

**LA TEORIA DE LA DEMOCRACIA  
EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**TESIS DOCTORAL**

Presentada por **D. JOAQUIN MARTIN CUBAS**

Dirigida por el **Dr. D. VICENT FRANCH I FERRER**

UMI Number: U607223

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607223

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
FACULTAT DE DRET  
BIBLIOTECA

Nº Registre 111.054

DATA 14-07-94

SIGNATURA BID. T 283

Nº LIBIS: 383538

Nº Dòc. 383530

*"Conocer el límite jurídico entre el yo y la colectividad es el problema más elevado que la especulación debe resolver"*

Jellineck



## INDICE

<b>INDICE.....</b>	<b>1</b>
<b>PRESENTACION .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCCION .....</b>	<b>13</b>
-Objetivo. ....	13
-Metodología y Fuentes. ....	15
-El valor de la interpretación constitucional. ....	18
a) Sobre su carácter político. ....	20
b) Las claves teóricas. ....	23
c) El alcance competencial del Tribunal Constitucional.....	31
d) La "razonabilidad" del Tribunal Constitucional. ....	35
<b>1.- ¿TEORIA O TEORIAS DE LA DEMOCRACIA? .....</b>	<b>39</b>
1.1.- Introducción. ....	39
1.2.- ¿Una única teoría de la democracia? .....	43
1.3.- Una definición mínima de democracia liberal. ....	44
1.4.- ¿Dos modelos de democracia? .....	48
1.5.- Los tres modelos de Habermas. ....	50
1.6.- Los cuatro modelos de Macpherson. ....	53
1.7.- Hasta diez modelos en David Held. ....	57
1.8.- Los modelos y el Tribunal Constitucional. ....	107
<b>2.- LA IGUALDAD .....</b>	<b>109</b>
2.1.- ¿Qué es la igualdad? .....	109
2.2.- La igualdad en la jurisprudencia del T.C. ....	120
a) Planteamiento de los problemas. ....	120
b) Los criterios de relevancia. ....	130
c) Sobre la naturaleza jurídica de la igualdad. ....	132
d) La igualdad de los grupos. ....	134
e) La igualdad procesal. ....	144
f) A vueltas con la igualdad material. ....	146
g) La igualdad redistributiva. ....	151
h) Cuestiones pendientes. ....	157

2.3.- Conclusiones específicas. ....	163
<b>3.- LA LIBERTAD .....</b>	<b>165</b>
3.1.- ¿Qué es la libertad? .....	165
<b>4.- LA CONFIGURACION DE LOS DERECHOS POR EL T. C. ....</b>	<b>175</b>
4.1.- Consideraciones generales. ....	175
4.2.- Algunos ejemplos concretos. ....	184
a) Derecho de propiedad. ....	185
b) Libertad de conciencia y objeción de conciencia. ....	188
c) Derecho al trabajo. ....	193
d) Derecho a la asistencia de Letrado. ....	194
e) Derechos y libertades reconocidos a los extranjeros. ....	194
f) Derecho a la intimidad personal. ....	196
g) Derecho a la vida. ....	197
h) Derecho a la educación. ....	199
i) Derecho a la libertad y seguridad. ....	200
j) La suspensión de derechos. ....	201
4.3.-Conclusiones específicas. ....	202
<b>5.- DIVISION DEL PODER .....</b>	<b>205</b>
5.1.- Introducción. ....	205
5.2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ....	209
a) ¿Un problema teórico irresoluble? .....	210
b) ¿Quién custodia a los custodios? .....	211
5.3.- Conclusiones específicas. ....	226
<b>6.- COMUNICACION PUBLICA LIBRE .....</b>	<b>229</b>
6.1.- La justificación teórica. ....	229
6.2.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ....	233
a) Una distinción preliminar: la libertad de expresión y el derecho a la información. ....	233
b) ¿Derecho de protección o derecho de prestación? .....	235

c) La libertad de expresión: ¿Libertad preferente? .....	240
d) Los límites. ....	242
e) El cambio doctrinal. ....	245
f) Libertad de información. ....	250
g) Sobre los usos de la Comunicación pública libre. ....	256
h) Entra en juego la libertad ideológica. ....	259
6.3.- Conclusiones específicas. ....	261
6.4.- Una breve referencia al Derecho de educación. ....	262
6.5.- Conclusiones específicas. ....	262
<b>7.- PLURALISMO POLITICO .....</b>	<b>267</b>
7.1.- Introducción. ....	267
7.2.- Derecho de reunión. ....	270
7.3.- Derecho de asociación. ....	274
7.4.- Partidos Políticos. ....	277
a) La naturaleza jurídica de los partidos políticos. ....	279
b) Sobre el control de los partidos políticos. ....	281
7.5.- Libertad sindical y sus manifestaciones. ....	284
a) Pluralismo sindical y sindicatos más representativos. ....	286
b) El contenido esencial de la libertad sindical. ....	290
7.6.- Derecho de huelga. ....	294
7.7.- Otros tipos de asociaciones. ....	299
7.8.- Conclusiones específicas. ....	300
<b>8.- PARTICIPACION .....</b>	<b>303</b>
8.1.- Introducción. ....	303
8.2.- Acceso a cargos públicos no representativos. ....	308
8.3.- Acceso a cargos públicos representativos. ....	316
a) El alcance del artículo 23. ....	316
b) La configuración del cargo representativo. ....	320
c) Consecuencias restrictivas. ....	334
d) Sobre los titulares del derecho. ....	337
8.4.- El marco electoral. ....	340
a) La elegibilidad. ....	341
b) Los aspectos procedimentales de las elecciones. ....	343



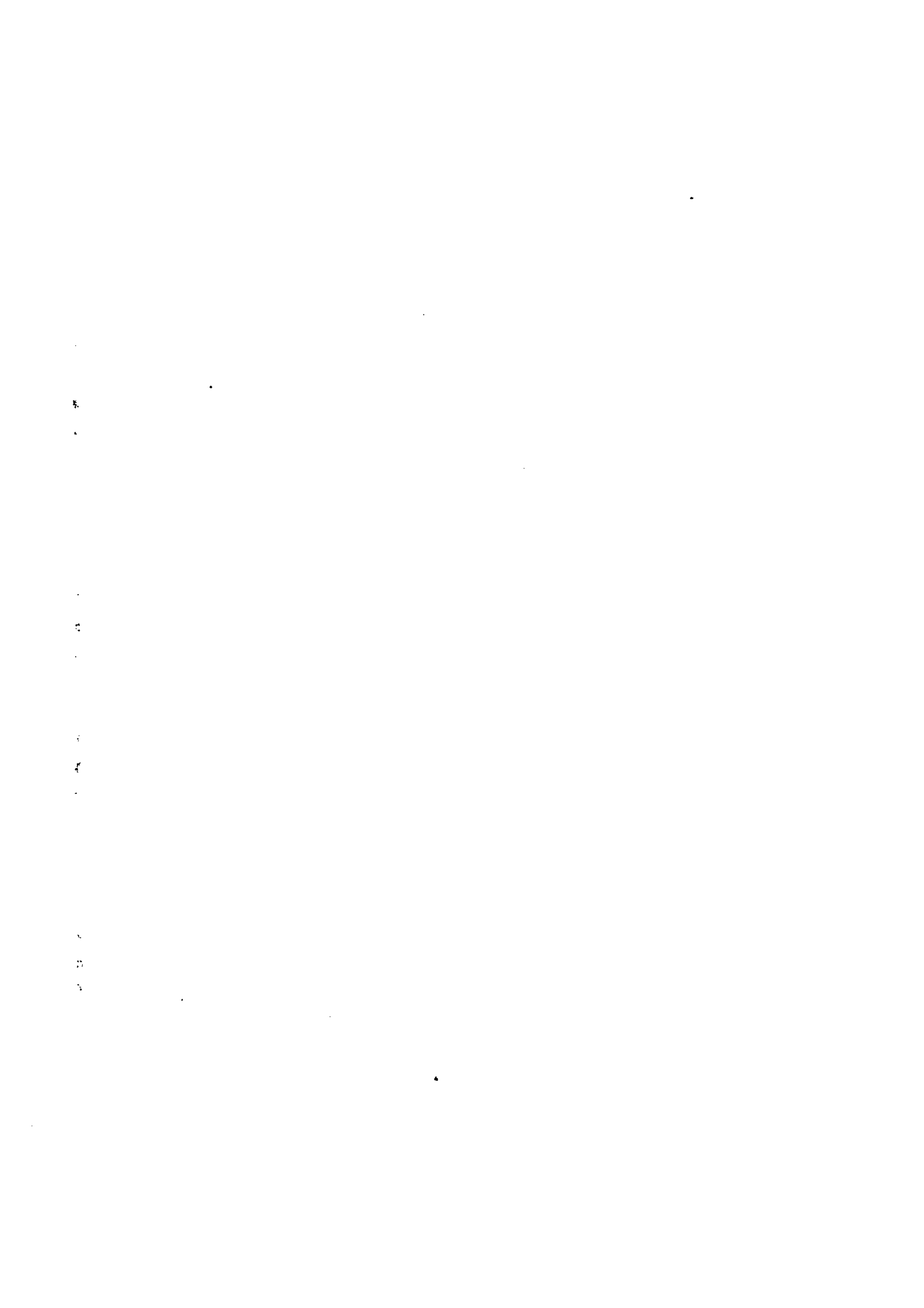
c) La fuerza expansiva de los derechos en el proceso electoral .....	350
d) Una nota sobre el concepto de representación. ....	355
8.5.- En el marco del Parlamento. ....	359
a) El acatamiento de la Constitución. ....	359
b) La proporcionalidad en el Parlamento. ....	362
c) El ejercicio del cargo político representativo. ....	367
8.6.- Inmunidad e inviolabilidad. ....	370
8.7.- Otras formas de participación. ....	377
a) En el ámbito educativo. ....	377
b) La participación institucional. ....	382
c) Participación en las empresas. ....	387
d) El derecho de petición. ....	390
e) La publicidad como condición y garantía de participación. ....	390
8.8.- Conclusiones específicas. ....	392
<b>9.- DESCENTRALIZACION .....</b>	<b>395</b>
9.1.- Introducción. ....	395
9.2.- La jurisprudencia. ....	398
a) La "autonomía" de los entes locales. ....	399
b) Qué entender por "intereses respectivos". ....	403
c) Sobre los límites de la autonomía. ....	406
d) Los "derechos históricos" y la Constitución. ....	407
e) Los principios de coordinación y cooperación. ....	409
f) La virtud de lo formal. ....	411
g) El espíritu "autonomista" del Tribunal. ....	412
h) Breve incursión en la autonomía universitaria. ....	413
9.3.- Conclusiones específicas. ....	419
<b>10.-BIEN COMUN .....</b>	<b>423</b>
10.1.- Introducción. ....	423
10.2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ....	428
a) El concepto "servicios esenciales". ....	428
b) El concepto "orden público". ....	429
c) El concepto "moral pública". ....	430
d) Afirmación y concreciones del "bien común". ....	431

e) ¿Es necesaria una "religión civil? .....	433
f) Un ejemplo: la economía. ....	434
g) <i>Ex-cursus</i> relaciones Estado-sociedad. ....	438
10.3.- Conclusiones específicas. ....	440

**11.-CONCLUSIONES FINALES .....** 441

11.1.- Recapitulación. ....	441
11.2.- Sobre los dos modelos. ....	443
11.3.- Sobre los tres modelos. ....	447
11.4.- Sobre los modelos de David Held. ....	447
11.5.- Una opción teórica realista. ....	451
11.6.- Una reflexión final. ....	462

**BIBLIOGRAFIA .....** 465



## PRESENTACION

El trabajo que aquí se inicia, y que sometemos a la consideración del Tribunal en forma de Tesis Doctoral, está basado en el convencimiento de que el progreso del conocimiento de la Humanidad se fundamenta en el diálogo abierto entre los hombres, donde el acierto o desacierto de opiniones y argumentos ocupa un lugar secundario respecto al papel decisivo del diálogo mismo. Pocas dudas tiene el que esto escribe de que en las páginas que siguen abundan desaciertos, cuando no afirmaciones ingenuas, producto de la candidez del autor. No hubiera osado presentarlas ante este Tribunal si no tuviera la convicción que la justa crítica que recibirán es consecuencia lógica del atrevimiento que la ignorancia alienta en el que no sabe, pero que intuye que el único camino cierto en el campo del saber es la confrontación de las ideas en el ámbito público.

El trabajo que ahora presentamos, "La teoría de la democracia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", pretende ser una reflexión abierta sobre la democracia en nuestro país a partir del estudio de los fundamentos jurídicos de las sentencias del Alto Tribunal.

La elección del tema tiene su origen en el curso de doctorado *Fundamentos de la democracia contemporánea* que dentro del Programa *Política, estructura del poder y alternativas en las sociedades contemporáneas* dirige el profesor doctor D. Vicent Franch i Ferrer. En el curso de largas sesiones de trabajo, teniendo como *leit motiv* la idea de democracia se desgranaron diferentes formas de *enfrentarse a* y de *concebir* tan resbaladizo concepto. De ellas surgió la sugerencia, del que a la postre ha tenido a bien aceptar la dirección de esta tesis doctoral, de analizar la influencia que puedan haber tenido las distintas concepciones de la democracia en la configuración de nuestro nuevo régimen democrático a través del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siendo conscientes desde el primer momento de que el resultado final no pasaría de ser, en el mejor de los casos, un acercamiento parcial al tema, sin agotar en ningún momento la rica problemática que presenta.

En principio, las líneas maestras con las que abordar el trabajo se presentaban sencillas: se trataba de contrastar las diferentes concepciones sobre la democracia con la justificación razonada que el Tribunal Constitucional daba a

sus resoluciones. La suma y la resta de las concomitancias y de las discrepancias nos ofrecerían un resultado final: la tesis doctoral. Sólo había que hacerlo, pero *del dicho al hecho hubo un trecho*.

Los pasos a dar surgirían a medio camino entre un claro planteamiento inicial y los inevitables altos y cambios de rumbo que ocasiona la profundización en un tema de este calado. En cualquier caso y a grandes rasgos, el esquema de trabajo se ajustó al siguiente perfil:

En primer lugar, hubo que acometer el estudio de las concepciones que de la democracia nos han legado históricamente nuestros clásicos. Releer y, en su caso, leer a Tucídides, Demóstenes, Platón, Jenofonte o Aristóteles se convirtió en una apasionante aventura donde cada página abría nuevos interrogantes y sugerencias. A ellos le seguirían Locke, Rousseau, Constant, Bentham, James Mill y su hijo John Stuart Mill, Tocqueville, Kant, Marx y tantos otros. De esta forma, quedaba abierta una rica panorámica desde la que abordar los autores que ya en el siglo XX se han ocupado de forma relevante de la democracia. Kelsen, Schumpeter, Dahl, Sartori, Macpherson, Poulantzas, Milliband o, los más actuales, Hayek, Nozick, Popper, Habermas, el último Dahl, otra vez Sartori, John Keane, David Held o Danilo Zolo adquirirían nuevas dimensiones desde la perspectiva histórica.

Las horas de lectura dedicadas a todos ellos, a su vez, fue acompañada a lo largo de más de dos años de actividades complementarias que les dotaban de nuevas facetas y de un mejor entendimiento de su propia complejidad. La asistencia a cursos y seminarios dedicados a la democracia y esparcidos por todo el territorio nacional, en la U.I.M.P., en los cursos de doctorado de Adela Cortina en Valencia, de Domingo García Marzá en Castellón, la perspectiva más amplia que aportaba el enfoque desde la historia general de las ideas y formas políticas o, más en general, de la teoría de la política a través del magisterio de Santos Juliá, García de la Serrana, Andrés de Blas o Javier Varela permitieron una labor constante y paulatina de comprensión que se acrecentaría con las críticas vertidas en el contraste de ideas que el doctorando recibiría de compañeros y alumnos cuando aceptó asumir la propia docencia en los seminarios que sobre los fundamentos de la democracia ha venido impartiendo durante los dos últimos años en la Universidad de Valencia.

Nunca será suficiente el agradecimiento del doctorando a la Consellería de

Cultura, Educación y Ciencia que, primero, con una Beca de Formación del Profesorado e Investigación le permitió afrontar esta investigación libre de trabas económicas y, posteriormente, mediante una ayuda encaminada a una estancia investigadora en el Instituto Universitario Europeo de Florencia le permitió profundizar en el estudio de los autores italianos que más lúcidamente han escrito sobre la democracia en los últimos años, especialmente Giovanni Sartori, Norberto Bobbio y Danilo Zolo.

Conscientes de que una labor de este tipo siempre está inacabada se habían puesto las bases para pasar a una segunda fase en la investigación: el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en busca del reflejo que las diferentes concepciones de la democracia puedan haber tenido en su doctrina. Lo que en principio debería haber sido una sencilla labor de comparación que de forma casi automática llevaría a las conclusiones de esta tesis se convirtió en la parte más problemática del trabajo. El salto desde de las teorías, muchas de ellas incardinadas en el deber ser, hasta su aplicación práctica y, más en concreto, sus consecuencias jurídicas era mucho más grande del previsto. El deslinde de campos, deber ser-ser, jurídico-no jurídico, la resolución-su fundamentación, el fondo del asunto-la justificación discursiva del Tribunal cruzado con los diferentes alcances de cada concepción de la democracia, de cada autor analizado, de las diferentes facetas de la democracia, de la indeterminación de otros conceptos conexos, libertad, igualdad, representación, justicia, poder, etc, acrecentaron las dificultades de la empresa.

Dos problemas fundamentales había que resolver: la clara delimitación del objeto de estudio y el método de investigación; dos problemas que, al tiempo se encuentran estrechamente interrelacionados. Aunque explicitado en la Introducción que sigue, podemos adelantar que era obvio por el objetivo perseguido que el método jurídico difícilmente podía permitirnos, por sí sólo, alcanzar el resultado apetecido, pero también era obvio que la respuesta desde un único método, cualquiera que sea éste de las ciencias sociales tendría que ser insuficiente. En un campo donde se entremezclan la filosofía, la teoría y la ciencia, los aspectos sociales, políticos y jurídicos con la indudable perspectiva histórica, el peligro de no situarse en un altozano desde el que alcanzar a observar la rica complejidad de la realidad estudiada se hacía patente.

Pero, quizá, interesa en esta Presentación referirse, más que al método o métodos utilizados, a la propia presentación de la Tesis en forma de composición.

En este sentido, tengo que anticipar un nuevo agradecimiento en la persona de Josep María Felip i Sardá quién me dio a conocer, y sirva como homenaje, la figura inconmensurable de Walter Benjamín. A través de él, he conocido su preocupación por el plan, cuyas incansables reestructuraciones no se interrumpen nunca: una vez iniciada la redacción, la composición conduce a la nostalgia, casi la obsesión, por la "Darstellung" (descripción). La construcción de la descripción o de la exposición converge en la construcción de la narración como un proceso de trabajo entendido como una instalación, común a lo que es característico del arte contemporáneo: "la arquitectura del vidrio, el cine, determinada concepción de la historia, el arte conceptual, etc", es decir, en todo aquello en que la dialéctica se sitúa en el centro de su reflexión.

La estructura de la narración como forma estética (la idea como forma estética), siguiendo a Josep María Felip y a Francesc Abad estaría formada de tres partes: 1.-El apunte borrador; 2.-La parte como fragmento; y 3.-El todo, la instalación (o la conclusión).

El proceso de la forma narrativa "vendría dado por un trabajo que se anota, se acumula, que después se selecciona y da lugar al "collage" final. Este proceso de las diferentes partes que se integran y complementan, hace que el proceso global de su producción dé como resultado un conjunto asociado, que se podría definir como un ensayo visual/textual".

En cuanto al contenido "en primer lugar, decir que hay cosas imposibles de comunicar o de expresar por su carácter subjetivo y complejo. Así, la formación de imágenes narrativas que en un principio están desordenadas se hace por comparación de pensamientos, recuerdos o textos que representan una hipótesis de trabajo. Estas imágenes, en definitiva, se crean por atracción y repulsión, y se eligen por especulación". En la totalidad del proceso creativo, el texto subjetiviza la imagen. El texto como dimensión narrativa es, según Francesc Abad, "la hermenéutica del contenido que se da como soporte a la imagen, para dotarla de historia".

En cuanto a la dimensión crítica, "el conocimiento de la realidad viene dado por la escisión -en la sociedad industrial- entre la abstracción intelectual del mundo especulativo y el mundo de la sensibilidad. Encontrar el fundamento para realizar una crítica a la sociedad y a la cultura, cuando el mismo pensamiento ha quedado reducido a un proceso industrial sometido a la

economía de mercado, deja al trabajo artístico/narrativo sólo el camino de ser crítico y pesimista; en el sentido de que la nostalgia por un cambio no puede existir. Es necesario, pues, interiorizarse para buscar una proyección de sentido, buscar ese silencio cuando incluso la palabra está manipulada por su propia voz y transformar el ruido en información".

Ojalá, sirvan las líneas que siguen a ese objetivo.

No podría terminar esta presentación sin mostrar mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que han hecho posible la realización de este trabajo.

Principalmente al profesor Franch i Ferrer, cuya dirección, siempre eficaz y alentadora, ha sido imprescindible.

Asimismo, quisiera mostrar mi agradecimiento tanto a mis compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de esta Universidad como a los compañeros del Departamento de Derecho Público de la Universitat Jaume I de Castellón, cuya ayuda y aliento han contribuido a su realización.

Finalmente, no puedo olvidar aquí la paciencia y comprensión de mi familia, sin la cual estas líneas no hubieran visto la luz.





## INTRODUCCION

### OBJETIVO

Muchos son los autores que están de acuerdo con Dworkin<sup>1</sup> cuando afirma que "las normas no se aplican al margen de componentes morales y políticos, siendo en todo caso política la aplicación del Derecho a través de la interpretación". Y es que el Derecho es una realidad abierta que plantea el problema del *pre-juicio* del intérprete. Son diversas las propuestas que se han realizado para neutralizar el subjetivismo del intérprete<sup>2</sup>, pero lo que aquí interesa es resaltar su propia existencia.

Es más, para nosotros adquiere una gran relevancia el *pre-juicio* del Tribunal Constitucional en cuanto que, entre la pluralidad de órganos que en nuestro ordenamiento están legitimados para interpretar la Constitución Española de 1978, es al Tribunal Constitucional al que se le ha asignado la función de "intérprete supremo de la Constitución". Es cierto que al Tribunal, frente al legislador representante de la voluntad popular, sólo se le ha conferido una función de control en la que no cabe, en palabras de López Pina<sup>3</sup>, ni "un estrechamiento, más allá de los límites establecidos por la Constitución, de la libertad de conformación del legislador" ni "una configuración por el propio Tribunal". Podríamos decir que, en principio, la labor del Tribunal Constitucional consistiría en fijar los límites dentro de los cuales cabe el ejercicio del pluralismo. Ahora bien, dista de ser claro que en el ejercicio de su función el Tribunal se limite a fijar tales límites y de lo que no cabe ninguna duda es que incluso en la fijación de tales límites puede actuar el *pre-juicio*.

