicionar las exigencias de la actuación médica». En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que la apreciación de si la negativa del médico de la sanidad pública a realizar la intervención quirúrgica del recurrente sin utilizar en ningún caso la transfusión sanguínea está justificada o no, en sí misma, no vulnera el derecho a la libertad religiosa y es una cuestión que no trasciende el plano de la legalidad ordinaria que han de resolver los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su función jurisdiccional, como lo han hecho al entender que la denegación del tratamiento médico en este supuesto no es equiparable, a efectos de acudir a la medicina privada y obtener el reintegro de los gastos ocasionados por este motivo,

¹²⁵ La Sentencia resuelve el recurso de amparo promovido por un miembro de la confesión religiosa «Testigos Cristianos de Jehová» contra las resoluciones judiciales que le denegaron el reintegro de los gastos médicos ocasionados por su tratamiento en una clínica privada, a la que acudió al no serle garantizado por los facultativos de la sanidad pública un tratamiento que, adecuado a sus creencias religiosas, excluyera en todo caso la transfusión de sangre en la intervención quirúrgica que se le habría de practicar. La negativa al reintegro de los gastos la fundaron los órganos judiciales en la consideración de que la garantía de una intervención quirúrgica sin transfusión de sangre excedía del contenido concreto de la asistencia médica exigible a la sanidad pública y no era equiparable a la denegación injustificada de tratamiento.

con los supuestos de error de diagnóstico o de denegación injustificada de asistencia sanitaria¹²⁶.

Asimismo, entiende que del carácter de derecho prestacional que también se integra en el derecho a la libertad religiosa, en virtud del cual deben los poderes públicos adoptar las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales penitenciarios y otros bajo su dependencia, no puede seguirse que el Estado esté también obligado a otorgar prestaciones distintas a las legalmente previstas para todos los ciudadanos a los creyentes de una determinada confesión religiosa para que puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias. Una prestación como la exigida por el recurrente supone una excepcionalidad que, aunque puede estimarse como razonable, su otorgamiento en cuanto dispensa del régimen general es legítima, pero en modo alguno su imposición resulta imperativa¹²⁷.

Tampoco este pretendido deber de la sanidad pública de prestar asistencia en los términos exigidos por el recurrente en razón de sus creencias religiosas puede hacerse derivar del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), pues este principio «reconoce el derecho a no sufrir discriminación, pero no el hipotético derecho a imponer y exigir diferencias de trato». En este caso, lo realmente querido por el demandante de amparo no es asegurar un trato igualitario, pues igualitario es el régimen legalmente establecido para dispensar la asistencia sanitaria, sino que lo que cabalmente pretende es modificar, en razón de sus creencias religiosas, el tratamiento médico ordinario, condicionando a la vez la actuación técnica de los facultativos¹²⁸.

2.3 *La libertad religiosa y la asistencia religiosa en centros penitenciarios*

La normativa penitenciaria garantiza la libertad religiosa a los internos, debiendo de facilitar la Administración Penitenciaria los medios para que

¹²⁶ STC 166/1996, FJ 3.

¹²⁷ STC 166/1996, FJ 4.

¹²⁸ STC 166/1996, FJ 5. A la citada Sentencia se formuló un voto particular discrepante, en el que se afirma que en el presente supuesto el recurrente en amparo había solicitado una prestación de asistencia médica a la que tenía derecho, requiriendo sólo que se la prestase en condiciones que no vulnerasen sus creencias religiosas, sin que existiera, además, imposibilidad de que tal asistencia se prestase en tales condiciones en los centros de la sanidad pública, dados los medios técnicos disponibles, no resultando, tampoco, contraria en todo caso a la *lex artis* pues se había practicado en dichas condiciones en centros médicos privados. En suma, para el Magistrado firmante del voto particular, el presente caso «nos sitúa ante un acto de los poderes públicos impeditivo del mantenimiento de las creencias religiosas del recurrente, existiendo además una relación de causalidad entre la negativa de la Administración, que los órganos jurisdiccionales han confirmado, y la conducta del recurrente frente a aquélla, dirigida a mantener esas creencias. Lo que ha generado... una lesión del derecho fundamental que el art. 16.1 CE reconoce y ello debería haber conducido al otorgamiento del amparo solicitado».

dicha libertad pueda ejercitarse. En este sentido, se reconoce a todos los internos el derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas, así como a no ser obligados a asistir o participar en actos de una confesión religiosa. La Administración, por su parte, ha de facilitar que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del centro y los derechos fundamentales de los demás internos, pudiendo habilitar en los centros penitenciarios un espacio para la práctica de los ritos religiosos. En lo demás, la normativa penitenciaria se remite en lo relativo a la asistencia religiosa a los internos a lo establecido en los Acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas¹²⁹.

Por Orden de 24 de noviembre de 1993 se dispuso la publicación del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios. Ésta es prestada por sacerdotes nombrados por el ordinario del lugar y autorizados formalmente por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a quien corresponde la cobertura económica del servicio. Se prevé, asimismo, que los Establecimientos penitenciarios dispongan de una capilla para la oración y, si ello no fuera posible, deben contar con un local apto para la celebración de actos de culto y con un despacho destinado al resto de las actividades propias de la asistencia religiosa, cuyo mantenimiento y reparación, así como la adquisición de elementos materiales de culto corren a cargo de la Administración Penitenciaria¹³⁰.

En los establecimientos penitenciarios militares¹³¹, forma parte de su plantilla un Jefe u Oficial del Cuerpo Eclesiástico para el servicio de asis-

¹²⁹ Arts. 54 y 230, respectivamente, de la Ley Orgánica 1/1979, de 25 de septiembre, General Penitenciaria (L.O.G.P.) y del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (R.P.). En relación con la alimentación de los internos, la Administración ha de procurar respetar en la medida de lo posible sus convicciones filosóficas y religiosas (art. 21 L.O.G.P.; 226 R.P.). En este sentido, la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España prevé que la alimentación de los internados en centros o establecimientos públicos o dependencias militares y la de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados que lo soliciten, se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (art. 14.4). Los internos también pueden ser autorizados a comunicar con sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido previamente solicitada (art. 51 L.O.G.P.).

¹³⁰ Arts. 3, 5 y 7.

¹³¹ Los establecimientos penitenciarios militares se rigen por su propia normativa específica, constituida por el Real Decreto 333/1978, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

tencia espiritual, quien está encargado del servicio religioso de la penitenciaría y le corresponde, entre otros cometidos, la instrucción y formación religiosa de los internos, la cual tiene carácter voluntario, pudiendo ser atendidos los no católicos por un ministro de su propio culto. También, los ministros de culto cuyos auxilios hayan sido previamente reclamados por algún interno pueden ser autorizados para comunicar con él en local apropiado, incluso en la enfermería del establecimiento, si el interesado estuviera enfermo. Voluntaria, igualmente, es la asistencia a los servicios religiosos, celebrándose todos los domingos y días de precepto Misa en cada establecimiento penitenciario. En orden a la protección de los sentimientos religiosos, se dispone que se reprimirá con todo rigor cualquier demostración exterior que signifique irreverencia o burla a las creencias religiosas, así como proferir blasfemias¹³².

IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LAS PRÁCTICAS PARARELIGIOSAS. LÍMITES A LA LIBRE ACTIVIDAD DE LAS SECTAS RELIGIOSAS

La denominación de sectas no se corresponde a ninguna categoría jurídica en el ordenamiento español, ni existe una legislación específica respecto a los problemas que plantean los grupos o movimientos, sean o no de carácter religioso, que puedan incardinarse, en su caso, en ese concepto sociológico, debiendo, en consecuencia, ser valorada su actuación, al igual que la de cualquier otra persona física o jurídica, en atención al respeto a la legalidad común vigente.

En este sentido, en las conclusiones aprobadas por el Congreso de los Diputados, en su sesión de 2 de marzo de 1989, en relación con el Estatuto de Sectas en España se consideró el marco ofrecido por la legalidad vigente como «suficiente para una regulación eficaz a la vez que respetuosa con la Constitución», instando al Gobierno a aplicar medidas de carácter administrativo con el fin de poder contribuir a «la prevención, la disuasión o corrección de las transgresiones de la Ley que se producen en algunos grupos, denominados por los expertos ‘sectas destructivas’, las cuales, configurándose preferentemente como entidades acogidas a los derechos constitucionales de libre religión o de libre asociación suelen llevar a cabo actividades de pretendido carácter cultural o rehabilitador».

¹³² Arts. 6, 16, 42, 149 y 161 del Real Decreto 333/1978, de 22 de diciembre.

A fin de evitar o reducir los problemas derivados de determinadas actuaciones sectarias, el Congreso de los Diputados instó al Gobierno a adoptar las siguientes medidas:

- 1.^a Incrementar, hasta donde la ley lo permita, el control de legalidad y la vigilancia de la aplicación fraudulenta de los Estatutos de las entidades que soliciten su inscripción en los Registros públicos en calidad de entidades religiosas, culturales, rehabilitadoras, terapéuticas y análogas.
- 2.^a Estudiar y aprobar las modificaciones necesarias en el régimen jurídico de asociaciones, especialmente en lo que atañe a entidades sin ánimo de lucro y de utilidad pública, con el fin de facilitar su control financiero y fiscal.
- 3.^a Tener en cuenta en los planes de inspección de los Ministerios de Hacienda y de Trabajo y Seguridad Social, con asesoramiento de los Ministerios de Justicia, Interior, Cultura, Sanidad y Asuntos Sociales, inspecciones fiscales y laborales sobre las entidades que, por sus Estatutos o por su notoria actividad pública, presenten indicios de un movimiento económico con ingresos por servicios, donaciones, compraventas con incremento de patrimonio, etc., impropio por su volumen de grupos que se presentan formalmente ante la sociedad como entidades sin ánimo de lucro y con finalidades altruistas de signo religioso, cultural, rehabilitador-terapéutico o análogos.
- 4.^a Promover, mediante fórmulas de acuerdo por las vías institucionales pertinentes con el Consejo General del Poder Judicial, la difusión de información suficiente a magistrados, jueces, fiscales y médicos forenses acerca del «síndrome disociativo atípico» en la medida en que pueda afectar gravemente a la libertad de las personas, siempre con las debidas garantías, especialmente las de asesoramiento psiquiátrico.
- 5.^a Promover en el ámbito de la sanidad pública y los asuntos sociales, el estudio de medidas de apoyo a quienes, previa la oportuna decisión judicial, necesiten un proceso de recuperación personal y rehabilitación social.
- 6.^a Promover la información policial especializada en relación con la prevención y denuncia de actuaciones sectarias de carácter delictivo.
- 7.^a Elaborar y mantener firmes criterios de requisitos mínimos, como los que se han propuesto para la acreditación y subvención de Centros y Servicios de rehabilitación de personas afectas por las drogodependencias por parte de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, en todo tipo de subvenciones por parte de los diversos Ministe-

rios y Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus competencias, en orden a asegurar la correcta aplicación de las mismas a sus fines legítimos, con el cumplimiento escrupuloso de todas las condiciones legalmente establecidas.

- 8.^a Promover, mediante las fórmulas de acuerdo y cooperación necesarias con el Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado, el estudio y la información a magistrados, jueces, fiscales y entidades públicas previstas en la Ley 21/1987, de medidas legalmente aplicables respecto a la tutela de menores, especialmente en los supuestos de abandono de familia por ingreso de sus padres o tutores en grupos que puedan impedirles en la práctica el ejercicio pleno de la tutela y cuidados debidos al niño.
- 9.^a Promover la celebración de Acuerdos internacionales sobre sustracción de menores, con el fin de facilitar la información y repatriación urgente de los menores que hubieran sido expatriados de forma ilegal y asimismo la información en lo referente a la localización de mayores de edad expatriados.
- 10.^a Controlar y exigir, hasta donde lo permitan las leyes, el cumplimiento de los deberes de inscripción registral, higiénicos y de escolarización en condiciones legales de los menores que viven en comunidades cerradas al entorno social y a la convivencia general.
- 11.^a Promover la elaboración de información y su difusión, preferentemente en el ámbito educativo y cultural juvenil, acerca de aquellas características de las actuaciones sectarias negativas para los derechos personales y sociales en materia de libertad religiosa y de asociación, dentro del espíritu de tolerancia y pleno respeto a la Constitución.

En relación con la escolarización de menores que permanecían en una secta o movimiento religioso considerado destructivo, como consecuencia de la pertenencia a éste de sus padres, se promovió por una Administración pública recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que había dejado sin efecto las medidas administrativas adoptadas, consistentes en declarar la situación de desamparo de dichos menores y asumir la Administración su tutela automática con base en el riesgo que podía representar para la salud física y mental de los menores su permanencia en aquella secta o movimiento, sobre cuyas actividades se estaban sustanciando actuaciones penales. Frente al criterio de la Administración, el órgano judicial entendió que los menores no estaban desamparados ni padecían trastorno alguno en su proceso de formación física, intelectual, espiritual y moral, así como que su formación edu-

cativa, al margen del sistema de enseñanza oficial, venía asegurada por un sistema educativo propio, perfectamente aceptable en el ámbito de libertad diseñado por la Constitución.

El Tribunal Constitucional desestimó los recursos de amparo, que la Administración demandante fundaba en el derecho a la educación y en la consideración de que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral, pues las resoluciones judiciales no habían impedido la escolarización de los menores, único supuesto en el que el derecho a la educación podría entenderse conculcado, sino que simplemente se habían limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justificase la asunción de la tutela por parte de la Administración, de modo que la situación escolar no era para la autoridad judicial circunstancia que en el caso justificase las medidas administrativas de tutela y correspondiente desposesión de la patria potestad, sin que ello signifique, sin embargo, que se prive a los niños de su derecho a la educación¹³³.

B. ESTATUTO DE LAS COMUNIDADES RELIGIOSAS

I. EL MODELO GENERAL DE RELACIONES CONSTITUCIONALES ENTRE EL ESTADO Y LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

1. El principio de no confesionalidad o neutralidad del Estado

La actitud del Estado hacia el fenómeno religioso y el modelo de relaciones entre el Estado y las comunidades religiosas vienen determinados en nuestro sistema por dos principios básicos: el de libertad religiosa (art. 16.1 CE) y el de igualdad (arts. 9 y 14 CE). En virtud de aquél se reconoce a los ciudadanos y a las comunidades el derecho a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo la concurrencia con los ciudadanos y las comunidades en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso. El principio de igualdad, por su parte, impide establecer cualquier tipo de discriminación o trato jurídico diverso entre los ciudadanos y las comunidades religiosas en función de su ideología o creencias, de forma que las actitu-

¹³³ STC 260/1994, FJ 2.

des religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencia de trato jurídico¹³⁴.

Corolario de ambos principios, definidores de la actitud del Estado ante el fenómeno religioso, resulta el principio de no confesionalidad o neutralidad¹³⁵ del Estado en materia religiosa, que proclama el art. 16.3 de la CE al declarar, en su primer inciso, que «ninguna confesión tendrá carácter estatal»¹³⁶, el cual «se convierte en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática»¹³⁷. El carácter no confesional del Estado, en atención al pluralismo de creencias existentes en la sociedad y a la garantía de la libertad religiosa de los individuos y las comunidades, además, veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales, no pudiendo en ningún caso trascender las confesiones religiosas los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado o a los entes públicos ocupando igual posición jurídica, e impide, en fin, que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas o actos de los poderes públicos¹³⁸.

¹³⁴ STC 24/1982, FJ 1.

¹³⁵ En la jurisprudencia constitucional se le denomina indistintamente principio de «aconfesionalidad» (SSTC 1/1981, fundamentos jurídicos 1 y 6; 66/1982, FJ 2; 129/1996, FJ 1; ATC 359/1985), de «no confesionalidad» (STC 340/1993, FJ 5), o de «neutralidad» (STC 177/1996, FJ 9).

¹³⁶ Declaración que se reitera en el art. 1.3 de la L.O.L.R.

¹³⁷ STC 177/1996, FJ 9. El principio de aconfesionalidad del Estado, junto al de exclusividad jurisdiccional que recoge el art. 117.3 de la CE, ha operado como criterio hermenéutico en la jurisprudencia constitucional para interpretar, de modo acorde a las previsiones del texto constitucional, la legislación civil preconstitucional, inspirada en el Concordato entre la Santa Sede y el Estado español de 27 de agosto de 1953 y posteriormente modificada, relativa al reconocimiento de efectos civiles a las Sentencias de los Tribunales eclesiásticos de la Iglesia Católica en procesos canónicos de separación matrimonial y a la vinculación, en este extremo, del Juez estatal a lo decidido por el Tribunal eclesiástico. El Tribunal Constitucional, tras señalar que aquella legislación respondía al principio de confesionalidad del Estado y a una concepción de la jurisdicción, como uno de los poderes del Estado, que no padecía por el ejercicio por los Tribunales eclesiásticos de funciones que se proyectan en el orden jurídico civil y que son propias de la jurisdicción estatal, declara que esa legislación civil preconstitucional ha de ser interpretada de conformidad con los principios de no confesionalidad del Estado y de exclusividad jurisdiccional, de modo que, en cuanto a la determinación de los efectos civiles de las decisiones en procesos de separación seguidos ante Tribunales eclesiásticos, es el Juez estatal quien ha de dirimir las contiendas, partiendo, en tanto no opere plenamente el conocimiento de ese proceso por la jurisdicción estatal, del presupuesto de la Sentencia canónica como creadora de una situación que genera unos efectos que regula la Ley civil y define, en el marco de ésta, el Juez estatal, quien ni se halla vinculado ni actúa como mero ejecutor de la Sentencia canónica, sino que ha de decidir con plena jurisdicción en el orden jurídico civil según la legislación del Estado entendida en forma coherente con la Constitución (STC 1/1981, fundamentos jurídicos 9 a 11).

¹³⁸ SSTC 24/1982, FJ 1; 340/1993, FJ 5; 177/1996, FJ 9. En relación a la traslación o asunción por la legislación estatal de valores religiosos, el Tribunal Constitucional, frente a la alegación de que la indisolubilidad del matrimonio católico no puede ser desconocida por el Estado, tuvo ocasión de declarar que el pleno reconocimiento de los matrimonios celebrados según las normas de la Iglesia Católica no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que ésta asigna al matrimonio en su fuero pro-

1.1 *La neutralidad ideológica de los centros docentes públicos*

El mandato de neutralidad que en materia religiosa impone el art. 16.3 de la CE a todos los poderes e instituciones públicos¹³⁹, inherente a un sistema jurídico basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa y la aconfesionalidad del Estado, ha sido resaltado muy especialmente por el Tribunal Constitucional en relación con los centros públicos docentes, que «han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales». Neutralidad que ha de entenderse como característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro y no como hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralizan ideológicamente, de modo que los docentes que desempeñan su función en centros públicos tienen la obligación de renunciar a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzada por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita. Asimismo, la neutralidad de los centros docentes públicos impide que los poderes públicos puedan imponer coactivamente el estudio de una confesión ideológica o religiosa determinada, al menos con contenido apologístico o con fines de adoctrinamiento y no puramente informativos, aunque no excluye que se puedan organizar enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), el cual ampara, junto a la libre elección de una cierta educación moral o religiosa, el derecho a la neutralidad ideológica de los centros docentes públicos¹⁴⁰.

1.2 *La prohibición de equiparar la posición jurídica de los entes públicos y las confesiones religiosas*

El principio de no confesionalidad o neutralidad del Estado impide que sean equiparadas a éste o a los entes públicos las iglesias, comunidades y con-

pio, «dado que, por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios y valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intraeclesial», de modo que las obligaciones que de los mismos se derivan para los fieles católicos no generan obligación alguna para el Estado en relación con éstos, pues en virtud del principio de libertad religiosa no puede inmiscuirse en la conciencia religiosa de los ciudadanos (ATC 617/1984).

¹³⁹ El principio de no confesionalidad o neutralidad del Estado que vincula, como a los demás poderes públicos, a las Fuerzas Armadas, no impide a éstas, sin embargo, «la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esta naturaleza» (STC 177/1996, FJ 10)

¹⁴⁰ STC 5/1981, FJ 9; ATC 359/1985.

fesiones religiosas ocupando igual posición jurídica. En este sentido, la legislación arrendaticia dispensaba a la Iglesia Católica, al igual que al Estado y otros entes públicos, cuando tuvieran que ocupar sus propias fincas para establecer oficinas o servicios, de la necesidad de justificar la necesidad de su ocupación, obligación que como regla general aquella legislación impone a los arrendadores¹⁴¹. Un órgano judicial cuestionó la constitucionalidad de la mencionada previsión legal al entender que podría vulnerar el principio de igualdad (art. 14 CE), en cuanto se otorgaba a la Iglesia Católica una posición de privilegio frente a las personas físicas u otras entidades privadas que, en idéntica situación y precisando de las fincas cedidas en arrendamiento, debían soportar la carga de justificar la necesidad de ocuparlas, así como una posición parificada al Estado y otros entes públicos¹⁴².

La diferencia de trato entre la Iglesia Católica y el resto de arrendadores que son personas físicas y jurídico-privadas, e, incluso, las demás confesiones religiosas, resultaba evidente, como así se pone de manifiesto en la Sentencia que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad, pues, siendo idéntica la situación en la que se encuentran y precisando las fincas cedidas en arrendamiento, en tanto que la Iglesia Católica estaba dispensada de justificar la necesidad de la ocupación, aquéllos deben soportar la carga de probarla. «Por tanto, pese a encontrarnos ante una misma relación jurídica regida por el Derecho privado —el contrato de arrendamiento—, el precepto cuestionado, no obstante, atribuye consecuencias jurídicas distintas a supuestos objetivamente iguales por el solo hecho que el arrendador es la Iglesia Católica y no una persona física o jurídico-privada»¹⁴³.

Esta diferencia de trato en favor de la Iglesia Católica carece para el Tribunal Constitucional de un fundamento objetivo y razonable, persiguiéndose con ella una finalidad contraria a la Constitución. En este sentido, señala que la razón de ser de la misma se encuentra estrechamente vinculada al carácter confesional del Estado en el momento en el que fue redactado el precepto legal cuestionado, por lo que la justificación de ese trato en favor de la Iglesia Católica se basa en un fundamento contrario a la Constitución de 1978 en cuyo art. 16.3 se dispone que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», no pudiendo encontrar cobertura en el deber de cooperación de los poderes públicos con la

¹⁴¹ El art. 76.1 del Real Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos disponía que «Cuando el Estado, la Provincia, el Municipio, la Iglesia Católica y las Corporaciones de Derecho Público tengan que ocupar sus propias fincas para establecer sus oficinas y servicios, no vendrán obligados a justificar la necesidad, bien se trate de viviendas o de locales de negocios, pero sí a respetar lo dispuesto, tanto para éstos como para aquéllos, sobre preaviso, indemnizaciones y plazos para desalojar».

¹⁴² STC 340/1993, FJ 4.

¹⁴³ STC 340/1993, FJ 4 B y C.

Iglesia Católica y las demás confesiones religiosas (art. 16.3 *in fine* CE). El principio de no confesionalidad o neutralidad del Estado en materia religiosa impide «que las confesiones religiosas puedan trascender los fines que les son propios y sean equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica», tal como se efectúa en el precepto legal cuestionado que lleva a cabo precisamente por las razones históricas expuestas una equiparación de la posición jurídica de la Iglesia Católica con el Estado y otros entes de Derecho público en materia de arrendamientos urbanos. En definitiva –se concluye en la Sentencia– «la justificación del precepto cuestionado, que equipara a la Iglesia Católica con los Entes Públicos allí mencionados, se encuentra únicamente en el carácter confesional del Estado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Española de 1978, lo que es contrario al inciso inicial del art. 16.3 de nuestra Norma Fundamental», careciendo, además, el trato de favor que confiere a la Iglesia Católica de cualquier justificación objetiva y razonable, vulnerador, por lo tanto, del principio de igualdad, por lo que se declara inconstitucional y nula la mención a la Iglesia Católica en el precepto legal cuestionado¹⁴⁴.

2. El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas

El carácter no confesional del Estado no supone, sin embargo, una total incomunicación entre él y las diversas confesiones religiosas, ni implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no sean objeto de protección¹⁴⁵, pues la pretensión de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que, como declara el preámbulo de la Constitución, debe ser garantizada. El mismo art. 16.3 de la CE, que proclama la no confesionalidad del Estado, establece que «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». El precepto constitucional impone, pues, al Estado el deber¹⁴⁶

¹⁴⁴ STC 340/1993, FJ 4 D y E.

¹⁴⁵ AATC 616/1984; 180/1986.

¹⁴⁶ STC 66/1982, FJ 2. En este sentido, se afirma en la STC 93/1983 que «el art. 16.3 regula un deber de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y demás confesiones y no un derecho fundamental de los ciudadanos» (FJ 5). Por otra parte, la mención expresa a la Iglesia Católica en el precepto constitucional no puede ser entendida, en opinión de la doctrina, como una fórmula de confesionalidad atenuada o solapada, ni implica una posición de privilegio de la Iglesia Católica respecto al resto de las confesiones religiosas, sino que expresamente se reconoce en el texto constitucional el notorio arraigo de la Iglesia Católica en la sociedad española, relevando así a los poderes públicos de una valoración que, en orden a las relaciones de cooperación, deberán hacer respecto a otras confesiones religiosas (SOUTO PAZ, J. A., *op. cit.*, Madrid, 1993,

de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad y de cooperar con las confesiones religiosas¹⁴⁷.

Expresión de este principio cooperativo son los Acuerdos suscritos por el Estado con las distintas confesiones religiosas. En este sentido, el art. 7 de la L.O.L.R. prevé que el Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las iglesias, confesiones y comunidades inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España, los cuales han de ser aprobados por Ley de las Cortes Generales y podrán extender a dichas iglesias, confesiones y comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico.

3. Los Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas

3.1 *Acuerdos suscritos*

Hasta el momento, el Estado español, desde la promulgación de la Constitución de 1978, ha suscrito cuatro Acuerdos con la Santa Sede, todos ellos de fecha 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, Asuntos Económicos, Enseñanza y Asuntos Culturales y Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos, respectivamente¹⁴⁸. El Acuerdo

pp. 79-81; DÍAZ REVORIO, F. J.: «La libertad ideológica y religión», *Parlamento y Constitución*, núm. 1, 1997, pp. 222-223. No obstante, desde el punto de vista jurídico-constitucional, TOMÁS Y VALIENTE ha calificado de «muy discutible» la coherencia de la mención a la Iglesia Católica en el art. 16.3 de la CE: «El inciso segundo del párrafo 3 del artículo 16 –escribió– sobra, precisamente porque choca con los anteriores principios y preceptos. Por vía de apéndice se reconoce una cierta y ambigua prioridad a la Iglesia Católica, en términos tales que cada mayoría gobernante tiene un cierto margen de interpretación en materia de concesiones a la Iglesia Católica, margen que nunca podrá ser muy amplio por el riesgo de inconstitucionalidad en que incurrirían las leyes que hipotéticamente le reconozcan ventajas sobre otras confesiones» («Constitución: Escritos de Introducción Histórica», en *Obras Completas*, Madrid, 1997, T. III, p. 2.585).

¹⁴⁷ En el principio de no confesionalidad del Estado y en el de cooperación con las comunidades religiosas se sustenta el reconocimiento de efectos civiles, si se declaran ajustadas al derecho del Estado por el Tribunal civil competente, a las resoluciones dictadas por los Tribunales de la Iglesia Católica sobre nulidad de matrimonio canónico o decisión pontificia de matrimonio rato y no consumado, lo que no implica, sin embargo, el automatismo en el reconocimiento de tales efectos (STC 66/1982, fundamentos jurídicos 2 y 3). También, la prestación de asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas (ATC 616/1984).