El problema se agrava si tenemos en cuenta, siguiendo a Tomás de la

---

<sup>1</sup> Véase DWORKIN, R. *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986 (*El imperio de la justicia*, Gedisa, 1988, p. 184). Véase también LOPEZ PINA, A. "Prólogo" en *División de poderes e interpretación*, Tecnos, 1987, p. 24.

<sup>2</sup> Sobre el problema es conveniente consultar en la bibliografía en español la obra de ALONSO GARCIA, E. *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, especialmente el epígrafe "La llamada 'jurisprudencia política'".

<sup>3</sup> LOPEZ PINA, A. (ed.) *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 26.

Quadra<sup>4</sup>, que en la Constitución "no hay bienes, derechos o valores absolutos; todos están unos en relación con otros, y unos y otros se limitan mutuamente. Pero la forma en que se limitan, la importancia que en esa limitación corresponde a unos o a otros y la prevalencia de unos frente a otros, no puede determinarse *a priori* con una simple lectura de la Constitución". Aunque ésta ofrezca pautas y orientaciones, nos dice Tomás de la Quadra, como la que se desprende por ejemplo de los valores que en el propio artículo 1 de la Constitución señala como valores superiores del ordenamiento jurídico, sin embargo, estas orientaciones no son en sí mismas definitivas, hace falta "contemplar los valores a la vista del supuesto concreto al que se tratan de aplicar, y es a la vista de ese supuesto concreto, a la vista de las circunstancias del caso, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional va elaborando una ponderación de valores que tiene en cuenta la función que a cada uno de ellos le asigna la Constitución". La existencia de valores que han de ser fijados por el intérprete lleva a De la Quadra a afirmar "que la interpretación constitucional remite a un tema previo de concepción o definición acerca del Estado y de la Constitución misma; acerca de una teoría del Estado o una teoría de la Constitución".

Por tanto, se hace patente la importancia, como un componente más del contenido del *pre-juicio*, de la concepción del Estado y de la Constitución, tema éste que, por otro lado, también dista de ser claro. Baste recordar que un autor como Aragón Reyes<sup>5</sup> considera necesario "recrear la teoría constitucional de nuestro tiempo para hacerla acorde con un concepto de Constitución radicalmente distinto del que imperó en la Europa del siglo XIX, al objeto de que el Derecho constitucional se fundamente en la realidad del presente y no en la del pasado. Y esa realidad de ahora (realidad jurídica, se entiende) en el mundo, tópica aunque no exactamente, llamado occidental es la de la Constitución democrática". Para este autor el principio democrático debe jugar en el Derecho constitucional actual un papel equivalente a aquel que desempeñó el principio monárquico en el Derecho constitucional del siglo XIX. Se trata, como él mismo dice, de "extraer las consecuencias jurídicas pertinentes de la atribución al pueblo de la soberanía".

---

<sup>4</sup> QUADRA SALCEDO, T. De La "Interpretación de la Constitución y órganos del Estado" en LOPEZ PINA, *División de ...*, op. cit., pp. 29-37.

<sup>5</sup> ARAGON REYES, M. *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 17.

Ahora bien, esta labor, desde el punto de vista del intérprete, tampoco está libre del *pre-juicio* y más cuando además dista de estar clara la cuestión de en qué consista eso que venimos llamando "democracia". David Held<sup>6</sup>, en *Modelos de Democracia*, nos recuerda que "la historia de la idea de democracia es compleja y está marcada por concepciones contrapuestas", no en balde en su trabajo llega a distinguir entre diez modelos (teóricos o prácticos) de democracia. Y muchas son las páginas que se han escrito en la pugna entre una concepción de la democracia formal o procedimental y una concepción de la democracia material o sustancial, entre la democracia representativa y la democracia directa, entre la democracia elitista y la democracia participativa, entre ...<sup>7</sup>.

Reflexiones como las anteriores están en el origen del presente trabajo. Se hacía necesario responder a preguntas del tipo: ¿La Constitución española de 1978 nos ha brindado un modelo de democracia cerrado o, como ella misma, resulta abierto a distintos desarrollos dentro de un amplio marco? ¿Un modelo de democracia determinado puede convertirse en un pre-juicio para el intérprete? o, quizá, ¿los pre-juicios del intérprete pueden configurar un modelo de democracia? ¿De qué forma se relacionan los pre-juicios y el Derecho constitucional positivizado? Y, sobre todo, la pregunta que nos hacíamos y a la que pretendemos responder con este estudio es: ¿La doctrina del Tribunal Constitucional ha configurado (o se ha dejado configurar) por un modelo o teoría de la democracia concreto? Esperamos que las páginas que siguen sirvan para realizar una pequeña aproximación a ese complejo mundo de las relaciones entre Derecho y política o, desde otra perspectiva, entre teoría y práctica.

## METODOLOGIA Y FUENTES

En esta tesis intentaremos aportar algunos elementos que permitan una mayor capacidad teórica y práctica en el conocimiento y posibilidades de la democracia en las sociedades industriales avanzadas. La misma complejidad del objeto de estudio nos lleva adoptar un método epistemológico asaz abandonado, pero que permite afrontar tal complejidad con sus mismos recursos. Si la filosofía

---

<sup>6</sup> HELD, D. *Modelos de Democracia*, Alianza, Madrid, 1991, p. 16.

<sup>7</sup> A lo largo del trabajo se desarrollarán los rasgos característicos de estas concepciones.

política, la ciencia política y, también, el derecho presentan campos coincidentes, aquí nos vamos a mover en su interior a través de un "discurso argumentativo" donde las piezas del mismo, todas ellas juntas, den sentido al mismo discurso aportando nuevos elementos a la comprensión de nuestra complejidad democrática.

El mismo título de la tesis responde a una predisposición "empirista", analizar qué sea la democracia en España mediante los "datos" que nos aporta algo tan concreto y "verificable" como es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, pero mucho nos tememos (o quizá, no nos tememos) que el mismo discurso nos adentrará en el campo de lo "no verificable", pero existente y real.

Las fuentes de nuestro estudio, además de la jurisprudencia constitucional, serán básicamente:

- 1.- La Constitución Española de 1978.
- 2.- El debate de las Cortes Constituyentes.
- 3.- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: Competencias y limitaciones con las que ha sido diseñado.
- 4.- La misma estructura normativa en la medida de que en ella se acumulan conceptos, modelos, fórmulas de diferentes momentos históricos para cuyo análisis haremos uso de la doctrina jurídica, especialmente de los denominados "constitucionalistas".
- 5.- La cultura política de los miembros del Tribunal que, a falta de un mejor material empírico, reducimos a la lectura de los considerados por la generalidad de la doctrina "autores clásicos" (aun contemporáneos) que de la teoría política y especialmente sobre la democracia se han pronunciado.

En cuanto a la metodología, Carrasco Perera<sup>8</sup> distingue varios métodos de análisis de la justicia constitucional:

---

<sup>8</sup> "El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11, 1984, p. 104.

1.-Un exámen disciplinario sobre materias concretas, que afecten a la disciplina científica a la que se dedique el autor de ese análisis.

2.-Un exámen crítico acerca de la labor del Tribunal Constitucional en el desarrollo jurídico-político de los valores constitucionales.

3.-Un análisis de la estructura y funcionamiento de la justicia constitucional tal y como ha sido establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y desarrollada por el propio Tribunal.

4.-Un examen y estudio de la estructura interna del razonamiento judicial específico del Tribunal Constitucional, del modo de obtención de la decisión y del contenido argumental de la misma.

Son los dos primeros métodos los que interesan aquí, no obstante lo cual una correcta intelección de los mismos exige situar adecuadamente la doctrina constitucional en el marco que le delimita, por un lado, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, por otro lado, la estructura interna del razonamiento judicial propio y específico del Tribunal Constitucional. A este cometido dedicamos el epígrafe subsiguiente relativo a la interpretación constitucional.

El grueso de los capítulos que siguen están dedicados al análisis del contenido de la doctrina constitucional respecto a los elementos claves que determinan un "tipo de democracia". Antes, en el primer capítulo se estudian los modelos teóricos que sobre la democracia se han dado históricamente. Tal estudio nos ha de permitir seleccionar una serie de "indicadores" o elementos clave a analizar en la jurisprudencia constitucional cuyo sentido nos debe ofrecer las pautas para concluir en qué "modelo de democracia" *se mueve* el Tribunal Constitucional.

Tal empirismo no implica en ningún caso renunciar a un análisis crítico y jurídico de la jurisprudencia constitucional en la medida siempre que a través del mismo podamos ilustrar más adecuadamente las conclusiones provisionales que vayamos estableciendo por permitir tal crítica el desvelamiento de la capacidad decisoria del Tribunal en la opción entre una u otra forma de entender la democracia.

Nuestra fuente primaria de trabajo es claro que será la jurisprudencia constitucional desde el inicio de la andadura del Tribunal. Sólo cuestiones técnicas, comprensibles en la elaboración de una tesis, nos han llevado a acotar temporalmente el análisis de tal jurisprudencia y establecer su límite temporal final en diciembre de 1993.

Obviamente, se convierten para nosotros en fuentes de trabajo aquellas mismas que lo son para el Tribunal. En primer lugar, el texto de la Constitución de 1978, para algunos única fuente de interpretación en sentido estricto para el Tribunal Constitucional<sup>9</sup>. En segundo lugar, los debates parlamentarios en la medida que contribuyan a ilustrar los problemas a los que nos enfrentamos y nunca entendidos en el sentido del *originalismo* como parámetros vinculantes de la interpretación constitucional. De la misma forma, y en tercer lugar, entendemos imprescindible para nuestro estudio una tercera fuente que es la historia de los conceptos claves en una teoría de la democracia que ha de ilustrar la cultura política de nuestro Tribunal, de nosotros mismos y, en definitiva, de nuestras concepciones de la democracia.

## EL VALOR DE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Acaso sea imposible entender adecuadamente el objetivo final de este trabajo sin hacer una breve referencia al problema de la interpretación constitucional. No hace falta realizar una afirmación tan tajante como la de Rubio Llorente que, al recoger la idea de que la Teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución<sup>10</sup>, añade que "en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente Estado Constitucional, el problema de la interpretación es también el problema central de la Teoría del Estado e incluso, ..., en alguna medida de la Teoría del Derecho"<sup>11</sup>, para resaltar la importancia que adquiere la interpretación de la Constitución en los Estados

---

<sup>9</sup> ROVIRA VIÑAS, A. "Hermeneútica y Constitución" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 22, 1991, pp. 41 y ss.

<sup>10</sup> Se refiere a la postura de GARCIA DE ENTERRIA, E. en "La posición jurídica del Tribunal Constitucional español: posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1.

<sup>11</sup> RUBIO LLORENTE, F. en "Prólogo" a ALONSO GARCIA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. XVII.

constitucionales democráticos.

Sobre la cuestión, ya disponemos en España de una considerable bibliografía producto del interés creciente que la materia suscita<sup>12</sup>. Por desgracia no es éste el sitio para introducirnos en tan apasionante campo del conocimiento jurídico. Nos hemos de limitar a realizar unas breves reflexiones sobre "el estado de la cuestión", para lo cual vamos a "echar mano" de algunos de los más relevantes autores que de la materia se han ocupado.

Al respecto, Igartua Salaverría<sup>13</sup> ha resumido el panorama de la interpretación judicial del derecho en lo que él denomina la ideología de la *decisión determinada*, la ideología de la *libre decisión* y la ideología de la *decisión legal y racional*:

1.-La ideología de la decisión determinada, que sería aquella ligada al pensamiento iuspositivista y a la filosofía política del Estado liberal del siglo XIX. Su tesis teórica es que si el juez debe ser la boca que pronuncie las palabras de la ley (Montesquieu), "la decisión judicial ha de estar perfectamente circunscrita por esas leyes. Estas forman un sistema suficientemente preciso, completo, cerrado y no contradictorio". Por tanto, "al decidir un caso concreto, al juez le basta una inferencia lógica para aplicar las normas en vigor a un hecho probado".

2.-La ideología de la libre decisión, que no estaría ligada a ninguna corriente política concreta. Esta ideología rechaza la concepción positivista de la ley en el sentido de que las leyes son incapaces por sí solas para determinar las

---

<sup>12</sup> Para una panorámica general sobre el tema se puede consultar, entre otras obras, PRIETO SANCHIS, L. *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987 o ARAGON REYES, M. "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986. Para el caso norteamericano la obra ya citada ALONSO GARCIA, E. *La interpretación de la Constitución*. También CANOSA USERA, R. *Interpretación constitucional y fórmula política*, CEC, Madrid, 1988.

<sup>13</sup> IGARTUA SALAVERRIA, J. en "Estudio Introductorio" a EZQUIAGA GANUZAS, F. J. *El voto particular*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Desde otra perspectiva PRIETO SANCHIS se refiere a "dos filosofías o concepciones de la interpretación jurídica: aquella que, al menos en último término, considera al Juez como un órgano creador de Derecho y, en esa medida, como un sujeto moral y no sólo técnicamente responsable de la decisión; y aquella otra que, a veces, por caminos muy diferentes, hace del juez -del buen juez si se prefiere- un órgano de mera aplicación de un Derecho que, con las complejidades que se quiera, encierra siempre una respuesta correcta". La primera sería la filosofía de Kelsen o de Hart, la segunda, la de Dworkin ("Notas sobre la interpretación constitucional" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, 1991, p. 183).



decisiones judiciales por varias razones: muchas leyes enuncian fines sin contornos precisos; el lenguaje legislativo está plagado de expresiones valorativas, vagas, etc; con frecuencia las leyes carecen de sentido único y preciso; en ocasiones se detectan leyes contradictorias; las lagunas evidencian un sistema incompleto. "Los razonamientos cuasideductivos del juez no pasan de mera apariencia; rastreando en el fondo topamos con valoraciones y opciones personales. Las justificaciones que acompañan a la decisión son una racionalización *ex post* de algo que, aunque inconfesado, acaba resultando decisivo".

3.-La ideología de la decisión legal y racional que, a medio camino entre las anteriores, sitúa por encima de todo el valor de la legalidad, asumiendo que "pertenece al legislador la función de estatuir el derecho. Cuando la ley es precisa, se impone al juez su observancia estricta. Y cuando no, el juez debe moverse dentro de las posibles opciones que le oferta la ley en vigor. Después, la solución seleccionada de entre el manajo de posibilidades, debe ser justificada tomando como referencia el sistema de valores que encarna el derecho vigente cuando éste se baste como fuente de estimaciones judiciales, y, si no, se recurrirá a otra axiología, pero nunca contraria a la del derecho. En la justificabilidad de la decisión (en base a normas y valores legales) consiste precisamente la racionalidad que persigue esta tercera ideología". Dentro de esta ideología cabe desde aquellos autores que entienden que el conjunto de normas y valores legales posee los suficientes resortes para que todo litigio haya de ser resuelto de una sola manera hasta aquellos que atribuyen a la indeterminación objetiva del derecho varias soluciones posibles y plausibles, todas ellas ajustada a derecho.

#### a) Sobre el carácter político de la interpretación constitucional.

Parece claro -y así sucede en la generalidad de la doctrina- que descartadas las dos primeras "ideologías", la interpretación constitucional se mueve en el terreno de la "decisión racional y legal". Ahora bien, aún aceptando la interpretación que de los principios generales y neutrales de Wechsler como parámetros de lo jurídico Alonso García<sup>14</sup> nos ofrece, a saber, que las decisiones judiciales deben razonarse -esto es, una decisión judicial responde a principios jurídicos cuando absolutamente todas las cuestiones que se discuten en el caso aparecen fundamentadas-, y que los principios deben ser neutrales y generales -

---

<sup>14</sup> Op. cit., pp. 32-76.

esto es, las decisiones judiciales deben descansar en análisis y razones que trasciendan el resultado inmediato que se alcanza-, no se deduce de ello que exista una única solución o, al menos, que la fundamentación y, por tanto, la doctrina que de ella se pudiera deducir sea también única.

No hace falta recurrir a la *Teoría de las dos cláusulas*, las normales y las abiertas, según la cual existen en todo texto normativo unas cláusulas "más específicas cuya significación en el momento de su redacción es la que gobierna la decisión, mientras que en las segundas, conceptos jurídicos indeterminados por excelencia, serían los otros métodos de interpretación los que podrían o deberían utilizarse"<sup>15</sup>; o a la *Escuela Neoanalítica norteamericana*<sup>16</sup>, donde Hart<sup>17</sup> distingue entre los conceptos de *core* y *penumbras*, zonas de certeza y zona de incertidumbre; donde Dworkin<sup>18</sup> distingue conceptos (abiertos, alusivos a un *standard* valorativo abstracto que corresponde a los destinatarios rellenar en cada aplicación) y concepciones (concretas, referentes a una realidad perfectamente señalada e identificada desde el momento que se formula); o donde Brigham<sup>19</sup> entiende que "el lenguaje constitucional es un lenguaje distinto del ordinario y ello hace que adquiera una dinámica propia, de forma que muchas veces la innovación judicial es un producto del desarrollo del lenguaje más que la formulación de nuevas reglas o principios jurídicos", para percatarse de que el derecho deja de ser "un sistema preciso, completo, cerrado y no contradictorio".

Es más, si nos situamos en la *jurisprudencia de valores* para cuyos partidarios los valores presentan "una pretensión de normatividad que hace que, en último término, unos valores tengan que contrapesarse con otros, enlazándose vertical y horizontalmente, afirmándose unos en todo caso; otros, en supuestos concretos"<sup>20</sup>, hemos de entender con Wróblewski que "las reglas constitucionales se encajan en una axiología política, por lo menos a través de

---

<sup>15</sup> Sobre el particular se puede consultar ALONSO GARCIA, E., op. cit., pp. 134-137.

<sup>16</sup> Asimismo, ALONSO GARCIA, E., op. cit., pp. 91-113.

<sup>17</sup> Op. cit., pp. 97-100.

<sup>18</sup> Op. cit., pp. 100-103.

<sup>19</sup> Op. cit., pp. 107-113.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 278.

términos valorativos que se refieren a valores políticos, pero estos valores influyen en la interpretación de términos descriptivos y cuasidescriptivos en caso de duda suscitada por el contexto funcional"<sup>21</sup>. No en balde el Tribunal Constitucional ha entendido que "la Constitución es una norma -como se ha señalado-, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico"<sup>22</sup>.

Ahora bien, aceptar la jurisprudencia de valores dista de diluir el derecho en la axiología y, mucho menos, reconducirlo a una mera cuestión de poder. No obstante, así lo entienden algunos de los partidarios de la jurisprudencia política para los cuales "la justicia constitucional es un fenómeno típicamente político, más que jurídico, haciendo hincapié, de una u otra forma, en la imposibilidad, o falacia, de los intentos de juridificar el fenómeno político-constitucional"<sup>23</sup>. Pero, como indica Alonso García, existe una forma más suave de entender la jurisprudencia política que reconoce que los conflictos a resolver son políticos, pero "sin embargo, no traslada la categoría desde el objeto (conflictos políticos) al método, éste sigue siendo jurídico, tanto formal como materialmente"<sup>24</sup>.

Ahondando en este problema, Wróblewski se pregunta por las características de la interpretación constitucional que determinan su carácter político. A su entender, la interpretación constitucional "es política al menos en dos aspectos: primeramente, garantiza *ex definitione* la observancia de reglas constitucionales que tienen de por sí un carácter político, y en segundo lugar, la función de las decisiones interpretativas es política cuando determina los asuntos políticamente relevantes"<sup>25</sup>. Para él, la teoría general de la interpretación "explica que las valoraciones desempeñan un importante papel en la justificación de las decisiones interpretativas y en los procesos de toma de decisión interpretativa" y,

---

<sup>21</sup> WROBLEWSKI, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 113.

<sup>22</sup> STC de 31 de marzo de 1981 (BOE de 14 de abril de 1981).

<sup>23</sup> ALONSO GARCIA, E., op. cit., p. 517.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 518.

<sup>25</sup> WROBLEWSKI, J., op. cit., p. 113.

entre ellas "se dan valoraciones políticas, morales, económicas y otras"<sup>26</sup>.

Como dice Rubio Llorente, "la incorporación al texto constitucional de preceptos sustantivos ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (...) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas. No de interpretaciones "jurídicas", sino de interpretaciones políticas, es decir, de diversas maneras de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción"<sup>27</sup>. Entender la importancia que puedan tener las interpretaciones políticas (de la democracia) en la justificación legal y racional -que aceptamos- de la Constitución es el objetivo de este trabajo.

#### **b) Las claves teóricas de la interpretación constitucional.**

Desde que Montesquieu<sup>28</sup> afirmara que el juez debe ser la boca que pronuncie las palabras de la ley son muchos los ríos de tinta que se han vertido sobre la caracterización de los jueces bien como meros aplicadores mecánicos de un Derecho preexistente que les vincula, bien como verdaderos órganos de creación judicial. Como señalábamos más arriba, se ha originado un verdadero esfuerzo teórico en torno a tal cuestión. En esta sede difícilmente podemos agotar una cuestión que supera ampliamente los límites de esta obra por lo que nos vamos a limitar a señalar las construcciones teóricas más consistentes y de mayor trascendencia en torno a la interpretación jurídica.

Según Prieto Sanchis se puede afirmar, en líneas generales, que la transición del iusnaturalismo al positivismo supone el desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del Derecho<sup>29</sup>. El iusnaturalismo moderno

---

<sup>26</sup> Op. cit., p. 114.

<sup>27</sup> En "Prólogo" a ALONSO GARCIA, E., op. cit., p. XXI.

<sup>28</sup> *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, p. 156: "Los jueces de la nación no son, como hemos dicho más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes".

<sup>29</sup> PRIETO, op. cit., p. 28.

inicia su andadura ligado al método racionalista. Se pretendió crear una nueva Ciencia del Derecho al servicio de un sistema ideal de organización política y jurídica. Ese interés en la creación (no hay más que recordar el movimiento codificador) apartaba a un segundo plano el momento de la aplicación del Derecho, el momento interpretativo: de ahí a afirmar la racionalidad del legislador no había más que un paso<sup>30</sup>. Ahora bien, el mismo argumento tenía su reverso. El andamiaje de tal modelo estaba construido sobre la idea del contrato social y, en definitiva, del consentimiento individual. De ahí que las decisiones políticas y las leyes tiendan a justificarse en el consentimiento, esto es, en las voluntades y no en la razón<sup>31</sup>. El Derecho pasará a ser fruto de la voluntad, quedando relegado el momento racional a la interpretación del Derecho. Es el momento del positivismo legalista de Austin, de la exégesis francesa, pero también de las corrientes historicistas o románticas. Para Prieto Sanchis, todas ellas defienden una idea del Derecho radicalmente distinta a la sostenida por el iusnaturalista racionalista: el Derecho es ahora un fenómeno social, histórico, cambiante y, sobre todo, representa la manifestación de una voluntad, no la cristalización de una razón abstracta e intemporal<sup>32</sup>.

La escuela de la exégesis se caracterizó por la creencia en el dogma de la plenitud del Derecho. En ese sentido la tarea del juez era simple: se reducía a la aplicación silogística del Derecho reconocido por el Estado, único válido. Savigny, por su parte, hizo clásicos como elementos o criterios de la interpretación el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático, entendiendo que todos ellos son necesarios para el buen éxito de la interpretación. Ahora bien, como apunta Aragón Reyes<sup>33</sup>, el recurso de Savigny a la idea del "instituto jurídico" no podía significar sino que el Derecho no puede reducirse al conjunto de normas escritas y que el sentido del derecho, en consecuencia, no cabe extraerse sólo de lo previsto en ellas. Nos encontramos de nuevo ante el conflicto entre plenitud del Derecho descifrable de forma sistemática o el recurso a una explicación histórica. La llamada "jurisprudencia de conceptos" tratará de superar tal conflicto mediante la concepción del Derecho como una especie de pirámide de conceptos

---

<sup>30</sup> PRIETO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>31</sup> PRIETO, *op. cit.*, p. 23.

<sup>32</sup> PRIETO, *op. cit.*, p. 27.

<sup>33</sup> ARAGON, *op. cit.* p. 112.

jurídicos que de forma lógica se deducen unos de otros. Lo importante en la obra de Puchta pasa a ser ya no la voluntad del legislador sino la precisión sistémica del Derecho<sup>34</sup>. Con un objeto semejante nacerá de la mano de Binding la "interpretación objetiva" que preferirá también la interpretación lógico-sistemática frente a la filológico-histórica, pero esta vez apoyada si bien tampoco en la voluntad del legislador, ahora en la voluntad de la propia ley<sup>35</sup> para lo cual había que introducir un nuevo criterio de interpretación, el teleológico. Con todo ello se pretendía mantener la presunción de la plenitud del sistema legal y el mito del juez plenamente racional y vinculado.

Pero estamos a finales del siglo XIX y una nueva reacción antiformalista no se hará esperar. Corrientes y autores se entrecruzan en esta época haciendo difícil cualquier intento de sistematización preciso. Prieto Sanchis<sup>36</sup> destaca tres nuevas concepciones jurídicas. En primer lugar, una corriente sociológica en la que sitúa a Ihering, Geny, Duguit o Ehrlich a los que une el intento de superar la identificación del Derecho con el Estado para abrirlo a una realidad más amplia, la social. El resultado es la flexibilización de la actividad interpretativa mediante el recurso a fuentes extrasistemáticas. En segundo lugar, nos encontraríamos con la "jurisprudencia de intereses" de la mano de Heck. En realidad Heck no cuestiona la vinculación y la neutralidad axiológica del juez, sino que se limita a sustituir la lógica de los conceptos jurídicos por la lógica de los intereses sociales que originaron la ley<sup>37</sup>. Y en tercer lugar, cobra la mayor importancia en esta reacción antiformalista la "doctrina del Derecho libre" en la medida que se atrevieron a rechazar los dogmas anteriores. La plenitud del Derecho es un mito, el Derecho se caracteriza por ser un sistema de lagunas, detrás de cada precepto concreto caben diferentes interpretaciones. En definitiva, es el juez el que con su actividad creadora del Derecho resuelve las lagunas del orden legal. Aún así, Prieto Sanchis<sup>38</sup> nos advierte que el antiformalismo del siglo XX recomienda como regla general el sometimiento a las prescripciones legales y que sólo de

---

<sup>34</sup> PRIETO, op. cit., p. 30.

<sup>35</sup> ARAGON, op. cit., p. 113.

<sup>36</sup> PRIETO, op. cit., pp. 35 y ss.

<sup>37</sup> ARAGON, op. cit., p. 114.

<sup>38</sup> PRIETO, op. cit., p. 37.

forma excepcional considera legítima la decisión *contra legem*.

Ahora bien, esta reacción antiformalista desembocó en sus aspectos más radicales en el irracionalismo propugnado desde el nacionalismo. Este abraza la versión más extremista del positivismo voluntarista: el Derecho no expresa razón alguna, sino que es exclusivamente fruto de la voluntad del más fuerte<sup>39</sup> (Carl Schmitt) y el más fuerte fue el Führer y el Derecho, su voluntad. Si esto ocurría en la Alemania nacionalsocialista, la concepción del Derecho no habría de ser muy diferente en la Italia fascista y en la Unión Soviética<sup>40</sup>.

Una nueva reacción, esta vez frente al irracionalismo, era de esperar. Se hacía necesario recuperar criterios objetivos en el proceso de aplicación del Derecho. Una vez más recurrimos a Prieto Sanchis para distinguir los dos grandes caminos que se vienen ensayando desde la II Guerra Mundial: el pensamiento problemático y el normativismo realista<sup>41</sup>. Los dos caminos parten del rechazo a la interpretación mecanicista aceptando la dimensión creativa de la interpretación judicial, pero mientras la primera centra todo su peso en el momento argumentativo, la segunda pretende reconstruir la noción de sistema jurídico. En definitiva, como apunta Aragón Reyes, después de más de un siglo de discusiones sobre la interpretación la polémica se contrae, sustancialmente, a lo que parecen ser sus términos más correctos: el problema de los valores<sup>42</sup>.

Dentro del pensamiento problemático se suelen agrupar tres tendencias: la tópica, la hermeneútica y la retórica. A las tres les une el esfuerzo por preservar la figura del juez como órgano no político y sometido, no ya a la ley, pero sí al menos a determinadas reglas y pautas hermeneúticas<sup>43</sup>.

El autor más representativo de la tópica jurídica es Theodor Viehweg<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> PRIETO, *op. cit.*, p. 40.

<sup>40</sup> PRIETO, *op. cit.*, pp. 40-45.

<sup>41</sup> PRIETO, *op. cit.*, p. 47.

<sup>42</sup> ARAGON, *op. cit.*, p. 115.

<sup>43</sup> PRIETO, *op. cit.*, p. 54.

<sup>44</sup> VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

Para este autor el modo de razonar de los jueces no responde a un modelo lógico y sistemático, sino a un modelo problemático y tópico. La jurisprudencia persigue lo justo aquí y ahora en cada caso para lo cual utiliza argumentos o ideas que sirven para cada caso concreto, pero sin pretensiones de generalización. Se ha apuntado la escasa capacidad sistemática que se deriva de esta teoría<sup>45</sup> y el peligro de que pueda disolver la interpretación constitucional en una casuística que comprometa la propia normatividad de la Constitución<sup>46</sup> como las causas de su consideración como poco apropiada para la interpretación constitucional.

En la hermeneútica destaca la obra de Gadamer<sup>47</sup> para el cual el intérprete no busca respuestas al interrogante que se planteó el autor del texto, sino que más bien renueva el texto a la luz de su propia situación existencial, de modo que aquél queda sometido al horizonte del intérprete, adquiriendo así una autonomía de significado, una apertura a la historia que permite el desarrollo de múltiples interpretaciones. Para eliminar los riesgos de arbitrariedad se ve forzado a acudir a la idea de reconocimiento: la razón, lejos de poder considerarse dueña absoluta de sí misma, se halla siempre sujeta a su propio presente: 'es esencialmente razón real e histórica'<sup>48</sup>. La hermeneútica ha significado una llamada de atención sobre la estructura precomprensiva que reviste la interpretación del derecho y sobre su condicionamiento histórico<sup>49</sup>. Ahora bien, tal concepción implica que la norma por sí sola no es nada. Existe la precomprensión del intérprete, pero la norma sólo adquiere sentido en el caso concreto que, a su vez, es comprendido bajo la orientación de la regla de Derecho. Un paso más en la dirección hermeneútica lo dará Esser<sup>50</sup> para el que la precomprensión de la norma se hace desde unos valores sociales que actúan como fundamento del propio Derecho y que anticipan la decisión del Juez. Pero esto no conduce a postulados semejantes a los del Derecho libre, sino a que los criterios extralegales de valoración hay que

---

<sup>45</sup> ARAGON, op. cit., p. 118.

<sup>46</sup> PEREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 262.

<sup>47</sup> GADAMER, H. G. *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 2 vols., 1977.

<sup>48</sup> PRIETO, op. cit., p. 55.

<sup>49</sup> PEREZ LUÑO, op. cit., p. 264.

<sup>50</sup> ESSER, J. *Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.



buscarlos en las propias valoraciones constitucionales<sup>51</sup>.

Ahora bien, como apunta Perez Luño<sup>52</sup>, si la hermeneútica tiene en su haber su contribución decisiva a elucidar los presupuestos subjetivos (precomprensión) y objetivos (contextualización) en que se realiza la actividad interpretativa, así como la necesaria coimplicación de ambos (círculo hermeneútico) se le puede objetar, como han hecho Apel y Habermas, que el lenguaje que sirve de vehículo para la comunicación se puede convertir en un medio de dominio y de poder social. Para Habermas, sólo a través de una reflexión racional, como 'crítica de la ideología', es posible desenmascarar la imposición dogmática de un lenguaje deformado.

Con el término "retórica" nos referimos aquí a la corriente que con el fin de recuperar el pensamiento retórico y dialéctico se forma en torno a la escuela de Bruselas y, especialmente, alrededor de Perelman<sup>53</sup>. Para este autor el trabajo de un juez es sustancialmente diferente al de un científico, por ello también su modo de razonar o argumentar es distinto. Frente al científico cuya actividad se encamina al conocimiento utilizando la argumentación lógica que depende de axiomas, la actividad del juez es práctica, tiene por objeto la decisión y su argumentación depende de normas y precedentes, siendo la ley una razón más, entre otras, para decidir. Parece lógico que derivaciones de la nueva retórica se dirijan hacia una recuperación de fórmulas iusnaturalistas como es el caso de la obra de Foriers<sup>54</sup> y su 'derecho natural positivo'.

Ahora bien, Pietro Sanchis<sup>55</sup> nos pone sobreaviso de dos dificultades insalvables para estas corrientes: en primer lugar, que el recurso a la tradición o al consenso sólo puede convencer en grupos cerrados y homogéneos, pues en una

---

<sup>51</sup> ARAGON, op. cit., p. 117.

<sup>52</sup> PEREZ LUÑO, op. cit., p. 265.

<sup>53</sup> PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1976.

<sup>54</sup> "Le juriste et le Droit naturel. Essai de définition d'un Droit naturel positif" en *Revue Internationale de Philosophie*, 1963, XVII, p. 335 y ss. Citado en PRIETO, op. cit., p. 61.

<sup>55</sup> PRIETO, op. cit., p. 66. El autor se refiere también al consenso de las "leyes que expresan la voluntad general". No lo hemos recogido por ser discutible que las leyes impliquen consenso. A más, Prieto Sanchis se refiere a los jueces en general y nuestro interés se centra en la justicia constitucional.

sociedad abierta y pluralista como son las democracias liberales difícilmente se podrán hallar valores o principios de justicia material capaces de producir consenso; y en segundo lugar, en un marco democrático, no existe más consenso que el plasmado en la Constitución, por lo que la decisión del juez cuando recurra a elementos extrasistemáticos responderá, tal vez, a las reglas de la moral mayoritaria, sin que ello signifique en modo alguno que esa moral respalde su decisión como lo haría la Constitución.

El segundo camino al que nos referíamos era el normativismo realista. Prieto<sup>56</sup> la hace partir del intento de superar las posiciones ciertamente radicales del positivismo mecanicista o del activismo judicial. Es un nuevo positivismo que pretende superar la centralidad de la norma mediante el recurso al ordenamiento jurídico: "la teoría gradual del ordenamiento procurará cancelar así la antigua y rígida escisión entre creación y aplicación del Derecho, contemplando las decisiones judiciales como una pieza más de un conjunto armónicamente engarzado bajo la idea de jerarquía. Esta será la conclusión fundamental a la que llegará la 'teoría de la creación del Derecho desde el ordenamiento jurídico', los jueces representan una fuente de producción jurídica, pero una fuente subordinada y no independiente de las leyes". Esta sería la posición de Kelsen<sup>57</sup> que, no por casualidad, aboga por la instauración de un juez *ad hoc* encargado de fiscalizar la constitucionalidad de las leyes. Ahora bien, en Kelsen perdura el empeño por liberar al derecho de los elementos valorativos. Será Hart<sup>58</sup> quien proponga una solución intermedia: el Derecho preexistente, esto es, las leyes, costumbres y precedentes disciplinan con mayor o menor detalle la realidad social y no son, por tanto, meras fuentes de inspiración de los fallos judiciales, pero tampoco estos últimos representan la ejecución mecánica de aquellas normas, sino que expresan un irreductible momento de discrecionalidad<sup>59</sup>. En los casos difíciles no hay más remedio que reconocer que el

---

<sup>56</sup> PRIETO, op. cit., p. 74 y ss.

<sup>57</sup> KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1975 (también Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1979). De la misma forma se puede incardinar en estas posiciones, con cierto matices, la obra realista de ROSS *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

<sup>58</sup> Véase HART, H. L. A. *The concept of law*, Oxford and the Clarendon Press, Oxford University Press, 1961.

<sup>59</sup> PRIETO, op. cit., p. 79.

juez tiene discrecionalidad para decidir.

La posición de Hart suele ser contrastada por la doctrina con la obra de Dworkin<sup>60</sup>. Si bien éste rechaza la jurisprudencia mecánica, considera un error concebir a los jueces como órganos políticos creadores de Derecho; su función y la razón de ser de su autoridad reside precisamente en garantizar los derechos del ciudadano de acuerdo con el orden jurídico vigente<sup>61</sup>. Ahora bien, Dworkin se ve obligado a recurrir a la idea de "principios" diferentes de las normas para resolver las decisiones judiciales en los "casos difíciles", y estos principios se sitúan en los límites del Derecho. Es más, para Dworkin debe de tratarse de aquellos principios que expresan derechos morales básicos, esto es, introduce en el razonamiento judicial el momento valorativo convirtiendo, de esta forma, en difícil la afirmación según la cual los jueces son órganos creadores de Derecho.

Prieto Sanchis, autor al que fundamentalmente hemos seguido en este epígrafe, entiende que

↗

"los tribunales se caracterizan por adoptar decisiones firmes y vinculantes que, por cierto, pueden ser erróneas, subjetivas e irracionales. Sin embargo, generalmente el juez asumirá el papel de órgano decisorio racional mediante un sistema argumentativo conocido y aceptado 'dirigido a aceptar el fallo... En ese *iter* que se desarrolla entre una información jurídica y fáctica recibida y la decisión o fallo emitido es donde tiene lugar el proceso de racionalización que caracteriza a la interpretación operativa. Aunque no suele presentarse de forma explícita, me parece posible señalar dentro de este proceso dos aspectos distintos y en principio diferenciables: de un lado, la explicación de las razones o argumentos que 'conducen' de la norma general y de los hechos hasta la solución adoptada, es decir, lo que pudiéramos llamar la motivación técnica de la aplicación del Derecho; de otro, la justificación política o moral de las distintas elecciones u opciones incorporadas a la sentencia, esto es, la motivación valorativa o ideológica de la creación del Derecho. Sin duda, en la práctica será muy difícil distinguir donde termina y comienza cada género de argumentación..."<sup>62</sup>

Pero sea difícil o no, ese momento creativo, ese elemento valorativo hace

---

<sup>60</sup> Véase DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

<sup>61</sup> PRIETO, op. cit., p. 67.

<sup>62</sup> PRIETO, op. cit., p. 87.

imposible hoy una interpretación constitucional que rechace la valoración<sup>63</sup> y abre la responsabilidad política del juez: "en un sistema auténticamente constitucional, también los tribunales han de rendir cuentas de su actuación"<sup>64</sup>, aunque sea a través del mero sometimiento a la crítica pública.

**c) El alcance competencial del Tribunal Constitucional.**

Posiblemente sea la falta de legitimidad democrática directa del Tribunal Constitucional una de las razones que explican la necesidad de dotar de garantías formales la actuación del mismo de tal modo que se fortalezca la legitimidad indirecta o constitucional sobre la que se asienta la posibilidad de actuación del Tribunal Constitucional en nuestra democracia: "cualquiera que sea el grado de vinculación sustancial que históricamente presente la actividad de los tribunales y sin negar la virtualidad jurídica de sus fallos, aunque no se presenten como decisiones 'derivadas' de una norma superior, aquéllos aparecen sujetos a una normatividad orgánica y procedimental que limita y condiciona el ejercicio de la discrecionalidad"<sup>65</sup>. Pero es que, además, ese marco orgánico y procedimental puede de alguna forma conformar o delimitar el contenido de la actuación del Tribunal Constitucional, ya sea en sus resoluciones, ya sea en la fundamentación de la misma. El Tribunal Constitucional interpreta la Constitución, pero la interpreta desde un marco competencial determinado por la propia Constitución y la Ley Orgánica que lo regula. Este "interpretar desde" ha de ser tenido en cuenta para valorar adecuadamente la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al asunto que nos ocupa.

El Tribunal Constitucional es definido en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, que lo regula como el "intérprete supremo de la Constitución" y "sometido sólo a la Constitución y a la Presente Ley Orgánica" (art. 1). La doctrina ha destacado que se trata de un órgano constitucional que encarna una auténtica jurisdicción que, sólo ella, tiene la función de declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley.

---

<sup>63</sup> ARAGON, op. cit., p. 122.

<sup>64</sup> PRIETO, op. cit., p. 125.

<sup>65</sup> PRIETO, op. cit., p. 141.

La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pueden estar condicionando el contenido de las resoluciones del Tribunal Constitucional a través de dos mecanismos: la regulación de la composición de los miembros del Tribunal y la definición de sus competencias.

En relación a la primera cuestión, el artículo 159.1 de la Constitución dispone que el Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Aunque la doctrina se ha ocupado de demostrar que tal composición no deriva única y exclusivamente de la mayoría parlamentaria que en un momento dado puede apoyar al Gobierno de la nación o, dicho de otro modo, que no estamos ante un sistema "monocolor", y para ello han aducido argumentos como la mayoría cualificada de tres quintos que se requiere en las Cámaras, la distinta duración del mandato de Cámaras y Tribunal, la renovación parcial y progresiva de este último por tercios cada tres años, no es menos cierto que la articulación del sistema provoca al menos la exclusión de una composición abierta y de alguna forma se está determinando la composición del Tribunal: la mayoría cualificada de tres quintos obliga en la práctica (y actualmente) al consenso entre las dos fuerzas políticas mayoritarias en el Parlamento, las cuales determinan *negativamente* qué magistrados concretos han de formar parte del Tribunal Constitucional a través de la amenaza o del ejercicio del poder real de veto. Sin prejuzgar la bondad del procedimiento, cabe esperar futuros magistrados de "carácter moderado" o "ideología ecléctica" que no susciten rechazos.

Por otro lado, la renovación por terceras partes que es considerada positivamente por la doctrina en la medida que permite la necesaria continuidad de nuestra jurisprudencia constitucional, también es un condicionador hacia el futuro del contenido de la doctrina constitucional precisamente al ser previsible esa continuidad "impuesta por los más viejos del lugar".

A lo anterior se añade la previsión del artículo 159.2 de la Constitución, según el cual los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años

de ejercicio profesional. Nadie pone en duda que los miembros del Tribunal Constitucional sean juristas, pero no está de más preguntarse por el salto que supone el hecho de que el órgano que ha de interpretar la voluntad constituyente, voluntad política y no jurídica -o, dicho de otra forma, norma jurídica (suprema) "elaborada" no necesariamente por juristas- sea interpretada "necesariamente" por juristas por el hecho de encontrarnos ante una norma jurídica (suprema). En cualquier caso, lo que nos interesa resaltar aquí es que esta composición circunscribe la interpretación suprema de la Constitución a personas integrantes de una cultura muy determinada como es la de los juristas, excluyendo, por tanto, otras culturas o "sensibilidades" en la interpretación suprema de la voluntad política constituyente<sup>66</sup>.

Más decisiva a nuestros efectos se presenta la cuestión de las competencias del Tribunal Constitucional. Sin entrar en la autonomía con que cuenta a efectos de organización interna, la doctrina ha resumido de la siguiente forma las competencias del Tribunal Constitucional:

-Control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, a través de los recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y control previo de Tratados Internacionales.

-Protección de los derechos y libertades a los que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución, esto es, los reconocidos en los artículos 14 al 30 de la misma, mediante el recurso de amparo.

-Resolución de los conflictos de competencia en la distribución territorial del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o las de éstas entre sí.

-Control de constitucionalidad de disposiciones y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas.

-Control del reparto de poder entre los distintos poderes del Estado a través de los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales.

---

<sup>66</sup> Esta argumentación se podría extender hacia derroteros como la extracción sociológica de los miembros del Tribunal o los intereses concretos que pudieran darse en los mismos, pero estas cuestiones se salen de las posibilidades de esta tesis y serían cuestiones que sólo indirectamente podemos relacionar con el marco normativo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Además, la competencia del Tribunal Constitucional se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden constitucional, directamente relacionadas con la materia de que conoce, a los solos efectos del enjuiciamiento constitucional de ésta.

En cualquier caso, interesa destacar cómo se ha abandonado el modelo clásico kelseniano<sup>67</sup> de Tribunal Constitucional -si es que es el que se tenía en mente- para apostar por un Tribunal Constitucional que, por un lado, actúa como intérprete supremo de la Constitución y de ahí su función de 'legislador negativo' expulsando del ordenamiento jurídico las normas contrarias a la Norma Suprema en su caso y, por otro lado, actúa como "hombre bueno" o árbitro que ha de resolver toda una serie de conflictos ya derivados de las garantías de los derechos fundamentales, ya de la distribución horizontal o vertical del poder<sup>68</sup>. Posiblemente la distinta naturaleza, por el objeto sobre el que versan, de las competencias que ejerce el Tribunal influyan en la fundamentación jurídica de las sentencias<sup>69</sup>. No obstante y sin entrar en las particularidades que cada caso alberga, parece claro que ésta, la fundamentación jurídica de las sentencias, adquiere cierto carácter normativo en nuestro sistema jurídico que vendría confirmado por el artículo 161.1.a) de la propia Constitución

---

67. KELSEN: "El Tribunal Constitucional, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de una norma inconstitucional, no produce sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo". Citado en AGUIAR DE LUQUE, L. "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", en *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, p. 11.

68 ARAGON REYES en ese sentido afirma que "el Tribunal Constitucional, además de desempeñar el papel de aplicador e intérprete supremo de la Constitución, tiene encomendada la atribución de proteger, muy especialmente, el núcleo sustancial de ésta (el que configura la forma de Estado), y esa específica protección hace que, en tal materia, el objeto de la actuación del Tribunal no sólo sean las leyes, sino todos los actos del poder, y que, por lo mismo, no sólo aquéllas, sino también éstos son impugnables ante el Tribunal Constitucional" (en ALZAGA, O. (dir.) *Comentario a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1988, vol. XII, p. 202).

69 Ahora bien, coincidimos con SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. cuando, refiriéndose a la distribución vertical del poder, afirma "que, aun admitiendo la disposición de los agentes políticos a aceptar la intervención de una instancia que arbitre los conflictos entre el Estado central y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas atribuciones competenciales, el Tribunal actúa exclusivamente como órgano jurisdiccional, sin que se introduzcan criterios de oportunidad o mérito en los parámetros determinantes de su actividad aplicativa del ordenamiento constitucional" ("Sobre el Estado autonómico español" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 78, 1992, p. 115).

al afirmar que "la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia afectará a ésta" o por el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando afirma 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"<sup>70</sup>.