¹⁴⁸ A los citados Acuerdos precedió el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 28 de abril de 1976, relativo a la Renuncia al Privilegio del Fuero y al Nombramiento de Obispos. En él, además de la renuncia, por parte del Estado, del privilegio de presentación de obispos y, por parte de la Santa Sede, del privilegio del fuero, ambas partes se comprometieron a regular mediante Acuerdos específicos las materias de interés común que debían de sustituir gradualmente al Concordato entre la Santa Sede y el Estado español de 27 de agosto de 1953, definitivamente derogado por los actuales Acuerdos de 3 de enero de 1979.

sobre Asuntos Jurídicos regula aspectos relativos a la personalidad jurídica de la Iglesia Católica y de los entes eclesiásticos; la inviolabilidad de los lugares de culto; la libertad de comunicación y publicación; los días festivos religiosos; la asistencia religiosa en centros públicos; las actividades benéficas y asistenciales; y, los efectos civiles del matrimonio canónico. El Acuerdo sobre Asuntos Económicos aborda cuestiones referidas a la financiación propia de la Iglesia Católica y su financiación estatal, así como determina los supuestos de exenciones tributarias y beneficios fiscales de los entes eclesiásticos. El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales afronta entre otros temas la enseñanza de la religión católica en los centros docentes; la creación de centros docentes y universidades por la Iglesia Católica; la presencia del mensaje católico en los medios de comunicación; y, la conservación y restauración del patrimonio histórico, artístico y documental. Finalmente, el Acuerdo sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos acomete, como su propia denominación indica, el régimen y organización de la asistencia religiosa católica a los miembros de las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos.

Además, por las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, se han aprobado los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, respectivamente¹⁴⁹. Los mencionados Acuerdos, que, básicamente, responden a una estructura común, abordan, respecto a cada una de las confesiones religiosas, asuntos relativos al estatuto de sus ministros o dirigentes; a la protección jurídica de sus lugares de culto; a la atribución de efectos civiles al matrimonio celebrado según sus propios ritos; a la asistencia religiosa en centros o establecimientos

¹⁴⁹ Respecto al requisito de «notorio o evidente arraigo» en España que dispone el art. 7.1 de la L.O.L.R. para el establecimiento de Acuerdos y Convenios de Cooperación del Estado y las iglesias, confesiones o comunidades religiosas, expresamente se indica en las Exposiciones de Motivos de las Leyes por las que se han aprobado los Acuerdos de Cooperación que en tal caso se encuentran «el protestantismo español, en su conjunto, integrado por las distintas Iglesias de confesión evangélica, la práctica totalidad de las cuales, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, han constituido la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (F.E.R.E.D.E.)» (Exp. Mot. Ley 24/1992, de 10 de noviembre); «La religión judía, de tradición milenaria en nuestro país, integrada por distintas Comunidades de dicha confesión, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, que han constituido la Federación de Comunidades Israelitas de España» (Exp. Mot. Ley 25/1992, de 10 de noviembre); y, en fin, «la religión islámica, de tradición secular en nuestro país, con relevante importancia en la formación de la identidad española, representada por distintas Comunidades de dicha confesión, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas e integrada en algunas de las Federaciones igualmente inscritas, denominadas Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas y Unión de Comunidades Islámicas de España que, a su vez, han constituido una entidad religiosa inscrita con la denominación *Comisión Islámica de España*» (Exp. Mot. Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

públicos; a la enseñanza religiosa y creación de centros docentes; a los beneficios fiscales; a la conmemoración de las festividades religiosas; y, en fin, a la conservación y protección del patrimonio histórico-artístico.

3.2 *Naturaleza*

Los distintos Acuerdos suscritos entre el Estado español y las diferentes iglesias, confesiones o comunidades religiosas presentan peculiaridades propias en atención a la fecha de celebración, al procedimiento seguido para su aprobación y a su posición en el sistema de fuentes.

Los Acuerdos con la Iglesia Católica, como permite apreciar la fecha de su firma, son anteriores a la entrada en vigor de la L.O.L.R., por lo que no se ha seguido para su aprobación el procedimiento establecido en el art. 7.1 de la L.O.L.R., encontrando directamente cobertura en el mandato constitucional que impone al Estado tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones religiosas (art. 16.3 CE)¹⁵⁰. Suscritos entre el Estado español y la Santa Sede y autorizada su ratificación por las Cortes Generales, tienen el rango de tratados internacionales, que se insertan en la clasificación del art. 94 de la CE. Desde la fecha de su publicación en España, forman parte del ordenamiento interno y sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas sus disposiciones en la forma prevista en los propios Acuerdos o de conformidad con las normas generales del Derecho Internacional, debiendo utilizarse para su denuncia el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el art. 94 de la CE (art. 96 CE)¹⁵¹. En razón de su rango, son susceptibles de control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, por su posible contradicción con la Constitución, a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad –recurso y cuestión de inconstitucionalidad– y de la denominada autocuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 55.2 de la LOTC¹⁵². Sin embargo, las supuestas contra-

¹⁵⁰ STC 187/1991, FJ 4.

¹⁵¹ Al rango de tratados internacionales de los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede, así como a su inclusión en el art. 94 de la CE se ha referido el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones y respecto a los distintos Acuerdos (SSTC 66/1982, FJ 5; 187/1991, FJ 1; 155/1997, FJ 2; ATC 480/1989).

¹⁵² STC 187/1991, FJ 1. Arts. 27 y ss. LOTC. Por su parte, el art. 55.2 de la LOTC contempla el supuesto de estimación de un recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, previendo, en tal caso, que la Sala del Tribunal Constitucional que ha ya dictado la Sentencia estimatoria del recurso de amparo eleve al Pleno del Tribunal la cuestión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley aplicada, el cual podrá declarar la inconstitucionalidad de la Ley en

dicciones de los Acuerdos con Leyes o disposiciones normativas posteriores es una cuestión ajena a la jurisdicción constitucional y que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria por tratarse de un conflicto entre normas infraconstitucionales¹⁵³.

Por su parte, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de las Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España han sido elaborados siguiendo el procedimiento establecido en el art. 7.1 de la L.O.L.R. y aprobados por Ley de las Cortes Generales. Según se hace constar en la Exposición de Motivos de cada una de las Leyes, los Acuerdos fueron negociados y suscritos por el Ministerio de Justicia, habilitado a tal efecto por el Consejo de Ministros, con el órgano representativo de las distintas confesiones religiosas¹⁵⁴ y, una vez aprobados por el Gobierno, remitidos a las Cortes Generales para su tramitación como proyectos de Ley¹⁵⁵. Al Tribunal Constitucional corresponde, en razón de su rango legal, el control de su constitucionalidad a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad y de la denominada autocuestión de inconstitucionalidad del art. 55.2 de la LOTC¹⁵⁶.

3.3 Principios y cláusulas generales

El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos reconoce a la Iglesia Católica el derecho a ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público desempeño de las actividades que le son pro-

nueva Sentencia. Asimismo, el Tribunal Constitucional en Sentencias resolutorias de recursos de amparo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la conformidad a la Constitución de algunas disposiciones de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede (SSTC 24/1982, FJ 4; 47/1990, FJ 8, 187/1991, FJ 4).

¹⁵³ SSTC 49/1988, FJ 14; 47/1990, FJ 8.

¹⁵⁴ La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España está constituida por las distintas Iglesias de confesión evangélica y actúa como órgano representativo de las mismas ante el Estado para la negociación, adopción y ulterior seguimiento de los Acuerdos adoptados (Exp. Mot. Ley 24/1992, de 10 de noviembre). La Federación de Comunidades Israelitas de España está integrada por las distintas Comunidades de dicha confesión y es el órgano representativo de las mismas ante el Estado para la negociación, firma y ulterior seguimiento de los Acuerdos adoptados (Exp. Mot. Ley 25/1992, de 10 de noviembre). Finalmente, la Comisión Islámica de España es el órgano representativo del Islam en España ante el Estado para la negociación, firma y seguimiento de los Acuerdos adoptados, constituida como entidad religiosa por la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas y la Unión de Comunidades Islámicas de España, en las que se integran las distintas Comunidades de confesión islámica (Exp. Mot. Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

¹⁵⁵ Los proyectos de Ley han sido tramitados y aprobados por las Cortes Generales por el procedimiento de lectura única.

¹⁵⁶ Arts. 161, 163 de la CE; 27 y ss. de la LOTC.

pías, y, en especial, las de culto, jurisdicción y magisterio¹⁵⁷. En cada uno de los Acuerdos, de otra parte, se recogen dos cláusulas comunes, referidas, la primera, a la interpretación o resolución de dudas y, la segunda, de carácter derogatorio. En aquélla se establece que la Santa Sede y el Estado español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de los Acuerdos, inspirándose para ello en los principios que los informan¹⁵⁸. En la cláusula derogatoria se especifican los preceptos del Concordato entre el Vaticano y el Estado español de 27 de agosto de 1953 derogados por los distintos Acuerdos¹⁵⁹.

Los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España determinan al inicio del texto articulado su respectivo ámbito de aplicación, precisando las iglesias o comunidades que podrán disfrutar o verse afectadas por los derechos y obligaciones que se derivan de cada Acuerdo. Estas iglesias o comunidades son aquellas que, figurando inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, formen parte o se incorporen a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, a la Federación de Comunidades Israelitas de España y a la Comisión Islámica de España o a algunas de las Federaciones Islámicas integradas en ésta –Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas y Unión de Comunidades Islámicas de España–, mientras su pertenencia en las mismas conste inscrita en el mencionado Registro de Entidades Religiosas¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Art. I.1

¹⁵⁸ Arts. VII, VI, XVI y VII, respectivamente, de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, sobre Asuntos Económicos, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales y sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos.

¹⁵⁹ Arts. I.4, y II.1, VIII, VII, XVII y VIII, respectivamente, de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede, de 28 de abril de 1976, relativo a la Renuncia al Privilegio del Fuero y al Nombramiento de Obispos, y, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, sobre Asuntos Económicos, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales y sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos.

¹⁶⁰ Arts. 1.1 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

La incorporación de las diferentes iglesias o comunidades a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, a la Federación de Comunidades Israelitas de España y a la Comisión Islámica de España, a los efectos de su constancia en el Registro de Entidades Religiosas, se acreditará, respectivamente, mediante certificación expedida por la Comisión Permanente de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, por la Secretaría General de la Federación de Comunidades Israelitas de España, o por los representantes legales correspondientes con la conformidad de la Comisión Islámica de España. La anotación en el Registro de Entidades Religiosas de la baja o exclusión de las iglesias o confesiones se anotará a instancia de éstas o de la Comisión Permanente de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, de la Secretaría General de la Federación de Comunidades Israelitas de España, o de la Comisión Islámica de España (arts. 1.2 Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre).

Los Acuerdos concluyen con unas disposiciones, también comunes, referidas a la puesta en conocimiento por el Gobierno a las confesiones o iglesias que los han suscrito de las iniciativas legislativas que afecten a su contenido para que aquéllas puedan expresar su parecer; a la posibilidad de que por cualquiera de las partes, comunicándolo con seis meses de antelación a la otra, sean denunciados los Acuerdos; a su revisión, total o parcial, por cualquiera de las partes, sin perjuicio de su ulterior tramitación parlamentaria; y, por último, a la constitución de sendas Comisiones Mixtas Paritarias con representantes de la Administración del Estado y de cada una de las comunidades religiosas para la aplicación y el seguimiento del correspondiente Acuerdo de Cooperación¹⁶¹.

II. LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y DE ACTIVIDAD DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

1. La creación de iglesias, comunidades y confesiones religiosas

El derecho de libertad religiosa alcanza también a las comunidades o confesiones en que los ciudadanos se integran para el cumplimiento comunitario de sus fines religiosos, sin necesidad de autorización previa, ni de su inscripción en un registro público. En este sentido, la L.O.L.R., como ya hemos tenido ocasión de señalar, atribuye a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, respecto de las que no proporciona concepto o noción alguna, determinados derechos¹⁶². Éstas, así como las federaciones que constituyan, en tanto que grupos o estructuras resultantes del ejercicio del derecho de asociación con fines religiosos, pueden acceder además al status jurídico especial que para las mismas prevé la L.O.L.R. mediante su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas habilitado al efecto en el Ministerio de Justicia¹⁶³. De la inscripción derivan como efectos el otorgamiento de personalidad jurídica a la iglesia, comunidad o confesión religiosa; el reconocimiento de plena autonomía, con la posibilidad de establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal, e incluir cláusulas de salvaguarda

¹⁶¹ Disposiciones Adicionales 1.ª, 2.ª y 3.ª de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

¹⁶² Art. 2.2 de la L.O.L.R.

¹⁶³ El Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, regula la organización y el funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas.

de su identidad religiosa y carácter propios, así como el debido respeto a sus creencias, sin más limitación que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y, en especial, los de libertad, igualdad y no discriminación; la facultad de crear y fomentar para la realización de sus fines asociaciones, fundaciones e instituciones con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico general; y, finalmente, respecto a aquellas iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas y que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España, la posibilidad de establecer Acuerdos o Convenios de Cooperación con el Estado¹⁶⁴.

La inscripción se practica a petición de la iglesia, comunidad o confesión interesada, correspondiendo al Ministro de Justicia su otorgamiento o denegación¹⁶⁵. Al escrito de solicitud debe acompañarse el documento fehaciente en el que conste la fundación o establecimiento de la iglesia, confesión o comunidad religiosa en España, siendo datos requeridos para la misma la denominación de la entidad, idónea para distinguirla de cualquier otra; su domicilio; sus fines religiosos; régimen de funcionamiento y órganos representativos; así como, potestativamente, la relación de personas que ostentan la representación legal de la entidad¹⁶⁶. La cancelación de los asientos registrales relativos

¹⁶⁴ Arts. 5.1, 6 y 7.2 de la L.O.L.R.

¹⁶⁵ En relación con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan establecido un Acuerdo o Convenio de Cooperación con el Estado, el Real Decreto 142/1981, de 9 de mayo, establece que, en lo no previsto en el Reglamento, las inscripciones y anotaciones se practicarán de conformidad con lo que en los mismos se disponga (art. 3.3). Por su parte, la disposición transitoria segunda prevé que las inscripciones practicadas en los registros hasta entonces vigentes se trasladarán de oficio al Registro de Entidades Religiosas que se crea, sin perjuicio de la facultad de la Administración de solicitar a las iglesias, confesiones o comunidades religiosas que aporten o complementen la documentación necesaria.

¹⁶⁶ En relación con la facultad de control por parte de la Administración de los requisitos exigidos para la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, si bien el Tribunal Supremo en una inicial línea jurisprudencial la ha definido como simple reconocimiento formal a través de una inscripción, sin que pueda en modo alguno ir más allá de la constatación de los supuestos formales encaminados a garantizar la individualización de la iglesia, confesión o entidad religiosa por su denominación, fines y régimen de funcionamiento (STS de 20 de noviembre de 1987 [Sala Tercera]), ha llegado a reconocer a la autoridad administrativa la facultad de apreciar la concurrencia del requisito de perseguir «fines religiosos», así como el riesgo que para el orden público puede entrañar la inscripción de la iglesia, confesión o comunidad solicitante, no ciñéndose la Administración en el caso de la entidad religiosa, a diferencia de lo que sucede con las asociaciones de Derecho común, a realizar un control meramente formal (SSTS de 1 de marzo de 1994 y 14 de junio de 1996 [Sala Tercera]). En el Tribunal Constitucional se encuentra pendiente de resolución el recurso de amparo promovido por «la Iglesia de la Unificación» (RA núm. 3083/96) contra la decisión administrativa, confirmada en vía judicial, denegatoria de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas por entender la Administración que carecía de verdadera naturaleza religiosa y atentaba contra la preservación del orden público. [*Recurso resuelto por STC 46/2001, de 15 de febrero*].

En algunos sectores de la doctrina no ha dejado de suscitarse crítica el carácter constitutivo que reviste la inscripción de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas en el Registro de Entidades Religiosas (art. 5.1 L.O.L.R.). BASTERRA, D.: *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Madrid, 1989, pp. 349-350.

a una determinada entidad religiosa sólo podrá llevarse a cabo a petición de sus órganos representativos o en cumplimiento de sentencia judicial firme¹⁶⁷.

2. La personalidad jurídica de los entes religiosos

Las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como las federaciones en las que se integren, para adquirir personalidad jurídica han de inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia¹⁶⁸.

La personalidad jurídica civil de los entes eclesiásticos de la Iglesia Católica se encuentra, además, regulada en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos. En él se confiere a la Iglesia Católica la facultad de organizarse libremente, creando, modificando o suprimiendo diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales. Estas estructuras organizativas de base territorial gozan de la personalidad jurídica civil en cuanto la tengan canónica y ésta sea notificada a los órganos competentes del Estado¹⁶⁹. Junto a esta estructura organizativa de base territorial, la Iglesia Católica también puede erigir, aprobar y suprimir Órdenes, Congregaciones religiosas, Institutos de vida consagrada y otras instituciones y entidades eclesiásticas. En orden al reconocimiento de su personalidad jurídica, se distingue si gozaban o no de ella a la entrada en vigor del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede. A aquellas que gozaban de personalidad jurídica civil en esa fecha, el Estado les reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar, si bien deben inscribirse en el plazo más breve posible en el Registro de Entidades Religiosas. Las que no gozaban de personalidad jurídica civil, así como las que se erijan canónicamente después de dicha fecha, pueden adquirir personalidad jurídica civil, si se trata de Órdenes, Congregaciones Religiosas y otros Institutos de vida consagrada, mediante la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, la cual se practicará

¹⁶⁷ Art. 5.3 L.O.L.R.

¹⁶⁸ Art. 5.1 L.O.L.R.

¹⁶⁹ Art. I.2. La Resolución de la Dirección General de Asuntos Religiosos, de 11 de marzo de 1982, sobre inscripción de entidades de la Iglesia Católica en el Registro de Entidades Religiosas dispone que estas circunscripciones territoriales de la Iglesia Católica no están sujetas al trámite de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, siendo suficiente la notificación por la autoridad eclesiástica competente a la Dirección General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia. En orden a la facultad de organización territorial de la Iglesia Católica se dispone en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede que ninguna parte del territorio español dependerá de Obispo cuya sede se encuentre sometida a la soberanía de otro Estado y ninguna diócesis o circunscripción territorial española comprenderá zonas de territorio sujeto a soberanía extranjera, recogiendo la salvedad del Principado de Andorra que continuará perteneciendo a una diócesis española (Urgell) (art. I.2).

en virtud de documento auténtico en el que conste la creación, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos órganos, determinándose la extensión y límites de su capacidad de obrar y de disposición de sus bienes por lo que establezca la legislación canónica, que actuará en este caso como derecho estatutario. Si se trata de asociaciones y fundaciones y otras entidades religiosas, pueden adquirir personalidad jurídica civil con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento del Estado, mediante la inscripción en el correspondiente Registro en virtud de documento auténtico en el que consten la creación, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dirección de dichos órganos¹⁷⁰.

En los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España la única previsión relativa, aun indirectamente, a la adquisición de personalidad civil de los entes eclesiásticos está referida a las asociaciones religiosas que se constituyan como tales de acuerdo con el ordenamiento de las Iglesias evangélicas, con el ordenamiento de las Comunidades israelitas y con el ordenamiento de las Comunidades islámicas. Se dispone al respecto en cada uno de los Acuerdos que la certificación de fines religiosos exigida para la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas puede ser expedida, en cada caso, por la Comisión Permanente de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, por la Secretaría General de la Federación de Comunidades Israelitas de España, por la Federación a la que las entidades o asociaciones pertenezcan, con la conformidad de la Comisión Islámica de España, o, por ésta si no formaran parte de ninguna Federación¹⁷¹.

3. Lugares y funciones de culto

3.1 *Lugares de culto*

Los Acuerdos suscritos por el Estado español con las distintas confesiones religiosas contienen una serie de disposiciones sustancialmente idénticas

¹⁷⁰ Arts. 1.2 y 4 y disposición transitoria 1.ª. Por Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, se regula la adquisición de personalidad jurídica civil por las fundaciones erigidas canónicamente.

¹⁷¹ Arts. 1.3 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

sobre sus respectivos lugares de culto. No obstante, en los Acuerdos de Cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, no así en los Acuerdos con la Santa Sede, se recoge la definición, a efectos legales, de los lugares y de las funciones de culto de cada confesión religiosa.

Tiene la consideración de lugares de culto de las Iglesias y comunidades pertenecientes a dichas confesiones los destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto o asistencia religiosa, cuando así se certifique por la respectiva iglesia o comunidad con la conformidad, según los casos, de la Comisión Permanente de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Secretaría General de la Federación de Comunidades Israelitas de España o la Comisión Islámica de España¹⁷².

Los lugares de culto de todas las confesiones religiosas con las que el Estado ha celebrado Acuerdos gozan de inviolabilidad, en los términos establecidos por las Leyes. En caso de expropiación, debe ser oído el órgano o autoridad competente de cada confesión, no pudiendo tampoco ser demolidos sin que previamente hayan sido privados de su carácter sagrado¹⁷³.

Los cementerios judíos e islámicos son objeto de consideración explícita en los Acuerdos de Cooperación del Estado español con dichas confesiones religiosas. Gozan, en orden a su inviolabilidad, expropiación y demolición, de los beneficios legales de los lugares de culto, reconociéndose a las Comunidades Israelitas pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España y a las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España el derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos judíos e islámicos en los cementerios municipales, así como el derecho a poseer cementerios judíos e islámicos privados. Se prevé también la adopción de las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales judías e islámicas relativas a inhumaciones, sepulturas y restos funera-

¹⁷² Arts. 2.1 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

¹⁷³ Arts. 1.6 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos; 2.2, 3 y 4; 2.2, 3 y 4; y 2.2 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, si bien, en relación con estas confesiones, por lo que se refiere a la demolición de los lugares de culto sin que previamente hayan sido privados de su carácter sagrado, se establecen como excepción «los casos previstos en las Leyes, por razones de urgencia o peligro». En relación con las confesiones judía e islámica se recoge la posibilidad de que los lugares de culto puedan ser objeto de anotación en el Registro de Entidades Religiosas (arts. 2.5 y 2.4, respectivamente, de las Leyes 25 y 26/1992, de 10 de noviembre).

rios, con la intervención de la comunidad judía e islámica local. Finalmente, se garantiza el derecho a trasladar a los cementerios pertenecientes a las comunidades israelitas e islámicas los cuerpos de los difuntos judíos e islámicos tanto de los actualmente inhumados en los cementerios municipales como aquellos cuyo fallecimiento se produzca en localidad en la que no exista cementerio judío o islámico¹⁷⁴.

3.2 *Funciones de culto*

Son funciones evangélicas de culto o asistencia religiosa las dirigidas directamente al ejercicio de culto, administración de sacramentos, cura de almas, predicación del evangelio y magisterio religioso. Por su parte, tienen la consideración de funciones propias de la religión judía, las que lo sean con arreglo a la Ley y a la tradición judía, entre otras, las de religión que se deriven de la función rabínica, del ejercicio del culto, de la prestación de servicios rituales, de la formación de rabinos, de la enseñanza de la religión judía y de la asistencia religiosa. Y, en fin, son funciones islámicas de culto, formación y asistencia religiosa las que lo sean con arreglo a la Ley y la tradición islámica emanadas del Corán o de la Sunna y protegidas por la L.O.L.R.¹⁷⁵

4. Archivos y registros religiosos

En relación con los archivos, registros y documentos eclesiásticos únicamente existen previsiones específicas y expresas respecto a los pertenecientes a entidades o instituciones de la Iglesia Católica, de la Comisión Islámica de

¹⁷⁴ Arts. 2.6 de las Leyes 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España. Por su parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local enumera los cementerios y servicios funerarios entre las competencias que ejercerán, en todo caso, los Municipios (art. 25.2 j)), servicio que debe de prestarse por todos los municipios por sí o asociados (art. 26 a)). Los cementerios son bienes de servicio público que integran el patrimonio de las entidades locales (art. 4 Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales). La Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de Enterramientos en Cementerios Municipales obliga a todos los Ayuntamientos a que los enterramientos que se efectúen en sus cementerios se realicen sin discriminación alguna por razones de religión o por cualesquiera otras (art. 1); así como prevé que en las capillas o lugares destinados al efecto en dichos cementerios se puedan celebrar actos de culto de las distintas confesiones religiosas (art. 2).

¹⁷⁵ Arts. 6 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comisiones Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

España y de sus comunidades miembros, las cuales el Estado se compromete a respetar y proteger su inviolabilidad¹⁷⁶.

5. Ministros de culto

Los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, definen, a efectos legales, la condición de ministros de culto de las mencionadas confesiones religiosas. Así, tienen la consideración de ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España las personas físicas que están dedicadas con carácter estable a las funciones de culto o asistencia religiosa y lo acrediten mediante certificación expedida por la respectiva Iglesia con la conformidad de la Comisión Permanente de la Federación. Son ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España las personas físicas que, hallándose en posesión de la titulación de rabino, desempeñan sus funciones religiosas con carácter estable y permanente y lo acrediten mediante certificación expedida por la Comunidad a la que pertenezcan con el visado de la Secretaría General de la Federación. Y, en fin, tienen a efectos legales la condición de dirigentes religiosos islámicos e imanes las personas físicas dedicadas con carácter estable a la dirección de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y lo acrediten mediante certificación expedida por la Comunidad a la que pertenezcan con la conformidad de la Comisión Islámica de España¹⁷⁷.

En cuanto al nombramiento de los ministros de las distintas confesiones religiosas, las únicas previsiones al respecto se contienen en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 28 de abril de 1976, relativo a la Renuncia al Privilegio del Fuero y al Nombramiento de Obispos, en el que se dispone, frente a lo que se establecía en el Concordato entre la Santa Sede y el

¹⁷⁶ Arts. I.6 Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos; 2.6 Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España.

¹⁷⁷ Arts. 3.1 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

Estado español, de 27 de agosto de 1953¹⁷⁸, que el nombramiento de arzobispos y obispos es de exclusiva competencia de la Santa Sede. No obstante esta declaración general, en relación con el nombramiento de arzobispos y obispos residenciales y de coadjutores con derecho a sucesión, se acuerda que la Santa Sede notifique el nombre del designado al Gobierno español por si respecto a él existen posibles objeciones de índole política y general, cuya valoración corresponderá a la prudente consideración de la Santa Sede. Se regula, asimismo, el procedimiento de provisión del Vicario General Castrense, cuya designación se efectúa mediante la propuesta de una terna de nombres formada de común acuerdo entre la Nunciatura Apostólica y el Ministerio de Asuntos Exteriores y sometida a la aprobación de la Santa Sede. En el término de quince días, el Rey presenta uno de ellos para su nombramiento por el Santo Pontífice¹⁷⁹.

Es sustancialmente idéntico el estatuto que para los ministros de culto se determina en los Acuerdos suscritos por el Estado español con las distintas confesiones religiosas¹⁸⁰. Éstos no están obligados a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de sus funciones de culto o de asistencia religiosa¹⁸¹; están sujetos a las disposiciones generales relativas a la prestación del servicio militar obligatorio¹⁸², si bien se les puede asignar

¹⁷⁸ De conformidad con el sistema establecido en el art. VII del Concordato de 1953, el nombramiento de arzobispos y obispos residenciales y de los coadjutores con derecho a sucesión se efectuaba de acuerdo con el siguiente procedimiento: el Nuncio Apostólico (Embajador de la Santa Sede en España), tras conversaciones con el Gobierno español, elaboraba una lista de seis candidatos para remitirla al Romano Pontífice; éste, una vez recibida la lista, elegía tres de entre aquellos nombres y, a través del Nuncio Apostólico, lo remitía al Gobierno español; el Jefe del Estado elegía uno entre los tres nombres propuestos y lo presentaba al Romano Pontífice para que procediera a su nombramiento.

¹⁷⁹ Art. 1.

¹⁸⁰ Arts. 2 Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 28 de abril de 1976, relativo a la Renuncia al Privilegio del Fuero y al Nombramiento de Obispos; arts. V y VI Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar Clérigos y Religiosos; arts. 3, 4 y 5 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

¹⁸¹ El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 28 de abril de 1976, relativo a la Renuncia al Privilegio del Fuero y al Nombramiento de Obispos prevé, además, que «si un clérigo religioso es demandado criminalmente, la competente autoridad lo notificará a su respectivo ordinario. Si el demandado fuera obispo, o persona a él equiparada en el derecho canónico, la notificación se hará a la Santa Sede» (art. II.2).

¹⁸² El art. 30 de la CE dispone: «1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender 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». En su desarrollo ha sido dictada la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, Reguladora del Servicio Militar, en la que se establece que «las obligacio-

misiones de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas u otras que sean compatibles con su ministerio¹⁸³; y, por último, quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, asimilados a trabajadores por cuenta ajena, siendo las comunidades respectivas las que asumen los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social¹⁸⁴.

Se inscribe en el marco del art. 16 de la CE y, en particular, encuentra su fundamento en las relaciones de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica y las demás confesiones, la excepción a la regla general que excluye del régimen de afiliación al sistema de Seguridad Social de los trabajadores del servicio doméstico a quienes sean familiares hasta cierto grado del

nes militares de los españoles, a las que se refiere el art. 30.2 de la Constitución, consisten en la prestación del servicio militar y en el cumplimiento de los servicios en las Fuerzas Armadas de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional (art. 1.2), y determina que «el servicio militar de clérigos, religiosos y ministros confesionales en general se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en los Acuerdos o Convenios de Cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades si los hubiere» (disp. adic. tercera). Por su parte, la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutiva regula, como su propia denominación indica, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia reconocido en el art. 30.2 de la CE, en cuyo art. 1.2 se dispone que «los españoles sujetos a obligaciones militares que, por motivos de conciencia en razón de una convicción de origen religioso, ético, moral, humanístico, filosófico u otros de la misma naturaleza, sean reconocidos como objetores de conciencia, quedarán exentos del servicio militar, debiendo realizar en su lugar una prestación social sustitutiva».

El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos exceptúa del cumplimiento de las obligaciones militares, en toda circunstancia, a los obispos y asimilados en derecho (art. VI).

¹⁸³ Más específicas resultan las previsiones contenidas al respecto en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos. En su art. V se dispone: «2. A los que ya sean presbíteros se les podrá encomendar funciones específicas de su ministerio, para lo cual recibirán las facultades correspondientes del Vicario General Castrense. 3. A los presbíteros a quienes no se encomienden las referidas funciones específicas y a los diáconos y religiosos profesos no sacerdotes, se les asignarán misiones que no sean incompatibles con su estado, de conformidad con el Derecho canónico. 4. Se podrá considerar de acuerdo con lo que establezca la Ley, como prestación social sustitutiva de las obligaciones específicas del Servicio Militar, la de quienes durante un período de tres años, bajo la dependencia de la jerarquía eclesiástica, se consagren al apostolado como presbíteros, diáconos o religiosos profesos en territorios de misión o como capellanes de emigrantes».

¹⁸⁴ El Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del clero establece que los clérigos de la Iglesia Católica y demás ministros de otras religiones y confesiones religiosas debidamente inscritos en el Registro de Ministerio de Justicia quedarán incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en las condiciones que reglamentariamente se determinen, quedando asimilados a trabajadores por cuenta ajena los clérigos diocesanos de la Iglesia Católica y siendo las diócesis las que asumen los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social (arts. 1, 2 y 4). Por Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, se incorpora al Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica.

empleador e incluye, en consecuencia, en dicho régimen protector a los familiares de sexo femenino de sacerdotes célibes¹⁸⁵. Con tal medida se trata de favorecer, tiene declarado el Tribunal Constitucional, «dentro de los esquemas de la regulación de ese ministerio y de las consideraciones de decoro que en ella rigen, el ejercicio de la función sacerdotal, en la medida que el Estado, por virtud de las antedichas relaciones de cooperación, encuentre en ella un interés justificable, como puede ser el favorecimiento de que los ciudadanos reciban, para el ejercicio de su propia libertad de religión, asistencia religiosa»¹⁸⁶. La no inserción en dicha regla excepcional de los seglares y de los religiosos o religiosas no puede considerarse contraria al principio de igualdad (art. 14 CE), pues, respecto de aquéllos, no se dan las circunstancias en el empleador seglar que concurren en el desempeño del ministerio sacerdotal por los clérigos célibes, por lo que debe concluirse en la desigualdad de los supuestos que se pretenden comparar¹⁸⁷. Respecto de los religiosos y religiosas, porque en el concepto de esta condición se encuentra presente la idea de vida monástica y en comunidad, en la cual, como es lógico, el trabajo doméstico como cualquier otro se realiza también en comunidad y si se contrata para llevarlo a cabo a personas ajenas a la comunidad no existe razón suficiente para excluirlas de la regla general¹⁸⁸.

5.1 *Calificación jurídica de las relaciones de servicio entre una congregación religiosa y sus miembros*

La condición de miembro de una orden religiosa no puede determinar la «deslaboralización» automática de la actividad profesional que presta, ni, por consiguiente, su exclusión del campo de aplicación del régimen correspondiente de la Seguridad Social, de modo que es irrelevante la condición de religioso de una persona que ejerce una actividad laboral ajena a su status. No existe, pues, ningún impedimento para reconocer como laboral la relación que un religioso mantiene con un tercero fuera de la comunidad a la que pertenece

¹⁸⁵ El Real Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, excluye del régimen de afiliación al sistema de Seguridad Social de los trabajadores del servicio doméstico a quienes sean familiares hasta cierto grado del empleador (art. 3.1), sin embargo excluye de esa regla general a los familiares del sexo femenino de los sacerdotes célibes (art. 3.2). La referencia en esta regla general a la Iglesia Católica respecto a la situación en la que puedan encontrarse los ministros de otras confesiones religiosas no es abordada por el Tribunal Constitucional al ser una cuestión ajena al ámbito del recurso de amparo (STC 109/1988, FJ 2).

¹⁸⁶ STC 109/1988, FJ 2. En el mismo sentido, STC 59/1992, FJ 3.

¹⁸⁷ STC 59/1992, FJ 3.

¹⁸⁸ STC 109/1988, FJ 2.

cuando tal actividad se subsume dentro de la participación en la actividad productiva, ni, en consecuencia, para determinar su inclusión en el régimen general de la Seguridad Social.

Sin embargo, cuando no hay un tercero distinto de la comunidad a la que pertenece el religioso y éste realiza en tal condición su trabajo en dependencia exclusiva de la comunidad de la que forma parte, la relación entre el religioso y la comunidad no puede ser calificada de laboral. En este sentido, respecto a las tareas docentes desempeñadas en un centro educativo de la congregación a la que pertenecía como religiosa la demandante de amparo, el Tribunal Constitucional declaró que la pertenencia de aquella, en uso de su libertad asociativa, a la comunidad religiosa «suponía la disposición de ella a aceptar voluntaria y desinteresadamente, además de los trabajos en beneficio de la comunidad, aquellas otras tareas no genéricamente religiosas como la actividad docente, orientadas al servicio de ciertos sectores de la sociedad», sin que la dependencia o subordinación a los superiores del centro docente, como en el caso de los compañeros seculares que desempeñaban en el mismo tareas educativas, convirtiera a la demandante de amparo en trabajadora por cuenta ajena. Su relación con la actividad del centro, continúa afirmando el Tribunal Constitucional, está imbuida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratitud, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos, «que impide dotar de naturaleza contractual la actividad educativa desempeñada por la recurrente dentro de su propia comunidad religiosa y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo». Se trata, en definitiva, de una prestación en la que está por completo ausente el interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica, por lo que la situación de quien presta su servicios en una congregación religiosa a la que pertenece en su condición de religiosa no es equiparable a la de sus compañeros seculares que desempeñan la misma actividad, cayendo aquella actividad desarrollada fuera del ámbito del contrato de trabajo¹⁸⁹.

¹⁸⁹ STC 63/1994, FJ 4. La Sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto por una ex religiosa que formaba parte de una congregación religiosa al no haberle sido computado a efectos del cálculo de la pensión de jubilación el período de tiempo en el que ejerció la docencia en la congregación a la que pertenecía, durante el cual no había sido afiliada ni dada de alta en la Seguridad Social, por entender que al no computarle aquel período de tiempo se le dispensa por motivos religiosos un trato discriminatorio respecto a sus compañeros seculares que desempeñaban en la congregación idéntica actividad docente y habían sido dados de alta en el régimen general de la Seguridad Social. Es necesario tener en cuenta que durante la pertenencia de la demandante de amparo a la congregación religiosa la normativa en materia de Seguridad Social no incluía en su ámbito de aplicación a los religiosos que formaban parte de las comunidades religiosas, de modo que éstas no estaban obligadas a afiliarlos ni darlos de alta en la Seguridad Social. Situa-

6. El patrimonio artístico-religioso

En relación con el patrimonio histórico-artístico religioso previsiones en orden a su catálogo, inventario, conservación y fomento se contienen en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales y en las Leyes 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España¹⁹⁰.

En el primero de los Acuerdos mencionados, la Iglesia Católica manifiesta su voluntad de continuar poniendo al servicio de la sociedad su patrimonio histórico, artístico y documental, comprometiéndose ambas partes a establecer las bases para su mutua colaboración con el fin de preservar, dar a conocer y catalogar ese patrimonio cultural en posesión de la Iglesia Católica, de facilitar su conservación y estudio y de lograr su mejor conservación e impedir cualquier clase de pérdidas. A tal fin, y cualesquiera otros relacionados con dicho patrimonio, se dispone la creación de una Comisión Mixta Estado-Iglesia Católica¹⁹¹.

En sentido idéntico, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de

ción que modificó el Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, que incluye a los religiosos o religiosas de la Iglesia Católica que sean españoles con carácter obligatorio en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, salvo que realicen una actividad profesional que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los otros regímenes que integran el sistema de Seguridad Social, de modo que, con independencia de la existencia o no de vínculo laboral con la institución religiosa, el período de permanencia en la comunidad religiosa actualmente se computa a efectos de obtener la correspondiente prestación.

De otra parte, en la STC 43/1984, el Tribunal Constitucional declaró que la calificación de las relaciones existentes entre los religiosos que pertenecían a una congregación y desempeñaba su función de educadores en un centro dirigido técnica y educativamente por ésta no vulneraba en modo alguno el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, pues dicha calificación no afectaba a tal libertad (FJ 4).

¹⁹⁰ El art. 46 de la CE establece que «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 sancionará los atentados contra ese patrimonio». En desarrollo del citado precepto constitucional se aprobó la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

¹⁹¹ Art. XV. La Comisión Mixta Iglesia-Estado con fecha 30 de octubre de 1980 aprobó los criterios básicos de colaboración y con fecha 30 de marzo de 1982 las normas sobre inventario del patrimonio histórico-artístico y documental. El Ministerio de Educación y Cultura y la Iglesia Católica suscribieron el 25 de febrero de 1997 un Acuerdo de Colaboración para el Plan Nacional de Catedrales. Por su parte, las distintas Comunidades Autónomas, en virtud de la competencia asumida en materia de patrimonio histórico, artístico y documental, han creado con las diversas diócesis de la Iglesia Católica Comisiones Mixtas y han suscrito convenios de cooperación y colaboración para la conservación y fomento del referido patrimonio.

España prevén la mutua colaboración del Estado y ambas confesiones religiosas para la conservación y fomento del patrimonio histórico, artístico y cultural judío e islámico, el cual continuará al servicio de la sociedad para su contemplación y estudio. Colaboración que se extiende a la realización del catálogo e inventario del referido patrimonio, así como a la creación de Patronatos, Fundaciones u otro tipo de instituciones de carácter cultural¹⁹².

7. La protección de marcas, sacrificio de animales y alimentación

Los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España recogen disposiciones expresas sobre el uso y protección de determinadas denominaciones para designar los productos alimentarios o cosméticos elaborados de acuerdo con la ley judía o islámica; el sacrificio de animales y, en relación únicamente con la última de las mencionadas confesiones religiosas, la alimentación en centros públicos de quienes pertenezcan a comunidades islámicas integradas en la Comisión Islámica de España¹⁹³.

Las denominaciones «Casher» y sus variantes, «Kasher», «Kosher», «Kashrut» y éstas asociadas a los términos «U», «K», o «Parve» son las que sirven para distinguir los productos alimentarios y cosméticos elaborados de acuerdo con la ley judía, en tanto que la denominación «Halal» sirve para distinguir los productos alimentarios elaborados de acuerdo con la ley islámica. Para la protección del uso correcto de estas denominaciones, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España deben solicitar y obtener del Registro de la Propiedad Industrial los registros de marca correspondientes, de acuerdo con la normativa legal vigente. Una vez obtenidos, los productos con tales denominaciones a efectos de su comercialización, importación y exportación tienen la garantía de haber sido elaborados con arreglo a la ley judía o a la ley islámica cuando en sus envases lleven el correspondiente distintivo de la Federación de Comunidades Israelitas de España o de la Comisión Islámica de España.

De otra parte, el sacrificio de animales que se realice de acuerdo con las leyes judías o islámicas deberá respetar la normativa sanitaria vigente.

Finalmente, el Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España prevé que se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos,

¹⁹² Arts. 13, respectivamente, de las Leyes 25 y 26/1992, de 10 de noviembre.

¹⁹³ Arts. 14, respectivamente, de las Leyes 25 y 26/1992, de 10 de noviembre.

así como el horario de comidas durante el mes de Ayuno (Ramadán) la alimentación de los internados en centros o establecimientos públicos y dependencias militares y la de los alumnos musulmanes en centros docentes públicos y privados concertados.

III. LA COOPERACIÓN DEL ESTADO Y LAS CONFESIONES RELIGIOSAS. LA FINANCIACIÓN DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

El art. 16 de la CE no contiene previsión alguna que garantice un especial trato fiscal a las confesiones religiosas, ni puede mantenerse que la sujeción de éstas a las normas tributarias lesione el derecho a la libertad religiosa. De conformidad con el art. 7.2 de la L.O.L.R. pueden extenderse a las iglesias, confesiones o comunidades religiosas que suscriban Acuerdos o Convenios de Cooperación con el Estado los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico, pero el reconocimiento de esos beneficios fiscales queda supeditado, en todo caso, a la celebración entre el Estado y la correspondiente iglesia, confesión o comunidad religiosa de un Acuerdo o Convenio de Cooperación¹⁹⁴.

1. La financiación, exenciones y beneficios fiscales de la Iglesia Católica

La financiación de la Iglesia Católica y el elenco de exenciones y beneficios fiscales que tiene reconocido se encuentran regulados en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Económicos.

La Iglesia Católica puede libremente recabar de sus fieles prestaciones, organizar colectas públicas y recibir limosnas y oblaciones. Por su parte, el Estado se compromete a colaborar con la Iglesia Católica en la consecución de su adecuado sostenimiento económico, con respeto absoluto al principio de libertad religiosa¹⁹⁵.

¹⁹⁴ ATC 480/1989, en el que se inadmitió a trámite, por carecer manifiestamente de contenido constitucional, la demanda de amparo promovida por la Comunidad Evangélica de Habla Alemana de las Islas Baleares contra la liquidación tributaria girada por el Impuesto General de Sucesiones como consecuencia de la aceptación por dicha comunidad de un legado. Además de en el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE), se fundaba la demanda en el trato discriminatorio que la recurrente consideraba que padecía respecto a la Iglesia Católica, que sí gozaba del beneficio fiscal que aquella reclamaba en virtud del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Económicos.

¹⁹⁵ Arts. I y II.1.

En el mencionado Acuerdo se contemplan tres sistemas de financiación para su sucesiva aplicación en los horizontes temporales que en el mismo se indican. Durante los tres primeros años, se mantuvo el sistema hasta entonces vigente, consistente en la consignación en los Presupuestos Generales del Estado de una dotación para la Iglesia Católica, con carácter global y único, que había de ser actualizada anualmente¹⁹⁶. El Acuerdo recoge, en segundo término, la sustitución del sistema de dotación presupuestaria por el de asignación tributaria, la cual no tuvo lugar hasta el año 1988, así como la coexistencia de ambos sistemas durante un período de tres años, con el fin de garantizar que el nuevo sistema proporcionase a la Iglesia Católica recursos de cuantía similar a los obtenidos durante la vigencia del sistema de dotación presupuestaria, de modo que durante el período de sustitución de un sistema por otro la dotación presupuestaria se minoraría en cuantía igual a la recibida por la Iglesia Católica con el sistema de asignación tributaria.

En relación con este sistema, se dispone en el Acuerdo que el Estado puede asignar a la Iglesia Católica un porcentaje del rendimiento de la imposición sobre la renta o el patrimonio neto u otra de carácter personal, por el procedimiento técnicamente más adecuado. Para ello, cada contribuyente ha de manifestar expresamente en la declaración respectiva su voluntad acerca del destino de la parte afectada, destinándose dicha cantidad a otros fines en ausencia de tal declaración¹⁹⁷. En ejecución de esta disposición, la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 estableció a partir de este ejercicio el destino de un porcentaje del rendimiento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a fines religiosos y a otros fines de interés social. Dicho porcentaje se fija cada año en la Ley de Presupuestos y se aplica sobre la cuota íntegra del Impuesto, pudiendo indicar los sujetos pasivos que aquel porcentaje se dedique bien a colaborar al sostenimiento de la Iglesia Católica o bien a otros fines de interés social, entendiéndose que optan por éstos en caso de que no manifiesten su voluntad en uno u otro sentido. Asimismo, se preveía que a partir de 1991 el sistema de dotación presupuestaria a la Iglesia Católica quedaría definitivamente sustituido por el de asignación tributaria y que cada año la Iglesia Católica recibiría mensualmente, en concepto de entrega a cuenta, una doceava parte de la asignación tributaria correspondiente al penúltimo ejercicio presupuestario, regularizándose definitivamente esta cantidad cuando se dispusiese de los datos definitivos del Impuesto sobre la Renta de las Per-

¹⁹⁶ Art. II.4 y Protocolo Adicional.

¹⁹⁷ Art. II.2, 3 y 4.

sonas Físicas del ejercicio correspondiente¹⁹⁸. La Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992 estableció plenamente el sistema de asignación tributaria y con ella desapareció el sistema de dotación presupuestaria¹⁹⁹.

El sistema de asignación tributaria es, finalmente, el tránsito hacia lo que ambas partes revelan en el Acuerdo como el sistema idóneo de financiación de la Iglesia Católica: su autofinanciación. En este sentido, la Iglesia Católica declara su propósito de lograr por sí misma los recursos suficientes para la atención de sus necesidades. Cuando fuera conseguido este propósito, ambas partes se comprometen a ponerse de acuerdo para sustituir los sistemas de colaboración financiera anteriores por otros campos y formas de colaboración económica²⁰⁰.

En el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Económicos se reconocen las siguientes especialidades, exenciones y beneficios fiscales a la Iglesia Católica.

No están sujetos a los impuestos sobre la renta o sobre el gasto o consumo, según proceda, los ingresos obtenidos por las prestaciones, colectas públicas, limosnas y oblaciones; la publicación de instrucciones, ordenanzas, cartas pastorales, boletines diocesanos y cualquier otro documento de las autoridades eclesiásticas competentes, así como su fijación en los sitios de costumbre; la actividad de enseñanza en seminarios diocesanos y religiosos, así como la de las disciplinas eclesiásticas en las universidades de la Iglesia; y la adquisición de objetos destinados al culto²⁰¹.

Se reconocen a la Santa Sede, a la Conferencia Episcopal, a las diócesis, a las parroquias y otras circunscripciones territoriales, a las Órdenes y Con-

¹⁹⁸ Disposición Adicional Quinta de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. En la citada disposición, el porcentaje aplicable a las declaraciones correspondientes al período impositivo de 1988 se fijó en el 0,5239 por 100 y se garantizaba, asimismo, que los recursos recibidos por la Iglesia Católica en virtud del sistema de financiación que se instauraba durante 1988, 1989 y 1990 no serían inferiores a la dotación presupuestaria recibida en 1987, actualizada anualmente.

¹⁹⁹ Disposición Adicional Tercera. En la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998 el porcentaje del rendimiento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aplicable a la asignación tributaria a fines religiosos y otros de interés social para el período impositivo de 1997 se fija en el 0,5239 por 100. Asimismo, establece que «la Iglesia Católica recibirá mensualmente durante 1998, en concepto de entrega a cuenta de asignación tributaria, 1.711.000.000 de pesetas. Cuando se dispongan de los datos definitivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondientes a 1997, se procederá, en su caso, a la regularización definitiva, abonándose la diferencia, si existiera, a la Iglesia Católica. Las entregas a cuenta, así como la liquidación definitiva que, en su caso, hayan de abonarse a la Iglesia Católica, se harán efectivas minorando la cuantía total de la recaudación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del ejercicio correspondiente». Finalmente, se elevan a definitivas las cantidades entregadas a cuenta en 1997.

²⁰⁰ Art. II.5

²⁰¹ Art. III.

gregaciones Religiosas y a los Institutos de vida consagrada y a sus provincias y casas las siguientes exenciones:

- a) Exención total y permanente de la contribución urbana de los templos y capillas dedicados al culto, sus dependencias o edificios y locales anejos destinados a la actividad pastoral; las residencias de los obispos, canónigos y sacerdotes con cura de almas; los locales destinados a oficinas, la curia diocesana y a oficinas parroquiales; los seminarios destinados a la formación del clero diocesano y religioso y las Universidades eclesiásticas en tanto impartan enseñanzas propias de disciplinas eclesiásticas; y, en fin, a los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las Órdenes, Congregaciones religiosas e Institutos de vida consagrada.
- b) Exención total y permanente de los impuestos reales o de producto, sobre la renta y sobre el patrimonio. Esta exención no alcanza a los rendimientos que pudieran obtener por el ejercicio de explotaciones económicas, ni a los derivados de su patrimonio, cuando su uso se halle cedido, ni tampoco a las ganancias de su capital, ni a los rendimientos sometidos a retención en la fuente por impuestos sobre la renta²⁰².
- c) Exención total de los impuestos sobre sucesiones, donaciones y transmisiones patrimoniales siempre que los bienes o derechos adquiridos se destinen a culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad.
- d) Exenciones de las contribuciones especiales y de la tasa de equivalencia en tanto recaigan esos tributos sobre los bienes enumerados en la letra a).²⁰³

Las cantidades donadas a entes eclesiásticos de la Iglesia Católica y destinados al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad dan derecho a las mismas deducciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que las cantidades entregadas a entidades clasificadas o declaradas benéficas o de utilidad pública²⁰⁴.

Finalmente, a las entidades y asociaciones religiosas dedicadas a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas, hospitalarias o de asistencia social

²⁰² La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General dispone la aplicación a la Iglesia Católica del régimen previsto del Impuesto sobre Sociedades para las entidades sin fines lucrativos (disposición adicional quinta).

²⁰³ Art. IV.1.

²⁰⁴ Art. IV.2. La disposición adicional sexta de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General declara aplicable el régimen en ella previsto por las aportaciones efectuadas a entidades sin fines lucrativos a las donaciones efectuadas a la Iglesia Católica.

se les reconocen los beneficios fiscales que el ordenamiento tributario prevé para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, las que se concedan a las entidades benéfico-privadas²⁰⁵.

2. **La financiación, exenciones y beneficios fiscales de otras confesiones y comunidades religiosas signatarias de Acuerdos de Cooperación con el Estado**

Las confesiones evangélicas judía e islámica con las que el Estado español ha suscrito Acuerdos de Cooperación tienen reconocido el derecho a recabar libremente de sus miembros prestaciones, organizar colectas públicas y recibir ofrendas y liberalidades de uso.

Por otra parte, no están sujetos a tributo alguno, además de los rendimientos obtenidos por las actividades mencionadas, la entrega gratuita de publicaciones, instrucciones y boletines internos de carácter religioso, realizada directamente a sus miembros por las comunidades pertenecientes a dichas confesiones, así como la enseñanza religiosa en centros de las propias confesiones destinados a la formación de ministros de culto o dirigentes y que impartan exclusivamente enseñanzas propias de las disciplinas eclesiásticas.

La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, así como las Comunidades que las integran, tienen derecho a las siguientes exenciones:

- a) Del impuesto sobre bienes inmuebles y de las contribuciones especiales que, en su caso, correspondan, por los inmuebles de su propiedad y sus dependencias y locales anejos destinados al culto, a la asistencia religiosa, a residencia de miembros de culto o dirigentes, a oficinas de las comunidades pertenecientes a las mencionadas confesiones religiosas y a centros de formación de ministros de culto y dirigentes religiosos.
- b) Del impuesto sobre sociedades, los incrementos de patrimonio obtenidos a título gratuito, siempre que los bienes y derechos adquiridos se destinen a actividades religiosas o asistenciales.
- c) Del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, siempre que los respectivos bienes o derechos adquiridos se destinen a actividades religiosas o asistenciales.

²⁰⁵ Art. V.

Las confesiones religiosas signatarias de los Acuerdos, así como las asociaciones o entidades creadas por ellos y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas y hospitalarias de asistencia social tienen derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento tributario prevé en cada momento para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, a las que se conceden a las entidades benéfico-privadas.

Por último, también se recoge en los Acuerdos que la legislación fiscal regule el régimen tributario aplicable a los donativos que se realicen a las confesiones religiosas que los han suscrito, o a sus comunidades, con las deducciones que en su caso pudieran establecerse²⁰⁶.

3. Confesiones religiosas no signatarias de Acuerdos de Cooperación con el Estado español

No puede extenderse a una comunidad o confesión religiosa que no ha celebrado Acuerdo o Convenio de Cooperación con el Estado, bajo la denuncia de un pretendido trato discriminatorio, los beneficios fiscales reconocidos a otra confesión que sí ha suscrito Acuerdos con el Estado, a fin de eliminar y soslayar aquella discriminación, la cual, de existir, abocaría en todo caso a la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo suscrito entre el Estado y la confesión religiosa a la que se han conferido determinados beneficios fiscales y no al reconocimiento de éstos a la comunidad o confesión religiosa que no ha celebrado con el Estado Acuerdo o Convenio de Cooperación y que sólo corresponde efectuar en su caso al legislador. Asimismo, el Tribunal Constitucional no ha considerado en tales casos como término adecuado de comparación para sustentar el supuesto trato discriminatorio del que se quejaba la confesión religiosa recurrente en amparo el reconocimiento del beneficio fiscal que reclamaba a favor de la Iglesia Católica, pues «en materia económica, concurren una serie de circunstancias –no sólo fácticas, sino jurídicas– en las relaciones históricas entre el Estado español y la Iglesia Católica, que, sin perjuicio de su progresiva adecuación al nuevo ordenamiento constitucional, no concurren evidentemente»²⁰⁷ en

²⁰⁶ Arts. 11 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comisiones Israelitas de España y la Comisión Islámica de España. Las disposiciones adicionales quinta y sexta de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos a la Participación Privada en actividades de Interés General declara aplicable el régimen en ella previsto del Impuesto de Sociedades y de las aportaciones efectuadas a entidades sin fines lucrativos a las confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos Acuerdos de Cooperación con el Estado español.

²⁰⁷ ATC 480/1989, FJ 3.

la confesión religiosa demandante de amparo, por lo que falta la equiparación o identidad sustancial entre los términos de comparación²⁰⁸.