#### d) La "razonabilidad" del Tribunal Constitucional.

Si la hipótesis que se apunta, esto es, que el Tribunal Constitucional es un órgano creador de derecho es correcta, se vuelve necesario dar razón de la legitimidad de tal posibilidad y en este sentido coincidimos con Prieto Sanchís<sup>71</sup> cuando afirma que "la justificación puede presentar el elemento clave para definir la posición institucional del intérprete o aplicador del Derecho, donde la actuación racional constituya su principal fuente de legitimidad". Ahora bien, a su vez, nos obliga a dar razón de lo que se entienda por justificación racional en el contexto de la interpretación constitucional y, en concreto, en la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional.

Por decisión jurídica *racional* entiende Manuel Atienza<sup>72</sup> aquella decisión jurídica susceptible de ser justificada racionalmente, esto es, aquella que, en primer lugar, respeta las reglas de la lógica deductiva; en segundo lugar respeta los principios de la racionalidad práctica que, en el sentido de Alexy<sup>73</sup> incluiría principios como los de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; en tercer lugar, utiliza como premisa alguna fuente del Derecho de

---

<sup>70</sup> Así lo entiende también PIETRO SANCHIS para el que "el Tribunal Constitucional se muestra como un intérprete creador del Derecho, no ya en el sentido de que proyecte su subjetividad o sus concepciones morales sobre la concreta decisión que adopta, sino en el sentido más fuerte de que hace de su razonamiento un elemento más del orden jurídico en su conjunto" ("Notas sobre la interpretación constitucional" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, 1991, p. 180).

<sup>71</sup> "Notas sobre...", op. cit., p. 186.

<sup>72</sup> "Sobre lo razonable en el Derecho" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27, 1989, pp. 94 y ss.

<sup>73</sup> *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 203 y ss.



carácter vinculante; por último, y en cuarto lugar, no utiliza, como elementos decisivos de la fundamentación, criterios éticos, políticos u otros no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la práctica jurídica enseña que no todas las decisiones jurídicas pueden ser reconducidas a criterios de racionalidad. De ahí la importancia que adquiere en la argumentación jurídica el concepto de *razonabilidad* y más en un ámbito como el Derecho constitucional en el que el objeto de interpretación es el más elástico e indeterminado al caracterizarse las normas constitucionales por el recurso a la técnica de la normación incompleta, por el uso abundante de conceptos jurídicos indeterminados, por el empleo de un lenguaje no técnico y por el uso también abundante de las normas de principio y de la remisión normativa<sup>74</sup>. De esta forma, una decisión jurídica sería razonable si y sólo si, se toma en situaciones en que no se puede, o no es aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional, se logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión y se obtiene un máximo de consenso en torno a la decisión<sup>75</sup>.

Es el juicio de razonabilidad el que permite dar cuenta de las especialidades de la jurisdicción constitucional frente a la jurisdicción ordinaria. Carrasco Ferrera<sup>76</sup>, al analizar la cuestión, lo define como un punto medio entre la toma de posición comprometida, la prudencia del sentido común y la decisión estrictamente técnico-jurisdiccional, siendo el método específico de aplicación normativa empleado por el Tribunal Constitucional. Si en un sistema de pluralismo político la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas (Sentencia de 2 de febrero de 1981), el límite de tales opciones no es un "óptimo" sino un "admisible", esto es, no es otro que el límite del factor de razonabilidad. En ese sentido, el autor citado nos resume el juego que desempeña el factor razonabilidad como sigue:

a) Es la condición de posibilidad de alternativas distintas dentro del marco

---

<sup>74</sup> MARTINEZ SOSPEDRA, M. *Estado y Constitución*, CEU San Pablo, Valencia, 1991, pp. 263-268.

<sup>75</sup> ATIENZA, M. "Sobre lo razonable...", op. cit., pp. 108-109.

<sup>76</sup> "El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11, 1984, p. 45.

abierto por la Constitución Española.

b) Es el destierro de un iusnaturalismo valorativo que bajo la capa de principios constitucionales disfrazara decisiones de optimización política en una cobertura jurisdiccional.

c) Supone compatibilizar la libre actuación del Poder político con la posibilidad de control por parte del Tribunal.

d) Hace factible que esa coordinación no se convierta en una distinción entre preceptos constitucionales plenamente justiciables y otros en que el Tribunal Constitucional abandonase su competencia para permitir que fuesen mediatizados de cualquier forma por el titular del poder.

e) Supone para el Tribunal Constitucional la necesidad de abandonar el puro control abstracto de las normas e introducir un elemento jurídico valorativo que se concrete en la posibilidad de extender su competencia a los conceptos jurídicos indeterminados mediante la señalización de un margen de razonabilidad.

f) En el ámbito del recurso de amparo supondrá un relativo conocimiento de los hechos que han dado lugar a la sentencia recurrida, pues en todo caso será precisa una calificación 'constitucionalmente relevante' de aquellos hechos.

g) Facilita, en fin, la obtención de decisiones de carácter jurídico y no político mediante la conversión de conceptos y elementos no fácilmente analizables en términos tales que permitan una decisión menos comprometida.

En definitiva, si todo esto se da, "el juicio de razonabilidad aparece como un 'juicio complejo' donde se mezclan las decisiones de valor matizadas por la razonabilidad, ciertas apreciaciones de carácter político, concretadas únicamente en criterios de admisibilidad y no de 'excelencias' y sobre todo el carácter jurídico de aquella decisión bajo la cobertura de un proceso materialmente (y no ya sólo formalmente) *judizforming*"<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Op. cit., p. 54.

Es este tipo de juicio, con sus peculiaridades, el que define el razonamiento específico de la justicia constitucional. Sólo un entendimiento adecuado del mismo ha de permitirnos analizar críticamente la doctrina del Tribunal Constitucional y situar en la perspectiva adecuada este trabajo.

# 1.-¿TEORIA O TEORIAS DE LA DEMOCRACIA?

## 1.1.- INTRODUCCION

Si el propósito de esta tesis -que no lo es- fuera el intento de estudiar las aplicaciones de *la teoría* de la democracia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos encontraríamos con un panorama un tanto desalentador. Son muchos los autores que han intentado definir el concepto de democracia, que han teorizado sobre la democracia y, sin embargo, los resultados obtenidos han sido de lo más diverso. Quizá, podamos afirmar con Adela Cortina que:

"No existe un único concepto de democracia, excepto la abstracta afirmación de que se trata del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo"<sup>78</sup>

Normalmente, cualquier estudio sobre la democracia se inicia con la referencia a sus raíces etimológicas. Es sabido que la palabra "democracia" deriva del término griego *démokratia*, término que podemos descomponer en dos: *demos* (pueblo) y *kratos* (gobierno o poder). Por tanto, "democracia" haría referencia a la forma de gobierno en la que el pueblo gobierna. Pero lo que en una primera aproximación puede parecer claro y sencillo, a poco que se profundice empieza a convertirse en complejo. Al fin y al cabo, ¿qué significa "pueblo"? ¿quiénes forman parte del mismo y con qué capacidad política? ¿qué significa "gobierno"? ¿cuál es su ámbito? El alcance dado a estas expresiones es tan diverso como las distintas acepciones del término "democracia". No tenemos más remedio que enfrentarnos con la realidad de la existencia de diferentes teorías de la democracia que, con distintas justificaciones, contribuyen también a articular distintas opciones políticas democráticas.

La constatación de esta realidad teórica es la que nos llevó al planteamiento global de este estudio: si existen diferentes formas de entender la democracia y, por tanto, articulaciones políticas diferentes de la democracia, ¿en cuál de ellas se apoya el Tribunal Constitucional -si es que lo hace en alguna- cuando tiene que fallar sobre aspectos de la realidad cuya resolución fáctica se deduce directa o indirectamente de la concepción de la democracia que se mantenga? o dicho de otra forma, ¿cuál es la teoría de la democracia que *se esconde* en la jurisprudencia

---

<sup>78</sup> CORTINA, A. *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 254.

del Tribunal Constitucional?

Para poder responder a esta pregunta la primera tarea que nos hemos marcado ha sido la de intentar definir en sus aspectos esenciales las "teorías de la democracia" más características en la historia del pensamiento político, desde los griegos hasta la actualidad más reciente. Al fin y al cabo,

"No nos la habemos con una esencia inmutable, que recibe históricamente diversas formas, sino con una forma de organización sólo caracterizable desde una determinada teoría; una teoría que tiene a su base una concepción del hombre y de su realización en la vida social".<sup>79</sup>

Quizá convenga aclarar desde un principio que no empleamos el término "teoría" en un sentido estricto, sino que le damos un amplio alcance moviéndonos entre los primeros fundamentos hasta las aplicaciones prácticas experimentadas o no históricamente:

"La concreción de las condiciones de aplicación de un principio es una cuestión vital; puesto que si es que se quiere que sea plausible una teoría de la forma más deseable de democracia, debe ocuparse de aspectos teóricos y prácticos, de cuestiones tanto filosóficas como organizativas e institucionales. Sin este doble enfoque, se fomenta una elección de principios arbitraria y debates abstractos aparentemente interminables sobre la misma. Una consideración sobre los principios, sin un exámen de las condiciones para su realización, puede que preserve un sentido de virtud, pero dejará sin exponer apenas el sentido real de esos principios. La consideración de las instituciones sociales y de los arreglos políticos, sin una reflexión sobre los principios adecuados para su ordenamiento, puede, por el contrario, llevar a una comprensión de su funcionamiento, pero no nos ayudará apenas a enjuiciar su conveniencia y deseabilidad".<sup>80</sup>

Robert Dahl compara la teoría democrática con una gran red tridimensional, demasiado grande como para abarcarla con la mirada, y compuesta de hebras interconectadas de distinta elasticidad, de tal forma que le

---

<sup>79</sup> CORTINA, A. *Ética...*, op. cit., p. 255.

<sup>80</sup> HELD, D. *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1991, p. 328.

parece finita pero ilimitada<sup>81</sup>. En esta red se podría empezar a tirar del hilo por cualquier parte. Si lo hicieramos por la izquierda, por ejemplo, la argumentación sería más explícitamente filosófica, como al intentar establecer los fundamentos que justificasen la creencia en la democracia. Conforme avanzáramos hacia la derecha, la argumentación adoptaría progresivamente un tono más empírico. Siguiendo el cuadro que el mismo Dahl ofrece, tras detenernos en (3) para examinar los criterios que distinguen un proceso cabalmente democrático de otros procesos de toma de decisiones, podríamos volver a (2) a fin de considerar las características de una asociación cuya forma de gobierno conveniente, fuese el proceso democrático. Si seguimos hasta (4) podríamos empezar a explorar las instituciones que demanda el proceso democrático para poder operar y, si seguimos más allá, podemos llegar hasta (5) para investigar las condiciones que facilitarían el desarrollo y perduración de las instituciones imprescindibles para el orden democrático. Para Dahl, ninguna fracción de este cuadro queda fuera de la teoría democrática. Es más, si introdujéramos la dimensión de las condiciones históricas el cuadro se volvería un cubo tridimensional en el que se añade el tiempo (la historia) como tercera dimensión.

---

<sup>81</sup> DAHL, R. *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992, pp.. 15-18.

**Cuadro 1. Algunos aspectos de una teoría sobre el proceso democrático (ámbito: asociaciones que cumplen con los requisitos fijados en (2) )**

La argumentación es más explícitamente filosófica: se hacen afirmaciones vinculadas con los valores, la epistemología, la "naturaleza humana", etc.

La argumentación es más explícitamente empírica

	←				→
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Menos crítica	Fundamentos filosóficos (justificaciones) para las premisas de (2)	Características de una asociación que son suficientes para requerir el proceso democrático (3)	Criterios que especifican un proceso cabalmente democrático	Instituciones requeridas para satisfacer (3) en los niveles históricamente alcanzados por ciertas asociaciones concretas 4.1 Demos muy pequeño 4.2 Demos pequeño 4.3 Demos grande 4.3.1 ... 4.3.2.1...  4.3.2 Variantes en las instituciones de la poliarquía	Condiciones que facilitan* el desarrollo y perduración de (4)  5.1 ... 5.2 ... 5.3 Condiciones que facilitan las instituciones de la poliarquía 5.3.1 Efectos de las variaciones en las condiciones
Más crítica	Otros fundamentos y criterios válidos, distintos de (1) y de (2)	Critica y evaluación: 7.1 Grado en que las instituciones de (4) no satisfacen los criterios ideales de (3) —p.ej. democratización incompleta. 7.2 Fallas de acuerdo con otros criterios (6)	(7) Grado en que las instituciones de (4) no satisfacen los criterios ideales de (3) —p.ej. democratización incompleta. 7.2 Fallas de acuerdo con otros criterios (6)	(8) Instituciones requeridas para remediar las deficiencias especificadas en (7) —p. ej., para una mejor democratización de la poliarquía	(9) Condiciones que podrían facilitar

\* Palabra deliberadamente ambigua, que puede significar: "que son necesarias para...", "que son suficientes para...", "que aumentan (en grado significativo) la probabilidad de..."

Esta tesis pretende ser una incursión por esa red tridimensional con la pretensión de obtener elementos de juicio para entender, si cabe, algo mejor la democracia española. Perdónenos el lector si en nuestro camino a lo largo de esa red, la argumentación avanza y retrocede, tuerce de la derecha a la izquierda o viceversa, se detiene en demasía y, sobre todo, perdónenos si el resultado es corto para las expectativas. Sólo podemos alegar en nuestra descarga que frente a lo ilimitado de la red, nuestras capacidades son limitadas.

## 1.2.- ¿UNA UNICA TEORIA DE LA DEMOCRACIA?

Giovanni Sartori en *Democrazia Cosa è*<sup>82</sup> se pregunta si la teoría de la democracia es una o múltiple, si existen varias teorías de la democracia o existe una única teoría de la democracia. Si bien la respuesta depende en gran medida del nivel de abstracción del discurso, Sartori sostiene la tesis unitaria considerando que, aunque a nivel de especie sea múltiple, a nivel de género es una

"la teoría de la democracia posee un cuerpo central y ... las consideradas "teorías alternativas" de la democracia no son tales: o son falsas (como en el caso de la jamás existente democracia comunista) o, por el contrario, son "teorías parciales", subespecies. Y una subespecie no es una alternativa a la especie, exactamente como la parte de un todo no puede hacer las veces del todo."

¿Y cuál es el cuerpo central del que habla Sartori? Este autor<sup>83</sup> define descriptivamente la democracia a gran escala como aquel procedimiento y mecanismo que: a) genera una poliarquía abierta cuya concurrencia en el mercado electoral b) atribuye el poder al pueblo y c) específicamente hace valer la responsabilidad de los líderes para con los liderados. A lo largo de su obra deja claro que las democracias modernas giran en torno a:

- el principio de mayoría relativa;
- los procedimientos electorales;
- la transmisión del poder que supone la representación;
- la opinión pública libre, gracias a una estructura policéntrica de los medios

---

<sup>82</sup> SARTORI, G. *Democrazia Cosa è*, Rizzoli, Milano, 1993, p. 13.

<sup>83</sup> En español, SARTORI, G. *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988, 2 vols.. La definición que citamos se encuentra en el vol. I, p. 202.



de comunicación y su interjuego competitivo y un sistema educativo que no sea un sistema de adoctrinamiento;

- mecanismos de control del poder; y
- la competitividad entre líderes.

Fuera de una teoría que no contemplase estos elementos no estaríamos en presencia de una verdadera teoría de la democracia.

### 1.3.- UNA DEFINICION MINIMA DE DEMOCRACIA LIBERAL

En la línea apuntada por Sartori, son muchos los autores que se han preguntado por los "mínimos" necesarios para poder hablar de una democracia liberal<sup>84</sup>. Quizá los "mínimos" que más aquiescencia han alcanzado entre los autores contemporáneos son los establecidos por Robert Dahl en *La poliarquía. Participación y oposición*<sup>85</sup>. En esta obra Dahl mantiene que el gobierno democrático se caracteriza fundamentalmente por su continua aptitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos, sin establecer diferencias políticas entre ellos. La democracia requiere tres condiciones básicas. Todos los ciudadanos deben tener igualmente oportunidades para:

- 1.- Formular sus preferencias;
- 2.- Manifiestar públicamente dichas preferencias entre sus partidarios y ante el gobierno, individual y colectivamente;
- 3.- Recibir por parte del gobierno igualdad de trato: éste no debe hacer discriminación alguna por causa del contenido o del origen de tales preferencias.

Para poder cumplir estas condiciones, según Dahl, son necesarias, al menos, las ocho siguientes garantías institucionales:

- 1.- Libertad de asociación,

---

<sup>84</sup> Utilizamos el término «definición mínima» en el sentido apuntado por el mismo SARTORI en *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza, Madrid, 1992, p. 86: "Una definición es mínima cuando todas las propiedades o las características de una entidad que no son indispensables para su identificación se exponen como propiedades variables, hipotéticas, no como propiedades de definición".

<sup>85</sup> DAHL, R. *La Poliarquía. Participación y oposición*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 13-15.

- 2.- Libertad de expresión,
- 3.- Libertad de voto,
- 4.- Elegibilidad para el servicio público,
- 5.- Derecho de los líderes políticos a competir en busca de apoyo,
- 6.- Diversidad de fuentes de información,
- 7.- Elecciones libres e imparciales,
- 8.- Instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias.

Para Robert Dahl, las anteriores condiciones y garantías son necesarias aunque quizá no sean suficientes.

Leonardo Morlino en *Cómo cambian los regímenes políticos*<sup>86</sup> considera democráticos todos los regímenes cuyas normas vigentes prevén la protección de los derechos políticos y civiles de los miembros de la comunidad, entendiendo por régimen el conjunto de las ideologías, valores o creencias, dominantes o en situación de competencia, las normas o reglas de juego y las estructuras de autoridad (estructuras de decisión y estructuras de *enforcement*). En obra posterior<sup>87</sup>, definirá la democracia como aquel conjunto de normas y procedimientos que resultan de un acuerdo-compromiso para la resolución pacífica de los conflictos entre los actores sociales, políticamente relevantes, y los otros actores institucionales presentes en el escenario político. Los "mínimos" serán: a) Sufragio universal, masculino y femenino; b) Elecciones libres, competitivas, periódicas y correctas; c) Más de un partido; y d) Fuentes de información distintas y alternativas. Además recoge como aspectos sustanciales del método democrático:

- conjunto de reglas que organizan el voto por sufragio universal;
- elecciones libres, correctas, competitivas y periódicas;
- estructuras de organización e intermediación representadas por los partidos en competición;
- existencia de una estructura decisional y de control elegida por las

---

<sup>86</sup> MORLINO, L. *Cómo cambian los regímenes políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 87.

<sup>87</sup> MORLINO, L. "Las democracias" en PASQUINO, G. y OTROS *Manual de Ciencia Política*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 83-85.

anteriores normas (Parlamento);

-existencia de un Primer Ministro y de un gobierno responsables ante el Parlamento o resultado de elección directa por el cuerpo electoral;

-garantías reales de los derechos políticos y libertades.

Juan J. Linz en *La quiebra de las democracias*<sup>88</sup> entiende que una democracia puede definirse diciendo que es "la libertad legal para formular y proponer alternativas políticas con derechos concomitantes de libertad de asociación, libertad de expresión y otras libertades básicas de la persona; competencia libre y no violenta entre líderes con una revalidación periódica de su derecho para gobernar; inclusión de todos los cargos políticos efectivos en el proceso democrático, y medidas para la participación de todos los miembros de la comunidad política, cualesquiera que fuesen sus preferencias políticas. Prácticamente esto significa libertad para crear partidos políticos y para realizar elecciones libres y honestas a intervalos regulares, sin excluir ningún cargo político efectivo de la responsabilidad directa o indirecta ante el electorado". Si bien, inmediatamente, matiza que lo que distingue un régimen democrático no es tanto la oportunidad incondicional para expresar opiniones, sino la oportunidad legal e igual para todos de expresar todas las opiniones y la protección del Estado contra arbitrariedades, especialmente la interferencia violenta contra ese derecho.

Ramón Cotarelo, en su obra *En torno a la Teoría de la Democracia*<sup>89</sup>, considera que la democracia es aquel conjunto de reglas que permite que las decisiones se adopten, por mayoría, con el debido respeto a los derechos de la minoría y en condiciones de imperio de la ley, siendo el primer derecho de tales minorías el de convertirse en mayorías a su vez mediante unas elecciones libres. Para Cotarelo, serán elementos necesarios y suficientes:

-Sufragio universal;

-Igualdad ante la ley;

-Opinión pública (derechos de reunión y expresión); y

-Estado de Derecho.

---

<sup>88</sup> LINZ, J. J. *La quiebra de las democracias*, Alianza, Madrid, 1987, p.17.

<sup>89</sup> COTARELO, R. *En torno a la teoría de la democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 18.

Aunque podríamos seguir con la lista de autores que han intentado definir unos "mínimos" a partir de los cuales poder hablar de democracia, citaremos, por último, a Guillermo O'Donnell y a Schmitter que en *Transiciones desde un gobierno autoritario*<sup>90</sup> entienden que la democracia está basada en el principio de ciudadanía: "Involucra tanto el derecho de ser tratado por otros seres humanos como igual con respecto a la formulación de opciones colectivas, como la obligación de quienes instrumentan dichas opciones de ser accesibles y responder por igual frente a todos los miembros del sistema político. A la inversa, este principio impone a los gobernados la obligación de respetar la legitimidad de las opciones resultantes de la deliberación entre iguales, y a los gobernantes, el derecho de actuar con autoridad a fin de promover la eficacia de esas opciones y proteger al sistema político de toda amenaza a su perduración."

Ahora bien, para O'Donnell y Schmitter, no hay un conjunto único de instituciones o normas específicas que por sí mismo definan la democracia. Pero, aún así, "la forma específica que adopte la democracia en un determinado país es contingente, aunque a raíz de la existencia de ciertos *modelos* prominentes y de la difusión internacional, es probable que los actores contemporáneos coincidan en torno a ciertos *procedimientos mínimos* como elementos necesarios de la democracia política"<sup>91</sup>. En este sentido entienden que el voto secreto, el sufragio universal de los adultos, la realización de elecciones en forma periódica, la competencia libre de los partidos, el reconocimiento de las asociaciones y el acceso a ellas, la rendición de cuentas del poder ejecutivo, parecen formar parte de un consenso de esa índole en el mundo actual<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> O'DONNELL, G. y SCHMITTER, P. C. *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Paidós, Buenos Aires, 1988, vol. 4, p. 21.

<sup>91</sup> Op. cit., p. 22.