IV. LAS CONFESIONES RELIGIOSAS, LA ENSEÑANZA Y LA INSTRUCCIÓN RELIGIOSA

1. El derecho a crear instituciones docentes y la libertad de cátedra

La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce el art. 27.1 de la CE²⁰⁹ ha sido entendida por el Tribunal Constitucional como una proyección de la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 c) CE]. Implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6 CE) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan [art. 20.1 c) CE], derivando, asimismo, del principio de libertad de enseñanza el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos (art. 27.3 CE)²¹⁰.

²⁰⁸ ATC 480/1989. Al no existir Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la confesión religiosa recurrente en amparo –Comunidad Evangélica de Habla Alemana de las Islas Baleares–, el Tribunal Constitucional entendió que la liquidación tributaria practicada y girada por el Impuesto General de Sucesiones como consecuencia de haber aceptado dicha confesión un legado no resultaba atentatoria al derecho de libertad religiosa.

²⁰⁹ El art. 27 de la CE dispone:

- «1. Todos tienen 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, padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y 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».
- Por su parte, el art. 20.1 c) de la CE reconoce y protege el derecho a la libertad de cátedra.

²¹⁰ STC 5/1981, FJ 7.

1.1 *El derecho a crear instituciones docentes*

La libertad de creación de centros docentes incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas, estando sometido su ejercicio a la limitación impuesta por el propio precepto constitucional que la consagra, esto es, el respeto a los principios constitucionales, así como a la derivada del art. 27.2 de la CE, que señala como objeto de la educación el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Si en su ejercicio se acomete la creación de centros docentes que han de impartir enseñanzas regladas e insertas, por tanto, en el sistema educativo, los centros creados, además de orientar su actividad hacia el objeto que a la educación atribuye el art. 27.2 de la CE, se han de acomodar a los requisitos que el Estado imponga para los centros de cada nivel²¹¹.

Forma parte de la libertad de creación de centros docentes el derecho de los titulares de los centros privados de establecer un ideario educativo o dotar a éstos de un carácter u orientación propios dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución, limitación que hace indispensable que el establecimiento de un ideario o carácter propio haya de entenderse sometido al sistema de autorización reglada al que está sujeta la apertura y funcionamiento de los centros docentes, pues, en cuanto determina el carácter propio del centro, forma parte del acto de creación. El derecho a establecer un ideario o carácter propio, por otra parte, no se encuentra limitado a los aspectos morales y religiosos de la actividad educativa, sino que pueda extenderse a los distintos aspectos de su actividad, dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionados en el texto constitucional cuando se trate de la creación de centros docentes que hayan de dispensar enseñanzas regladas²¹².

En el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de los centros docentes privados se incardina, como garantía del derecho a fijar un carácter propio del centro, el derecho de aquéllos a la dirección de los mismos. Derecho

²¹¹ STC 5/1981, FJ 7.

²¹² SSTC 5/1981, FJ 8; 77/1985, FJ 8. En la última de las Sentencias citadas, el Tribunal Constitucional señaló que la autorización ha de recaer exclusivamente sobre la ordenación del carácter propio del centro docente a los principios que, según el art. 27.2 de la CE, deben inspirar la educación, no pudiendo versar sobre la forma en que se articula el derecho a establecer ese carácter propio con los derechos de los diversos miembros de la comunidad escolar, pues, en tal caso, no se trataría de una autorización estrictamente reglada y la Administración invadiría la delicada labor de delimitar un conjunto de derechos constitucionales en presencia que sólo corresponde a las jurisdicciones competentes (FJ 10).

que implica, en su vertiente positiva, garantizar el respeto al carácter propio y asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de estatutos del centro docente, el nombramiento y cese de los órganos de dirección, administrativos y pedagógicos, así como del profesorado. Desde una vertiente negativa, el contenido del derecho a la dirección exige la ausencia de limitaciones absolutas insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección, pues el titular del centro no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido direccional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca a una situación de imposibilidad o gran dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional. Caben, por supuesto, limitaciones a tal derecho de dirección, si bien respetando el contenido esencial del mismo al que se acaba de aludir. Una de esas limitaciones resulta de la intervención estatal en centros respecto a los cuales los poderes públicos realicen una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad (art. 27.9 CE), lo que supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales al citado derecho respecto a dichos centros. Otra, la que resulta del derecho de los padres, profesores y, en su caso, los alumnos a intervenir en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca (art. 27.7 CE)²¹³.

En orden a la creación de instituciones docentes, a las confesiones religiosas que han suscrito Acuerdos con el Estado se les reconoce el derecho a establecer y dirigir centros docentes de educación infantil, educación primaria, educación secundaria, centros universitarios y seminarios de carácter religioso u otras instituciones de estudios eclesiásticos con sometimiento a la legislación vigente en la materia²¹⁴.

²¹³ STC 77/1985, FJ 20: El art. 27.7 de la CE dispone que «los profesores, padres y, en su caso, alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca». La fórmula del precepto, tiene declarado el Tribunal Constitucional, «es extremadamente amplia en cuanto deja a la libre apreciación del legislador no sólo la determinación de lo que haya de entenderse por centros sostenidos con fondos públicos, sino también la definición de los términos, es decir, del alcance, del procedimiento y de las consecuencias que hayan de darse a la intervención en el control y gestión. En el ejercicio de esa libertad, el legislador no tiene otros límites que el genérico que le impone el art. 53.1 de la Constitución de respetar el contenido esencial del derecho garantizado y el que deriva de la reserva de Ley contenida tanto en dicho precepto como en el art. 81.1» (STC 5/1981, FJ 15). Concretamente, el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos estaría en el respeto al contenido esencial de los restantes miembros de la comunidad escolar, entre ellos el derecho del titular a la creación y dirección del centro docente (STC 77/1985, FJ 21).

²¹⁴ Arts. VIII a XIII del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Educación y Asuntos Culturales; arts. 10.6 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se

1.2 *La libertad de cátedra*

La libertad de cátedra, en cuanto libertad individual del docente, es una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusivamente, pero sí predominantemente negativo²¹⁵.

Esta libertad está atribuida en el texto constitucional a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúen y la relación que medie entre su docencia y su propia labor investigadora, resultando su contenido necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esta libertad. Características que vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente, en primer lugar, y el nivel o grado educativo que al puesto docente corresponde, en segundo lugar²¹⁶.

2. **Los centros docentes no universitarios**

La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (L.O.D.E.) clasifica los centros docentes no universitarios en centros públicos y privados. Son centros públicos aquellos cuyo titular es un poder público y privado aquellos cuyo titular es una persona física o jurídica de

aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España. En el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede se dispone que los alumnos de las universidades que establezca la Iglesia Católica «gozarán de los mismos beneficios en materia de sanidad, seguridad escolar, ayudas al estudio y a la investigación y demás modalidades de protección al estudiante que se establezcan para los alumnos de las Universidades del Estado» (art. X.3). Asimismo, se prevé que «los centros de enseñanza de la iglesia de cualquier grado y especialidad y sus alumnos tendrán derecho a recibir subvenciones, becas, beneficios fiscales y otras ayudas que el Estado otorgue a centros no estatales y a estudiantes de tales centros, de acuerdo con el régimen de igualdad de oportunidades» (art. XIII).

²¹⁵ SSTC 217/1992, fundamentos jurídicos 2 y 3; 212/1993, FJ 4; ATC 42/1992. La Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria dispone que «la actividad de la Universidad, así como su autonomía, se fundamentan en el principio de libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, investigación y estudio» (art. 2.1). En relación con los centros docentes de nivel no universitario, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación establece que «los profesores, en el marco de la Constitución, tienen garantizada la libertad de cátedra. Su ejercicio se orientará a la realización de los fines educativos, de conformidad con los principios establecidos en esta Ley» (art. 3).

²¹⁶ STC 5/1981, FJ 9.

carácter privado, recibiendo la denominación de centros concertados los centros privados sostenidos con fondos públicos. Todos los centros docentes deben cumplir unos requisitos mínimos para impartir la enseñanza con garantías de calidad, los cuales son fijados por el Gobierno y están referidos a la titulación académica del profesorado, a la relación numérica alumno-profesor, instalaciones docentes o deportivas o puestos escolares.²¹⁷

2.1 *Los centros docentes públicos*

Los centros docentes públicos, que son creados y suprimidos por el Gobierno o el Consejo Ejecutivo de la Comunidad Autónoma, han de desarrollar sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto a las opciones religiosas y morales.

La neutralidad ideológica de los centros docentes públicos impide, como se ha tenido ocasión de señalar, que los poderes públicos puedan imponer coactivamente el estudio de una confesión ideológica o religiosa determinada, al menos con contenido apologístico o con fines de adoctrinamiento y no puramente informativos, aunque no excluye que se puedan organizar enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), el cual ampara, junto a la libre elección de una cierta educación moral o religiosa, el derecho a la neutralidad ideológica de los centros públicos²¹⁸.

La admisión de alumnos en los centros públicos, cuando no existan plazas suficientes, se rige por los siguientes criterios: rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro, sin que en ningún caso pueda haber discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento²¹⁹.

²¹⁷ Arts. 9, 10 y 14, de la L.O.D.E. Las previsiones de la L.O.D.E. sobre los requisitos para la creación de centros docentes no universitarios han sido desarrolladas por los Reales Decretos 1004/1991, de 14 de junio, y 332/1992, de 3 de abril

²¹⁸ STC 5/1981, FJ 9; ATC 358/1985.

²¹⁹ Arts. 17, 18 y 21 de la L.O.D.E. El establecimiento de unos criterios prioritarios de selección para la admisión de alumnos en centros públicos y concertados no contradice las posibilidades de elección de los padres o tutores del derecho a escoger centro docente distinto de los creados por los poderes públicos, pues en modo alguno hacen referencia a adscripciones forzosas de los alumnos, ni a su destino por la Administración educativa a un centro determinado, ya que presuponen la existencia de una solicitud de admisión previa del interesado. La selección de acuerdo con los criterios previstos se produce en un momento distinto y for-

El principio de participación de los miembros de la comunidad escolar inspira las actividades educativas, la organización y el funcionamiento de los centros públicos. En orden a su estructura organizativa, la L.O.D.E. establece con carácter obligatorio y general, sin perjuicio de los que además se determinen en los reglamentos internos de cada centro, los siguientes órganos de gobierno: a) unipersonales: el Director, el Secretario y el Jefe de Estudios; b) colegiados: el Consejo Escolar del Centro y el Claustro de Profesores. Al Consejo Escolar del Centro, compuesto por el Director, el Jefe de Estudios, un concejal o representante del Ayuntamiento, un número determinado de profesores y un número determinado de padres de alumnos y alumnos, corresponde, entre otras funciones, elegir al Director y designar al equipo directivo por él propuesto. Por su parte, el Claustro de Profesores es el órgano propio de participación de éstos en el centro y está integrado por la totalidad de profesores que presten servicio en el mismo²²⁰.

2.1.1 Los centros docentes públicos y la libertad de cátedra

En los centros docentes públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido uniforme, en cuanto habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hace posible, de modo que es una noción incompatible con la existencia de cualquier doctrina oficial, ya que supone la no sujeción de la actividad docente a cualquier sistema de valores, salvo los consagrados en el propio orden jurídico constitucional. Presenta un contenido positivo más amplio en el nivel educativo superior respecto a los niveles inferiores, en los que aquél disminuye, pues, de una parte, son los planes de estudios establecidos por la autoridad competente y no el propio profesor los que determinan cuál ha de ser el contenido mínimo de la enseñanza y son también

zosamente posterior al momento en que los padres y tutores en virtud a sus preferencias hayan procedido a la elección del centro, de modo que aquellos criterios no reemplazan en ningún momento a la elección de padres o tutores. No resulta, pues, traba alguna para la elección inicial del centro, ni, caso de insuficiencia de plazas, se prescinde de la voluntad expresada por padres o tutores al respecto, ya que la adjudicación de las plazas se lleva a cabo entre aquellos que ya han manifestado sus preferencias y realizado su elección por un centro determinado. Más bien podría decirse que el derecho a la elección del centro se ve reforzado por los criterios objetivos de selección establecidos que impiden, en caso de insuficiencia de plazas, una selección arbitraria por parte de los centros públicos y concertados (STC 77/1985, FJ 5).

²²⁰ Arts. 19, 26, 41, 42 y 45 de la L.O.D.E.

las autoridades las que establecen cuál es el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor, así como, de otra parte, éste no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones.

En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado que, en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Neutralidad que ha de ser entendida como característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, no como el hipotético resultado de la causal coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos impone a los profesores que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico²²¹.

2.1.2 La exclusión de los profesores de religión como aspirantes al cargo de director en los centros docentes públicos

De conformidad con el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, la enseñanza de la religión católica en los centros docentes es impartida por las personas que para cada año escolar sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que proponga el Ordinario diocesano²²². Dada su condición de personal que transitoria o temporalmente presta sus servicios en el centro docente, la exclusión de los profesores de religión como aspirantes al cargo de director en los centros docentes públicos, derivada de la exigencia de que los candidatos a dicho cargo «deberán ser profesores con destino definitivo en el centro»²²³,

²²¹ STC 5/1981, FJ 9.

²²² Art. III. Sobre enseñanza de la religión, vid. el apartado B. IV.4.

²²³ La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación dispone que «los candidatos a cargo de Director de un centro docente público han de ser profesores del centro con al menos un año de permanencia en el mismo y tres de docencia» (art. 37.2). El Real Decreto 2376/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Órganos de Gobierno de los Centros Públicos de Educación General Básica, Bachillerato y Formación Profesional señala que los candidatos al cargo de director «deberán ser profesores con destino definitivo en el centro, con al menos un año de permanencia en el mismo y tres de docencia en los centros del nivel docente del que se trate» (art. 6). Por Instrucción del Subsecretario de Educación y Ciencia, de 13 de junio de 1986, se dispuso que los profesores de religión en

no es contraria al principio de igualdad en el acceso a la función pública que reconoce el art. 23.2 de la CE, ni al derecho de los profesores a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos que garantiza el art. 27.7 de la CE²²⁴.

El art. 23.2 de la CE no confiere a ningún ciudadano el derecho a ocupar determinadas funciones y cargos públicos y no impide, antes bien prevé expresamente, que puedan establecerse en cada caso ciertos requisitos para acceder a los mismos, si bien por imperativo del principio de igualdad que el propio art. 23.2 de la CE especifica han de tener una justificación objetiva y razonable. La condición objetiva de destino definitivo en el centro, de la que deriva directamente la imposibilidad de que los profesores de religión accedan al cargo del director, no es, en sí misma, en opinión del Tribunal Constitucional, una exigencia discriminatoria, dado que se trata de un requisito enunciado en términos generales y abstractos, que atiende razonable y proporcionalmente a finalidades de estabilidad en el cargo, de imparcialidad y de capacidad, lícitamente perseguibles en la definición del estatuto de los directores de centros escolares públicos. Tampoco vulnera el derecho de los profesores a participar en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos (art. 27.7 CE), ya que de este derecho no puede deducirse directamente que los profesores hayan de participar directamente en el control y gestión de los centros de enseñanza accediendo al cargo de director o presentando su candidatura para acceder al mismo, ni que gocen de este último derecho por su mera condición de profesores que prestan servicio en el respectivo centro, sin otros requisitos²²⁵.

De otra parte, el requisito establecido para ser candidato al cargo de director en los centros docentes públicos no es incompatible con el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, pues en éste no se reconoce el derecho de los profesores de religión a acceder al cargo de director en los centros públicos de enseñanza, ni incorpora un criterio igualatorio entre los profesores de religión y los restantes profesores del centro en lo que concierne a su posibilidad de ser candidatos a dicho cargo, sino que se limita a disponer que aquéllos formaran parte a todos los efectos del claustro de profesores de los respectivos centros, lo que no quie-

centros públicos estatales no podían ser candidatos al cargo de director por no reunir el requisito de destino definitivo que establece el mencionado Real Decreto 2376/1985, de 18 de diciembre.

²²⁴ STC 47/1990. La Sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto por la Asociación de Profesores de Religión de centros estatales contra la citada Instrucción del Subsecretario de Educación y Ciencia, de 13 de junio de 1986.

²²⁵ STC 47/1990, FJ 6.

re decir que hayan de tener los mismos derechos que los demás profesores a otros efectos que no sean los de formar parte del claustro y, por consiguiente, de ejercer las funciones propias de los miembros del claustro²²⁶.

2.2 *Los centros docentes privados*

2.2.1 Los centros privados no sostenidos con fondos públicos

Toda persona física o jurídica de carácter privado y nacionalidad española tiene libertad para la creación y dirección de centros docentes privados, dentro del respeto a la Constitución, pudiendo establecer el carácter propio de los mismos, el cual debe ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por su titular. La apertura y el funcionamiento de los que impartan enseñanzas regladas están sometidos al principio de autorización administrativa, la cual se concederá siempre que se reúnan los requisitos mínimos para impartir las enseñanzas con garantías de calidad. Los que impartan enseñanzas que no conduzcan a la obtención de título con validez académica quedan sometidos a las normas de derecho común, salvo los que ocupan a niños de edades correspondientes a la educación infantil, que se encuentran sometidos al principio de autorización administrativa por razones de protección de la infancia. Dentro de las previsiones de la L.O.D.E., los centros privados no concertados gozan de autonomía para establecer su régimen interno, seleccionar su profesorado de acuerdo con la titulación exigida en la legislación vigente, determinar el procedimiento de admisión de alumnos, establecer las normas de convivencia, definir su régimen económico y establecer los órganos a través de los cuales se canaliza la participación de la comunidad educativa²²⁷.

2.2.2 Los centros privados sostenidos con fondos públicos

Para los centros concertados, esto es, los centros privados sostenidos con fondos públicos, se establece un régimen de conciertos al que pueden acogerse aquellos centros que impartan la educación básica y reúnan los demás requisitos exigidos por la Ley. En el concierto que se aprueba con cada centro se establecen los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto al régimen

²²⁶ STC 47/1990, FJ 8.

²²⁷ Arts. 21 a 26 de la L.O.D.E.

económico, duración, prórroga y extinción del concierto, número de unidades escolares y demás condiciones de impartición de la enseñanza. En todo caso, el régimen de conciertos implica, por parte de los titulares de los centros, la obligación de impartir gratuitamente las enseñanzas objeto de los mismos²²⁸.

Sus titulares tienen el derecho de definir el carácter propio de los centros, si bien, en todo caso, la enseñanza se debe de impartir con pleno respeto a la libertad de conciencia, debiendo de tener carácter voluntario toda práctica confesional. La admisión de alumnos, por su parte, ha de ajustarse al régimen establecido para los centros públicos docentes²²⁹.

La L.O.D.E. establece para los centros concertados una estructura organizativa común y obligatoria. En este sentido, contempla como órganos de gobierno, sin perjuicio de otros órganos que se determinen en el reglamento de régimen interior del centro, al Director, al Consejo Escolar del Centro y al Claustro de Profesores. A través del Consejo Escolar del Centro, integrado por el Director, representantes del titular del centro, de los profesores, de los padres, de los alumnos y del personal de administración y servicio, los profesores, los padres de los alumnos y éstos participan en el control y gestión de los centros concertados. El Director es designado, de entre los profesores del centro, previo acuerdo entre el titular y el Consejo Escolar, contemplándose para el caso de desacuerdo entre éstos que sea designado por el Consejo escolar del centro de entre una terna de profesores propuestos por el titular. Su cese requiere el acuerdo del titular del centro y del Consejo Escolar²³⁰.

A los efectos de la contratación del profesorado, una vez establecidos de común acuerdo entre el Consejo Escolar y el titular del centro los criterios de selección, el Consejo Escolar designa una comisión integrada por el Director, los profesores y dos padres de alumnos. La comisión de selección, valorados los méritos de los aspirantes, propone motivadamente al titular los candidatos que considere idóneos, procediendo el Director a la formalización de los correspondientes contratos de trabajo. De otra parte, el despido de los profe-

²²⁸ Del mandato del art. 27.9 de la CE, que impone a los poderes públicos ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca no se desprende, ha afirmado el Tribunal Constitucional, un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley que se efectúa en el precepto constitucional puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales, tales como la gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 CE), la promoción por los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 CE), la distribución más equitativa de la renta (art. 40.1 CE) o la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Por su parte, el régimen de conciertos que prevé la L.O.D.E. no supone que se excluya toda ayuda estatal al resto de centros privados, esto es, a los que impartan enseñanzas de un nivel distinto del básico (STC 77/1985, FJ 11).

²²⁹ Arts. 52 y 53 de la L.O.D.E.. Respecto a los criterios de admisión de alumnos, vid. nota 214.

²³⁰ Art. 59 de la L.O.D.E..

sores del centro requiere que se pronuncie motivadamente el Consejo Escolar por mayoría absoluta de sus miembros.

En caso de conflicto entre el titular del centro y el Consejo Escolar, incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del régimen de concierto y desacuerdo en el nombramiento y despido de los profesores, se prevé la constitución de una Comisión de conciliación que puede acordar por unanimidad la adopción de las medidas adecuadas para solucionar el conflicto o subsanar la infracción cometida. La Comisión está integrada por un representante de la Administración educativa, el titular del centro y un representante del Consejo Escolar. Si la Comisión no alcanza acuerdo alguno, la Administración educativa puede adoptar, en su caso, las medidas provisionales que aconseje el normal desarrollo de la vida del centro, sin que en ningún caso supongan subrogación en las facultades respectivas del titular o del Consejo Escolar²³¹.

Al Consejo Escolar también le corresponde, entre otras funciones, aprobar, a propuesta del titular, el presupuesto del centro en lo que se refiere tanto a los fondos provenientes de la Administración como a las cantidades autorizadas, así como la rendición anual de cuentas y resolver los asuntos de carácter grave planteados en materia de disciplina de alumnos²³².

2.2.3 Los centros docentes privados y la libertad de cátedra

En los centros docentes privados la libertad de cátedra del profesorado es tan plena como la de los profesores de los centros docentes públicos, si bien opera como límite frente a ella el respeto al ideario o carácter propio del centro que en uso de su libertad de enseñanza haya dado a éste su titular. La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario con posterioridad a su incorporación, no le obliga ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica, si bien su libertad en el puesto docente que ocupa ha de ser compatible con el ideario del centro, de modo que no le faculta para dirigir ataques abiertos o solapados con-

²³¹ Arts. 60 y 61.

²³² Art. 37. El Tribunal Constitucional ha declarado que las atribuciones que la L.O.D.E. confiere al Consejo escolar en la designación y cese del director del centro, en la contratación y despido del profesorado, en la aprobación de los presupuestos del centro y en materia disciplinaria no vulneran el contenido esencial del derecho de creación y dirección del titular del centro (STC 77/1985, fundamentos jurídicos 22 a 27).

tra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél. La virtualidad limitante del ideario es, sin duda, mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a la diferencia de idearios. En ese orden de ideas, aunque la relación de servicios entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades o conductas que al margen de ella se lleven a cabo, no puede excluirse que la posible notoriedad y naturaleza de esas actividades o conductas puedan hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que al profesor le está encomendada y, en consecuencia, por considerarlas el titular del centro contrarias al ideario de éste, ser motivo suficiente para la ruptura de la relación contractual entre el profesor y el centro²³³.

Aunque una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le imputa tal conducta o tal hecho singular, para ello es necesario que los hechos o el hecho constitutivo de tal ataque abierto o solapado al ideario del centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario, dado que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro no puede ser motivo de causa de despido si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del centro. Así pues, para que el despido por motivos de carácter ideológico sea lícito es preciso demostrar que existe no sólo disconformidad con el ideario, sino fricciones consistentes en actos concretos del profesor y en una actividad contraria o al menos no ajustada al ideario, debiendo ser claros y concretos los hechos cuya realidad se invocan para justificar el despido y no presentarlos diluidos en fórmulas que por su generalidad dificultan tanto la prueba como la defensa frente a la imputación. Al empresario que alegue el específico incumplimiento del deber de respeto al ideario del centro corresponde, por su parte, la prueba de los hechos que, de existir, justifican su decisión de despedir, lo que no significa inversión de la carga de la prueba, sino la aplicación del principio de que quien afirma debe de probar, sobre todo teniendo en cuenta que en el conflicto ideológico en el que se sitúa la decisión empresarial entran en juego derechos fundamentales que han de ponderarse²³⁴.

²³³ SSTC 5/1981, fundamentos jurídicos 10 y 11; 47/1985, fundamentos jurídicos 3 y 4; 77/1985, FJ 9; 106/1996, FJ 3.

²³⁴ STC 47/1985, fundamentos jurídicos 3 y 4. La Sentencia resuelve el recurso de amparo promovido por una profesora de un centro privado de carácter religioso contra la decisión empresarial de su des-

En la doctrina constitucional expuesta subyace la premisa de que el respeto al ideario del centro docente por parte de un profesor está en directa conexión con el tipo de función que éste cumple en el propio centro, es decir, la docencia, de modo que es el propio carácter de la prestación laboral que los docentes desarrollan en los centros educativos, especialmente cuando ésta consiste en transmitir aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, el que impone la necesidad de compatibilizar su libertad docente con la libertad del titular del centro de establecer el ideario. Doctrina, por tanto, que elaborada en relación con los centros docentes privados y los derechos fundamentales que amparan al titular del centro y a los docentes no resulta trasladable —como tiene declarado el Tribunal Constitucional—, so pena de alterar su originario y legítimo significado, a otros supuestos de relaciones laborales²³⁵.

3. Las universidades y centros docentes de enseñanza superior

El servicio público de la educación superior corresponde a la Universidad. La libertad de creación de centros docentes comprende también la libertad de creación de universidades y centros docentes de enseñanza superior de titularidad privada. Las Universidades privadas son las reconocidas como tales por Ley de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial hayan de establecerse o por Ley de las Cortes Generales, a propuesta del Gobierno, de acuerdo con el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio hayan de establecerse.

Al Gobierno le corresponde determinar con carácter general el número de centros y exigencias materiales y de personal mínimo necesario que deben de reunir las Universidades privadas para su reconocimiento, así como la homologación de los títulos expedidos. Las Universidades y centros docentes de enseñanza superior de titularidad privada se rigen por sus propias normas de organización y funcionamiento²³⁶.

pido que se fundó en su disconformidad «con las normas de la dirección del centro, creando con ellas fricciones que deterioran los criterios que presiden la enseñanza en esta Institución» y por desarrollar «su actividad profesional en forma que no se ajusta al ideario que rige en nuestro centro». El Tribunal Constitucional estimó el despido lesivo de la libertad ideológica de la recurrente «al no probarse que hubo fricciones contra los criterios del Centro o actividad profesional desarrollados en forma contraria o no ajustada al ideario del Centro», no considerando invocable como causa justa de despido la disconformidad de la profesora con los criterios o con el ideario del Centro al no haberse exteriorizado dicha disconformidad (FJ 4).

²³⁵ Vid. el apartado A.III.2.2.1.

²³⁶ Arts. 57 a 59 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. En su disposición adicional tercera se establece que «la aplicación de esta Ley a las Universidades de la Iglesia Católica

3.1 *Símbolos religiosos en los escudos o emblemas de las universidades públicas*

Desde la perspectiva del derecho a la autonomía universitaria (art. 27.10 CE), ha sido analizada en la jurisprudencia constitucional la facultad de las Universidades de establecer o modificar sus escudos o símbolos, con ocasión, en concreto, de la decisión del claustro constituyente de una Universidad pública de suprimir de su escudo un símbolo religioso —la imagen de la «Virgen de la Sapiencia»—. Decisión que los órganos judiciales estimaron contraria a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), al faltar en el acto administrativo causa jurídica fundada en un interés público o en un interés del servicio público de la docencia, ya que no constaba fundamento objetivo, razonamiento, ni demostración alguna que jurídicamente justificase la supresión de la tradicional imagen de «La Virgen de la Sapiencia», tratando de fundamentarse dicha supresión tan sólo en la aconfesionalidad del Estado, lo que no amparaba, en opinión de los órganos judiciales, la actuación administrativa²³⁷.