<sup>92</sup> Recientemente, HUNTINGTON, S. P. razona que la definición de democracia en términos de elecciones es una definición mínima y que siendo verdad que para algunos autores la "verdadera democracia" significa *liberté, égalité, fraternité*, un efectivo control ciudadano sobre las políticas, gobierno responsable, honestidad y apertura política, deliberación informada y racional, iguales cantidades de poder y participación, y otras diversas virtudes cívicas, de ahí lo único que se deduce es que la no existencia de tales virtudes pueden convertir a los gobiernos en "indeseables, pero no en gobiernos no democráticos", esto es, "la democracia es una virtud pública, no solamente la única y la relación entre la democracia con las otras virtudes y vicios públicos puede ser comprendida solamente si se distingue claramente de las otras características de los sistemas políticos" (*La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1994, especialmente pp. 22-23).

Vemos que nos hablan de "modelos de democracia", ¿cuáles son esos modelos?

#### 1.4.- ¿DOS MODELOS DE DEMOCRACIA?

En la doctrina se suele distinguir entre dos grandes modelos de democracia: la democracia formal o procedimental y la democracia material o sustancial<sup>93</sup>. La distinción depende de que se tome el término en su sentido jurídico-institucional o en su sentido ético. Para Bobbio<sup>94</sup> es indudable que históricamente sobre la 'democracia' encontramos "dos significados preponderantes, por lo menos en su origen, según si pone en mayor evidencia el conjunto de reglas cuya observancia es necesaria con objeto de que el poder político sea distribuido efectivamente entre la mayor parte de los ciudadanos, las llamadas reglas del juego, o el ideal en el cual un gobierno democrático debería inspirarse, que es el de la igualdad. Con base en esta distinción, se suele diferenciar la democracia formal de la democracia sustancial, o, con otra conocida formulación, la democracia como gobierno del pueblo de la democracia como gobierno para el pueblo."

Tal distinción responde, desde otra perspectiva, a la clasificación -también usual entre la doctrina<sup>95</sup>- que diferencia dos grandes modelos de democracia: Por un lado, la democracia directa o participativa y, por otro lado, la democracia representativa o elitista. La primera vendría caracterizada por la posibilidad de participación real y efectiva de los ciudadanos en la toma de las decisiones que afectan a los asuntos públicos mientras que la segunda implica que estas

---

<sup>93</sup> SCIACCA, E., en el mismo sentido, se refiere a dos modelos teóricos: la *democracia como métodos de gobierno*, por una parte, y la *democracia como valor*, por otra. Para el autor se habría producido un curioso fenómeno de "pseudomorfismo" entre tales modelos según el cual allí donde la democracia es tomada como 'valor' viene definida en términos de método (mundo anglosajón) y allí donde la práctica no está garantizada, por la presencia de elementos de riesgo presentados por hipótesis alternativas o dudas o reservas sobre la validez del método, el esfuerzo teórico se hace más intenso y se mueve necesariamente en la dirección de la definición de la democracia en términos de valor (*Interpretación de la democracia*, Edersa, Madrid, 1994, pp. 8-11).

<sup>94</sup> BOBBIO, N. *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pp. 39-40.

<sup>95</sup> Así la encontramos en las obras de SARTORI, de MACPHERSON o de HELD ampliamente tratados en este estudio.

decisiones son tomadas por unas élites a las que los ciudadanos han otorgado tal poder de decidir. Ambos modelos responden a tradiciones diferentes: la primera partiría de la ideal democracia ateniense plasmada en la *Oración Fúnebre* de Pericles para, pasando por Rousseau, John Stuart Mill o Marx, llegar hasta las actuales teorías participativas de Pateman, Bachrach, Macpherson, Held o Keane; la segunda, liberal, arrancarían con los primeros liberales, con Locke, se configurarían con los utilitaristas Bentham y James Mill, tendría su máxima expresión con Schumpeter y llegaría hasta los defensores actuales de un nuevo liberalismo conservador como Hayek o Nozick.

Mientras que la democracia para la teoría elitista en palabras de Schumpeter es "aquel sistema institucional para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo", para la teoría participativa, en palabras de Adela Cortina, la democracia no se entiende "como un mecanismo, puesto al servicio del equilibrio social, sino como una forma de vida individual y comunitariamente valiosa, que respeta y fomenta el carácter autolegislator de los individuos, les educa en la responsabilidad y el sentido de la justicia, y es por ello fuente de felicidad. A mayor abundamiento, acrecienta en los individuos el sentimiento de autoestima."<sup>96</sup>

Y es que, como pone de manifiesto la autora citada<sup>97</sup>, detrás de cada uno de estos modelos encontramos concepciones divergentes sobre el hombre. Los defensores de las teorías participacionistas conciben el hombre como "animal político" en un triple sentido:

-en el sentido griego, el hombre para realizarse plenamente necesita desarrollar, entre otras capacidades, la de participar de modo significativo en los asuntos públicos;

-en el sentido kantiano, sólo mediante la participación significativa de los individuos éstos podrán realizar su propia autonomía;

-y en el sentido utilitarista de John Stuart Mill dada la función *felicitante* de la participación que redundaría en la mayor felicidad del conjunto.

---

<sup>96</sup> CORTINA, A. *Ética ... op. cit.*, p. 264.

<sup>97</sup> CORTINA, A. *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 89 y ss.

Por contra, las teorías elitistas tendrían como trasfondo un hombre concebido como *animal económico*, egoísta, al que sólo interesan sus intereses privados. En este sentido, la participación no es valorada en sí misma, sino como instrumento para la satisfacción de los fines privados. La intervención del individuo en la arena pública se desvaloriza y la democracia es concebida como un contrato entre sujetos portadores de derechos frente al Estado, donde no importa tanto la participación, como la eficaz protección de tales derechos. Serán los expertos, los técnicos, en definitiva las élites las encargadas de tal misión.

Ahora bien, siendo esta clasificación de gran utilidad quizá no resulte suficiente a nuestros propósitos<sup>98</sup>.

## 1.5.- LOS TRES MODELOS DE HABERMAS

Habermas, en una intervención en el Seminario sobre Teoría de la Democracia celebrado en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Valencia el 15 de octubre de 1991<sup>99</sup>, defendió la existencia en el actual debate sobre la concepción de la democracia de los dos grandes modelos estudiados bajo los nombres de modelo *liberal* y modelo *republicano*.

Habermas sitúa la diferencia decisiva entre ellos en la diferente comprensión del papel del proceso democrático. Mientras que para la concepción liberal, el proceso democrático cumple la tarea de programar al Estado en interés de la sociedad, entendiendo el Estado como el aparato que es la administración pública y la sociedad como sistema del tráfico de las personas privadas y de su trabajo social, estructurado en términos de economía de mercado; para la concepción republicana, la política no se agota en tal función de mediación, sino

---

<sup>98</sup> Entre otras razones, como indica SANI, G. para tener una visión realista de las cosas es necesario contar con la variedad de modos de relacionarse en política. Este autor propone una tipología a nueve clases del ser humano en función de la combinación del grado de conocimiento de los fenómenos políticos y de los sentimientos tendencialmente positivos o negativos frente a la esfera política: "civis felix", "civis tepidus", "civis criticus", "civis furens", "civis alienatus", "civis fidens", "civis marginalis", "civis ingenuus" y "civis communis" ("Modelli di cittadino e comportamenti di massa" en MANNHEIMER, R. y SANI, G. *La rivoluzione elettorale*, Anabasi, Milán, 1994, pp. 30-36).

<sup>99</sup> Esta intervención sería reproducida bajo el título "Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa" en el número 39 de la revista *Debats* en marzo de 1992 (Traducción de JIMENEZ REDONDO, M. (Universidad de Valencia)).

que es elemento constitutivo del proceso social en conjunto. En la concepción republicana junto con la instancia de regulación jerárquica que representa la jurisdicción del Estado y la instancia de regulación descentralizada que representa el mercado aparece la solidaridad como una tercera fuente de integración social. La sociedad "política" se distinguiría tanto del Estado como del mercado.

Junto a esta diferencia fundamental, los dos modelos también difieren en cuanto a sus conceptos de ciudadano, del derecho y de la naturaleza del proceso político. En cuanto al primero, como hemos visto, frente a la concepción liberal según la cual el *status* de ciudadano viene definido por los derechos subjetivos que los ciudadanos tienen frente al Estado y a los demás ciudadanos; para la concepción republicana, el concepto de ciudadano no vendría definida por ese patrón de libertades negativas, sino que más bien sería la participación en una práctica común la que conformaría el *status* de ciudadano a través del ejercicio de las libertades positivas entre las que sobresaldrían los derechos de participación y comunicación política. El cuanto al concepto del derecho, mientras que para la concepción liberal el sentido del orden jurídico consiste en que ese orden permite decidir en cada caso particular qué derechos asisten a qué individuos, para la concepción republicana se concedería primacía al contenido objetivo que ese orden jurídico tiene. Por último, en lo que se refiere a la naturaleza del proceso político, conforme a la concepción liberal, la política es en esencia una lucha por posiciones que aseguran la capacidad de disponer de poder administrativo (élites en competencia), mientras que conforme a la concepción republicana la formación de la opinión y de la voluntad común en el espacio público y en el Parlamento no obedece a las estructuras de los procesos de mercado, sino que tiene sus propias estructuras específicas, a saber, las estructuras de una comunicación pública orientada al entendimiento.

Ahora bien, Habermas observa que la concepción republicana apoyada en ciudadanos virtuosos tiene la desventaja de ser demasiado idealista al caer en un error que califica como "un estrechamiento ético de los discursos políticos". Para Habermas, los intereses y orientaciones valorativas que entran en conflicto en la sociedad sin perspectivas de alcanzar un consenso debido al pluralismo cultural y social, en el discurso político están obligados a alcanzar un equilibrio o compromiso que no puede lograrse mediante discursos éticos aun cuando los resultados se sujetasen a la reserva de no trasgredir valores básicos de una cultura, sobre los que no hay consenso. En el discurso político, la ponderación y equilibrio de intereses se efectúa en forma de compromisos entre partidos que se



apoyan en potenciales de poder y en potenciales de sanción. Ahora bien, aunque el discurso político no pueda neutralizar el poder ni excluir la acción estratégica, las condiciones y procedimientos del discurso han de contar con una justificación racional (normativa) desde el punto de vista de si son justas o no. El derecho políticamente establecido, para ser legítimo, tiene al menos que guardar conformidad con principios morales que pretenden validez general por encima de una comunidad jurídica concreta. Y es aquí, en cuanto que se apoya precisamente en las condiciones de comunicación bajo las que el proceso político puede tener a su favor la presunción de generar resultados racionales, donde tiene cabida el concepto de *política deliberativa* del propio Habermas.

Para Habermas, si convertimos el concepto procedimental de política deliberativa en el núcleo normativo de una teoría de la democracia, resultan diferencias tanto respecto de la concepción republicana del Estado como una comunidad ética, como respecto de la concepción liberal del Estado como protector de una sociedad centrada en la economía. Para la concepción liberal, el proceso de formación democrática de la opinión y de la voluntad común tiene lugar en forma de compromisos de intereses; para la concepción republicana se efectúa en forma de una autocomprensión ética; según la *concepción deliberativa*, el procedimiento democrático establece una interna conexión entre negociaciones, discursos de autoentendimiento y discursos relativos a cuestiones de justicia, y sirve de base a la presunción de que bajo tales condiciones se obtienen resultados racionales o justos. Con ello, la razón práctica efectúa una operación de repliegue desde la idea de derechos universales del hombre (liberalismo) o desde la eticidad concreta de una determinada comunidad (comunitarismo) para quedar situada ahora en aquellas reglas de discurso y formas de argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada al entendimiento y, por tanto, en última instancia, de la propia estructura de la comunicación lingüística.

La concepción deliberativa, al igual que la republicana, concede un puesto central al proceso político de formación de la opinión y de la voluntad común, pero sin entender como algo secundario la estructuración en términos de Estado de Derecho. Para la concepción deliberativa, los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho son una respuesta consecuente a la cuestión de cómo implementar los exigentes presupuestos comunicativos del proceso democrático. No hace depender la realización de una política deliberativa de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los

procedimientos correspondientes. La teoría del discurso o política deliberativa cuenta con la intersubjetividad de orden superior que representan procesos de entendimiento que se efectúan en la forma institucionalizada de deliberaciones en las corporaciones parlamentarias o en la red de comunicación de los espacios políticos. Estas comunicaciones exentas de sujeto o que no cabe atribuir a ningún sujeto global, constituyen campos en los que puede tener lugar una formación más o menos racional de la opinión y la voluntad acerca de temas relevantes para la sociedad global y de materias necesitadas de regulación.

La concepción deliberativa, al igual que la liberal, respeta los límites entre el Estado y la sociedad, pero la sociedad civil, en cuanto que base social de espacios públicos autónomos, se distingue tanto del sistema de acción económica como de la administración pública. De esta comprensión de la democracia, para Habermas, se sigue normativamente la exigencia de un desplazamiento del centro de gravedad en la relación entre los recursos que representan el dinero, el poder administrativo y la solidaridad: la fuerza de integración social que tiene la solidaridad se recupera en el discurso de la modernidad afirmándose frente a los otros dos poderes, el dinero y el poder administrativo.

### 1.6.- LOS CUATROS MODELOS DE MACPHERSON

Para Macpherson<sup>100</sup>, la democracia liberal nació sólo hace siglo y medio, asociada a la existencia de una economía capitalista de mercado y a la aceptación teórica de la división de la sociedad en clases. Al escribir su obra, constata la existencia hasta ese momento de tres modelos de este régimen político: "la democracia como protección", entendida como escudo de los ciudadanos frente a los abusos del poder; "la democracia como desarrollo", que permite el despliegue de la personalidad de los individuos, y "la democracia como equilibrio", resultado de la concurrencia de élites que se disputan entre sí el predominio. Macpherson se plantea las posibilidades de un cuarto modelo, "la democracia como participación", que no se basaría en el mercado capitalista y que llevaría hasta sus últimas conclusiones los postulados y los valores de la libertad. Hay que señalar inmediatamente que Macpherson se detiene en estos modelos y no se retrotrae hasta Rousseau o, ¿por qué no?, hasta la democracia ateniense dado que

---

<sup>100</sup> MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid, 1987.

sólo le interesa analizar los modelos de "democracia liberal", entendida ésta como "plan de gobierno democrático" para adaptarse a "una sociedad *dividida en clases*", relación que no se tuvo en cuenta hasta el siglo XIX. De hecho realiza un breve estudio de modelos de democracia anteriores al siglo XIX para terminar concluyendo que "todos ellos se adaptaban a una sociedad sin clases o a una sociedad de una sola clase". Veamos con un poco más de detalle los modelos de democracia liberal de los que nos habla Macpherson:

1) *Democracia como protección*: Este modelo (Bentham, James Mill) se basa en la hipótesis de que el hombre es un consumidor infinito, de que su motivación suprema es maximizar la corriente de satisfacciones, o de utilidades, que le aporta la sociedad, y de que una sociedad nacional no es más que una acumulación de individuos de esta clase. El problema político consistía, así pues, en encontrar un sistema de elegir y autorizar gobiernos que formularan y aplicaran el tipo de leyes que necesitaba esta sociedad. Se necesitaba un sistema político que al producir gobiernos estableciera y protegiera a los ciudadanos contra la rapacidad de los gobiernos. El razonamiento en pro de un sistema democrático se limita exclusivamente a la protección. La solución a este problema se limitaba "prácticamente" a un voto "casi" universal junto con el voto secreto, la frecuencia de las elecciones y la libertad de prensa, para que el voto fuera una expresión libre y efectiva de los votantes. El modelo del que partían era, pues, un sistema de gobierno representativo y responsable ante los votantes en elecciones generales periódicas.

2) *Democracia como desarrollo*: A mediados del siglo XIX dos cambios plantearon serias dificultades al modelo anterior: la clase obrera estaba empezando a resultar amenazadora para la propiedad y, al mismo tiempo, la condición inhumana en la que vivía se había convertido en injustificable moralmente. Estos cambios exigían un nuevo modelo de democracia, tarea de la que se encargaría John Stuart Mill.

Mill parte de un modelo de hombre muy diferente al anterior: "El hombre es un ser capaz de desarrollar sus facultades o sus capacidades. La esencia del hombre es ejercerlas y desarrollarlas. El hombre no es esencialmente un consumidor y un apropiador, sino alguien que ejerce, desarrolla y disfruta de sus capacidades. La buena sociedad es la que permite y alienta a cada uno a actuar de modo que ejerza, desarrolle y disfrute con el ejercicio y el desarrollo de sus capacidades". Para Mill, "el argumento en pro de la democracia era que daba a

todos los ciudadanos un interés directo en los actos del gobierno, y un incentivo para participar activamente, por lo menos hasta el punto de votar por el gobierno o en contra de él, y según se esperaba, también para informarse y formar sus opiniones en conversaciones con otros".

John Stuart Mill "insistía en que existían diferencias relativas entre los placeres, y se negaba a equiparar la mayor felicidad total con el máximo de productividad. La mayor felicidad total se obtendría si se permitía a los individuos desarrollarse y se los alentaba a ello". Pero, "al mismo tiempo -y ésta era la dificultad fundamental- Mill reconocía que la distribución existente de la riqueza y del poder económico impedía a la mayor parte de los miembros de la clase obrera desarrollarse en absoluto, o ni siquiera vivir humanamente". Frente a ello era necesario un principio equitativo de la propiedad, un principio de proporción entre remuneración y trabajo.

Por otro lado, Mill que era partidario del voto universal como medio de lograr que la gente desarrollara su propia personalidad mediante la participación, para evitar que la clase más numerosa pudiera "dirigir el rumbo de la legislación y la administración conforme a su interés exclusivo de clase" recomendaba un sistema de votación plural, de modo que ninguna de las dos clases superase a la otra, y por lo tanto ninguna de ellas pudiera imponer una "legislación de clase".

Por último, propugnaba el "cooperativismo de producción" esperando que aportaría una "revolución moral a la sociedad" y, sin embargo, aceptaba y apoyaba las instituciones de la propiedad capitalista heredadas.

En cualquier caso, para Macpherson, estas contradicciones no conllevan el fracaso inmediato del modelo por dos razones: los teóricos democrático-liberales ulteriores demostraron reconocer todavía menos que Mill que existiera ninguna incompatibilidad fundamental entre las relaciones capitalistas de mercado y la igualdad de posibilidades de desarrollo individual de la personalidad; y, en segundo lugar, a principios del XX parecía haber desaparecido la incompatibilidad que había advertido Mill entre el sufragio universal igual y la oposición existente entre intereses de clase. El motivo por el que el sufragio universal de los varones no trajo consigo el gobierno de clase fue el extraordinario éxito con el que el sistema de partidos logró domesticar a la democracia, si bien, al final fue lo que acabó por destruir este modelo: "hizo que el proceso democrático efectivo fuera impotente, en gran medida, para brindar el grado real de participación que sus

defensores anunciaban o esperaban de él, e incapacitado para promover el desarrollo personal y la comunidad moral que era la principal razón que se aducía en pro de la democracia liberal".

3) *Democracia como equilibrio*, también "modelo elitista pluralista de equilibrio": Según Macpherson, es pluralista en el sentido de que parte del supuesto de que la sociedad a la que debe adaptarse un sistema político democrático moderno es una sociedad plural, es decir, una sociedad formada por individuos, cada uno de los cuales se ve atraído en muchas direcciones por sus diversos intereses, unas veces en compañía de un grupo de sus congéneres, otras en los de otros. Es elitista en el sentido de que asigna el papel principal en el proceso político a grupos de dirigentes que se escogen a sí mismos. Es un modelo de equilibrio en el sentido de que presenta el proceso democrático como un sistema que mantiene el equilibrio entre la oferta y la demanda de mercaderías políticas".

El primero que lo formuló sistemáticamente fue Joseph Schumpeter y sus principales estipulaciones son: "en primer lugar, que la democracia no es más que un mecanismo para elegir y autorizar gobiernos, no un tipo de sociedad ni un conjunto de objetivos morales; y, en segundo lugar, que el mecanismo consiste en una competencia entre dos o más grupos auto-elegidos de políticos (élites), organizados en partidos políticos, a ver quién consigue los votos que les darán derecho a gobernar hasta las siguientes elecciones. El papel de los votantes no es de decidir cuestiones políticas, y después elegir representantes que pongan en práctica esas decisiones; es, más bien, el de elegir a los hombres que adoptarán las decisiones".

Este modelo, dice Macpherson, elimina deliberadamente el contenido moral en la idea de democracia: "la participación no es un valor en sí misma, ni siquiera un valor instrumental para lograr que los seres humanos, como un todo, sean más elevados y tengan más conciencia social. El objetivo de la democracia es tomar nota de los deseos de la gente como es, no contribuir a lo que podría ser o quizá deseara ser. La democracia es sencillamente un mecanismo de mercado: los votantes son los consumidores; los políticos son los empresarios". Este modelo es considerado por Macpherson correcto desde el punto de vista descriptivo y sólo suficiente justificativo en la medida que "en las sociedades occidentales se siga prefiriendo la abundancia a la comunidad (y creyendo que la sociedad de mercado puede aportarnos la abundancia indefinidamente) y mientras sigamos aceptando

la opinión, propia de la guerra fría de que la única alternativa ... es un Estado totalitario absolutamente antiliberal".

4) *Democracia como participación*: Macpherson parte de que la participación es un requisito ético de la democracia, "significa únicamente que la poca participación y la desigualdad social están tan inextricablemente unidas que para que haya una sociedad más equitativa y más humana hace falta un sistema político más participativo". Ahora bien, ¿es posible ya una mayor participación? Para Macpherson, parece evidente que, a nivel nacional, será necesario disponer de algún tipo de sistema representativo, y no necesariamente de una democracia completamente directa, si bien tampoco es necesario utilizar la democracia indirecta en exclusiva: "El principal problema de la democracia participativa no es cómo funciona, sino como llegar a ella, pues parece probable que si logramos llegar a ella, el camino recorrido hasta llegar allí nos habrá dado la capacidad para hacer que funcione, o por lo menos nos habrá hecho menos incapaces de lo que somos hoy día".

Para Macpherson, hay dos requisitos previos: uno es que la conciencia de la gente pase de verse a sí misma y de actuar como esencialmente consumidores a verse y a actuar como personas que ejercitan sus propias capacidades y gozan con el ejercicio y el desarrollo de ésta; el otro es una gran reducción de la desigualdad social y económica actual, pues esa desigualdad requiere un sistema no participativo de partidos a fin de que la sociedad funcione. Como modelo de democracia participativa, después de descartar un modelo exclusivamente piramidal, apuesta por la combinación de un mecanismo directo/indirecto piramidal con la continuación de un sistema de partidos. La fórmula consistiría en mantener la estructura actual de gobierno, y confiar en que los propios partidos funcionasen por participación piramidal, fórmula que Macpherson estima posible si se cumplen los dos requisitos previos mencionados.

## 1.7.- HASTA DIEZ MODELOS EN DAVID HELD

Held<sup>101</sup> se declara en deuda con la obra de C.B. Macpherson tanto en cuanto al concepto de "modelos" como a los términos democracia "protectora" y

---

<sup>101</sup> HELD, D. *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1991.