Tras dejar sentado que la capacidad de la Universidad para adoptar su escudo o símbolo de identidad y representación no desborda en modo alguno las facultades legalmente asignadas a la institución universitaria, ya que se comprende en el contenido normal de la potestad de autonormación en la que también se concreta la autonomía universitaria, el Tribunal Constitucional afirma que los estatutos de la Universidad, estando naturalmente sometidos a un control de legalidad, no quedan sometidos a un control de oportunidad o conveniencia, ni siquiera de carácter meramente técnico, de modo que sólo puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria. Es consecuencia, no hay que buscar causa jurídica o interés público justificativos de la voluntad del claustro de suprimir del escudo la imagen referida más allá de ella misma, ni esta voluntad contradice valores, bienes o intereses constitucionalmente tutelados, ni vulnera precepto legal alguno configurador de la autonomía universitaria, ni, siendo la decisión claustral expresión de un derecho de libertad, debe buscársele raíz o causa exógena al acuerdo del claustro. «La racionalidad del acuerdo, implícita en él pero comprensible sin esfuerzo, con-

se ajustará a lo dispuesto en los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede». Las previsiones de la Ley de Reforma Universitaria sobre los requisitos para la creación de Universidades y centros docentes de enseñanza superior de titularidad privada han sido desarrolladas por el Real Decreto 557/1991, de 12 de abril.

²³⁷ STC 130/1991. La Sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto por la Universidad de Valencia contra las decisiones judiciales que anularon el precepto de los Estatutos de la Universidad por el que se suprimió de su escudo la imagen de la «Virgen de la Sapiencia».

siste en considerar que es más adecuado a la lógica de un Estado aconfesional un escudo universitario sin elemento de significado religioso que con ellos. Sin duda es posible discrepar lícitamente de tal decisión, pero lo que no resulta posible es calificarla de irracional, absurda o arbitraria, por lo que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), entendida como garantía sustantiva o irreductible a cualquier otra, no ha sido vulnerada o desconocida en el presente caso».

Así pues, dado que la capacidad del claustro universitario para la elección de sus símbolos representativos entra de plano en el contenido normal de la potestad autonormativa de la Universidad y dada la inexistencia de predeterminación normativa y de contenido preceptivo alguno respecto de los criterios que a tales efectos habrían de seguirse, es evidente el apoderamiento incondicionado o, si se prefiere, la plena libertad efectiva del claustro para adoptar, entre todas las posibles, la opción mayoritariamente considerada más conveniente. Elección que, a falta de elementos objetivos y normativos que la sustentaran, se había necesariamente de adoptar conforme a criterios de oportunidad o conveniencia, libremente valorados y decididos por los claustrales. Las evidencias históricas y las razones heráldicas —concluye el Tribunal Constitucional— no bastan, sin más, para menoscabar el derecho fundamental a la autonomía universitaria ni, por ello, para sustituir los símbolos libre y voluntariamente decididos por el claustro constituyente por otros que, como los propuestos por la minoría disconforme, serían igual de lícitos y respetables, sólo que no han sido los mayoritariamente votados.

4. La enseñanza de la religión

Los Acuerdos suscritos por el Estado español y las distintas iglesias, confesiones y comunidades religiosas garantizan el derecho a recibir la enseñanza de la religión de la respectiva confesión, si bien el reconocimiento de ese derecho presenta en los diferentes Acuerdos y en la normativa que desarrolla esta materia aspectos peculiares²³⁸.

El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales comienza por proclamar que la acción

²³⁸ El art. 27.3 de la CE dispone que «Los poderes públicos garantizarán 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»: Derechos cuyo enunciado reiteran la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (arts. 4.c) y d)) y el Real Decreto 732/1985, de 5 de mayo, por el que se establecen los Derechos y Deberes de los Alumnos y las Normas de Convivencia en los Centros [art. 16 d)].

educativa respetará el derecho fundamental de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos en el ámbito escolar y que, en todo caso, la educación que se imparta en los centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana.²³⁹

4.1 *Los centros docentes no universitarios*

El Estado asume la obligación de incluir la enseñanza de la religión católica en todos los centros docentes, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, en los planes de estudios de los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica, de Bachillerato Unificado Polivalente y en los Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades²⁴⁰. Dicha enseñanza no tiene carácter obligatorio para los alumnos, garantizándose el derecho a recibirla, y es impartida por las personas que para cada año sean designadas por las autoridades académicas entre las propuestas por el ordinario diocesano, las cuales forman parte, a todos los efectos, de los claustros de profesores de los respectivos centros docentes²⁴¹. A la jerarquía eclesiástica le corresponde también señalar los contenidos de la enseñanza y formación religiosa católica, así como proponer los libros de texto y el material didáctico relativos a la misma²⁴².

²³⁹ Art. I.

²⁴⁰ La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo establece en las enseñanzas de régimen general las siguientes etapas: educación infantil, que comprende hasta los seis años de edad, tiene carácter voluntario y se divide en dos ciclos, extendiéndose el primero hasta los tres años y el segundo desde los tres hasta los seis años de edad; la educación primaria, que comprende seis cursos académicos desde las seis a los doce años, tiene carácter obligatorio y se divide en tres ciclos; y, la educación secundaria, que comprende la etapa de educación secundaria obligatoria y abarca cuatro cursos académicos, entre los doce y los dieciséis años de edad, el bachillerato, con dos cursos académicos de duración a partir de los dieciséis años de edad, y la formación profesional de grado medio (arts. 7 a 29).

²⁴¹ En los centros docentes públicos de educación preescolar, de educación general básica y de formación profesional de primer grado, la designación de las personas que importen la enseñanza de la religión católica recae preferentemente en los profesores de Educación General Básica que lo soliciten, no pudiendo nadie ser obligado a impartir enseñanza religiosa. La situación económica de los profesores de religión católica, que no pertenezcan a los Cuerpos docentes del Estado, se concreta entre la Administración Central del Estado y la Conferencia Episcopal Española (arts. III y VII del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales). La Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, sobre Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes dispone que formen parte del claustro de profesores de los centros docentes públicos, la totalidad de profesores que presten servicio en el centro (art. 14.2).

²⁴² Arts. II a VI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales. Sendas Órdenes de 20 de febrero de 1992 establecen el currículo del área de religión católica en la educación primaria y secundaria obligatoria; por Orden de 5 de octubre de 1993 se aprueba el currículo del área de religión católica en el Bachillerato.

En los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones evangélica, judía e islámica se garantiza a los alumnos, a los padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten el ejercicio del derecho de los primeros a recibir enseñanza religiosa de la propia confesión en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en contradicción con el carácter propio del centro, en los niveles de educación infantil, educación primaria y educación secundaria. La enseñanza religiosa es impartida por profesores designados por la propia confesión, que, además, proporciona los contenidos de la enseñanza, así como los libros de texto relativos a la misma²⁴³. Por su parte, los centros públicos docentes y los privados concertados deben facilitar los locales adecuados para el ejercicio del derecho a recibir enseñanza religiosa de la propia confesión²⁴⁴.

La ordenación de la enseñanza de la religión en el actual sistema educativo español está regulada por el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre. De conformidad con su texto articulado, la enseñanza de la religión católica se imparte en los centros docentes de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, secundaria obligatoria y bachillerato, tanto públicos como privados, sean o no concertados estos últimos, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, siendo de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos. Se garantiza, asimismo, el derecho a recibir enseñanza de las confesiones evangélica, israelita e islámica en los niveles educativos y en los centros docentes mencionados, ajustándose la enseñanza de dichas religiones a lo dispuesto en los diferentes Acuerdos de Cooperación con el Estado. En cuanto a la evaluación de la enseñanza de religión católica y de las diferentes confesiones religiosas se prevé en los niveles de educación primaria y de educación secundaria obligatoria que la de la religión católica se

²⁴³ Por Orden de 9 de abril de 1981 se incorpora a los niveles de educación preescolar y educación general básica el programa de enseñanza religiosa judía establecido por la Federación de Comunidades Israelitas de España; por Orden de 1 de julio de 1983 se incorpora a los niveles de educación preescolar y educación general básica el programa de la enseñanza adventista, propuesto por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día; por Orden de 22 de noviembre de 1985 se incorpora al nivel de educación general básica el programa de la enseñanza religiosa de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días; por Orden de 28 de junio de 1993 se dispone la publicación de la enseñanza religiosa evangélica correspondiente a educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato; por Orden de 11 de enero de 1996 se dispone la publicación de los currículos de enseñanza religiosa islámica, correspondientes a educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato.

²⁴⁴ Arts. 10.1, 2, 3 y 4 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España. En los centros docentes públicos de educación infantil y primaria la designación de las personas que han de impartir la enseñanza religiosa puede recaer en Profesores del Cuerpo de Maestros, con destino en el centro (art. 6.2 Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la Enseñanza de Religión).

realice a todos los efectos, de acuerdo con la normativa vigente, del mismo modo que las de las demás áreas o materias, haciendo constar en el expediente académico del alumno las calificaciones obtenidas. La evaluación de las enseñanzas de otras confesiones religiosas en los mencionados niveles ha de ajustarse a lo que se disponga en los currículos correspondientes, haciendo constar, en su caso, las calificaciones u observaciones en el expediente académico del alumno. Sin embargo, en el bachillerato, con el fin de garantizar el principio de igualdad y la libre concurrencia entre todos los alumnos, las calificaciones que se hubieran obtenido en la evaluación de las enseñanzas de religión no se computan en la nota media a efectos de acceso a la Universidad ni en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas al estudio que realicen las Administraciones Públicas cuando hubiera que acudir a la nota media del expediente para realizar una selección entre los solicitantes²⁴⁵.

Para los alumnos que no opten por seguir la enseñanza de religión se prevé con carácter obligatorio, en horario simultáneo a la enseñanza de religión, una serie de actividades de estudio alternativas acerca de contenidos que no se encuentren incluidos en los currículos de los respectivos ciclos o cursos y que se refieran a diferentes aspectos de la vida social y cultural, manifestaciones literarias, plásticas y musicales, si bien durante dos cursos de la educación secundaria obligatoria y otros del bachillerato dichas actividades han de versar sobre aspectos culturales relacionados con las religiones. Tales actividades no son objeto de evaluación y de las mismas no ha de quedar constancia en los expedientes académicos de los alumnos²⁴⁶.

4.2 *Las universidades y centros docentes de enseñanza superior*

En los centros universitarios o de enseñanza superior públicos, donde la oferta de la enseñanza de la religión no es obligatoria, con la excepción que a

²⁴⁵ El deseo de cursar enseñanza religiosa habrá de manifestarse por los padres o tutores de los alumnos, o por estos mismos si fueran mayores de edad, al Director del centro al comienzo de cada etapa o nivel educativo o en la primera adscripción del alumno al centro, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse al inicio de cada curso escolar (art. 3). Por lo demás, en el mencionado Real Decreto se reiteran las previsiones contenidas en los Acuerdos suscritos por el Estado con las distintas confesiones religiosas sobre la determinación de los currículos de la enseñanza de religión y los libros de texto y materiales didácticos a utilizar –cuyos textos e imágenes deben respetar los preceptos constitucionales y los principios de acuerdo a los cuales debe desarrollarse la actividad educativa–, así como sobre la designación de las personas que han de impartir la enseñanza de religión. Sobre la asistencia religiosa y actos de culto en los centros públicos no universitarios, vid. el apartado A.III.2.1.

²⁴⁶ Por Orden de 3 de agosto de 1995 se regulan las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión.

continuación se indica, se reconoce a las confesiones religiosas con las que el Estado ha suscrito Acuerdos la posibilidad, de acuerdo con las autoridades académicas, de organizar cursos de enseñanza religiosa, pudiendo utilizar, a tal fin, los locales y medios de los centros²⁴⁷.

En el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, el Estado ha asumido la obligación de incluir, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, la asignatura «Doctrina Católica y su Pedagogía» en las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado. Su enseñanza tiene carácter voluntario para los alumnos, siendo impartida por las personas que designen las autoridades académicas entre las propuestas por el ordinario diocesano, las cuales forman parte de los respectivos claustros de profesores²⁴⁸.

4.2.1 El derecho a la autonomía universitaria y la inclusión en los planes de estudio de las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado de la asignatura «Doctrina y Moral Católicas y su pedagogía»

La obligación de incluir como optativa en los planes de estudio de las Escuelas Universitarias de Profesores de Educación General Básica la asignatura «Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía», en virtud del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, no resulta contraria al derecho a la autonomía universitaria que garantiza el art. 27.10 de la CE²⁴⁹.

²⁴⁷ Arts. V del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos culturales; arts. 10.5 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

²⁴⁸ Art. IV del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales. Por Orden de 19 de mayo de 1980 se regula la enseñanza de la asignatura «Doctrina Católica y su Pedagogía» en las Escuelas Universitarias del Profesorado de Educación General Básica.

²⁴⁹ STC 187/1991. La Sentencia desestima el recurso de amparo promovido por la Universidad Autónoma de Madrid contra las resoluciones judiciales que declararon la obligación de incluir en los planes de estudio de una Escuela Universitaria de Profesores de Educación General Básica la asignatura «Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía». En la demanda de amparo se prescindió expresamente del contenido concreto de la asignatura a incluir en los planes de estudio y la posible contradicción de la obligación de su inclusión con las libertades que proclama el art. 16.1 de la CE, cuestión en la que, en consecuencia, no entra la Sentencia (FJ 3).

El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales dispone que «la enseñanza de la doctrina católica y su pedagogía en las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales tendrá carácter voluntario para los alumnos» (art. IV).

Ante el planteamiento de la Universidad recurrente que estimaba lesiva del mencionado derecho fundamental la obligación de incluir aquella asignatura en los planes de enseñanza de las citadas Escuelas Universitarias, el Tribunal Constitucional ha declarado que la autonomía universitaria comprende entre otras facultades la elaboración y aprobación de los planes de estudio, lo cual no significa, sin embargo, que no existan límites derivados del ejercicio de otros derechos fundamentales o de un sistema universitario nacional que exige instancias coordinadoras. Entre esos límites, figura la determinación por el Estado, a quien le corresponde la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales (art. 149.1.30 CE), del bagaje indispensable de conocimientos que deben alcanzarse para obtener cada uno de los títulos oficiales y con validez en todo el territorio nacional. En consecuencia, rechaza el argumento de que la autonomía universitaria impide la obligatoriedad de incluir en los planes de estudio de una Universidad asignatura alguna. Por el contrario, la autonomía universitaria no es una libertad absoluta, teniendo el Estado competencia exclusiva para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y, por ende, para imponer en los planes de estudio las materias cuyo conocimiento considere necesario para la obtención de un título concreto, sin perjuicio de que a cada Universidad corresponda la regulación y organización de la enseñanza de esas materias²⁵⁰.

Sentado cuanto antecede, el Tribunal Constitucional concluye afirmando que la obligatoriedad de incluir la asignatura «Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía» como optativa en los planes de enseñanza de las Escuelas Universitarias de Profesores de Educación General Básica no vulnera la autonomía universitaria porque dicha «obligación deriva de un Tratado Internacional celebrado por el Estado en el ejercicio legítimo de las competencias que le atribuye el art. 149.1.30 (de la CE) y respeta el contenido esencial de aquel derecho fundamental». Además, aunque el Estado no puede imponer cualquier asignatura, sino sólo el contenido mínimo indispensable para la obtención de títulos, la materia «Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía», aunque optativa, puede considerarse adecuada para la obtención del título de Profesor de Educación General Básica, pues su inclusión resulta justificada al encontrar apoyo en el deber de los poderes públicos de garantizar a los padres que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), «lo que a juicio del Estado requiere

²⁵⁰ STC 187/1991, FJ 3.

que en los planes de estudio de las Escuelas Universitarias de Formación de Profesores de Educación General Básica se incluya, como optativa, la asignatura de religión». El hecho de que se trate de la religión católica es fruto de un compromiso que el Estado ha querido asumir con la Santa Sede y que tiene su respaldo en el art. 16.3 de la CE²⁵¹.

De otra parte, la obligación asumida por el Estado no sólo se contrae a la inclusión de la asignatura «Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía» en los planes de estudio de las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado de Educación General Básica, sino a que la misma se verifique en términos equiparables a las demás asignaturas fundamentales, lo que implica que no basta con su inclusión, sino que es necesario además que lo sea en términos de equiparación con determinadas asignaturas. Equiparación que si bien no puede ser entendida como identidad absoluta con las otras asignaturas, excluye la existencia de una evidente desproporción²⁵².

4.2.2 La asignatura de Derecho Canónico en los planes de estudio de la licenciatura de Derecho

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, el derecho a la libertad religiosa, específicamente en un Estado que se declara aconfesional, en conexión con la libertad de enseñanza impide a los poderes públicos imponer coactivamente el estudio de una confesión ideológica o religiosa determinada, al menos con contenido apologístico y no meramente informativo. Podría, en consecuencia, estimarse inconstitucional, por lesionar el derecho a la libertad religiosa, la decisión de los poderes públicos de imponer a un no creyente el estudio del contenido ideológico, filosófico o dogmático de una concreta confesión, debiendo indagarse entonces si esa imposición se hace con carácter apologístico o con fines de adoctrinamiento.

²⁵¹ STC 187/1991, fundamentos jurídicos 3 y 4.

²⁵² STC 155/1997. La Sentencia resuelve desestimándolo el recurso de amparo interpuesto por la Universidad Autónoma de Madrid contra las resoluciones judiciales que consideraron que la inclusión de la asignatura «Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía» en los planes de estudio de una Escuela Universitaria de Formación de Profesores de Educación General Básica no se había efectuado en términos equiparables a las demás asignaturas fundamentales, a la que se le había asignado cuatro créditos. «El Acuerdo con la Santa Sede –afirma el Tribunal Constitucional– impone, efectivamente, un tratamiento que en los Planes de Estudio examinados no se alcanza. La enseñanza de la Religión Católica no se incluye en esos Planes, «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales». Basta ahora con comprobar que asignaturas también optativas, como la Plástica o la Música, tienen atribuidas un total de dieciocho y ochenta y cuatro créditos, respectivamente» (FJ 3).

Sin embargo, el estudio de la asignatura de Derecho Canónico, obligatoria en los planes de estudios para obtener la licenciatura de Derecho, en cuanto asignatura basada en la explicación e interpretación de un *corpus iuris*, como es el Código de Derecho Canónico, «no es por su misma naturaleza una disciplina de contenido ideológico, con independencia de que se base en un sustrato dogmático o confesional, cual es la doctrina de la Iglesia Católica. De hecho, muchas disciplinas jurídicas se centran en el estudio de textos legales y teorías jurídicas cuyo sustrato ideológico es identificable». En esta línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional ha rechazado que la obligación del estudio del Derecho Canónico en las Universidades Públicas sea una reminiscencia del carácter confesional del Estado con anterioridad a la Constitución de 1978 y que la finalidad objetiva de su mantenimiento no sea otra que la apología, si bien indirecta, de un determinado credo religioso, pues para la experiencia normal de cualquier jurista ello no es así²⁵³.

²⁵³ ATC 359/1985, que inadmite a trámite, por carecer manifiestamente de contenido constitucional, la demanda de amparo promovida contra las resoluciones administrativas y jurisdiccionales que denegaron a la recurrente la petición de que se la eximiera de cursar la asignatura de derecho canónico. «La imposición estatal del estudio de Derecho Canónico –se dice en el Auto– para obtener un título académico público no merma en modo alguno la libertad de profesión y expresión, pública o privada, de las propias convicciones religiosas, filosóficas o morales, ni obliga a nadie a declarar su ideología o creencias; no afecta a esa esfera de *agere licere* en que la libertad religiosa consiste fundamentalmente».

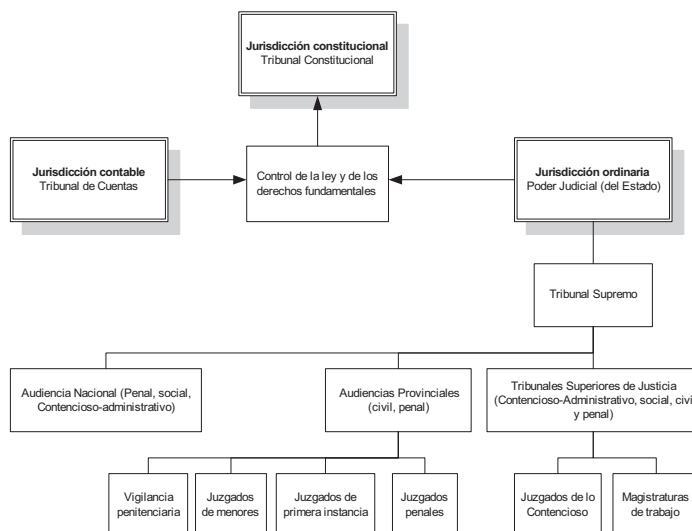
XII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos Bruselas, 2002

Las relaciones entre los Tribunales Constitucionales y los restantes Tribunales Nacionales, teniendo en cuenta la interferencia, en esta materia, de la acción de los Tribunales Europeos

I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LOS OTROS TRIBUNALES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A) La organización jurisdiccional del Estado

1. *El sistema jurisdiccional*



2. *El Tribunal Constitucional*

2. El Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial. Si a éste dedica la Constitución su Título VI («Del Poder Judicial» –arts. 117–127), el Tribunal Constitucional es objeto de un Título propio (IX «Del Tribunal Constitucional» – arts. 159–165). El Tribunal Constitucional se configura así como un poder del Estado, junto al Parlamento (Cortes Generales, Título III), Gobierno (Título IV) y Poder Judicial (Título VI), poderes que formalmente se reducen a unidad en la Corona (Título II).

El estatuto de los Magistrados del Tribunal Constitucional reúne las garantías de independencia e inamovilidad propias de los órganos judiciales (art. 159.3 CE), en tanto que, institucionalmente, queda asegurada la independencia del propio Tribunal respecto de los demás poderes del Estado, así como su sometimiento exclusivo a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1.1 LOTC).

B) Las competencias respectivas del Tribunal Constitucional y de los restantes Tribunales en materia de control de constitucionalidad

1. *El control de la ley y otros actos*

§1 La naturaleza del control

3. Con carácter general, el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad de todas las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. También controla la conformidad con la Constitución de los Reglamentos parlamentarios de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Es, además, competente para enjuiciar la constitucionalidad de los tratados y normas internacionales, tanto antes de su incorporación en el Ordenamiento nacional como una vez integradas. Por último, a través del recurso de amparo puede enjuiciar resoluciones administrativas, parlamentarias (sin fuerza de ley) y judiciales en el caso de infracción de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución o del derecho a la objeción de conciencia garantizado en el artículo 30.2 CE.

4. La competencia para examinar la constitucionalidad de la ley y de las disposiciones y actos con fuerza de ley así como la de los Reglamentos parlamentarios es compartida por el Tribunal Constitucional y los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial. Sin embargo, el control de estos últimos sólo comprende el enjuiciamiento positivo, ya que, de apreciar la concurrencia

de un vicio de inconstitucionalidad, los Juzgados y Tribunales no puede invalidar o inaplicar la norma enjuiciada, sino que deben elevar una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE), en quien se encuentra monopolizada la facultad de rechazo de las leyes inconstitucionales (si bien sólo de las postconstitucionales; las anteriores a la Constitución —en tanto que derogadas por ésta— pueden ser inaplicadas por los Tribunales ordinarios, aunque éstos pueden, alternativamente, plantear una cuestión de inconstitucionalidad; STC 4/1981, de 2 de febrero).

Lo anterior vale también para los tratados y normas internacionales una vez incorporados al Derecho español. Sin embargo, el control previo de constitucionalidad de estas normas (esto es, el verificado con anterioridad a su integración) sólo compete al Tribunal Constitucional. Por su parte, el control ejercido por el Tribunal Constitucional en vía de recurso de amparo presupone siempre el pronunciamiento previo de un Juzgado o Tribunal ordinario. La única excepción es la representada por los actos parlamentarios sin fuerza de ley, cuya impugnación ante el Tribunal Constitucional ha de ser inmediata y directa, una vez agotados los recursos internos de la propia Cámara legislativa (art. 42 LOTC).

5. El control ejercido por el Tribunal Constitucional es siempre un control *a posteriori*, con la única excepción del control referido a las normas internacionales, que puede ser anterior en el caso de que así lo soliciten el Gobierno o alguna de las dos Cámaras que integran las Cortes Generales (art. 95 CE). Se trata, por tanto, de un control previo no preceptivo aunque sí vinculante: en el caso de que el Tribunal concluya que la norma internacional que pretende integrarse es contraria a la Constitución su incorporación al Derecho interno sólo podrá llevarse a cabo previa reforma de la Constitución.

6. El control del Tribunal Constitucional sobre las leyes y normas con fuerza de ley será concreto o abstracto en función de la vía de impugnación seguida en cada caso. El recurso de inconstitucionalidad o en vía directa (que puede interponerse en determinado plazo tras la publicación de la norma y sólo por parte de ciertos legitimados) es un control de naturaleza abstracta. Por el contrario, el control verificado a través de la cuestión de inconstitucionalidad (que puede plantear, en todo tiempo, cualquier Juzgado o Tribunal ordinario) se define como un control concreto. No obstante, no hay unanimidad en la doctrina acerca de si el carácter concreto de este control se extiende a todo el proceso o sólo se refiere al momento de su planteamiento (debe suscitarse con ocasión de un acto concreto de aplicación de la ley cuestionada), sin que existan después diferencias con el método propio del recurso abstracto.

§2 El acceso al Tribunal Constitucional

a. Las vías de acceso

7. El acceso al Tribunal Constitucional puede verificarse por alguna de las siguientes vías:

- a) Contra leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley, incluidos tratados y normas internacionales una vez integrados en el Ordenamiento: recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad y conflicto en defensa de la autonomía local constitucionalmente garantizada.
- b) Contra actos, disposiciones y resoluciones sin fuerza o valor de ley: recurso de amparo, conflicto de competencias (positivo o negativo), conflictos entre órganos constitucionales e impugnación específica del Título V de la LOTC (por el Gobierno y contra las Comunidades Autónomas).
- c) En relación con tratados aún no incorporados al Derecho español: control previo de constitucionalidad (facultativo y vinculante).

El número de asuntos ingresados por cada una de estas vías en los últimos cinco años es el siguiente:

	1996	1997	1998	1999	2000
Recursos de inconstitucionalidad	14	47	36	23	45
Cuestiones de inconstitucionalidad	102	90	51	33	85
Conflictos autonomía local (desde 1999)	—	—	—	—	3
Conflictos positivos de competencia	5	10	8	13	16
Conflictos negativos de competencia	0	0	1	0	0
Conflictos órganos constitucionales	0	0	1	0	0
Impugnaciones del Título V LOTC	0	0	0	0	0
Control previo de tratados	0	0	0	0	0
Recursos de amparo	4689	5391	5441	5582	6762

b. El recurso directo

8. En el Derecho español cabe el recurso directo ante el Tribunal Constitucional contra las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. Las impugnaciones

contra otro tipo de resoluciones, disposiciones y actos requieren siempre la mediación de un acto administrativo o judicial. La única excepción es la representada por los actos legislativos sin fuerza de ley lesivos de derechos fundamentales, contra los cuales puede acudir directamente en amparo (art. 42 LOTC), aunque, de existir, deben agotarse previamente los recursos internos disponibles en la propia Cámara legislativa.

9. La legitimación para interponer un recurso directo de inconstitucionalidad es tasada. Sólo disfrutan de ella el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 32 LOTC). Si la impugnación se basa en la posible lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada, están legitimados los municipios y las provincias, bajo determinadas condiciones (número, población) en función del ámbito territorial de aplicación de la ley.

El plazo de interposición de un recurso de inconstitucionalidad es de tres meses desde la publicación oficial de la ley. Si se trata de recursos de inconstitucionalidad interpuestos por motivos competenciales, el plazo puede prorrogarse, bajo ciertas condiciones, hasta los nueve meses. En el caso de los conflictos en defensa de la autonomía local, su interposición debe ir precedida de la solicitud de un dictamen al Consejo de Estado o, en su caso, al órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en el plazo de tres meses desde la publicación de la ley, debiendo plantearse el conflicto dentro del mes siguiente a la recepción del dictamen.

10. El Tribunal Constitucional puede suspender la ejecución de las resoluciones y actos impugnados en vía de amparo. En el caso de los recursos contra leyes, la Constitución y la Ley Orgánica habilitan al Gobierno de la Nación (y sólo a él) para interesar la suspensión de la vigencia de las leyes autonómicas impugnadas. La suspensión es entonces automática, aunque el Tribunal Constitucional debe ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses (art. 161.2 CE).

c. El reenvío prejudicial. La excepción de inconstitucionalidad

¿Quién puede plantearla?

11. La cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada ante el Tribunal Constitucional por cualquier Juez o Tribunal ordinario, de cualquier orden jurisdiccional. Aunque el Tribunal Constitucional no ha tenido aún ocasión de pronunciarse al respecto, la doctrina defiende que entre esos órdenes

jurisdiccionales figura también el contable, ejercido por el Tribunal de Cuentas (órgano no integrado en el Poder Judicial). Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha excluido expresamente la posibilidad de que los árbitros puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad, pues entiende que carecen de «jurisdicción en sentido propio» por cuanto desarrollan una actividad de naturaleza «parajurisdiccional o cuasijurisdiccional» [ATC 259/1993, de 20 de julio (FJ 3.º)].

12. Los Jueces y Tribunales sólo tienen obligación de plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando consideren que una norma con rango de ley, aplicable al caso de que están conociendo y de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución (art. 163 CE). Lo determinante para el planteamiento de la cuestión es la *duda* del Juez o Tribunal.

Desde otra perspectiva, el planteamiento de la cuestión es obligatorio si la alternativa es la inaplicación de una norma con valor de ley: La duda de constitucionalidad no puede resolverse con la inaplicación de la ley, sino con el cuestionamiento de su validez ante el Tribunal Constitucional.

13. La decisión de plantear una cuestión de inconstitucionalidad compete, con carácter exclusivo, a los Jueces y Tribunales ordinarios. Lo determinante para su planteamiento es, en último término, la duda del órgano judicial. Las partes del proceso, *a quo* pueden interesar el planteamiento de la cuestión, pero su solicitud no vincula en modo alguno al órgano judicial, que puede, incluso, rechazarla implícitamente con su silencio, sin que se lesione con ello el derecho del solicitante a la tutela judicial (AATC 275/1983, de 8 de junio, y 767/1987, de 8 de octubre).

Antes de plantear la cuestión, sin embargo, el órgano judicial debe oír a las partes (art. 35 LOTC), con el fin de que éstas se pronuncien sobre la pertinencia de su planteamiento. En este trámite de audiencia, las partes pueden oponerse a la elevación de la cuestión, pero su oposición sólo puede prosperar si con sus argumentos se disipan las dudas que albergue el órgano judicial; en otro caso, éste elevará la cuestión al Tribunal Constitucional.

14. La cuestión de inconstitucionalidad sólo puede plantearse en el curso de un proceso y antes de dictar sentencia. Aun en el supuesto de que la duda de inconstitucionalidad surja ya en las primeras fases del proceso *a quo*, éste debe continuarse por sus trámites hasta el momento inmediatamente anterior a su resolución por sentencia. Si bien la legislación procesal aplicable utiliza los términos «proceso» y «sentencia», el Tribunal Constitucional viene interpretando uno y otro en un sentido amplio. Así, en principio, se asimila a «proceso» toda actuación judicial en la que se ejerza un poder decisorio de naturaleza jurisdiccional (STC 76/1992, de 14 de mayo, y ATC 140/1997,

de 8 de mayo); y se identifica con «sentencia» a los pronunciamientos que pongan fin a ese tipo de actuaciones.

La cuestión puede plantearse de oficio o a instancia de parte, pero la decisión última compete al órgano judicial, que no está vinculado, en ningún sentido, por el parecer de las partes. En todo caso, la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad exige siempre la apertura de un trámite de audiencia por el órgano judicial. Éste deberá requerir el parecer de las partes y del Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear la cuestión, señalándoles cuáles son los preceptos legales acerca de cuya constitucionalidad alberga alguna duda, así como los preceptos constitucionales que, en su opinión, podrían verse conculcados. Recibidas las alegaciones de las partes, el Juez o Tribunal decidirá si finalmente plantea o no la cuestión. En el primer caso, la duda elevada al Tribunal Constitucional deberá versar necesariamente sobre los preceptos (legales y constitucionales) objeto de debate en el trámite de audiencia.

15. El órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad debe abrigar dudas efectivas respecto de la adecuación a la Constitución de la ley cuestionada. No se le exige que esté convencido de la inconstitucionalidad de la ley, sino simplemente que dude de su constitucionalidad y que esa duda se exteriorice de manera suficientemente motivada.

El filtro

16. La admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional no es automática. La Ley Orgánica del Tribunal ha previsto un trámite específico que permite al Tribunal Constitucional examinar si la cuestión que pretende plantearse satisface los requisitos impuestos al efecto por la Constitución y la propia Ley Orgánica. En ese trámite el Tribunal verifica, sustancialmente, que la norma cuestionada lo sea por un órgano judicial en el curso de un proceso, que tenga rango o valor de ley, que sea aplicable al caso del que conoce el órgano judicial y que de su validez dependa el fallo. Comprueba, además, que la cuestión se plantee en el momento anterior a dictar sentencia y que se haya observado correctamente el trámite de audiencia a las partes.

El examen sobre la admisibilidad de la cuestión puede concluir con un pronunciamiento de inadmisión, incluso si se han satisfecho las anteriores condiciones, en el caso de que el Tribunal Constitucional entienda que la cuestión es «notoriamente infundada» (art. 37.1 LOTC). Por esta vía se rechazan aquellas cuestiones que ya han sido resueltas en pronunciamientos de fondo precedentes. Pero el propio Tribunal ha advertido que la noción de *cuestión*

notoriamente infundada «encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad» [ATC 389/1990, de 29 de octubre (FJ 1.º), en esa línea, AATC 134/1995, de 9 de mayo (FJ 2.º), y 292/1997, de 22 de julio (FJ 2.º)].

Los datos estadísticos correspondientes a los últimos cinco años arrojan los siguientes datos:

	1996	1997	1998	1999	2000
CC. II. resueltas por sentencia	12	7	9	6	12
CC. II. inadmitidas por Auto	33	39	18	8	15

La extensión del acceso al Tribunal Constitucional

17. El órgano judicial que plantea la cuestión debe delimitar tanto la norma cuestionada como los preceptos constitucionales supuestamente infringidos. En relación con lo primero está vinculado estrechamente por el trámite de audiencia a las partes, de manera que no puede cuestionar ninguna norma sobre cuya constitucionalidad no hayan podido pronunciarse aquéllas. En relación con lo segundo, se admite que el Auto de planteamiento modifique o amplíe el parámetro de constitucionalidad delimitado en el trámite de audiencia, siempre que en este punto no se aprecie una divergencia sustancial, pues de otro modo se privaría de virtualidad a ese trámite (STC 84/1993, de 8 de marzo).

El órgano judicial debe motivar expresamente sus dudas de constitucionalidad o, cuando menos, ha de ser posible inferirlas del conjunto del Auto de planteamiento. En otro caso, el Tribunal Constitucional no entrará en el fondo, pues no es función suya «hacer cábalas o conjeturas sobre las razones que abonan las afirmaciones de inconstitucionalidad, cuando no de modo explícito ni de modo implícito se le ofrece, ni le sería lícito, aunque llegara a adivinarlas, tomarlas en cuenta para su decisión, pues rompería con ello la igualdad de las partes al aceptar argumentos que los demás intervinientes en el proceso constitucional no tuvieron ocasión de controvertir» [STC 4/1988, de 21 de enero (FJ 4.º); también, ATC 93/1999, de 13 de abril (FJ 2.º)].

El artículo 84 LOTC dispone que «el Tribunal, en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su

caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional [...]». Este precepto, incluido en las disposiciones procesales comunes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es aplicable a las cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal no ha hecho uso de esa facultad en este tipo de procesos, ateniéndose siempre al canon de constitucionalidad delimitado por el órgano judicial en su Auto de planteamiento de la cuestión. Y ello pese a que el artículo 39.2 LOTC, relativo a las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad, le permite «fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso». La razón puede encontrarse en el hecho de que en otro caso se podría desvirtuar el trámite de audiencia verificado en el proceso *a quo*, pues quienes son parte en éste no lo son (salvo el Ministerio Fiscal) en el procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

La sentencia que ponga fin a la cuestión de inconstitucionalidad deberá pronunciarse sobre la conformidad con la Constitución de los preceptos cuestionados. Sin embargo, el artículo 39.1 LOTC dispone que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia». Esta eventual extensión de la declaración de inconstitucionalidad a preceptos distintos de los cuestionados se ha producido en algún caso (SSTC 3/1983, de 25 de enero; 54/1983, de 21 de junio; y 27/1985, de 26 de febrero).

18. El Tribunal Constitucional entiende que «no puede [...] entrar en consideraciones, y menos decisiones, relativas al problema subyacente en la aplicación de la norma cuestionada, o, mejor dicho, en los presupuestos de hecho y normativos determinantes de su aplicación, tarea que es la propia del órgano judicial competente, tal la fijación de los hechos mediante su prueba y la subsunción de éstos en la norma aplicable. Sería prejuzgar indebidamente una decisión si esta jurisdicción constitucional, entrando en los hechos fundantes, estableciera que se dan o no los requisitos que la pretensión ha de reunir para ser satisfecha» [STC 142/1990, de 20 de septiembre (FJ 1.º)]. Las posibilidades revisoras del Tribunal Constitucional se han limitado a aquellos supuestos en que la norma cuestionada no es «en modo alguno aplicable» al caso [SSTC 189/1991, de 3 de octubre (FJ 2.º), y 149/1994, de 12 de mayo (FJ único)], cuando se aprecia que concurre un «error manifiesto» [STC 197/1992, de 19 de noviembre (FJ 2.º)], o si se aprecia que el criterio judicial resulta «con toda evidencia errado» [STC 188/1988, de 17 de octubre (FJ 3.º)].

La relevancia de la cuestión

19. El artículo 163 de la Constitución establece como condición inexcusable para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad el que la norma cuestionada sea aplicable al caso del que conoce el órgano judicial que la plantea y que de su validez dependa el fallo del proceso *a quo*. En consecuencia, el Tribunal Constitucional puede inadmitir aquella cuestión de inconstitucionalidad que se refiera a normas que no cumplan con esa condición.

En principio, el juicio sobre la aplicabilidad de la ley al caso concreto corresponde al propio órgano judicial, aunque, según acaba de verse (*supra* núm. 18), el Tribunal Constitucional puede revisar ese juicio en situaciones extremas. En palabras del Tribunal Constitucional, «la interpretación de la ley que lleva al órgano judicial proponente de la cuestión a [fin de] determinar cuáles son los preceptos aplicables al caso ha de ser aceptada por este Tribunal en cuanto no resulte irrazonable» [ATC 380/1996, de 17 de diciembre (FJ 2.º)].

El control de admisibilidad por parte del Tribunal Constitucional se extiende también al denominado «Juicio de relevancia», esto es, a la apreciación de que efectivamente la norma cuestionada es determinante para la resolución del proceso *a quo*. En este punto el Tribunal Constitucional es más exigente que en el caso anterior. Se parte del principio de que sólo podrá acordarse la inadmisión de la cuestión cuando se aprecie una «notoria falta de consistencia de la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia» [STC 106/1986, de 24 de julio (FJ 1.º); en la misma línea, STC 90/1994, de 17 de marzo (FJ 2.º)]. Pero la «notoria falta de consistencia» no equivale a un control de lo evidente, a partir de un examen meramente superficial. Por el contrario, se extiende al punto de verificar si la cuestión planteada se ajusta a los límites de la cognición que corresponde al proceso *a quo*, con el fin de apreciar si concurre una correlación lógica y directa entre la eventual anulación de la norma cuestionada y la resolución del proceso judicial. «Corresponde, pues, a este Tribunal revisar la adecuación y consistencia del juicio de relevancia, y dado que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita en el seno de un concreto y determinado proceso, dicha revisión tiene necesariamente que realizarse partiendo de la naturaleza y ámbito objetivo de ese proceso, pues la interdependencia que existe entre pretensión procesal, proceso y resolución judicial hace que el sentido y alcance de ésta vengan determinados y condicionados por la clase de proceso en el que se produce y por el contenido y finalidad de la pretensión que en el mismo se ejercita» [STC 166/1986, de 19 de diciembre (FJ 6.º); en el mismo sentido, STC 174/1998, de 23 de julio (FJ 2.º)].

La interpretación de la cuestión

20. *Vid. supra* núm. 17.

La interpretación de la norma controlada

21. El control ejercido por el Tribunal Constitucional sobre la interpretación judicial de la norma cuestionada tiene por objeto determinar el cumplimiento de las condiciones impuestas por la Constitución para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad: que se trate de una norma con rango de ley aplicable al caso y determinante del sentido del fallo del proceso *a quo*.

Con apoyo en el artículo 37.1 LOTC (*vid. supra* núm. 16), el Tribunal Constitucional puede inadmitir, por notoriamente infundada, una cuestión de inconstitucionalidad planteada a partir de una interpretación manifiestamente arbitraria o irrazonable de la norma que pretende cuestionarse. Ni siquiera se exige que no existan interpretaciones alternativas y conforme con la Constitución: «la posibilidad de interpretar la norma de forma diferente a como lo ha hecho el órgano judicial promoviente no es por sí solo motivo suficiente para considerar mal planteada la cuestión, salvo que la interpretación sean manifiestamente infundada y arbitraria» [STC 130/1999, de 1 de julio (171 2)]; también, SSTC 157/1990, de 18 de octubre (FJ 1.º), y 174/1998, de 23 de julio (FJ 2.º)]. El Tribunal respeta, pues, la interpretación judicial de la ley —en los términos indicados—, pero puede resolver la cuestión imponiendo como obligada una interpretación alternativa que permita conciliar a la ley con la Constitución.

El «ius superveniens»

22. La derogación o modificación de la norma cuestionada no tiene por qué traducirse en la desaparición sobrevenida del objeto del proceso constitucional. El proceso sólo se habrá quedado sin objeto en el caso de que la norma cuestionada no continúe desplegando efectos tras su derogación o modificación. Se impone, por tanto, verificar de nuevo un «juicio de relevancia» para determinar si la norma originariamente cuestionada continúa siendo aplicable al caso y de su validez depende aún el sentido del fallo del proceso *a quo*. En general, siempre que, en cualquier proceso, el Tribunal Constitucional tiene alguna duda acerca de la posible desaparición del objeto procesal por causa de una legislación sobrevenida se suele requerir el parecer de las partes antes de adoptar una decisión al respecto (art. 84 LOTC).

Las partes

23. Sólo pueden comparecer en el proceso constitucional los órganos mencionados en el artículo 37.2 LOTC: Congreso de los Diputados, Senado, Gobierno, Fiscal General del Estado. Si la norma impugnada procede de una Comunidad Autónoma también pueden comparecer el Gobierno y el Parlamento autonómicos.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 37.2 de su Ley Orgánica en términos muy estrictos, rechazando «la interpretación analógica o extensiva» [ATC 174/1995, de 6 de junio (FJ 2.º)]. Por tanto, «quedan excluidas del proceso cualesquiera otras personas físicas o jurídicas, fueran cuales fueren los intereses que tengan en el mantenimiento o en la invalidación de la ley o en los actos y situaciones jurídicas realizados y desarrollados en aplicación de tal ley, hasta el punto de que [...] no se admite que sean parte en el proceso constitucional quienes lo fueran en el proceso con motivo del cual se suscitó la cuestión» [ATC 309/1987, de 12 de marzo (FJ 1.º); en el mismo sentido, ATC 174/1995, de 6 de junio (FJ 4.º)].

La imposibilidad de que las personas físicas o jurídicas que son parte en el proceso *a quo* puedan serlo en el proceso constitucional no redundará, sin embargo, en su indefensión. De un lado, porque la sentencia que ponga fin a la cuestión es resultado «de un proceso estrictamente objetivo en el que en ningún caso pueden hacerse valer derechos subjetivos o intereses legítimos» [ATC 132/1983, de 23 de marzo (FJ único)]; de otro, porque su incomparecencia se ve compensada con su audiencia en el trámite previo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC) (*vid. supra* núms. 13, 14 y 17). En efecto, sus alegaciones sobre la pertinencia de plantear o no la cuestión deberán elevarse al Tribunal Constitucional, junto al testimonio de los autos principales (art. 36 LOTC). De este modo el Tribunal Constitucional siempre conoce el parecer de las partes en el proceso *a quo*.

Con todo, el propio Tribunal entiende que la participación de las partes del proceso *a quo* en el proceso constitucional es obligada si la cuestión versa sobre una ley singular. Esta doctrina trae causa de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 (*Ruiz Mateos c. España*), que ha venido a matizar la rigurosa interpretación del artículo 37.2 auspiciada hasta entonces por el Tribunal Constitucional. En dicha Sentencia se apreció la infracción del artículo 6.1 del Convenio de Roma por parte de España al no habersele permitido al afectado por una ley singular intervenir en el proceso a que dio lugar una cuestión plantea-

da en relación con dicha ley. En palabras del ATC 349/1995, de 21 de diciembre, (FJ 4.º), «la precitada Sentencia contemplaba [...] un supuesto muy específico, tanto en lo que al carácter y posición de los sujetos se refiere, cuanto a la naturaleza de los procesos en que la cuestión se plantea y las pretensiones en aquéllos ejercitadas. La Sentencia del T.E.D.H. no afecta, pues, a la doctrina de este Tribunal acerca del art. 37.2 LOTC, cuya regulación acepta, exigiendo tan sólo la audiencia de quienes pudieran resultar directamente afectados en sus derechos e intereses preexistentes por una ley que carezca de la nota de la generalidad que es inherente a la mayoría de las leyes

La participación en el proceso constitucional de los legitimados para comparecer en el mismo comienza una vez admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad. En ese momento se les da traslado de la cuestión, concediéndoseles un plazo común e improrrogable de quince días para que puedan personarse y formular las alegaciones que estimen pertinentes.

Pese a la modulación realizada en la doctrina tradicional tras la STEDH de 23 de junio de 1993, el Tribunal Constitucional no admite en ningún caso la participación en el proceso constitucional de quienes no hubieran sido parte en el proceso *a quo*: «[...] no parece discutible que, cualquiera que sea la interpretación del art. 37.2 LOTC, no podrá ésta incluir la eventual personación de quienes no fueron parte en el proceso judicial de que la cuestión de inconstitucionalidad dimana, pues ello supondría, sencillamente, la absoluta desnaturalización de ese mecanismo de control de constitucionalidad de la ley, tal como está configurado en la Constitución (art. 163) y en la Ley Orgánica de este Tribunal» [ATC 166/1998, de 14 de julio (FJ 2.º)].

24. La personación en el proceso constitucional se verifica por medio de los correspondientes servicios jurídicos de cada uno de los órganos legitimados. En el supuesto, excepcional, de permitirse la comparecencia de particulares (según se ha visto, sólo cuando se cuestionan leyes singulares y pretendan personarse los afectados que hayan sido parte en el proceso judicial previo), éstos deberán estar asistidos por Abogado y representados por Procurador (art. 81 LOTC).

El Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE), es parte en todas las cuestiones de inconstitucionalidad. En estos procesos actúa en la persona del Fiscal General del Estado, no del Fiscal destinado con carácter permanente ante el Tribunal Constitucional (cuya actuación se centra en los procesos de amparo constitucional).

Los incidentes del proceso constitucional

25. La admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad supone la suspensión del proceso *a quo* en el trámite de dictar sentencia. El proceso judicial sólo podrá resolverse una vez resuelta la cuestión de inconstitucionalidad y ateniéndose al pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Sin embargo, nada «impide al Tribunal *a quo* la adopción de las medidas cautelares que fueran precisas para asegurar las resultas del juicio, e incluso los efectos de la futura sentencia de este Tribunal resolviendo la cuestión, como tampoco existe obstáculo para que lleve a cabo otros actos de instrucción y de ordenación del proceso que no guarden relación con la validez de la ley cuestionada, pues el proceso de fondo sigue pendiente ante él en situación procesal de detención» [ATC 313/1996, de 29 de octubre (FJ 2.º)].

El Juez *a quo* no puede, por tanto, fuera de cuanto acaba de señalarse, adoptar medidas que impliquen la aplicación de la ley cuya validez se ha cuestionado. Sin embargo, las partes del proceso *a quo* pueden desistir de su pretensión en el mismo y producirse con ello una desaparición sobrevenida del objeto del proceso constitucional: «[...] si bien es verdad que el llamado ‘juicio de relevancia’ por la relación entre la norma cuya constitucionalidad se cuestiona y el fallo a dictar ha de establecerse en el momento en que la cuestión se plantea, es claro también [...] que las modificaciones sobrevenidas en la relevancia han de influir necesariamente en la suerte del proceso constitucional [...]; pues si es posible entender que en el juicio sobre la legitimidad constitucional de las normas [...] existe un notorio interés público general [...], el constituyente ha colocado la vía de enjuiciamiento de la constitucionalidad que ahora nos ocupa en estrecha relación con un proceso en el que la aplicación de la norma sea necesaria. Por ello, ha de entenderse que la extinción sin sentencia del proceso en que la cuestión se suscitó [...] significa una decadencia sobrevenida de los presupuestos procesales de apertura del proceso constitucional e introduce en éste un elemento de crisis que debe determinar también su extinción por falta de objeto, pues, aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma continuaría siendo posible, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto [...], sino de una inconstitucionalidad en abstracto, desligada del caso de aplicación, lo que es improcedente en una cuestión de inconstitucionalidad» [ATC 281/1990, de 11 de julio (FJ único)].

d. El recurso de amparo

El objeto del recurso de amparo

26. El recurso de amparo tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en los artículos 14 a 30 de la Constitución (igualdad, integridad física y moral, libertad de conciencia, libertad personal, honor e intimidad, libertad de expresión, etc.) (arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC).

La defensa en amparo de esos derechos y libertades se garantiza frente a infracciones «originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes» (art. 41.2 LOTC). Así, pueden impugnarse en amparo actos administrativos (art. 43 LOTC), resoluciones judiciales (art. 44 LOTC) y decisiones o actos sin valor de ley de las Asambleas legislativas (art. 42 LOTC). Aun cuando no es posible la impugnación directa de leyes por medio de un recurso de amparo, puede producirse ese efecto mediante la impugnación de un acto de aplicación de la misma, pues la estimación del recurso dirigido contra ese acto dará lugar a un segundo proceso en el que el Pleno del Tribunal resolverá la cuestión planteada en relación con la ley por la Sala que haya estimado el amparo (art. 55.2 LOTC).

A propósito de los recursos de amparos promovidos contra resoluciones judiciales –la inmensa mayoría–, el artículo 44.1 b) LOTC dispone como requisito de admisibilidad del recurso de amparo «que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial *con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional*». Las cuestiones de hecho son, pues, competencia de la jurisdicción ordinaria, si bien se admite que, en ocasiones, la propia resolución de la cuestión jurídica planteada puede exigir un cierto grado de valoración de los hechos probados; así, por ejemplo, cuando ha de revisarse la ponderación judicial entre varios derechos fundamentales concurrentes (por ejemplo, supuestos de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor o a la intimidad).

La admisibilidad de la demanda

27. Están legitimados para interponer un recurso de amparo las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, el Defensor del Pueblo y el Ministe-

rio Fiscal. Estas dos últimas instituciones, en todo caso. Las personas físicas o jurídicas, cuando se vean directamente afectadas en sus derechos fundamentales (si su infracción trae causa de un acto o disposición sin fuerza de ley de una Asamblea legislativa) o si han sido parte en el proceso judicial correspondiente (si se impugnan resoluciones administrativas o judiciales). Para interponer una demanda de amparo, las personas físicas o jurídicas deben estar asistidas de Abogado y representadas por un Procurador colegiado en Madrid. Si se trata de licenciados en Derecho pueden comparecer por sí mismas (art. 81 LOTC).

Con arreglo al artículo 49.1 LOTC, «el recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamentan, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado». Debe acreditarse la representación procesal del recurrente y adjuntar, en su caso, copia de la resolución impugnada (art. 49.2 LOTC).

28. El acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo exige siempre el agotamiento de determinadas vías previas:

- a) Si se impugnan resoluciones administrativas (art. 43 LOTC) es preciso agotar antes todos los recursos disponibles en la vía administrativa y, a continuación, impugnar la resolución administrativa definitiva en la vía judicial, cuyas instancias deben también agotarse.
- b) El recurso de amparo dirigido contra una resolución judicial (art. 44 LOTC) exige el previo agotamiento de la vía judicial procedente, haciendo uso de todos los recursos disponibles.
- c) La impugnación en amparo de actos y decisiones sin valor de ley emanados de las Asambleas legislativas (art. 42 LOTC) no precisa del agotamiento de la vía judicial, pero sí de los recursos administrativos disponibles en el interior de la Cámara. (Estas demandas de amparo son cuantitativamente insignificantes; en realidad, sólo pueden interponerlas los parlamentarios en defensa del derecho de participación política en condiciones de igualdad – art. 23 CE).

El filtro

29. La admisión de las demandas de amparo no es, en ningún caso, automática, sino que está sometida a un riguroso proceso de verificación de la concurrencia de las condiciones procesales y sustantivas de procedibilidad. El constante incremento del número de recursos de amparo y el riesgo cierto de colapso del Tribunal Constitucional motivaron una reforma de su Ley Orgánica

en el año 1988 (L.O. 6/1988, de 9 de junio), con la que se quiso hacer posible la inadmisión de demandas de amparo por medio de una simple providencia (resolución no motivada). Conforme a la redacción dada ese año al artículo 50.1 LOTC, la Sección (3 Magistrados) a la que corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda de amparo puede acordar –por unanimidad– su inadmisión mediante providencia siempre que concurren algunos de los siguientes supuestos: a) que se incumplan los requisitos procesales establecidos en la LOTC; b) que se invoquen derechos y libertades no susceptibles de amparo constitucional; c) que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo; y, d) que el Tribunal Constitucional ya hubiera desestimado en el fondo un supuesto sustancialmente igual.

La inadmisión del recurso por providencia (unánime) sólo puede ser recurrida por el Ministerio Fiscal, nunca por el recurrente. El eventual recurso del Ministerio Fiscal puede dar lugar a la admisión de la demanda o a la confirmación de la inadmisión, aunque entonces ya por medio de una resolución motivada (Auto) [En este punto debe señalarse, no obstante, que la práctica del Tribunal viene siendo la de motivar sucintamente las providencias de inadmisión, de manera que la diferencia entre una providencia y un Auto radica más bien en la extensión de la fundamentación jurídica].

Si la Sección no es unánime en la apreciación de la concurrencia de una causa de inadmisión se abrirá un trámite para que el demandante y el Ministerio Fiscal aleguen lo que estimen pertinente acerca de la posible concurrencia de la causa de inadmisión que la Sección les señale como eventualmente presente en el caso. A la vista de las alegaciones presentadas, la Sección puede admitir el recurso (lo que no es infrecuente) o acordar la inadmisión mediante Auto.