"desarrollista", sin embargo desarrolla estas ideas de forma sustancialmente distinta. Por lo que se refiere al concepto de "modelos" utiliza este término para referirse a la construcción teórica diseñada para revelar y explicar los elementos clave de una forma democrática y la estructura o relaciones que le subyacen: "Un aspecto de la vida o conjunto de instituciones sólo puede ser adecuadamente entendidos en términos de sus relaciones con otros fenómenos sociales. Los modelos son, por consiguiente, "redes" complejas de conceptos y generalizaciones acerca de aspectos políticos económicos y sociales". Si aquí coincide básicamente con Macpherson no ocurre lo mismo al definir los distintos modelos donde empieza diciendo que estos "modelos podrían dividirse razonablemente en dos tipos generales: la democracia directa o participativa (un sistema de toma de decisiones para las cuestiones públicas en el que los ciudadanos participan directamente) y la democracia liberal o representativa (un sistema de gobierno que comprende a "funcionarios" electos que asumen la "representación" de los intereses y/u opiniones de los ciudadanos en el marco del "imperio de la ley")", pero dado que uno de sus propósitos fundamentales es explicar y valorar un conjunto mucho más amplio de cuestiones sobre la democracia del que sugieren por sí solas estas dos nociones generales termina distinguiendo un total de diez modelos. En las páginas que siguen recogemos los resúmenes que de los mismos nos ofrece David Held más un apunte de los autores más característicos que se corresponden con cada modelo, apunte que coincide en líneas generales, aunque con alguna matización, con la interpretación que de ellos hace Held.

## MODELO I: LA DEMOCRACIA CLASICA

Son muchas las páginas que se han dedicado a estudiar la Grecia clásica y quizá no sea George Sabine quién mejor ha sabido condensar el ideal democrático ateniense, pero es completamente acertado cuando se refiere a la concepción de la polis griega como "una comunidad en la que sus miembros habían de llevar una vida común armónica, en la que había que permitir tomar parte activa a tantos ciudadanos como fuera posible, sin discriminaciones basadas en el rango o la riqueza y en la que encontrasen canalización espontánea y feliz las capacidades de todos y cada uno de sus miembros"<sup>102</sup>. El texto clásico que mejor resume y exalta los ideales, objetivos y méritos de la democracia ateniense es la célebre *Oración Fúnebre de Pericles*<sup>103</sup>, atribuida a Tucídides:

"Tenemos un sistema político que no imita las leyes de otros sino que servimos más de modelos para unos que imitadores de otros. En cuanto a su nombre, al no ser objetivo de su administración los intereses de unos pocos sino los de la mayoría, se denomina democracia y, de acuerdo con las leyes, todos tienen derechos iguales en sus pleitos privados; en lo que hace a la valoración de cada uno, en la medida en que se goza de prestigio en algún aspecto, no es preferido para intervenir en los asuntos públicos más en razón de pertenecer a un grupo determinado que por sus méritos, ni tampoco, en lo que hace a la pobreza, es un obstáculo lo obscuro de su reputación, si puede beneficiar a la ciudad. Actuamos libremente no sólo en las actividades públicas, sino que incluso en los recelos mutuos que se originan con el trato cotidiano, no nos enfadamos con el prójimo si hace su gusto, ni ponemos mala cara, lo que si no es un castigo, sí es penoso de ver. Si en nuestras relaciones privadas se evita el agravio, en lo público no faltamos a la ley sobre todo por temor, obedeciendo a los que en cada momento desempeñan los cargos así como a las leyes, especialmente a aquellas que existen para socorro de los agraviados y a cuantas sin estar escritas proporcionan una vergüenza indiscutible...", y continúa más adelante, "... En las mismas personas es posible el interés por los asuntos públicos y privados, y el que, a pesar de dedicarse a distintas ocupaciones, no conozcan de un modo deficiente los públicos, pues somos los únicos que a quien no participa en ninguno de esos le consideramos no despreocupado, sino inútil, y lo cierto es que sólo nosotros decidimos o examinamos con rectitud los asuntos, sin considerar un daño para la acción las palabras, sino más bien el no informarse mediante debate antes de emprender lo que se debe ejecutar".

En relación al ideal de la concepción democrática que se desprende de la *Oración Fúnebre* lo primero que ha de señalarse es, como señala David Held, que la democracia ateniense se caracterizaba por un compromiso generalizado con el principio de la "virtud cívica": la dedicación a la ciudad-estado republicana y la subordinación de la vida privada a los asuntos públicos y al bien general. La ética y la política estaban unidas en la vida de la polis. La democracia griega más que

---

<sup>102</sup> SABINE, G. *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1945, p. 23.

<sup>103</sup> TUCIDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Cátedra, Madrid, 1988, pp. 182-184.



un régimen político era una forma de vida caracterizada por la participación directa de todos los ciudadanos en los asuntos públicos. No existía una clara separación entre una esfera privada y otra pública: "En las mismas personas es posible el interés por los asuntos públicos y privados".

A este ideal de participación, como indica Sabine, iba unido el ideal de que no se excluyese a nadie de la vida pública por diferencias extrañas de rango o riqueza: "no es preferido para intervenir en los asuntos públicos más en razón de pertenecer a un grupo determinado que por sus méritos, ni tampoco, en lo que hace a la pobreza, es un obstáculo lo obscuro de su reputación, si puede beneficiar a la ciudad". Este segundo ideal conlleva necesariamente la idea según la cual la democracia no es el gobierno de una minoría, sino de la "pléyade" (en el original: la mayoría, la muchedumbre, la masa, el pueblo, pero no "todos"): "al no ser objetivo de su administración los intereses de unos pocos sino de la mayoría, se denomina democracia".

Un tercer punto a destacar de la lectura de la Oración es la idea de que las decisiones se basan en la deliberación que sigue a la discusión y no en la fuerza o en el hábito y costumbre: "sólo nosotros decidimos o examinamos con rectitud los asuntos, sin considerar un daño para la acción la palabras, sino más bien el no informarse mediante debate antes de emprender lo que se debe ejecutar". De esta forma, las decisiones, las leyes descansaban en la deliberación a la que tenían acceso todos los ciudadanos lo que estaba íntimamente relacionado con la *isegoría* en la medida que los ciudadanos no se enfrentaban con grandes desigualdades sociales. La ley podía exigir obediencia por su legitimidad democrática, a lo que se unía la idea griega de *isonomía* o igualdad ante la ley: "de acuerdo con las leyes, todos tienen derechos iguales en sus pleitos privados;.." y siendo todos iguales ante la ley "en lo público no faltamos a la ley". Como señala Martínez Sospedra<sup>104</sup>, la democracia en Grecia descansa sobre tres pilares: la *isonomía*, la *isegoría* y la *isocracia*.

Por último, cabe destacar la idea de democracia como desarrollo o perfeccionamiento del ciudadano, en la que los ciudadanos podían desarrollar sus capacidades y habilidades. No en otro sentido cabe interpretar a Pericles cuando se jacta de que "En resumen, digo que la ciudad entera es la escuela de Grecia y que

---

<sup>104</sup> MARTINEZ SOSPEDRA, M. *Estado y Constitución. Una aproximación*, CEU San Pablo, Valencia, 1991.

el mismo individuo salido de entre nosotros, creo, podría presentar un cuerpo dotado de muchísimas facultades y con la máxima desenvoltura llena de dones"<sup>105</sup>.

Dejando a un lado los numerosos textos en que los coéтанos de la democracia ateniense vierten fuertes críticas a tal régimen político, quizá, sea interesante recoger la caracterización que de la democracia nos ha legado Aristóteles. Para este autor, la democracia tiene su fundamento en la libertad que se caracteriza por: a) "ser gobernado y gobernar por turno" y b) "vivir como se quiere". Ambos criterios implican la igualdad: "la justicia democrática implica tener todos lo mismo numéricamente y no según los merecimientos". Libertad e igualdad están unidas inextricablemente:

"El fundamento del régimen democrático es la libertad (en efecto, suele decirse que sólo en este régimen se participa de la libertad, pues éste es, según se afirma, el fin a que tiende toda democracia). Una característica de la libertad es el ser gobernado y gobernar por turno y, en efecto, la justicia democrática consiste en tener todos lo mismo numéricamente y no según los merecimientos, y siendo esto lo justo, forzosamente tiene que ser soberana la muchedumbre, y lo que apruebe la mayoría, esto tiene que ser el fin y lo justo. Afirman que todos los ciudadanos deben tener lo mismo, de modo que en las democracias resulta que los pobres tienen más poder que lo ricos, puesto que son más numerosos y lo que prevalece es la opinión de la mayoría. Esta es, pues una característica de la libertad, que todos los partidarios de la democracia consideran como un rasgo esencial de este régimen. Otra es vivir como se quiere; pues dicen que esto es resultado de la libertad, puesto que lo propio del esclavo es vivir como no quiere. Este es el segundo rasgo esencial de la democracia, y de aquí vino el no ser gobernado, si es posible por nadie, y si no, por turno. Esta característica contribuye a la libertad fundada en la igualdad."<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> TUCIDIDES, *op. cit.*, p. 185.

<sup>106</sup> ARISTOTELES, *Política*, VIII, 2. Utilizo la edición del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

## MODELO I: LA DEMOCRACIA CLASICA

### *Principio(s) justificativo(s)*

Los ciudadanos deben disfrutar de la igualdad política para que puedan ser libres para gobernar y ser a su vez gobernados.

### *Características fundamentales*

Participación directa de los ciudadanos en las funciones legislativa y judicial.

La asamblea de ciudadanos ejerce el poder soberano.

El ámbito de acción del poder soberano incluye todos los asuntos comunes de la ciudad.

Existen múltiples métodos de selección de los cargos públicos (elección, directa, sorteo, rotación).

No existen distinciones de privilegio entre los ciudadanos ordinarios y los que ocupan puestos públicos.

Con excepción de los puestos relacionados con el ejército, el mismo puesto no puede ser ocupado dos veces por el mismo individuo.

Mandatos breves para todos los puestos.

Los servicios públicos están remunerados.

### *Condiciones generales*

Ciudad-estado pequeña.

Economía de esclavitud, que deja tiempo "libre" para los ciudadanos.

Trabajo doméstico, es decir, el trabajo de la mujer, que libera a los hombres para los deberes públicos.

Restricción de la ciudadanía a un número relativamente pequeño.

## MODELO II: DEMOCRACIA PROTECTORA

Aunque la configuración de este modelo responde al precipitado de diversas corrientes de pensamiento y podríamos considerar diferentes autores, creemos paradigmático del mismo la concepción de los primeros utilitaristas liberales y, en especial, de Bentham<sup>107</sup>. La esencia del pensamiento de este autor, en palabras de Josep María Colomer, está basada "en sus dos principios de validez universal: una opción ética que atribuye igual capacidad de felicidad a todos los individuos y un supuesto de conducta por el propio interés o autopreferencia, que se aplica en particular a los gobernantes. De ahí que las medidas concretas de democracia se desarrollen en una doble perspectiva: iguales poderes de participación de todos los individuos y mecanismos de control sobre los gobernantes"<sup>108</sup>.

En realidad, las concreciones del modelo de democracia benthamiano irán evolucionando a lo largo de su obra en algunos aspectos, pero es posible reseñar las líneas generales del modelo. En cuanto a la soberanía, para Bentham reside, en último término, en el pueblo, pero son sus representantes los que han de ejercer las funciones de aquél. Esto es, se trata de una "democracia pura representativa", donde distingue perfectamente la soberanía del pueblo (a la que calificaría como "autoridad constitutiva") de la autoridad política efectiva que necesariamente ha de ser ejercida por una minoría de gobernantes. Para la consecución de su proyecto democrático, Bentham apostará por políticas claramente reformistas en los siguientes términos:

-En primer lugar, la instauración del sufragio universal, claramente coherente con su presupuesto ético igualitario, pues si todos los individuos tienen capacidad de placer y de dolor, si todos son los mejores jueces de lo mejor para ellos mismos y éste es en última instancia el patrón de utilidad, todos pueden expresar sus preferencias a través del voto. Ahora bien, a pesar de ello, Bentham, y también James Mill, encontraron fundamentos para excluir a ciertos sectores de la población como podían ser las clases trabajadoras o las mujeres.

---

<sup>107</sup> BENTHAM, J. *Fragmento sobre el gobierno*, SARPE, Madrid, 1984.

<sup>108</sup> COLOMER, J. M. "Ilustración y liberalismo en Gran Bretaña: J. Locke, D. Hume, los economistas clásicos, los utilitaristas" en VALLESPIN, F. (ed.) *Historia de la Teoría Política*, Alianza, Madrid, 1991, vol 3, pp.74-89.

Entre 1791 y 1802 defendía un sufragio limitado excluyendo a pobres, analfabetos, personas dependientes y mujeres. En 1809 defendía el derecho de voto de los propietarios de casa, limitado a quienes pagaban un impuesto directo sobre bienes raíces. En 1817 defendía un sufragio virtualmente universal que sólo excluía claramente a los menores de edad y a los analfabetos, aunque en ocasiones también a las mujeres. Y esto último aunque fuera porque "los enfrentamientos causados por esta mejora absorberían totalmente la atención del público y alejarían mucho todos los demás tipos de mejoras", argumento de carácter claramente pragmático y totalmente alejado de sus presupuestos. Pese a ello, se comprueba en la evolución de su obra la predisposición cada vez más clara por el sufragio universal. En cualquier caso, la justificación del sufragio universal no deriva nunca en Bentham de una concepción del hombre como ser social que necesita participar en la toma de decisiones públicas para desarrollar plenamente sus facultades, sino de la protección del ciudadano frente al gobierno. Como dice Macpherson<sup>109</sup>, "la única forma de impedir que el gobierno desposea al resto de la gente es hacer que la mayoría de toda la gente pueda revocar con frecuencia a los gobernantes".

-En segundo lugar, y derivado de su preocupación fundamental que es la protección de los ciudadanos frente a las tendencias egoístas de sus gobernantes, apostará por un marco constitucional que establezca todas aquellas medidas que puedan evitar la concentración excesiva de poder como son: la división de poderes entre legislativo, ejecutivo y judicial, propugnando la supremacía del legislativo por su carácter representativo frente al ejecutivo; el establecimiento de ciertas incompatibilidades para la pertenencia a distintos poderes; la descentralización territorial del poder (para Bentham aunque ésta irremediablemente supone mayores gastos por necesitar de más funcionarios, como contrapartida acerca la administración al ciudadano beneficiando especialmente a los más modestos que disponen de menos recursos de tiempo y dinero). Por otro lado, tiene en cuenta la posibilidad de los intereses perversos no sólo en los gobernantes, sino también a través de coaliciones de minorías sociales que se impongan constituyéndose en mayoría. Esta idea coincide con la expresada por Madison<sup>110</sup> en *El Federalista* y adelanta los actuales estudios sobre el

---

<sup>109</sup> Op. cit., p. 49.

<sup>110</sup> Véase HAMILTON, A., JAY, J. y MADISON, J. *The Federalist*, Random House, New York, 1937, especialmente pp. 53 y ss. y pp. 339 y ss..

neocorporatismo y los grupos de presión. Aún así, Bentham entiende que la democracia debe asumir este riesgo, pues cualquier otra forma de gobierno convierte en necesario el predominio del egoísmo de los gobernantes frente a los intereses de los ciudadanos al no existir en ellas elementos de freno y contrapeso.

-Por último, es de destacar la importancia concedida por Bentham a la opinión pública en la crítica y el control de la acción de los gobernantes. Hasta tal punto es así que en su *Código Constitucional*<sup>111</sup> diseña un Tribunal de la Opinión Pública al que atribuye lo que él denomina las funciones estadística o suministradora de datos, censora, ejecutiva e inspiradora de mejoras, todas ellas a ejercer un "influjo tutelar" para la "efectividad de las garantías que ofrece de buena conducta por parte de los funcionarios que integran el Departamento Judicial". Como apunta Josep María Colomer se trataría de "una organización institucionalizada de la opinión, con mecanismos para una eficaz incidencia sobre la gestión cotidiana del poder al margen de la representación electoral y los controles administrativos".

Como fácilmente se deduce de lo expuesto, la democracia benthamiana y, en general, la democracia de los utilitaristas de principios del XIX (o democracia protectora) se ha separado totalmente de la democracia ateniense tanto en cuanto a sus fundamentos, como en cuanto a sus instrumentos operativos. Detrás de ello se encuentra una concepción totalmente diferente del hombre (hemos pasado de un ser social al egoísta racional o individuo autónomo) y de la política.

---

<sup>111</sup> Utilizo el extracto que aparece en BENTHAM, J. Antología, edición a cargo de COLOMER, J. M., Edicions 62, Barcelona, 1991, pp. 193-211.

## MODELO II: DEMOCRACIA PROTECTORA

### *Principio(s) justificativo(s)*

Los ciudadanos exigen protección frente a sus gobernantes, así como frente a sus semejantes, para asegurarse de que los que gobiernan lleven a cabo políticas que correspondan a los intereses de los ciudadanos en su conjunto.

### *Características principales*

La soberanía reside en último término en el pueblo, pero se confiere a los representantes que pueden ejercer legítimamente las funciones del estado.

Las elecciones regulares, el voto secreto, la competencia entre fracciones, líderes potenciales o partidos y el gobierno de la mayoría son las bases institucionales para establecer la responsabilidad de los que gobiernan.

Los poderes del estado deben ser impersonales, a saber, deben estar legalmente circunscritos y divididos en ejecutivo, legislativo y judicial.

Carácter central del constitucionalismo, para garantizar la libertad frente al trato arbitrario y la igualdad ante la ley, en la forma de derechos políticos y civiles, o libertades, sobre todo aquellos relacionados con la libertad de palabra, expresión, asociación, voto y creencia.

Separación del estado de la sociedad civil, es decir el ámbito de acción del estado, en general, debe ser fuertemente restringido a la creación de una estructura que permita a los ciudadanos desarrollar sus vidas privadas, libres del peligro de la violencia, los comportamientos sociales inaceptables y las interferencias políticas indeseadas.

Centros de poder y grupos de interés en competencia.

### *Condiciones generales*

Desarrollo de una sociedad civil políticamente autónoma.

Propiedad privada de los medios de producción.

Economía de mercado competitiva.

Familia patriarcal.

Nación-estado con extenso territorio.

## MODELO III A): UN MODELO RADICAL DE DEMOCRACIA DESARROLLISTA

Para Held, este modelo es el representado por la obra de Rousseau que, para muchos, pasa por ser partidario de la democracia directa y de la participación de todos los ciudadanos en la dirección de los asuntos públicos. Quizá, podríamos considerar el pensamiento de Rousseau a caballo entre los modelos, en términos ideales, de democracia desarrollista y democracia directa. En cualquier caso, de todos es conocido la dificultad que comporta interpretar su obra, de la que se han realizado diversas lecturas<sup>112</sup>. Aquí nos interesa la faceta del Rousseau que aspira a la máxima participación ciudadana y, para no traicionar su espíritu, citamos textualmente:

"Al no tener el soberano otra fuerza que el poder legislativo, no actúa más que por leyes, y no siendo las leyes más que actos auténticos de la voluntad general, el soberano sólo podría actuar cuando el pueblo está reunido. ...

... No basta que el pueblo reunido haya fijado una vez la constitución del Estado sancionando un cuerpo de leyes; no basta que haya establecido un gobierno perpetuo o que haya subvenido de una vez por todas a la elección de los magistrados. Además de las Asambleas extraordinarias que casos imprevistos puede exigir, es preciso que las haya fijas y periódicas que nada pueda abolir ni prorrogar,...

... Cuanto mejor constituido está el Estado, más se imponen los asuntos públicos sobre los privados en el espíritu de los ciudadanos. Hay, incluso, muchos menos asuntos privados, porque al proporcionar la suma del bienestar común una porción más considerable al de cada individuo, le queda menos que buscar en los afanes particulares. ...

... El enfriamiento del amor a la patria, la actividad del interés privado, la inmensidad de los Estados, las conquistas, el abuso del gobierno han hecho imaginar la vía de los diputados o representantes del pueblo en las asambleas de la nación. Esto es lo que en ciertos países osan denominar Tercer Estado. Así el interés particular de los dos órdenes es colocado en el primer y en el segundo rango, el interés público sólo en el tercero.

La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma o es otra: no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, por tanto, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus delegados; no pueden concluir nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no haya ratificado es nula; no es una ley. ...

... No siendo la ley otra cosa que la declaración de la voluntad general, es evidente que en el poder legislativo el pueblo no puede ser representado; pero puede y debe serlo en el poder ejecutivo, que no es más que la fuerza aplicada a la ley."<sup>113</sup>

Rousseau, como vemos, consideraba inadmisibles la representación concordando perfectamente con la ortodoxia sobre la representación en la teoría y en la práctica hasta ese momento, salvo raras excepciones. Ahora bien, es

---

<sup>112</sup> Al respecto, se puede consultar RUBIO CARRACEDO, J. "Democracia y legitimación del poder en Rousseau" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 58, 1987, pp. 229-230.

<sup>113</sup> ROUSSEAU, J. J. *Del contrato social*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 93-99.



necesario hacer notar que este Rousseau es el del "Contrato Social"; en el resto de su obra<sup>114</sup>, tanto anterior como posterior, la consideró legítima.

A nuestros efectos, bastaría destacar las siguientes ideas básicas de la obra de Rousseau:

1.- La idea de la voluntad general que conlleva que la soberanía reside en el pueblo y es éste, como tal, el que ha de ejercerla mediante las leyes, actos auténticos de la voluntad general.

2.- La idea de la igualdad material entendida como no existencia de grandes desigualdades en las condiciones materiales de vida, única forma de no costreñir la libertad<sup>115</sup>.

3.- La soberanía del pueblo exige la participación activa de los ciudadanos en la articulación de la voluntad general, esto es, la democracia directa.

4.- Diferente de la voluntad general es su administración o gobierno que correspondería a unos comisionados, bajo la forma de monarquía, de democracia o de aristocracia. Rechaza la democracia como fórmula viable salvo ciudades pequeñas de gran homogeneidad social y parece ser partidario de una aristocracia electiva en la medida que ésta posibilita la consideración del mérito<sup>116</sup>.

En cualquier caso, el propio Rousseau es consciente de las limitaciones de su propuesta. Estas limitaciones se puede condensar en una frase del mismo autor:

"Bien mirado todo, no veo que en adelante le sea posible al soberano conservar entre nosotros el ejercicio de sus derechos si no es muy pequeña la ciudad"<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Al respecto se puede consultar HERMOSA ANDUJAR, A. "El camino de Rousseau. De la democracia directa a la democracia representativa", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 50, 1986, pp. 101-141, en la que estudia la evolución de la obra de Rousseau desde *El Contrato Social* hasta el *Proyecto de Constitución para Córcega* y las *Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia*.

<sup>115</sup> ROUSSEAU, J. J., op. cit., p. 57.

<sup>116</sup> Op. cit., pp. 61-76.

<sup>117</sup> Op. cit., p. 100.

## MODELO IIIa: UN MODELO RADICAL DE LA DEMOCRACIA DESARROLLISTA

### *Principio(s) justificativo(s)*

Los ciudadanos deben disfrutar de la igualdad política y económica, para que nadie pueda ser amo de nadie y para que todos puedan disfrutar de igual libertad e independencia en el proceso de desarrollo colectivo.