Las estadísticas de los últimos cinco años arrojan las siguientes cifras:

	1996	1997	1998	1999	2000
Amparos ingresados	4689	5391	5441	5582	6762
Amparos inadmitidos	3855	3621	4556	4628	6057

[Los amparos inadmitidos pueden haberse ingresado en el año anterior; no todos los amparos ingresados en un año reciben respuesta en ese mismo año. El porcentaje de demandas de amparo admitidas en el año 2000 es de 3,3 por 100].

Las partes

30. El recurrente, asistido de Letrado y representado por Procurador, participa activamente en el proceso constitucional. Una vez admitido a trámite

su recurso el Tribunal Constitucional requerirá del órgano cuya resolución se impugne la remisión de las correspondientes actuaciones. Recibidas las actuaciones y emplazadas todas las personas eventualmente interesadas en el proceso (por ejemplo, la contraparte del actor en el proceso previo), se da vista de las actuaciones al recurrente y demás personados, concediéndoseles a todos ellos un plazo común de veinte días para presentar alegaciones.

En el caso de que el recurrente haya interesado la suspensión cautelar de la resolución impugnada en amparo –lo que puede hacer ya en la demanda o en cualquier momento posterior antes de que se dicte sentencia (art. 56 LOTC)–, se abrirá un incidente que, oídas sus alegaciones y las del Ministerio Fiscal, concluirá con un Auto por el que se concederá o denegará la suspensión.

En todo proceso de amparo constitucional es parte obligada el Ministerio Fiscal, defensor de la legalidad y de los derechos y libertades de los ciudadanos. Además, pueden comparecer las personas –físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas– que hubieran sido parte en el proceso previo al amparo (art. 51.2 LOTC). Su participación se verificará en los mismos términos que la de la parte principal.

31 y 24. Para interponer una demanda de amparo, las personas físicas o jurídicas deben estar asistidas de Abogado y representadas por un Procurador colegiado en Madrid. Si se trata de licenciados en Derecho pueden comparecer por sí mismas (art. 8 1 LOTC). En el supuesto de carencia de medios suficientes para litigar, el recurrente puede obtener el beneficio de justicia gratuita, designándosele de oficio un Abogado y/o un Procurador.

El Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE), es parte en todos los recursos de amparo. En el trámite de admisión, es el único legitimado para recurrir contra la decisión de inadmitir el recurso; una vez admitido, debe alegar sobre la cuestión debatida en el proceso principal y pronunciarse en el eventual incidente abierto para resolver sobre la adopción de medidas cautelares.

2. La resolución de los conflictos entre Tribunales

32. El Tribunal Constitucional no tiene competencia para resolver conflictos de competencia suscitados entre los órganos de la jurisdicción ordinaria.

En cuanto a su propia jurisdicción y competencia, el Tribunal Constitucional es el único que puede apreciar su carencia, sin que puedan serle cuestionadas por nadie (art. 4 LOTC).

II. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS OTRAS JURISDICCIONES

A. El vínculo orgánico

33. Los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial acceden al cargo en virtud de oposición, aunque se prevé la posibilidad de acceso de profesionales de reconocido prestigio a través de turnos especiales o por designación parlamentaria, si bien esto constituye prácticamente una excepción [la designación parlamentaria se contrae al supuesto de designación de un número limitado de Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, que se reserva a la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma en la que tiene su sede el Tribunal Superior].

Los Magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos, para un mandato de nueve años, por el Congreso de los Diputados (4), el Senado (4), el Gobierno (2) y el Consejo General del Poder Judicial (2). El Consejo General del Poder Judicial no es un órgano jurisdiccional, sino el órgano de gobierno de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (SSTC 45/1986, de 17 de abril, y 108/1986, de 29 de julio).

B. El vínculo procesal

34. No existe vínculo procesal alguno que permita la comunicación entre el Tribunal Constitucional y el órgano judicial que plantea una cuestión de inconstitucionalidad o contra cuyas resoluciones se interponga un recurso de amparo en orden a precisar o delimitar el objeto de la controversia. El órgano judicial no es, en ninguno de ambos casos, «parte procesal».

C. El vínculo funcional

§ 1. El control y sus efectos

35. El art. 161.1 a) de la Constitución dispone que la «declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con fuerza de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Por su parte, el art. 40.2 LOTC prescribe que, «en todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional

habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y Autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad».

En relación con el amparo, la vinculación de los Tribunales ordinarios a la doctrina del Tribunal Constitucional viene dada por el hecho de que el desconocimiento del contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental equivaldrá a la lesión del derecho mismo.

36. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional pueden tener el siguiente contenido y alcance, en función del proceso constitucional de que se trate:

1. *En recurso de amparo.*— Con arreglo al artículo 53 LOTC, la Sala que resuelva el recurso de amparo «pronunciará en su sentencia alguno de estos fallos: a) Otorgamiento de amparo; b) Denegación de amparo». La denegación de amparo supondrá la firmeza definitiva de la resolución o acto impugnados, sin perjuicio de que en determinados supuestos sea aún posible su impugnación ante una jurisdicción internacional (*vid. infra* núm. 45). La estimación de un recurso de amparo sólo puede basarse en la apreciación de que los órganos judiciales que han actuado en la vía previa han violado —o no han reparado— derechos fundamentales del recurrente, debiendo el Tribunal Constitucional abstenerse «de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales» (art. 54 LOTC).

La sentencia estimatoria, según el artículo 55.1 LOTC, debe contener alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, resolución o acto impugnados, siendo de la competencia del Tribunal Constitucional determinar la extensión de sus efectos; b) Reconocimiento del derecho o libertad vulnerados «de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado»; y, c) Restablecimiento del actor en la integridad de su derecho o libertad «con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación».

De lo anterior se desprende que el Tribunal Constitucional dispone de un margen de acción considerable para adecuar el sentido y alcance de sus pronunciamientos a la finalidad característica de la demanda de amparo, que no es otra que la reparación del derecho o libertad lesionados o, en su caso, la garantía de su preservación. Así, hay ocasiones en que esa finalidad se alcanza con el solo reconocimiento del derecho o libertad vulnerados; en otras, a ese reconocimiento deberá seguir la declaración de nulidad del acto o de la resolución recurridos; y, finalmente, se impondrá a veces la necesidad de decretar también la retracción de lo actuado en la vía judicial para que se reanude el proceso

previo a partir de determinada fase. Salvo el primer pronunciamiento, los otros dos son sólo posibles, no necesarios, en atención a las circunstancias del caso.

Una variable de interés en el ámbito del amparo es la ofrecida por aquellos recursos de amparo cuya estimación se basa en la apreciación de que el origen de la lesión se encuentra en la ley aplicada al caso. En estos supuestos, la estimación del recurso de amparo va seguida del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Sala que resolvió el recurso ante el Pleno del Tribunal Constitucional y que tendrá por objeto, ya de manera directa, la ley aplicada (art. 55.2 LOTC).

2. *En el recurso directo y en la cuestión de inconstitucionalidad.*— Los pronunciamientos en este tipo de procesos pueden ser estimatorios o desestimatorios. Los primeros suponen la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada o cuestionada. En principio, la declaración de inconstitucionalidad implica la nulidad de la norma (art. 39.1 LOTC). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha disociado ambos efectos desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, admitiéndose desde entonces los fallos de «mera inconstitucionalidad», esto es, de inconstitucionalidad sin nulidad, especialmente para aquellos supuestos en que el vicio de inconstitucionalidad imputado a la norma radica en su carácter discriminatorio o contrario al principio de igualdad, siendo así que con la nulidad no se repararía la discriminación apreciada.

La sobriedad de la Ley Orgánica del Tribunal en relación con los posibles pronunciamientos del Pleno se ha visto enriquecida con la práctica jurisprudencial. Así, no son infrecuentes, desde mediados de la década de los noventa, las sentencias que, apreciada la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, se limitan a emplazar al legislador para que la sustituya por otra conforme a la Constitución «en un plazo razonable». Y son frecuentes, desde siempre, las denominadas sentencias interpretativas, que declaran la constitucionalidad de la norma en la medida en que se interprete de determinada manera o en tanto no se siga una determinada interpretación. En esta línea, son también numerosas las ocasiones en las que el Tribunal aprecia una laguna en el Ordenamiento e insta al legislador a remediarla.

3. *En los conflictos de competencia.*— En este tipo de procedimientos lo determinante es la declaración de la titularidad de la competencia controvertida. Instrumentalmente, se prevé la posibilidad de que el Tribunal acuerde la anulación de la disposición, resolución o acto que originaron el conflicto, en tanto que viciados de incompetencia. Además, y en términos similares a lo que ocurre en el recurso de amparo, la Ley Orgánica habilita al Tribunal para

disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de Derecho creadas al amparo de aquellas disposiciones o resoluciones (art. 66).

4. *En los conflictos en defensa de la autonomía local.*— La reciente instauración de este procedimiento no permite disponer de ningún ejemplo ilustrador del sentido en el que el Tribunal habrá de interpretar las disposiciones reguladoras incluidas en su Ley Orgánica. Éstas prevén un sistema de doble sentencia: por la primera se declarará si existe o no vulneración de la autonomía local; por la segunda, y para el primer supuesto, el Pleno se pronunciará sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley impugnada; pronunciamiento que tendrá el sentido y alcance previstos para los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad.

Debe señalarse, por último, que en todos los procesos, incluso en aquéllos para los que se prevé un examen previo de las condiciones de admisibilidad de las correspondientes demandas, cabe dictar sentencia en la que, sin entrar en el fondo, se aprecie la concurrencia de una causa de inadmisión.

37. Las sentencias estimatorias de recursos de amparo sólo producen efectos *inter partes*. Por el contrario, «las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos» (art. 164.1 CE).

Según se ha visto (*supra* núm. 36), en el ámbito del recurso de amparo el Tribunal dispone de un amplio margen a la hora de determinar el alcance de sus pronunciamientos, también en cuanto se refiere a su dimensión temporal. En el caso del Pleno, cabe sostener que, con carácter general, sus pronunciamientos estimatorios tienen una eficacia *ex tunc*, bien que corregida. Así se desprende del artículo 40.1 LOTC, en cuya virtud «las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad [y consiguiente nulidad.— art. 39.1 LOTC; *vid supra* núm. 36] de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad». Esto es, la eficacia *ex tunc* únicamente se excepciona ante sentencias firmes, con exclusión —a su vez— de aquéllas del orden penal o contencioso-administrativo de cuya revisión resulte un beneficio para el condenado o sancionado. En este sentido, el pronunciamiento del Tribunal

Constitucional tiene el valor de «hecho nuevo» a los efectos de la correspondiente revisión judicial del fallo.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley supone la imposibilidad de que pueda ser aplicada en lo sucesivo, pues las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad «vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación»-oficial (art. 38.1 LOTC).

El Tribunal Constitucional puede extender la declaración de inconstitucionalidad a preceptos distintos de los impugnados, pero siempre con el límite de que los mismos formen parte del mismo cuerpo normativo en el que éstos se integran. Es lo que se conoce como «nulidad por conexión o consecuencia». No cabe, por tanto, extender la nulidad o preceptos formalmente integrados en otras leyes; la única excepción la constituye el caso de los decretos legislativos de refundición, siempre que se limiten estrictamente a incorporar en una nueva forma jurídica (el decreto legislativo) el contenido de la norma legal impugnada.

Según se ha visto (*supra* núm. 36), no es infrecuente que el Tribunal Constitucional disocie la inconstitucionalidad de la nulidad ni que sitúe los efectos de la nulidad en un momento distinto al de la publicación de la ley recurrida, o que la difiera hasta el momento en que el legislador dicte una nueva norma en sustitución de la declarada inconstitucional.

38. *Vid. supra* núm. 35. La doctrina del Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos, es observada por la totalidad de los poderes públicos. En el ámbito del recurso de amparo se han podido apreciar algunas discrepancias con el Tribunal Supremo, debidas, en último término, a la difusa línea de separación que traza la frontera entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en la defensa de los derechos fundamentales. Los problemas han surgido –sin haber llevado a nada parecido a una «guerra entre las Cortes»– principalmente a la hora de delimitar el alcance de los pronunciamientos estimatorios del Tribunal Constitucional, pues aunque éste se cuida de limitarse a retrotraer lo actuado para que la jurisdicción ordinaria vuelva a pronunciarse sobre la cuestión de fondo cuando la lesión de derechos fundamentales apreciada es de orden procesal, no han faltado casos en que el Tribunal Constitucional ha entendido que podía entrar él mismo a resolver el fondo o ha estimado que procedía confirmar la resolución judicial previa al pronunciamiento del Tribunal Supremo. Se trata, por tanto, de disfunciones surgidas a la hora de precisar el alcance del fallo constitucional estimatorio; en ningún caso, sin embargo, los Tribunales ordinarios han llevado sus eventuales discrepancias al punto de desatender el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

§ 2. La interpretación por el Tribunal Constitucional

a. La recepción de la jurisprudencia de los otros Tribunales por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su propia competencia

39. *Vid supra* núms. 18 y 19. El Tribunal Constitucional acepta la jurisprudencia de los Tribunales, sin considerarse competente para revisarla, en todo lo que se refiere a la interpretación de la legalidad ordinaria, esto es, cuando no están implicadas cuestiones de relevancia constitucional.

b. Los efectos de la interpretación del Tribunal Constitucional y la recepción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por las otras jurisdicciones en el ejercicio de su propia competencia

40. *Vid supra* núms. 35 y 37.

41. El Tribunal Constitucional hace uso, con alguna frecuencia, de las denominadas sentencias interpretativas, que concluyen con un pronunciamiento formalmente desestimatorio de la inconstitucionalidad, pero materialmente condicionado a que la norma se interprete (o no se interprete) en determinado sentido, desarrollado en la fundamentación jurídica de la sentencia.

42. Un pronunciamiento meramente interpretativo equivale a un pronunciamiento de inconstitucionalidad en cuanto atañe a la interpretación descartada como inconstitucional. Ésta no puede ser acogida, en lo sucesivo, por los Tribunales ordinarios. Así también, cabría la revisión de los procesos a que se refiere el artículo 40.1 LOTC en los que se hubiera dado aplicación a esa concreta interpretación de la ley (*vid. supra* núm. 37).

III. LA INTERFERENCIA DE LAS JURISDICCIONES EUROPEAS

A. El Tribunal Constitucional y las otras jurisdicciones frente a la Convención Europea de Derechos del Hombre y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre

43. El artículo 10.2 de la Constitución dispone que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Este precepto constitucional no convierte, sin embargo, a esos tratados en canon de enjuiciamiento de la constituciona-

lidad de las normas nacionales o de los actos de los poderes públicos españoles. En palabras de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, no le corresponde al Tribunal Constitucional, «[...] al conocer un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 C.E. y 49.1 LOTC) [...]». El Tribunal Constitucional entiende que «la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales [...]. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales [...], siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal» (STC 64/1991, de 22 de marzo).

Ello no obstante, el valor que a esos tratados atribuye el artículo 10.2 de la Constitución confiere una singular relevancia interna a la jurisprudencia de sus intérpretes auténticos, esto es, de los Tribunales en su caso instituidos por esos mismos tratados. Hasta el punto de que son muy numerosas las resoluciones en las que el Tribunal Constitucional se sirve expresamente de normas (y jurisprudencia) internacionales para conformar el sentido último de los preceptos constitucionales utilizados como parámetro de enjuiciamiento de la corrección constitucional de los actos o disposiciones normativas recurridos en amparo (por ejemplo, SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 42/1982, de 5 de julio; 18/1983, de 14 de marzo; 108/1984, de 26 de noviembre; 178/1985, de 19 de diciembre; 57/1986, de 14 de mayo; 30/1989, de 7 de febrero; 69/1990, de 5 de abril; 113/1992, de 14 de septiembre; 85/1996, de 21 de mayo, entre otras muchas). En algún caso ha llegado al punto de integrar un contenido determinado de esos tratados en preceptos de la propia Constitución (así, el derecho a la doble instancia penal, integrado en el artículo 24.1 CE desde la STC 42/1982, de 5 de julio).

44. Los Tribunales ordinarios pueden fundamentar sus resoluciones en preceptos del Convenio de Roma de 1950, pues se trata de normas integradas en el Ordenamiento español y, en cuanto tales, forman parte del mismo (art. 96.1 CE). Sin necesidad de entrar ahora en el problema de la situación que ocupan las

normas internacionales en el sistema de fuentes español y de si sus relaciones con las normas internas (particularmente, con la ley) se articulan en términos de jerarquía o de competencia, lo cierto es que, desde el punto de vista nacional, tales normas están supeditadas a la Constitución, sin que puedan contradecirla.

Las normas internacionales sobre derechos fundamentales se erigen, por mandato constitucional, en pauta de interpretación de las normas internas sobre esa materia (*supra* núm. 43). El contenido de las normas internas sobre derechos fundamentales viene, así, conformado por el contenido de las normas internacionales. También aquí, sin embargo, la eficacia (interpretativa) de las normas internacionales encuentra un límite en los preceptos constitucionales, cuya contravención ha de quedar excluida en todo caso.

Los Tribunales ordinarios no pueden, en ningún caso, obviar la supremacía de la Constitución bajo la especie de una vinculación «más fuerte» a otra norma superior (inexistente tanto en el orden interno como en el internacional). Tampoco pueden obviar la sujeción (implícita en lo anterior) a la interpretación auténtica y definitiva de los preceptos constitucionales, esto es, la que resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional. Con rotundidad se expresa todo ello en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de proceso» (*Vid supra* núms. 35 y 37).

La jurisdicción ordinaria no puede garantizar los derechos y libertades fundamentales si no es bajo la cobertura de los preceptos constitucionales que los reconocen y garantizan (*vid. supra* núm. 43), por más que deba servirse de las normas internacionales como pautas de interpretación. Pero incluso en el supuesto de que fundamentara formalmente sus resoluciones en preceptos del Convenio de Roma, ello no impediría su eventual revisión ante el Tribunal Constitucional si así lo interesara quien estuviera legitimado en cada caso para interponer un recurso de amparo (*vid. supra* núm. 27): bien sea invocando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si lo que se pretende denunciar es la indebida inaplicación de preceptos constitucionales y la no menos indebida inobservancia de la doctrina constitucional que perfila su contenido constitucional específico; bien invocando cualquier derecho constitucional sustantivo, si la resolución judicial ha redundado en su infracción.

45. El acceso al Tribunal Europeo de Estrasburgo sólo queda franqueado tras el previo agotamiento de todos los remedios y recursos nacionales. En particular, y siempre que se trate de derechos reconocidos en la Constitución

como «amparables» y, al tiempo, recogidos en el Convenio de Roma, el acceso a la jurisdicción internacional exige haber interpuesto en tiempo y forma un recurso de amparo. En el supuesto de derechos convencionales no comprendidos entre los que garantizan los artículos 14 a 30 de la Constitución (así, el derecho de propiedad), el acceso al Tribunal del Convenio no requiere, como es natural, la previa interposición de una demanda de amparo, agotándose en este caso los recursos nacionales en la última instancia judicial ordinaria.

B. El Tribunal Constitucional y las otras jurisdicciones frente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

46. Ninguna norma internacional –tampoco las comunitarias– puede erigirse en parámetro de enjuiciamiento utilizable por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones. Así se desprende –respecto del control de leyes o normas del Estado y de las Comunidades Autónomas– de pronunciamientos como el contenido en la STC 28/1991, de 14 de febrero, según la cual «ningún tratado internacional recibe del art. 96 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional [...]. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria». En la misma línea, se afirma en la STC 79/1992, de 28 de mayo: «[...] las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos [de competencias entre el Estado y una Comunidad Autónoma] son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991 y 236/1991), la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias, pues la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades españolas dejen de estar sometidas, en

cuanto poder públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico [...]». En definitiva, el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de su función de control de las normas con rango de ley (sean estatales o autonómicas), sólo puede utilizar como criterio de fiscalización las normas del Derecho interno.

Así las cosas, y respecto del Tribunal Constitucional, falta el presupuesto mismo para que éste pueda verse vinculado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues no se dará el caso de que deba dar aplicación a normas comunitarias. Éstas podrán ser objeto de un juicio de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional –que puede declararlas contrarias a la Constitución (art. 27 LOTC) (y en ese caso sí sería relevante la interpretación que de las mismas resulte de la jurisprudencia comunitaria, al objeto de determinar con precisión el sentido de la norma enjuiciada), pero nunca serán canon de validez de normas internas (esto es, normas de contraste de un enjuiciamiento que siempre será ajeno a un problema de constitucionalidad).

47. El Tribunal Constitucional no ha planteado, hasta el momento, ninguna cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La inaplicación de normas internas en beneficio de normas comunitarias contradictorias no constituye un problema de constitucionalidad. Sólo se estaría ante un problema de esa especie si la contradicción surgiera entre una norma comunitaria y la Constitución, supuesto en el que sólo cabe preterir la norma comunitaria o, en su caso, cuestionar su inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (por el Juez o Tribunal ordinario, vía cuestión de inconstitucionalidad, o por una de las Salas del Tribunal Constitucional, por la vía del artículo 55.2 LOTC; *vid. supra* núms. 26 y 36).

48. Los Tribunales ordinarios sólo están obligados a acudir ante el Tribunal Constitucional si entienden que la ley aplicable al caso es inconstitucional. Según se ha visto (*supra* núm. 46), la contradicción entre una ley y una norma comunitaria no representa un problema de constitucionalidad, de validez de aquélla, sino de preferencia respecto de la aplicabilidad de una u otra normas.

La cuestión de inconstitucionalidad es, sin embargo, inexcusable si la contradicción surge entre una norma comunitaria y la Constitución, y debe entonces tener por objeto la posible inconstitucionalidad de aquélla. En cualquier otro caso, las dudas judiciales acerca del alcance de la norma comunitaria o de la compatibilidad entre ésta y una norma interna deben residenciarse ante el Tribunal de Justicia.

XIII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos Nicosia, 2005

Los criterios de limitación de los Derechos del Hombre en la práctica de la Justicia Constitucional

I. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Los derechos del hombre están integrados en la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) como *derechos fundamentales*. Su reconocimiento, definición y garantías se contienen en el Título I (*De los derechos y deberes fundamentales*, arts. 10 a 55 CE). En dicho Título se recogen preceptos de alcance general relativos a la integración del contenido de los derechos (art. 10 CE) y sobre su titularidad (arts. 11 a 13 CE), así como derechos y libertades en sentido propio (arts. 14 a 38 CE) y los denominados «principios rectores» (arts. 39 a 52 CE). Estos «principios» no son estrictamente derechos, sino habilitaciones y mandatos dirigidos al legislador para la configuración de derechos acabados. El Título I se cierra con dos artículos dedicados a la garantía de los derechos y libertades (arts. 53 y 54 CE) [véase *infra*, **15.**] y un precepto referido a su posible suspensión (art. 55 CE).

Los derechos y libertades *stricto sensu* (arts. 14 a 38 CE) vinculan a todos los poderes públicos y la regulación de su ejercicio sólo puede realizarse por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). Para la defensa de todo derecho e interés legítimo se constitucionaliza como derecho fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Como garantía adicional, los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución (esto es, básicamente, los denominados derechos fundamentales de primera y segunda generación) son susceptibles de protección por medio de un recurso extraordinario (*amparo*) ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

En definitiva, los derechos del hombre disfrutan en España de las máximas garantías normativa y jurisdiccional, por recogerse en el texto constitu-

cional mismo (dotado de fuerza normativa inmediata y a cuya observancia están obligadas las restantes normas del ordenamiento) y por disfrutar de una doble protección jurisdiccional, la judicial u ordinaria y la dispensada extraordinariamente por el Tribunal Constitucional en vía de amparo.

II. INTEGRACIÓN DEL CEDH EN EL DERECHO ESPAÑOL

El *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (en lo sucesivo, CEDH) forma parte del ordenamiento español, en cuya estructura cumple una función cualificada, ya que, junto con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (en adelante, DUDH) y los demás tratados ratificados por España en materia de derechos del hombre, constituye pauta obligada para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la propia Constitución, por así disponerlo expresamente el art. 10.2 CE. Ello supone que los derechos fundamentales garantizados por la Constitución española tienen, en todo caso, el contenido que resulte de la interpretación de los preceptos constitucionales con arreglo a lo dispuesto en el *Convenio*. De ahí resulta también el valor cualificado que tienen en España los pronunciamientos del intérprete auténtico del *Convenio de Roma*, esto es, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre.

El CEDH fue firmado por España, junto con los Protocolos 3 y 5, el 24 de noviembre de 1977 y ratificado por instrumento de 26 de septiembre de 1979 (B.O.E. núm. 243, de 10 de octubre), entrando en vigor el 4 de octubre de 1979. El 23 de febrero de 1978 se firmaron los Protocolos núms. 1 (ratificado por instrumento de 2 de noviembre de 1990), 2 (ratificado por instrumento de 18 de marzo de 1982) y 4 (pendiente de ratificación). El 20 de diciembre de 1984 se ratificó el Protocolo núm. 6, firmándose el Protocolo núm. 7 el día 19 de marzo de 1985 (pendiente de ratificación). Mediante instrumento de 9 de julio de 1989, España ratificó el Protocolo núm. 8. El Protocolo núm. 11 entró en vigor para España el 1 de noviembre de 1998. Finalmente, España ha firmado el Protocolo núm. 13 el 3 de mayo de 2002, pero aún no lo ha ratificado. La firma del Protocolo núm. 14 ha sido autorizada por el Gobierno el 5 de noviembre de 2004.

En el instrumento de ratificación del *Convenio Europeo* de 1950, España declaró, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46, que reconocía como obligatoria, por un período de tres años a partir del 15 de octubre de 1979, la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del *Convenio* que se

suscitaran con posterioridad al 14 de octubre de 1979. Esta declaración se renovó, por un nuevo período de tres años, el 24 de septiembre de 1982; desde entonces, y ya por períodos de cinco años, se han sucedido nuevas renovaciones el 18 de octubre de 1985 y el 10 de octubre de 1990, declarándose, en esta última ocasión, que el sometimiento a la jurisdicción del Tribunal Europeo será reconducida tácitamente por nuevos períodos de cinco años si no se notifica la intención contraria antes de la expiración del período en curso.

Finalmente, y al ratificar el Protocolo adicional núm. 1 (el 2 de noviembre de 1990), y de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 del mismo, España reiteró las declaraciones formuladas en relación con el art. 46 del Convenio Europeo, reconociendo la competencia del Tribunal en relación con las demandas suscitadas con motivo de hechos posteriores a la fecha de ratificación del Protocolo y, en particular, respecto de los expedientes expropiatorios iniciados en el ámbito interno con posterioridad a dicha fecha.

Asimismo, al ratificar el *Convenio de Roma* el Estado español puso de manifiesto su intención de formular la declaración prevista en el art. 25 tan pronto como lo permitiera el desarrollo legislativo posterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Dicha declaración se verificó finalmente el 7 de junio de 1983, por un período comprendido entre el 1 de julio de ese año y el 14 de diciembre de 1985. El 18 de octubre de 1985, España declaró reconocer, por un período de cinco años, la competencia de la Comisión Europea para conocer de las demandas dirigidas al Secretario General del Consejo de Europa, manifestando, además, que tal declaración será reconducida tácitamente por nuevos períodos de cinco años mientras no se notifique la intención contraria antes de la expiración del período en curso. Al ratificar el Protocolo adicional núm. 1, el Estado español hizo extensiva al art. 25 la declaración efectuada respecto del art. 46.

A) *Derechos garantizados. Correspondencias entre el Derecho español y los Tratados sobre derechos ratificados por España, con especial referencia al Convenio de Roma.*

En el Título I de la Constitución española se reconocen y garantizan prácticamente todos los derechos del hombre recogidos en el *Convenio Europeo* y en los principales Tratados internacionales sobre derechos y libertades ratificados por España. Los supuestos en los que un derecho fundamental se reconoce en tales Tratados pero no en la Constitución son ciertamente escasos; de otro lado -y debido, en gran medida, a la labor interpretativa del Tribunal Constitucional- siempre puede encontrarse en el enunciado de un pre-

cepto constitucional cabida suficiente para entenderlos integrados en su contenido.

Así sucede, por ejemplo, con el *derecho a no ser sometido a esclavitud* (art. 4 DUDH; art. 4 CEDH; art. 8 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en adelante, PIDCP), derecho obviamente reconocido por la Constitución, en la medida en que de sus arts. 10.1 (donde se declara que la dignidad de la personas, sus derechos inviolables inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político) y 17 (derecho a la libertad) puede fácilmente deducirse la prohibición de toda forma de esclavitud o servidumbre.

Lo mismo cabe decir del derecho al *reconocimiento de la personalidad jurídica* (art. 6 DUDH; art. 16 PIDCP). En el ámbito de los derechos enumerados en el art. 24 de la Constitución (tutela judicial y proceso justo) no se reconoce expresamente el derecho a la *doble instancia* en los procedimientos penales; ello no obstante, y por obra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se entiende que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere ese precepto se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior (art. 14.5 PIDCP).

El derecho de toda persona a una *nacionalidad* (art. 15 DUDH) se reserva únicamente a los españoles (art. 11.2 CE), con dos peculiaridades: la Constitución expresa ese derecho en términos negativos, como prohibición de sustraer la nacionalidad (española) que ya se ostenta; además, esa prohibición se circunscribe únicamente a los españoles «de origen», sin extenderse a los «nacionalizados».

Al derecho de *asilo* (art. 14 DUDH) se refiere el art. 13.4 de la Constitución, remitiendo al legislador la tarea de establecer los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar de él en España. Esa previsión constitucional ha de entenderse dotada de un *contenido esencial* mínimo, inaccesible al legislador, pero la Constitución es lo suficientemente laxa en su remisión legislativa como para que el poder legislativo disponga de un considerable ámbito de maniobra.

El derecho a la *prohibición de toda apología del odio nacional, racial o religioso* (art. 20 PIDCP) no se menciona expresamente en la Constitución, si bien puede considerarse incluido en el art. 10 (dignidad de la persona).

Derechos fundamentales garantizados exclusivamente por la Constitución y que no tienen correspondiente en Convenios internacionales ratificados por España son, por ejemplo, el derecho a la *protección de la intimidad y el honor frente al uso de la informática* (art. 18.4 CE), el derecho a la *producción y creación literaria, artística, científica y técnica* [art. 20.1 b) CE],

el derecho a la *libertad de Cátedra* [art. 20.1 c) CE], derecho de *petición* (art. 29 CE), derecho a la *objección de conciencia* (art. 30.2), derecho a un *sistema tributario justo* inspirado en los principios de igualdad y progresividad (art. 31 CE), derecho a la *herencia* (art. 33 CE), derecho de *fundación* (art. 34 CE), derecho a la *negociación colectiva laboral* entre los representantes de los trabajadores y los empresarios (art. 37.1 CE) y el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de *conflicto colectivo* (art. 37.2 CE).

B) *Eficacia de los derechos garantizados frente al Estado y erga omnes.*

En principio, los derechos humanos constituyen una garantía del individuo frente al poder público, de manera que sólo obligan al Estado. Ello no obstante, los derechos fundamentales pueden extender su ámbito natural de actuación (la relación Estado/ciudadano) e informar el régimen de ordenación de las relaciones entre particulares. Sin necesidad de hacer del respeto a los derechos fundamentales un canon de la juridicidad de la conducta de los particulares, es perfectamente posible alcanzar ese resultado si se logra la intervención jurisdiccional del Estado, esto es, si, surgido un conflicto interindividual, se insta un pronunciamiento judicial resolutorio. Obtenido ese pronunciamiento, se dispondrá de un acto de poder público contra el que podrá procederse ante los Tribunales, sometiéndolo al canon de constitucionalidad de los derechos fundamentales. Así, si la resolución judicial ha confirmado, por ejemplo, un contrato discriminatorio, podrá imputársele al poder público la infracción del art. 14 de la Constitución (principio de igualdad), de manera que, indirectamente, se hará prevalecer ese precepto en la relación *inter privados*.

En definitiva, los actos de los particulares sólo pueden ser objeto de impugnación en vía de amparo constitucional cuando, siendo lesivos de un derecho fundamental, la infracción imputable al particular no ha sido debidamente corregida por la jurisdicción ordinaria, en el bien entendido de que el objeto directo del recurso de amparo sólo pueden ser las resoluciones judiciales que, agotadas todas las instancias, no han dispensado al derecho lesionado la obligada protección mediante la interpretación de la legalidad en términos tales que, proyectando sobre ella la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, hayan hecho posible la calificación del acto del particular como un acto antijurídico.

III. LIMITABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se parte del principio de que la cuestión se refiere estrictamente a la *limitación* de los derechos del hombre una vez definidos en toda su extensión, esto es, una vez *delimitados*.

A propósito de la *delimitación*, valga sólo con decir que la configuración de los derechos fundamentales es, en España, tarea conjunta de la Constitución y la ley, bien que condicionada –en virtud de una decisión constituyente (art. 10.2 CE)– por los contenidos mínimos que resultan de los Tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España. Sin embargo, su definición acabada corresponde, en los límites permitidos por aquella configuración normativa, al Tribunal Constitucional y a los órganos judiciales ordinarios; a aquél, por cuanto le cumple interpretar auténticamente –y, por tanto, *decidir*– el sentido y alcance de los preceptos constitucionales; a éstos, por razón de la posibilidad que les asiste de ampliar el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, siempre, claro está, que con ello no se perjudique a otro derecho de la misma condición [Sentencia del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, STC) 114/1995, de 6 de julio]. Esta posibilidad es consecuencia de la configuración de la jurisdicción constitucional de amparo como una jurisdicción de mínimos. El Tribunal Constitucional garantiza el mínimo representado por el contenido jurisprudencialmente declarado de los derechos fundamentales, sin extenderse al aseguramiento frente a excesos judiciales en la definición de los derechos, salvo en los casos en que del exceso se derive el perjuicio de otros derechos fundamentales.

Por lo que se refiere propiamente a la *limitación*, la Constitución española, por principio, no la permite. Como después se verá [*infra*, 11.], determinados derechos pueden suspenderse en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, pero nunca puede limitarse su contenido ni excluir de su disfrute a personas determinadas, con la sola excepción, para ciertos derechos, de los funcionarios públicos. Si se quiere, y sólo por relación a la vertiente de la titularidad de los derechos, la única limitación admisible, con carácter general, sería la prevista en el art. 13.1 CE para el caso de los extranjeros, de quienes se dispone que gozarán de los derechos fundamentales «en los términos que establezcan los tratados y la ley». En realidad, el art. 13.1 CE contempla antes un fenómeno de *delimitación* de derechos que un caso de *limitación* de su titularidad o de su contenido, pues su función es la de ampliar los términos en los que se defiende al legislador la definición última de los derechos, ampliando los márgenes de libertad normativa concedidos a los poderes

constituidos cuando los titulares de los derechos son nacionales. En cualquier caso, esa mayor libertad de configuración *intuitu personae* no opera para todos los derechos, pues los que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, tales como el derecho a la vida o a la integridad física, son derechos de *todos*, sin que su contenido y alcance admitan modulaciones por razón de nacionalidad (así, por ejemplo, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 242/1994, de 20 de julio).

Fuera del caso de los extranjeros, sólo los funcionarios públicos pueden ver limitado el contenido de determinados derechos. Concretamente, el art. 28.1 CE dispone que la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación «a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar». En todo caso, ha de ser la ley la que regule las peculiaridades del ejercicio de ese derecho por los funcionarios públicos. Por su lado, los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo no pueden pertenecer a partidos políticos o sindicatos, correspondiendo a la ley establecer el sistema y modalidades de asociación profesional de esos concretos funcionarios públicos (art. 127.1 CE).

Se trata de limitaciones permanentes, sustantivadas con el contenido mismo del derecho objeto de limitación, por lo que ofrecen también una dimensión *delimitadora*, siempre por relación a funcionarios públicos. En ningún caso está permitida su verificación por otro cauce que no sea el legislativo. No cabe, en definitiva, una limitación de derechos de creación judicial. La jurisdicción sólo puede actuar en este terreno desde la estricta sujeción a lo dispuesto en la ley autorizada para limitar derechos en los términos previstos por la propia Constitución.

IV. CONTROL PREVENTIVO DE LA LIMITACIÓN DE DERECHOS

La Constitución española no prevé un sistema de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes. El art. 79 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (en adelante, LOTC) (1979) introdujo inicialmente un *recurso previo de inconstitucionalidad* cuyo objeto podían ser los proyectos de Estatuto de Autonomía [normas constitutivas de las Comunidades Autónomas] y demás leyes orgánicas [aquéllas a las que la Constitución reserva, *inter alia*, el desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81.1 CE) y para cuya aprobación se exige la mayoría absoluta de la Cámara baja]. Dicho recurso previo fue suprimido en 1985.

El único control preventivo de constitucionalidad existente en España es, al día de hoy, el que el art. 95 CE prevé para el caso de la celebración de tratados internacionales que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución. Ante tratados de esa naturaleza, la Constitución dispone que la contradicción apreciada debe resolverse con la reforma de la Constitución previa a la celebración del tratado. Es éste un control previo pero potestativo, pues su verificación requiere de la voluntad del Gobierno o de alguna de las dos Cámaras del Parlamento nacional, únicos legitimados para demandar del Tribunal Constitucional que declare si existe o no contradicción entre la Constitución y el tratado. Un tratado internacional que introdujera limitaciones de derechos fundamentales podría ser, por tanto, con ocasión de su firma, objeto de una duda de constitucionalidad que diera pie a un procedimiento de control previo ante el Tribunal Constitucional, cuya declaración tendría los mismos efectos que una sentencia y, por tanto, impediría celebrar el tratado sin reformar antes la Constitución en el caso de que apreciara una contradicción insalvable.

Además del control preventivo, el ordenamiento español también dispone de un mecanismo de control sucesivo de la constitucionalidad de las leyes y de los tratados. Una vez incorporado en el Derecho nacional, unas y otros son susceptibles por igual de ser objeto de los tres procedimientos principales de control de la constitucionalidad establecidos en la Constitución y regulados en la Ley rectora del Tribunal Constitucional:

- A) El *recurso de inconstitucionalidad*, para cuya interposición (sólo posible en los tres primeros meses de vigencia de la ley o el tratado) están legitimados el Presidente del Gobierno de la Nación, las minorías parlamentarias nacionales, los Gobiernos y Parlamentos autonómicos y el Defensor del Pueblo;
- B) La *cuestión de inconstitucionalidad*, que puede elevar al Tribunal Constitucional, en todo tiempo, cualquier Juzgado o Tribunal ordinario; y,
- C) El *recurso de amparo*, mediante el que los particulares (nacionales o extranjeros) pueden impugnar un acto de aplicación de una ley o tratado por infracción de derechos fundamentales y hacer posible que, anulado ese concreto acto, el propio Tribunal Constitucional examine la constitucionalidad de la ley o el tratado aplicados.

El control de constitucionalidad *a posteriori* de la incorporación de la ley o el tratado permitiría declarar formalmente la inconstitucionalidad de toda ley o tratado que introdujera limitaciones de derechos fundamentales, toda vez que según se ha dicho, la Constitución española no contempla esa posibilidad.

V. SUSPENSIÓN DE DERECHOS

La Constitución española no permite la limitación de derechos fundamentales, pero sí su suspensión. La suspensión puede ser, desde el punto de vista de los titulares de derechos afectados, general o individual, y en todo caso, limitada a determinados derechos y libertades.

A) *Suspensión general*

De acuerdo con el art. 55.1 CE, la declaración de los estados de excepción o de sitio puede suponer la suspensión de los siguientes derechos, libertades y garantías:

- a) Derecho a la *libertad* y a la *seguridad* (garantías de la detención preventiva, derechos de la persona detenida [que sólo puede suspenderse en el caso del estado de sitio], procedimiento de *habeas corpus* (art. 17 CE);
- b) Derechos a la *inviolabilidad del domicilio* y al *secreto de las comunicaciones* (art. 18.2 y 3 CE);
- c) Libertades *de expresión e información*, derecho a la información y prohibición del secuestro administrativo de publicaciones [art. 20.1 a) y d) y 5 CE];
- d) Derechos de *reunión y manifestación* (art. 21 CE);
- e) Derecho de *huelga* (art. 28.2 CE); y,
- f) Derecho a la adopción de medidas de *conflicto colectivo laboral* (art. 37.2 CE).

Condición necesaria para que se acuerde la suspensión de todos o algunos de estos derechos es que previamente se haya declarado formalmente el estado de excepción o el estado de sitio.

De acuerdo con el art. 116.3 de la Constitución, la declaración del *estado de excepción* corresponde al Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados [Cámara baja del Parlamento nacional]. La autorización parlamentaria «deberá determinar expresamente los efectos [del estado de excepción], 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» (art. 116.3 CE).

Por su lado, el *estado de sitio* sólo puede ser declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno, correspondiendo al Congreso determinar su ámbito territorial, duración y condiciones (art. 116.4 CE).

Durante la vigencia de estos *estados* [al que ha de sumarse el *estado de alarma* –art. 116.2 CE–, en el que, sin embargo, no pueden suspenderse derechos], la Constitución garantiza el funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, impidiendo, en particular, la disolución del Congreso de los Diputados y convocando automáticamente a las Cámaras del Parlamento si no estuvieren en período de sesiones (art. 116.5 CE). En cualquier caso, la vigencia de estos *estados* no modifica el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes (art. 116.6 CE).

Las previsiones del art. 116 de la Constitución se han desarrollado en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

B) *Suspensión individual*

El art. 55.2 CE dispone que por medio de una ley orgánica podrá determinarse la forma y los casos en los que, «de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario», pueden suspenderse los siguientes derechos, libertades y garantías:

- a) Garantías de la detención preventiva (art. 17.2 CE); y,
- b) Derechos a la *inviolabilidad del domicilio* y al *secreto de las comunicaciones* (art. 18.2 y 3 CE);

La suspensión sólo puede preverse «para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» (art. 55.2 CE).

Si bien en su día se promulgó una ley orgánica específica [L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas], en la actualidad las medidas suspensivas permitidas por el art. 55.2 CE se recogen en el Código Penal y en la Ley Procesal Penal, ambas con rango de ley orgánica.

C) *Garantías judiciales*

La suspensión de derechos y libertades acordada con ocasión de la declaración del estado de excepción o del estado de sitio puede ser objeto de distintos controles judiciales. La propia ley orgánica reguladora de esos estados (la L.O. 4/1981, ya citada), en la que se concretan el alcance y extensión de las previsiones constitucionales, puede ser cuestionada por cualquier órgano judicial ante el Tribunal Constitucional con ocasión de su aplicación en un caso concreto. La declaración de cada uno de ambos estados, por su parte, también es susceptible de control jurisdiccional. Así, tanto la declaración del estado de excepción por el Gobierno como la del estado de sitio por el Congreso de los Diputados, en tanto que constitutivos de actos con fuerza de ley, podrían ser impugnados ante el Tribunal Constitucional. Por último, los actos del poder público realizados durante la vigencia de uno de esos estados no dejan de estar sometidos a los controles jurisdiccionales operativos en las situaciones de normalidad. Cabe, por tanto, (a) el control jurisdiccional de las previsiones legislativas de desarrollo, (b) el control de la declaración en concreto del estado de excepción o del estado de sitio y (c) el control judicial de la actuación del poder público al amparo del Derecho aplicable durante la vigencia de ambos estados.

Tratándose de suspensiones individuales en relación con investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, el control jurisdiccional alcanza tanto a la ley orgánica que determina la forma y los casos en que la suspensión es posible, como a la aplicación en concreto de los supuestos definidos en la ley. Tales supuestos deben contemplar siempre «la necesaria intervención judicial» (art. 55.2 CE). De manera específica, el último apartado del art. 55.2 CE prescribe que «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».

VI. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA

Como quiera que la Constitución no contempla la limitación de derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional sobre ese fenómeno se confunde con la creada en relación con la defensa de la integridad del contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades.

La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de suspensión de derechos es, por su parte, relativamente exigua, apenas limitada a unos cuantos pronunciamientos en relación con las leyes orgánicas que han regulado la suspensión individual de derechos permitida por la Constitución para la investigación de causas por terrorismo. No ha llegado a formarse doctrina a propósito de la suspensión de derechos bajo la vigencia de los estados de excepción y de sitio.

El Tribunal Constitucional se ha referido al carácter y sentido de la suspensión prevista en el art. 55.2 CE diciendo que el precepto contempla «situaciones normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático [...]» (STC 71/1994, de 3 de marzo, fundamento 3), de ahí las cautelas adoptadas por el constituyente, entre las que destaca el hecho de que tales situaciones normativas se regulen en una ley, la orgánica, para cuya aprobación se requiere la misma mayoría que la exigida para la declaración del estado de sitio. Además, ha subrayado el Tribunal Constitucional que esa remisión a la ley orgánica no es «una remisión en blanco, sino que, por el contrario, [...] aparece rodeada de diversos condicionamientos, unos sustantivos, otros de carácter garantista. Entre los primeros se encuentra [...] la restricción del alcance de la suspensión a los solos derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 CE [...]», contándose entre los segundos las «determinaciones garantistas [...] relativas a la *necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario*», a las que se añade «una garantía penal frente a la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas «en la ley orgánica (*loc. últ. cit.*)».

El Tribunal Constitucional ha prestado especial atención a la necesidad de conjugar la suspensión de derechos, por un lado, y el control judicial sobre los poderes públicos que actúan al amparo de la suspensión, por otro. Para el Tribunal, se trata de «un supuesto característico de aplicación del llamado *principio de concordancia práctica*, que impone tratar de hacer compatible la suspensión de los derechos y la intervención judicial. Quiere ello decir que el respeto a la fuerza normativa de la Constitución exigiría mantener toda la eficacia posible de la intervención judicial que fuera compatible con la voluntad, también de la Constitución, de posibilitar una suspensión singular de estos derechos, teniendo en cuenta, además, que la finalidad del precepto es hacer posible esa suspensión, imponiendo, complementariamente y como garantía de esa suspensión, una intervención judicial que ha de hacerse en todo caso compatible con aquélla. Ello supone que en último extremo, pero sólo en último extremo, la necesaria intervención judicial debe modalizarse para asegu-

rar la posibilidad de la suspensión» (STC 199/1987, de 16 de diciembre, fundamento 7). Reconoce, no obstante, el Tribunal Constitucional que la ponderación de los institutos en presencia (suspensión y control) no puede realizarse de forma general y en abstracto, sino que es preciso a tender a las circunstancias de cada caso en particular.

VII. INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Las normas internacionales sobre derechos fundamentales cumplen en el ordenamiento español una función hermenéutica expresamente reconocida por la Constitución [*vid. supra*, 2. A)]. Sin embargo, ninguna norma internacional puede erigirse en parámetro de enjuiciamiento utilizable por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones. En el ámbito de la protección especial de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional no puede servirse, de manera directa, de otro parámetro de enjuiciamiento que no sea, estrictamente, el propio texto constitucional. Así se desprende, por ejemplo, de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, en la que se afirmó que «[...] no le corresponde [...], al conocer un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC) [...]».

Ciertamente, el art. 10.2 CE obliga a interpretar los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España». Ello no obstante, «la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales [...]. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales [...], siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal» (STC 64/1991, de 22 de marzo).

En consecuencia, a través del recurso de amparo no puede invocarse directamente una violación de derechos reconocidos en tratados; es preciso «que los motivos de amparo [consistan] siempre en lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 CE» (STC 64/1991), lo que supone que la infracción de un derecho o libertad garantizados en un tratado sólo puede residenciarse ante el Tribunal Constitucional si tal derecho o libertad se corresponden con alguno de los reconocidos en el art. 14 a 30 de la Constitución y siempre que el precepto invocado ante el Tribunal sea, precisamente, el recogido en la Constitución; por su parte, los derechos contemplados en normas internacionales que, reconocidos en la Constitución, no lo sean, sin embargo, como derechos tutelables a través del recurso de amparo, únicamente podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de conformidad con lo que disponga la normativa legal que desarrolle a sus homólogos del Derecho interno.

El imperativo del art. 10.2 CE ha sido, desde el principio, rigurosamente observado en la jurisprudencia constitucional, siendo muy numerosas las resoluciones en las que el Tribunal expresamente se sirve de normas (y jurisprudencia) internacionales para conformar el sentido último de los preceptos constitucionales utilizados como parámetro de enjuiciamiento de la corrección constitucional de los actos o disposiciones normativas recurridos en amparo. [Pueden citarse, a título de ejemplo, las SSTC 9/1981, de 31 de marzo, 42/1982, de 5 de julio, 18/1983, de 14 de marzo, 108/1984, de 26 de noviembre, 178/1985, de 19 de diciembre, 57/1986, de 14 de mayo, 30/1989, de 7 de febrero, 69/1990, de 5 de abril, 113/1992, de 14 de septiembre, 85/1996, de 21 de mayo, 136/1999, de 20 de julio, 167/2002, de 18 de septiembre, y 48/2003, de 12 de marzo, entre otras muchas].

Y en algún caso ha llegado al punto de integrar un contenido determinado en derechos como el reconocido en el art. 24.1 de la Constitución; en efecto [tal y como se ha señalado *supra*, 2. B)], por obra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se entiende que, si bien el mandato -incorporado al Derecho interno- contenido en el art. 14.5 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley, «no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, [...] obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordena-

miento» (STC 42/1982, de 5 de julio), al tiempo que ese mandato internacional «actúa como un límite infranqueable de la libertad de configuración normativa del legislador» (STC 113/1992, de 14 de septiembre).

Esa fidelidad a la jurisprudencia internacional no ha sido óbice, naturalmente, para que, en algunos supuestos muy concretos, las conclusiones del Tribunal Constitucional se hayan visto posteriormente contradichas por Tribunales como el de Estrasburgo, no tanto por una divergencia en la interpretación de las normas internacionales, cuanto por una disparidad en el entendimiento de su proyección sobre un supuesto de hecho singular. El único caso de discordancia sustantiva quizás sea el representado por el desigual entendimiento del verdadero contenido del derecho a la presunción de inocencia, configurado por el Tribunal Constitucional en términos, sobre todo, de prueba.

VIII. FUERZA EJECUTIVA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las Sentencias del Tribunal Constitucional tienen el valor de cosa juzgada y no son susceptibles de recurso alguno (art. 164.1 CE). De acuerdo con el art. 55.1 LOTC, las dictadas en procedimiento de protección de derechos fundamentales (*amparo*) pueden tener, de ser estimatorias, el siguiente contenido:

- a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de los efectos.
- b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.
- c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación».

El Tribunal Constitucional se sirve de este elenco de contenidos posibles para ajustar el fallo estimatorio al servicio de la mejor reparación del derecho fundamental lesionado. Así, todas las Sentencias estimatorias de recursos de amparo incluyen el reconocimiento del derecho o libertad infringidos [art. 55.1 b) LOTC], lo que en ocasiones es suficiente para reparar el daño. Con más frecuencia, sin embargo, es preciso también anular el acto, decisión o resolución causantes de la lesión [art. 55.1 a) LOTC] y no es inusual que, ade-

más, se ordene, por ejemplo, retrotraer lo actuado en un procedimiento judicial (si en el mismo se infringió una garantía procesal) para que se continúe el litigio tras la depuración de la lesión advertida en amparo [art. 55.1 c) LOTC].

La fuerza ejecutiva de lo resuelto por el Tribunal Constitucional es inmediata. El propio Tribunal, de conformidad con el art. 92 LOTC, podrá disponer, en la Sentencia o en actos posteriores, quién debe ejecutar aquélla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución.

La ejecución de las Sentencias constitucionales es cuestión pacífica en España. No se han dado supuestos de rebeldía o desobediencia.

IX. INSTITUCIONES DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las instituciones competentes para conocer de reclamaciones referidas a violaciones de derechos fundamentales son de naturaleza parlamentaria y jurisdiccional.

A) *Garantía parlamentaria*

El art. 54 CE dispone que una ley orgánica debe regular la institución del *Defensor del Pueblo*, definido como «alto comisionado de las Cortes Generales [Parlamento nacional], designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales».

La Ley Orgánica prevista en el art. 54 CE es hoy la 3/1981, de 6 de abril. En ella se configura una institución que, de conformidad con el precepto constitucional, vela por el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito de la Administración pública [conjunto orgánico dirigido por el Gobierno –art. 97 CE). Muchas de las Comunidades Autónomas españolas han creado su propio *Defensor del Pueblo*, que ejercen una función equivalente a su homólogo nacional en el ámbito de las respectivas Administraciones autonómicas.

B) *Garantía jurisdiccional. Ordinaria (judicial) y constitucional*

La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales se extiende, como es natural, más allá del terreno estrictamente administrativo, compren-

diendo todos los sectores del ordenamiento y desplegándose frente a toda actuación del poder público. La garantía jurisdiccional ordinaria o judicial es la administrada por todos los Juzgados y Tribunales integrados en el Poder Judicial, conjunto orgánico común para el Estado y las Comunidades Autónomas. Ante ellos se puede recabar la tutela efectiva de todos los derechos e intereses [pretensión que es en sí misma objeto de un derecho fundamental art. 24 CE] y particularmente de los derechos fundamentales, para cuya protección se prevén procedimientos especiales, preferentes y sumarios en todos los órdenes jurisdiccionales.

Para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales más relevantes (arts. 14 a 30 CE), el ordenamiento español ha establecido una garantía extraordinaria, el *recurso de amparo*, administrada con carácter exclusivo por el Tribunal Constitucional, órgano común al Estado y a las Comunidades Autónomas, no integrado en el Poder Judicial.

El *recurso de amparo* no está sujeto -en lo que a requisitos de legitimación y condiciones de procedimiento se refiere- a especiales dificultades. En cuanto a lo primero (legitimación para recurrir) pueden acudir al Tribunal Constitucional todas aquellas personas -físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras- que consideren que han sufrido una violación de sus derechos fundamentales (arts. 14 a 30) por obra de decisiones o actos sin valor de ley de los Parlamentos nacional o autonómicos (art. 42 LOTC), de disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno (central o autonómicos) o de sus autoridades, agentes o funcionarios (art. 43 LOTC) o de acciones u omisiones judiciales (art. 44 LOTC). En cuanto a lo segundo (procedimiento), el recurso se interpone por medio de demanda en la que deben consignarse los hechos que lo fundamenten y los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijándose con precisión el amparo que se solicita. El Tribunal puede inadmitir de plano el recurso mediante providencia (resolución dictada por unanimidad de una de las cuatro Secciones del Tribunal, compuestas por tres Magistrados) o mediante Auto motivado (dictado también por una Sección, previa audiencia del recurrente y del Ministerio Fiscal). Caso de admitirse (lo que implica la posibilidad de suspender el acto o disposición recurridos), se procede al emplazamiento del recurrente y del Ministerio Fiscal (cuyo cometido es la defensa de la legalidad y de los derechos y libertades), así como de quienes hayan podido personarse en el procedimiento, para que aleguen lo que estimen pertinente, dictándose posteriormente Sentencia definitiva.