### *Características fundamentales*

Separación de funciones legislativa y ejecutiva.

El poder legislativo está constituido por la participación directa de los ciudadanos en reuniones públicas.

La unanimidad en los asuntos públicos se considera deseable, pero en caso de desacuerdo se acepta la regla de la mayoría en las votaciones.

Los puestos del ejecutivo están en manos de "magistrados" o "administradores".

El ejecutivo es nombrado bien por elección directa, bien por sorteo.

### *Condiciones generales*

Comunidades pequeñas no-industriales.

Distribución de la propiedad privada entre muchos; la ciudadanía depende de la posesión de propiedades, es decir, una sociedad de productores independientes.

El servicio doméstico de las mujeres, que deja tiempo libre a los varones para el trabajo (no doméstico) y la política.

### MODELO III. B: DEMOCRACIA DESARROLLISTA

John Stuart Mill continúa aceptando los principios básicos del utilitarismo. En este sentido entiende que la felicidad es el mayor bien que todos los individuos buscan: cada persona, su felicidad particular; y el conjunto de las personas, la felicidad general. Entiende por felicidad el placer y la ausencia de dolor y por infelicidad el dolor y la ausencia de placer. Ahora bien, Mill va a introducir algunas modificaciones en el pensamiento utilitarista con grandes consecuencias para su modelo de democracia:

"Considero la utilidad como la última apelación en todas las cuestiones éticas; pero tiene que ser utilidad en su sentido más amplio fundamentado en los intereses permanentes del hombre como un ser progresivo."<sup>118</sup>

En primer lugar, Mill distinguirá cualitativamente entre distintos placeres, esto es, Mill entiende que algunos tipos de placeres tienen más valor y son más deseables por sí mismos que otros: la utilización de las facultades superiores del hombre produce un tipo de placer intrínsecamente superior al producido por las facultades inferiores. Si esto es así entonces los placeres se pueden jerarquizar y hay que deshechar el cálculo cuantitativo del placer de Bentham para el cual lo importante eran las cantidades de placer y no sus calidades. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, Mill entenderá que el fin supremo de todo hombre es el desarrollo más elevado y armonioso posible de todas sus facultades y potencialidades.

En *Del Gobierno representativo*<sup>119</sup> intenta elaborar un ideal de forma de gobierno. Frente a sus antecesores, Bentham y su padre, James Mill, John Stuart Mill recuperará para la tradición utilitaria la importancia del interés general, bien social o bien común:

"... la intervención inmediata de las autoridades públicas puede abrazar toda la existencia humana; y la influencia del Gobierno sobre la sociedad debe ser examinada y apreciada en su relación no con algunos intereses, sino con el conjunto de los intereses de la humanidad".<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> MILL, J. S. *Sobre la libertad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, p. 76.

<sup>119</sup> MILL, J. S. *Del gobierno representativo*, Tecnos, Madrid, 1985.

<sup>120</sup> *Del gobierno...*, op. cit., p. 14.

Para Mill, la mejor forma de gobierno es el Gobierno representativo, que definirá a lo largo de su ensayo en diversas ocasiones. Unas veces refiriéndose a su esencia:

"La constitución representativa es el modo de que la inteligencia y honradez, difundidas en la sociedad, así como el entendimiento y la virtud de los hombres superiores, pese más directamente sobre el Gobierno, es la manera de darle más influencia que la que tendrían en cualquier otro sistema".<sup>121</sup>

Otras veces, haciendo un mayor hincapié en los aspectos institucionales:

"Gobierno representativo significa que la nación, o al menos una porción numerosa de ella, ejerza, por medio de diputados que nombra periódicamente, el poder supremo de inspección e intervención; poder que en toda Constitución debe residir en alguna parte. La nación debe poseer este poder en el sentido más absoluto de la palabra".<sup>122</sup>

Para Mill, las funciones que han de caracterizar el buen gobierno son dos: 1) en qué medida atiende al bien público por el empleo de las facultades morales, intelectuales y activas existentes, y 2) cuál sea su influencia sobre esas facultades para mejorarlas o aminorarlas. Siguiendo esos criterios, Mill piensa que es el gobierno representativo el que mejor satisface estas funciones por dos razones: 1) sólo cuando las personas afectadas dirigen sus propios intereses, éstos no quedan desatendidos; y 2) la prosperidad general aumenta y se difunde de manera creciente cuanto más variadas e intensas sean las facultades consagradas a su desarrollo. A lo largo de todo el capítulo III desarrolla esas razones para terminar diciendo:

"Según las consideraciones antedichas es evidente que el único Gobierno que satisface por completo todas las exigencias del estado social es aquel en el cual tiene participación el pueblo entero; que toda participación, aún en las más humildes de las funciones públicas, es útil; que, por tanto, debe procurarse que la participación en todo sea tan grande como lo permita el grado de cultura de la comunidad; y que, finalmente, no puede exigirse menos que la admisión de todos a una parte de la soberanía. Pero puesto que en toda comunidad que exceda los límites de una pequeña población nadie puede participar personalmente sino de una porción muy pequeña de los asuntos públicos el tipo ideal de un Gobierno perfecto es el Gobierno representativo".<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> *Del gobierno...*, op. cit., p. 23.

<sup>122</sup> *Del gobierno...*, op. cit., p. 54.

<sup>123</sup> *Del gobierno...*, op. cit., p. 43.

Dando por sentado que es esencial al Gobierno representativo que la supremacía práctica resida en los representantes del pueblo, Mill se pregunta qué funciones son las propias de los Cuerpos representativos o Parlamentos:

"Como ya dejamos expuesto, debe inspeccionar, vigilar todos los actos del Gobierno. Pero para decidir de qué modo ha de ser ejercida esta misión, y qué parte debe cumplir por sí misma, es necesario examinar qué operaciones es capaz de llevar a cabo un cuerpo numeroso. Sólo debe encargarse directamente de lo que pueda hacer bien. Redúcese su misión en todo lo restante a procurar que sea convenientemente ejecutado".<sup>124</sup>

Como vemos, Mill abandona cualquier tipo de idealismo y tiene muy en cuenta un criterio familiar a los autores del siglo XX como es el principio de eficacia. De esta forma, al Parlamento la función que le queda es prácticamente la de control. En lo demás, y no por eso menos importante, se trataría de una función de consentir o negar en las grandes decisiones. Así, por ejemplo, el votar los impuestos, donde el parlamento únicamente consentiría o rechazaría el proyecto presentado por el gobierno. Y esto, porque, según Stuart Mill, una Asamblea popular, no es acta para administrar o dar órdenes detalladas a los encargados de la administración.

Stuart Mill analiza, también, los peligros a los que está expuesto el gobierno representativo. Para él se reducen a dos: 1) la ignorancia y la incapacidad generales del cuerpo representativo o, para hablar con más propiedad, la deficiencia de sus capacidades intelectuales, y 2) el peligro de que este cuerpo no se halle bajo la influencia de intereses no identificados con el bienestar general de la comunidad. Conviene detenerse en el segundo peligro apuntado pues:

"... uno de los peligros más grandes de la democracia (y de toda forma de gobierno) consiste en los intereses egoístas de los que poseen el poder: este peligro es el de una legislación de clase, de un gobierno que busque (sea que lo consiga, sea que sucumba en la empresa) el provecho inmediato de la clase dominante en detrimento duradero de la masa. Y lo primero a que debe atenderse cuando se determina la mejor constitución del Gobierno representativo es a precaverse contra este mal".<sup>125</sup>

Mill tiene verdadero pavor a que una mayoría imponga su tiranía sobre la minoría<sup>126</sup> o, dicho de otra forma, que la mayoría de los votos impongan siempre

---

<sup>124</sup> *Del gobierno...*, op. cit., p. 56.

<sup>125</sup> *Del gobierno...*, op. cit., p. 79-80.

<sup>126</sup> Este tema sería desarrollado ampliamente por TOCQUEVILLE en *La democracia en América*

su voluntad sobre la minoría de los mismos. Quizá, esta preocupación sea debida a que Mill estimaba que con el sufragio universal la clase trabajadora, en cuanto que mayoritaria y con un interés particular común, impondría éste sobre la clase minoritaria de los poseedores, sin tener en cuenta los intereses generales. De esta manera, la forma de organización de un sistema representativo "debería ser tal que las dos clases mencionadas se mantuvieran en equilibrio, teniendo a su disposición igual número de votos en el Parlamento"<sup>127</sup>. Esto ha de tener sus consecuencias en el diseño del sistema electoral más conveniente para un gobierno representativo. Según Mill,

"La idea pura de la democracia, según su definición, es el gobierno de todo el pueblo por todo el pueblo igualmente representado. La democracia, tal como se concibe y practica actualmente, es el gobierno de todo el pueblo por una simple mayoría del pueblo, exclusivamente representada. En el primer sentido, la palabra democracia es sinónima de igualdad para todos los ciudadanos; en el segundo (y se confunden ambos de un modo extraño) significa un gobierno de privilegio en favor de una mayoría numérica que, de hecho, es la única que tiene voz y voto en el Estado. Esta es la consecuencia inevitable de la manera como se recogen los votos, con exclusión completa de las minorías".<sup>128</sup>

Para superar este inconveniente Mill será un firme partidario del principio de representación proporcional. Para él es necesario que las minorías estén representadas aunque sea con menos votos en el Parlamento. El sistema electoral en el que se apoyará es en el de su compatriota Thomas Hare.

En cuanto a la extensión del sufragio, en principio, Mill sería partidario de un sufragio virtualmente universal. Ahora bien, Mill entiende que hay ciertas exclusiones motivadas por razones positivas que no contradicen el principio. Por ejemplo, no admite el sufragio activo para el que no sabe leer ni escribir ni las primeras reglas de aritmética. Pero, al mismo tiempo, entiende que es de justicia que los medios para adquirir esa instrucción estén al alcance de todos. También excluye a los que no contribuyen a los impuestos generales o locales, pero, al mismo tiempo, estima conveniente que el impuesto descienda hasta las clases más pobres. Otra exclusión, aunque no permanente, es para quien se encuentre en estado de insolvencia hasta que haya pagado sus deudas o probado al menos

---

(Alianza, Madrid, 1989, 2 vols.), donde recomienda frente a este tipo de despotismo mantener y desarrollar cuerpos intermedios mediante la descentralización, el asociacionismo y, en general, la participación política en todas sus formas.

<sup>127</sup> *Del gobierno...*, op. cit., p. 80-81.

<sup>128</sup> *Del gobierno...*, op. cit., p. 82-83.

que hacía mucho tiempo no vivía de las limosnas públicas.

Por otro lado, para Mill es claro que cada persona debe tener voto (incluidas las mujeres), pero no que esos votos sean iguales:

"Si iguales en virtud, una de esas personas, excediese a la otra en inteligencia -o si de inteligencia igual la superase en virtud-, la opinión del ser superior bajo la relación moral o intelectual es de más valor que la del inferior".<sup>129</sup>

Por ello, es partidario del voto plural. Ahora bien, rechaza por inadmisibile, el que la superioridad de influencia sea otorgada con arreglo a riqueza. Piensa que, a falta de mejor criterio, hay que atender a las ocupaciones de los individuos, de tal forma que un profesor universitario dispondría de más votos que un albañil, siempre que la pluralidad de votos no se lleve tan lejos que, mediante ella, se anulara al resto de la comunidad<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> *Del gobierno...*, op. cit., p. 106.

<sup>130</sup> Este sistema que hoy día sería tan difícil de asumir dada la cultura política de nuestras comunidades ha estado vigente hasta hace poco en algunos países europeos (Irlanda, Bélgica,..).

## MODELO IIIb: DEMOCRACIA DESARROLLISTA

### *Principio(s) justificativo(s)*

La participación en la vida política es necesaria no sólo para la protección de los intereses individuales, sino también para la creación de una ciudadanía informada, comprometida y en desarrollo. La participación política es esencial para la expansión "más alta y armoniosa" de las capacidades individuales.

### *Características fundamentales*

La soberanía popular con el sufragio universal (junto con un sistema "proporcional" en el reparto de votos).

Gobierno representativo (liderazgo electo, elecciones periódicas, voto secreto, etc.).

Frenos constitucionales para asegurar las limitaciones y la división del poder del estado, así como la promoción de los derechos individuales, especialmente los relacionados con la libertad de pensamiento, sentimiento, gusto, discusión, publicación, combinación y la persecución de los "planes de vida" elegidos individualmente.

Demarcación clara de la asamblea parlamentaria y la burocracia pública, es decir, separación entre las funciones de los elegidos y las de los administradores especialistas (expertos).

Participación de los ciudadanos en las distintas ramas del gobierno, a través del voto, una extensa participación en el gobierno local, debates públicos y el servicio judicial.

### *Condiciones generales*

Una sociedad civil independiente con la mínima interferencia del estado.

Una economía de mercado competitiva.

Posesión y control privado de los medios de producción, junto con experimentos con formas de propiedad "comunitaria" o cooperativa.

Enmancipación política de la mujer, pero preservación, en general, de la tradicional división del trabajo doméstico.

Un sistema de naciones-estado con relaciones internacionales desarrolladas.



## MODELO IV: DEMOCRACIA DIRECTA Y EL FIN DE LA POLITICA

Como apunta Held<sup>131</sup> "si bien Marx y Engels no negaban que las personas tuvieran capacidades, deseos e intereses únicos por libre elección, criticaban la idea de que el punto de partida para el análisis de la vida política, y de su forma de organización más deseable, pudiese ser el individuo y su relación con el Estado". La concepción del hombre de Marx y también de Engels es la de un hombre que interactúa en sociedad y es comprendido como producto histórico. Es más, los protagonistas de la historia serán las clases sociales, y no el individuo, siendo, además, el Estado un mero instrumento de la clase dominante en cada período histórico.

Marx critica las instituciones democráticas burguesas, en la medida que éstas, como toda organización política, están al servicio de la clase dominante, en este caso de la burguesía. Como dice en el *Manifiesto comunista*, cuando habla del paso de la organización feudal a la burguesa:

"Vino a ocupar su puesto la libre concurrencia, con la constitución política y social a ella adecuada, en la que se revelaba ya la hegemonía económica y política de la clase burguesa".<sup>132</sup>

En realidad Marx tendría poco que decir sobre la democracia si ésta se identifica con el momento final, esto es, cuando desaparezca el Estado o, mejor, cuando la política como tal deje de tener sentido:

"Tan pronto como, en el transcurso del tiempo, hayan desaparecido las diferencias de clase y toda la producción esté concentrada en manos de la sociedad, el Estado perderá todo carácter político. El Poder político no es, en rigor, más que el poder organizado de una clase para la opresión de la otra. El proletariado se ve forzado a organizarse como clase para luchar contra la burguesía; la revolución le lleva al Poder; mas tan pronto como desde él, como clase gobernante derribe por la fuerza el régimen vigente de producción, con éste hará desaparecer las condiciones que determinan el antagonismo de clases, las clases mismas y, por tanto, su propia soberanía como tal clase".<sup>133</sup>

A pesar de todo, se puede rastrear su concepción sobre la democracia en su obra *La Comuna de París* que para algunos autores representaría -al menos a

---

<sup>131</sup> HELD, op. cit., p. 133.

<sup>132</sup> MARX, K. Y ENGELS, F. *Manifiesto comunista*, Endymion, Madrid, 1987, p. 31.

<sup>133</sup> Op. cit., p. 48.

partir de 1871- el modelo de la "dictadura del proletariado" entendido por Marx en el sentido de democracia real en contraposición a la democracia liberal:

"La antítesis directa del Imperio era la Comuna. El grito de "república social", con que la revolución de Febrero fue anunciada por el proletariado de París, no expresaba más que el vago anhelo de una república que no acabase sólo con la forma monárquica de la dominación de clase, sino con la propia dominación de clase. La Comuna era la forma positiva de esta república".<sup>134</sup>

Marx describe ese modelo, que le ofreció la revolución de 1871 en París, como una especie de "corporación de trabajo ejecutiva y legislativa al mismo tiempo", Se trata de una república democrática sobre la base del autogobierno y de una estructura piramidal donde todos los cargos públicos son elegidos por sufragio universal, pero además son responsables y revocables en todo momento.

Elementos característicos del nuevo régimen serían la separación de Iglesia y Estado, la universalización de la enseñanza laica, una administración -incluida la justicia- formada por funcionarios públicos, electivos, responsables y revocables.

Tal régimen, hecho realidad por la Comuna de París, no sólo había de instalarse en la tradicional esfera político-pública, sino también en los centros de poder económicos, esto es, los centros industriales. Además,

"la Comuna habría de ser la forma política que revistiese hasta la aldea más pequeña del país y que en los distritos rurales el ejército permanente habría de ser reemplazado por una milicia popular, con un plazo de servicio extraordinariamente corto. Las comunas rurales de cada distrito administrarían sus asuntos colectivos por medio de una asamblea de delegados en la capital del distrito correspondiente y estas asambleas, a su vez, enviarían diputados a la Asamblea Nacional de delegados de París, entendiéndose que todos los delegados serían revocables en todo momento y se hallarían obligados por el mandato imperativo (instrucciones) de sus electores. Las pocas, pero importantes funciones que aún quedarían para un gobierno central no se suprimirían, como se ha dicho, falseando de intento la verdad, sino que serían desempeñadas por agentes comunales y, por tanto, estrictamente responsables. No se trataba de destruir la unidad de la nación, sino por el contrario, de organizarla mediante un régimen comunal, convirtiéndola en una realidad al destruir el poder del Estado, que pretendía ser la encarnación de aquella unidad, independiente y situado por encima de la nación misma, en cuyo cuerpo no era más que una excrescencia parasitaria. Mientras que los órganos puramente represivos del viejo poder estatal habían de ser amputados, sus funciones legítimas habían de ser arrancadas a una autoridad que usurpaba una posición preeminente sobre la sociedad misma, para restituirla a los servidores responsables de esta sociedad. En vez de decidir una vez cada tres o seis años qué miembros de la clase dominante han de representar y aplastar al pueblo en el parlamento, el sufragio universal habría de servir al

---

<sup>134</sup> MARX, K. *La Comuna de París*, Akal, Madrid, 1976, p. 36.

pueblo organizado en comunas, como el sufragio individual sirve a los patronos que buscan obreros y administradores para sus negocios. Y es bien sabido que lo mismo las compañías que los particulares, cuando se trata de negocios saben generalmente colocar a cada hombre en el puesto que les corresponde y, si alguna vez se equivocan, reparan su error con presteza. Por otra parte, nada podía ser más ajeno al espíritu de la Comuna que sustituir el sufragio universal por una investidura jerárquica".<sup>135</sup>

Como dice más adelante Marx:

"La Comuna era, esencialmente, un gobierno de la clase obrera, fruto de la lucha de la clase productora contra la clase apropiadora, la forma política al fin descubierta para llevar a cabo dentro de ella la emancipación económica del trabajo".<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Op. cit., pp. 36-39.

<sup>136</sup> Op. cit., p. 41.

## MODELO IV: DEMOCRACIA DIRECTA Y EL FIN DE LA POLITICA

### *Principio(s) justificativo(s)*

El "libre desarrollo de todos" sólo puede alcanzarse con el "libre desarrollo de cada uno". La libertad exige el fin de la explotación y, en último término, la plena igualdad política y económica; únicamente la igualdad puede garantizar las condiciones para la realización de la potencialidad de todos los seres humanos, de tal forma que "cada uno pueda dar" según su capacidad y "recibir según su necesidad".

### *Características fundamentales (Socialismo)*

Las cuestiones públicas deben ser reguladas por Comuna(s) o consejo(s) organizados en una estructura piramidal.

El personal del gobierno, los magistrados y los administradores están sujetos a frecuentes elecciones, al mandato de su comunidad y a ser revocados.

Los funcionarios no cobran más que el salario de los trabajadores.

La milicia popular mantiene el nuevo orden político sujeto al control de la comunidad.

### *Características fundamentales (Comunismo)*

El "gobierno" y la "política" en todas sus formas dejan paso a la autorregulación.

Todas las cuestiones públicas se resuelven colectivamente.

El consenso es el principio de decisión en todas las cuestiones públicas.

Distribución del resto de las tareas administrativas por rotación y elección.

Sustitución de todas las fuerzas armadas y coercitivas por el autocontrol.

### *Condiciones generales (Socialismo)*

**Unidad de la clase obrera.**

**Derrota de la burguesía.**

**Fin de los privilegios de clase.**

**Desarrollo substancial de las fuerzas de producción, de tal forma que las necesidades básicas estén cubiertas y las personas tengan suficiente tiempo para desarrollar actividades no laborales.**

**Integración progresiva del estado y la sociedad.**

### *Condiciones generales (Comunismo)*

**Todo vestigio de las clases desaparece.**

**Desaparición de la escasez y abolición de la propiedad privada.**

**Eliminación de los mercados, del intercambio y del dinero.**

**Fin de la división social del trabajo.**

## MODELO V: DEMOCRACIA ELITISTA COMPETITIVA

Schumpeter, fuertemente influido por la obra de Weber<sup>137</sup>, tratará de definir empíricamente más que normativamente la democracia.

"La democracia es un método político, es decir, un cierto tipo de concierto constitucional para llegar a las decisiones políticas -legislativas y administrativas-, y por ello no puede constituir un fin en sí misma, independientemente de las decisiones a que dé lugar en condiciones históricas dadas. Y éste debe ser el punto de partida para todo intento de definirla".<sup>138</sup>

Para realizar su tarea de definir de forma nueva la democracia, el primer paso de Schumpeter será localizar al enemigo y éste no es otro que lo que él mismo llamará "la teoría clásica de la democracia", expresión que si bien ha tenido éxito, para algunos no responde a la realidad de los hechos (a la que tanto apego tenía Schumpeter) pues en ella se mezclarían aspectos de distintas teorías de la democracia, como una lectura de las páginas precedentes demuestra:

"La filosofía de la democracia del siglo XVIII puede ser compendiada en la siguiente definición: el método democrático es aquel sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común, dejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad".<sup>139</sup>

Esta "teoría clásica de la democracia" es refutada por Schumpeter con base en las siguientes razones:

-En primer lugar, no hay tal bien común, unívocamente determinado, en el que todo el mundo pueda estar de acuerdo o pueda hacerse estar de acuerdo en virtud de una argumentación racional. Esto no se debe primordialmente al hecho de que algunos puedan querer cosas distintas del bien común, sino al

---

<sup>137</sup> Véase *Economía y sociedad* (Fondo de Cultura Económico, México, 1984) y *El político y el científico* (Alianza, Madrid, 1986). En estas obras, Weber define las sociedades avanzadas occidentales como resultado de un proceso de racionalización instrumental. En ese sentido, del gobierno se exige una superioridad técnica de la que sólo una democracia diseñada para elegir a los más competentes puede dar cuenta. Sobre otras influencias se puede consultar CARRERAS, M. "Elitismo y democracia: de Pareto a Schumpeter" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 73, pp. 243-260.

<sup>138</sup> SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Barcelona, 1984, pp. 311-312.

<sup>139</sup> Op. cit., p. 321.

hecho mucho más fundamental de que, para los distintos individuos y grupos, el bien común ha de significar necesariamente cosas diferentes.

-En segundo lugar, aun cuando resultase aceptable para todos un bien común suficientemente definido -como, por ejemplo, el máximo de satisfacción económica de los utilitaristas-, esto no implicaría respuestas igualmente definidas para los problemas singulares.

-En tercer lugar, sin embargo, como consecuencia de las dos proposiciones anteriores, el concepto particular de la voluntad del pueblo, o de la *volonté générale*, adoptado por los utilitaristas, se desvanece en el aire, pues este concepto presupone la existencia de un bien común claramente determinado y discernible por todos<sup>140</sup>. O, dicho de otro modo:

"aun cuando las opiniones y deseos de los ciudadanos individuales fuesen datos perfectamente definidos e independientes a elaborar por el proceso democrático, y aun cuando todo el mundo actuase respecto de ellos con racionalidad y rapidez ideales, no se seguiría necesariamente que las decisiones políticas producidas por ese proceso, partiendo de la materia prima de esas voliciones individuales, representase algo que, en un sentido convincente, pudiera ser denominado voluntad del pueblo".<sup>141</sup>

Pero, es más, Schumpeter tiene una opinión de las capacidades del hombre y de su "naturaleza política" bastante sintomática de una teoría de la democracia "poco participativa" o elitista:

"Así, pues, el ciudadano normal desciende a un nivel inferior de prestación mental tan pronto como penetra en el campo de la política... Y esto lleva consigo dos consecuencias ulteriores deplorables.

En primer lugar, aun cuando no hubiese grupos políticos que tratasen de influir sobre el ciudadano corriente, éste tendería, en la cuestión política, a someterse a prejuicios e impulsos extrarracionales o irracionales...

En segundo lugar, sin embargo, cuanto más débil sea el elemento lógico en la formación de la opinión pública, y más completa la falta de crítica racional de la influencia racionalizadora de la experiencia y la responsabilidad personales, mayores son las oportunidades para los grupos que persigan fines interesados... La voluntad que observamos al analizar los procesos políticos no es ni con mucho una voluntad auténtica, sino una voluntad fabricada. Y con frecuencia este artefacto es lo único que corresponde a la *volonté générale* de la teoría clásica".<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Op. cit., p. 322-323.

<sup>141</sup> Op. cit., p. 326.

<sup>142</sup> Op. cit., p. 336.

Frente a la teoría clásica de la democracia, Schumpeter propone otra teoría de la democracia que él mismo formula de la siguiente forma:

"método democrático es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo".<sup>143</sup>

Esta nueva idea la justifica con base en los siguientes argumentos<sup>144</sup>: En primer lugar, esta concepción nos proporciona un criterio razonablemente eficiente, mediante el cual poder distinguir de los demás a los gobiernos democráticos. En segundo lugar, la teoría incorporada en esta definición deja todo el espacio que se desee para un reconocimiento adecuado del hecho vital del caudillaje. En tercer lugar, en tanto que haya auténticas voliciones de grupo, esta teoría no las pasa por alto, pues las reconoce latentes hasta que son llamadas a la vida por algún *leader* político. En cuarto lugar, reconoce Schumpeter que el concepto de competencia por el caudillaje no es muy preciso, como tampoco lo es el de competencia en la esfera económica, pero aún así la comparación es provechosa. En quinto lugar, la teoría aclara la relación entre democracia y libertad: la cuestión es una cuestión de grado. Ninguna sociedad, de hecho, tolera la libertad (la entiende como esfera de autonomía individual) absoluta, pero el método democrático, aunque no la garantiza, sí puede permitir un mayor grado de libertad en la medida que, si en principio todo el mundo es libre de entrar en competencia por el caudillaje político, siempre será necesaria una mayor libertad de discusión para todos. En sexto lugar, añade que, al hacer de la función de crear un gobierno (directamente o por medio de un organismo intermedio) la función primaria del electorado, era su intención incluir también la función de disolverlo. En séptimo lugar, resuelve el problema que para la teoría clásica es hacer equivalente la voluntad de la mayoría con la voluntad del pueblo. Aquí, la voluntad de la mayoría es la voluntad de la mayoría y la segunda no existe. Por último, explica Schumpeter que la democracia o, mejor, el método democrático no implica la representación proporcional. Al contrario, si la aceptación del caudillaje es la verdadera función del voto del electorado, la defensa de la representación proporcional se derrumba. El principio de la democracia significa simplemente que las riendas del gobierno deben ser entregadas a los individuos

---

<sup>143</sup> Op. cit., p. 343.

<sup>144</sup> Viene desarrollado en op. cit., pp. 343-348.



que disponen de un apoyo electoral más poderoso que los demás que entran en competencia. Esto asegura la permanencia del sistema de mayorías dentro del método democrático.

De esta forma se está definiendo una nueva forma de entender la democracia. Con base en ella se construirá una democracia "a imagen y semejanza" del mercado<sup>145</sup>. Los ciudadanos más que participantes en la vida pública son consumidores del producto ofertado por las élites políticas. El momento cumbre de la vida democrática son las elecciones y a ellas se limita la participación del ciudadano.

---

<sup>145</sup> En esta idea está basada la conocida "teoría económica de la democracia" que trata de explicar el gobierno democrático y, en general, todo el ordenamiento institucional a partir del cálculo económico de unos ciudadanos entendidos éstos como individuos racionales que buscan maximizar su utilidad (*homo economicus*). En esta línea de trabajo hemos de situar las obras de DOWNS, A. *Teoría económica de la democracia*, Aguilar, Madrid, 1973 y, más recientemente, BUCHANAN, J. M. y TULLOCK, G. *El cálculo del consenso*, Espasa Calpe, Madrid, 1980.

## MODELO V: DEMOCRACIA ELITISTA COMPETITIVA

### *Principio(s) justificativo(s)*

Método de selección de una élite política cualificada e imaginativa, capaz de adoptar las decisiones legislativas y administrativas necesarias.

Un obstáculo a los excesos de liderazgo político.

### *Características fundamentales*

Gobierno parlamentario con ejecutivo fuerte.

Competencia entre élites y partidos políticos rivales.

Dominio del parlamento por los partidos políticos.

Carácter central del liderazgo político.

Burocracia: una administración independiente y bien formada.

Límites constitucionales y prácticos al "margen efectivo de decisión política".

### *Condiciones generales.*

Sociedad industrial.

Modelo de conflicto social y político fragmentado.

Electorado pobremente informado y/o emotivo.

Una cultura política que tolera las diferencias de opinión.

Surgimiento de estratos de expertos y gerentes técnicamente cualificados.

Competencia entre los estados por el poder y las ventajas en el sistema internacional.

## MODELO VI: PLURALISMO

Los pluralistas, y entre ellos Dahl, pretendían al igual que Schumpeter describir la realidad mediante un método empírico. Pese a la influencia de este último construyeron una teoría novedosa en la medida que recuperaron la idea de las "facciones" de Madison<sup>146</sup> adaptándola a la actualidad y reconvirtiendo la existencia de grupos que luchan por el poder en algo positivo para la democracia. Como ha expresado Sartori<sup>147</sup>, Dahl comienza donde termina Schumpeter: "La estrategia básica de Dahl consiste en reservar la palabra democracia para el 'sistema ideal' y emplear el vocablo 'poliarquía' como su aproximación en el mundo real"; o en palabras de David Held:

"En la teoría de Schumpeter se sitúan pocas cosas entre el ciudadano individual y el liderazgo electo. Se describe al ciudadano como un ser aislado y vulnerable en un mundo marcado por el choque competitivo entre élites. En esta descripción apenas se presta atención a los grupos "intermediarios" como las asociaciones comunitarias, los cuerpos religiosos, los sindicatos y las organizaciones empresariales que atraviesan las vidas de las personas y las relaciones de formas complejas a una variedad de instituciones. Juzgada únicamente en relación a este tema, la teoría de Schumpeter es parcial e incompleta.

Una escuela de analistas políticos, a la que se denomina generalmente la teoría empírica de la democracia o "pluralismo", trató de subsanar esta deficiencia examinando directamente las dinámicas de la política de grupos"<sup>148</sup>.

Y esto porque para los pluralistas el poder no se organiza de forma jerárquica, sino a través de un "proceso interminable de intercambio" entre numerosos grupos de intereses donde no existe un poderoso centro de toma de decisiones, ni siquiera el gobierno que se convierte en un grupo de interés más. El equilibrio del sistema, entonces, sólo puede ser explicado por lo que Truman<sup>149</sup> llamaba un "complejo protésico de relaciones" en la medida que la mayoría de las personas forman parte al mismo tiempo de diferentes grupos de interés, por lo que a ningún grupo le interesa destruir a los demás.

Por lo demás, su concepción del hombre no tiene nada que ver con la de

---

146 Véase HAMILTON, A., JAY, J. y MADISON, J. *The Federalist*, Random House, Nueva York, 1937, p. 54.

147 SARTORI, G. *La teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988, p. 199.

148 HELD, D. *Modelos de democracia*, op. cit., p. 225.

149 TRUMAN, D. B., *The governmental process*, Knopf., Nueva York, 1951, p. 508, citado en HELD, op. cit., p. 230.

las teorías participativas. Ellos comprobaban que menos de un tercio de la población está realmente interesada por los asuntos políticos (afirmación, por lo demás, cuestionable) e incluso llegaron a afirmar que podía ser bueno para la estabilidad del sistema que una gran parte de la población estuviera alejada del compromiso político, en la medida que una alta participación ha de conllevar un incremento del conflicto social.

Dahl fue el pluralista que, quizá, mejor describió el fenómeno de la democracia entendida a la manera de los pluralistas, en obras como *A preface to Democratic Theory*<sup>150</sup> o *Who governs?*<sup>151</sup>. De entrada, descartó el temor que, como ya hemos visto, Tocqueville y Stuart Mill mostraban ante la posibilidad de una tiranía de la mayoría. Para Dahl, ésta era imposible en la medida que no existía una mayoría, sino una multitud de grupos en competencia. Esto al mismo tiempo, le servía para definir el gobierno en una democracia como el "gobierno de las minorías" ya que el proceso democrático se desenvuelve en el gobierno de "múltiples oposiciones democráticas" más que en la "soberanía de la mayoría".

Es claro que para los pluralistas tampoco tienen sentido, como en Schumpeter, conceptos como bien común o voluntad general. Ahora bien, aun siendo esto así, se ven obligados a recurrir a unos valores comunes a los miembros de la sociedad o, al menos, a los que participan activamente en la política para explicar el mantenimiento del sistema democrático:

"Anterior a la política, por debajo de ella, envolviéndola, limitándola, condicionándola, está el consenso esencial sobre las políticas que normalmente existen en la sociedad... Sin ese consenso ningún sistema democrático podría sobrevivir mucho tiempo a los interminables enojos y frustraciones que producen las elecciones y la competencia entre partidos".<sup>152</sup>

En este sentido distinguía entre las normas constitucionales y las normas y prácticas no constitucionales entendiendo las primeras (división de poderes, por ejemplo) "triviales" en relación a la importancia de las segundas para el mantenimiento del sistema democrático y la protección frente a la tiranía de

---

<sup>150</sup> DAHL, R. *A Preface to democracy Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1956.

<sup>151</sup> DAHL, R. *Who governs? Democracy and power in an American City*, Yale University Press, New Haven, 1961.

<sup>152</sup> DAHL, R., op. cit.. La traducción es la citada en HELD, op. cit., p. 235. Véase también de DAHL *La democracia y sus críticos*, op. cit., p. 305.

cualquier tipo.

Se trata en suma de un nuevo modelo con pretensiones realistas que tiene la virtud de restar énfasis a la capacidad de los políticos de modelar la vida contemporánea explicitando la simplicidad del esquema gobernantes-gobernados como explicación de la democracia<sup>153</sup>, pero que se abandona desde su pretensión descriptiva a una normatividad basada en los ideales y los métodos de los sistemas democráticos existentes<sup>154</sup>.

Hasta aquí hemos condensado en pocas líneas los elementos esenciales de lo que Held denomina "versión clásica" de la teoría pluralista. Además de las objeciones ya vistas podemos traer a colación otras como la apuntada por Lively<sup>155</sup> según el cual la existencia de muchos centros de poder apenas garantiza que el gobierno vaya a: a) escucharlos por igual, b) hacer algo más que ponerse en contacto con los dirigentes de esos centros, c) ser susceptible de ser influido por alguien más, aparte de los que ocupan las posiciones de poder, d) hacer algo sobre las cuestiones en discusión, y demás. Estas objeciones serán asumidas por pluralistas como el mismo Dahl que, a partir de 1978, han evolucionado hacia un nuevo modelo de democracia que es calificado por Held como "neopluralista".

En *A Preface to Economic Democracy* (1985), Dahl reconoce que el peligro más importante para la libertad proviene de la desigualdad y ésta está presente en las sociedades actuales, de tal forma que el sistema de capitalismo avanzado tiende a:

"producir desigualdades tan grandes, respecto a los recursos sociales y económicos, como para causar severas violaciones de la igualdad política y por lo tanto del proceso democrático".<sup>156</sup>

El argumento central de los neopluralistas es que los grupos de intereses no son necesariamente iguales en poder, al contrario las grandes corporaciones económicas ostentan un poder desproporcionado incompatible con la naturaleza

---

<sup>153</sup> GARCIA MARZA, D. *Teoría de la democracia*, NAU llibres, Valencia, 1993, pp. 104-105.

<sup>154</sup> HELD, op. cit., pp. 237-238.

<sup>155</sup> Citado en HELD, op. cit., p. 242.

<sup>156</sup> DAHL, op. cit.. La traducción es la citada en HELD, op. cit., p. 244. En esa misma línea, veáse la más reciente obra de DAHL *La democracia y sus críticos*, op. cit., pp. 318-336.

de la democracia. Es más, las opciones políticas están limitadas por las exigencias de la economía capitalista. La necesidad de un crecimiento económico continuo para satisfacer las necesidades que genera el propio sistema origina, a su vez, exigencias objetivas para el mantenimiento estable del sistema, círculo en el que los más interesados son los grandes intereses económicos para mantener su posición privilegiada. Ante este estado de cosas, Dahl afirma que sostener el compromiso con la democracia implica necesariamente limitar el poder de las corporaciones económicas, para lo cual propone una serie de medidas como establecer un extenso sistema de cooperativas de propiedad y de control de las empresas (democracia industrial).

## MODELO VI: PLURALISMO

### *Principio(s) justificativo(s)*

Garantiza el gobierno de las minorías y, por lo tanto, la libertad política.

Obstáculo fundamental al desarrollo de facciones excesivamente poderosas y de un estado insensible.

### *Características fundamentales (Pluralismo clásico)*

Derechos del ciudadano, incluido una persona-un voto, la libertad de expresión, la libertad de organización.

Un sistema de frenos y contrapesos entre el legislativo, el ejecutivo, el poder judicial y la administración burocrática.

Sistema electoral competitivo con (al menos) dos partidos.

Abanico diverso de grupos de interés (solapados), que buscan influencia política.

El gobierno media y juzga entre las distintas demandas.

Las normas constitucionales están inmersas en una cultura política que las respalda.

### *Características fundamentales (Neopluralismo)*

Derechos del ciudadano, incluido una persona-un voto, la libertad de expresión, la libertad de organización.

Un sistema de frenos y contrapesos entre el legislativo, el ejecutivo, el poder judicial y la administración burocrática.

Sistema electoral competitivo con (al menos) dos partidos.

Múltiples grupos de presión, pero una agenda política sesgada hacia el poder de las corporaciones económicas.

**El estado, y sus departamentos, persiguen sus propios intereses sectoriales.**

**Las normas constitucionales funcionan en un contexto de culturas políticas diversas y un sistema de recursos económicos radicalmente desigual.**

### *Condiciones generales (Pluralismo clásico)*

**El poder es compartido e intercambiado entre numerosos grupos de la sociedad.**

**Amplia base de recursos de distinto tipo, dispersos a lo largo de la población.**

**Valor de consenso respecto a los procedimientos políticos, el conjunto de alternativas y el ámbito legítimo de la política.**

**Equilibrio suficiente entre los ciudadanos activos y los pasivos, como para garantizar la estabilidad política.**

### *Condiciones generales (Neopluralismo)*

**El poder es atacado por numerosos grupos.**

**La escasa base de recursos de muchos grupos impide una participación política plena.**

**La distribución del poder socioeconómico proporciona oportunidades y límites para las opciones políticas.**

**Participación desigual en la política: gobierno insuficientemente accesible.**





## MODELO VII: DEMOCRACIA LEGAL

Con el nombre de *Democracia Legal* Held agrupa en este modelo al pensamiento neoliberal y neoconservador que se desarrolló a lo largo de los años setenta y ochenta. Para Held, el programa político de esta *Nueva Derecha* se caracteriza por la extensión del mercado a más y más áreas de la vida, la reducción del Estado al mínimo, contrapartida del anterior y, por último, la formación de un gobierno fuerte que aplique la ley y el orden. Sus dos autores más representativos serían Robert Nozick y Friedrich Hayek.

El objetivo de Nozick es la justificación de un cierto tipo de Estado concebido como la mínima expresión (*minimal State*) por lo que no vacila en tomar en consideración un cierto tipo de anarquismo:

"... trato seriamente la afirmación anarquista de que el Estado, en el proceso de mantener su monopolio del uso de la fuerza y de proteger a todos dentro de un territorio, necesariamente ha de violar los derechos de los individuos y, por tanto, es intrínsecamente inmoral. Contra esta afirmación sostengo que el Estado surgiría de la anarquía (tal y como es presentada en el estado de naturaleza de Locke), aunque nadie intentara esto ni tratara de provocarlo".<sup>157</sup>

Ahora bien, su estrategia no es contractualista, aunque algunos autores así lo han entendido por partir de la hipótesis del estado de naturaleza típica en el contractualismo. En realidad, como apunta Javier Muguerza<sup>158</sup>, Nozick da la espalda al neocontractualismo, dándosela también de paso a cualquier intento de pretender entender en términos dialógicos la conducción racional de los asuntos prácticos y, más en concreto, de los políticos. En lugar de la construcción de un modelo más o menos heurístico, lo que Nozick emprende es una explicación que perseguiría dar cuenta de determinadas realidades, como es el caso de las asociaciones civiles o políticas, en términos que no hagan necesario acudir a intenciones.

De esta forma, Nozick procede a explicarnos como a partir del estado de naturaleza se podría llegar a la constitución de una sociedad. Los pasos del

---

<sup>157</sup> NOZICK, R. *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 8.

<sup>158</sup> Véase MUGUERZA, J. *Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1990, pp. 171-177.

proceso serían éstos<sup>159</sup>: *primero*, el estado de naturaleza; *segundo*, grupos de individuos que se unen para defenderse a sí mismos y proteger de esta manera sus derechos; *tercero*, una de esas asociaciones de defensa y protección deviene dominante dentro de un territorio dado y ofrece sus servicios a quienes quieren acogerse a ella; *cuarto*, dicha asociación consigue en dicho territorio el monopolio del uso de la fuerza, con lo que sólo sus asociados podrían ser efectivamente defendidos y protegidos en sus derechos (embrión del Estado ultramínimo); *quinto*, el Estado ultramínimo garantiza a todos los habitantes del territorio, incluidos aquellos que no deseen ser clientes de la asociación dominante ni estén dispuestos a pagar a ésta sus servicios, la defensa y la protección de sus derechos, con lo que se convierte en el Estado mínimo o la mínima expresión del Estado. Y no habría un sexto paso, porque cualquier Estado que sobrepase el cometido del Estado mínimo sería ya moralmente injustificable, puesto que atentaría contra los derechos individuales que el Estado está llamado a proteger y a defender:

"Mis conclusiones principales sobre el Estado son que un Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica; que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica; que el Estado mínimo es inspirador, así como correcto. Dos implicaciones notables son que el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su propio bien o protección".<sup>160</sup>

Por otro lado, lo que explica el éxito de Nozick es su crítica al distribucionismo. A las teorías de la justicia distributiva, Nozick opone lo que llama una "teoría de la justicia de las pertenencias" según la cual los bienes económicos comienzan a ser tales acompañados -pero no antes- de la alegación por parte de alguien de un justo título sobre su propiedad, título que le ha sido transferido -intercambio, herencia, donación- o que sencillamente le confiere, si nos remontamos en la cadena de transferencias, un acto de adquisición o apropiación originaria. De ahí que todo intento de redistribuir aquellos bienes atente por definición contra un derecho antecedente:

"Los lineamientos generales de la teoría de justicia de pertenencias son que las pertenencias de una persona son justas si tiene derecho a ellas por los principios de justicia en la adquisición y en la transferencia, o por el principio de rectificación de injusticia (tal y como es especificado por los dos primeros principios). Si todas las pertenencias de la persona son

---

<sup>159</sup> Vienen desarrollados estos pasos en NOZICK, op. cit., pp. 23-122.

<sup>160</sup> Op. cit., p. 7.

justas, entonces el conjunto total (la distribución total) de las pertenencias es justo".<sup>161</sup>

Por último, Nozick en su obra enfrenta la cuestión de si el Estado mínimo puede ser la comunidad ideal o, dicho de otro modo, si su modelo de Estado puede considerarse una utopía por la cual las personas puedan luchar o sacrificarse. Su argumentación avanza por diversas rutas, pero la esencia de las mismas radica en considerar que las personas son diferentes y, por tanto, que no existe ninguna comunidad que sirva como ideal para todas las personas:

"La primera ruta comienza con el hecho de que las personas son diferentes. Difieren en temperamento, intereses, capacidad intelectual, aspiraciones, tendencia natural, especulaciones y la clase de vida que desean seguir. Las personas divergen en los valores que tienen y atribuyen diferentes pesos a los valores que comparten. (Desean vivir en diferentes climas: algunas, en las montañas; otras en llanos; otras, en desiertos, algunas otras, en costas; en ciudades; otras más, en pueblos.) No hay ninguna razón para pensar que hay una sola comunidad que sirva como ideal para todas las personas, y muchas razones para pensar que no la hay".<sup>162</sup>

Si esto es así hemos de renunciar a la utopía como modelo de sociedad perfecta y, más bien, pensar que la utópica sería aquella sociedad donde cada persona pudiera desarrollar su propia utopía. En palabras de Nozick, la utopía sería "un marco para las utopías":

"La conclusión que hay que sacar es que no habrá una sola clase de comunidad que exista ni sólo una clase de vida llevada en la utopía. La utopía consistirá en utopías, en muchas comunidades diversas y divergentes en las cuales las personas llevan diferentes clases de vida bajo diferentes instituciones. Algunas clases de comunidades serán para la mayoría más atractivas que las otras; las comunidades crecerán y decaerán. Las personas abandonarán unas por otras o vivirán toda su vida en una. La utopía es un marco para las utopías, un lugar donde las personas están en libertad de unirse voluntariamente para perseguir y tratar de realizar su propia concepción de la vida buena en la comunidad ideal, pero donde ninguno puede imponer su propia visión utópica sobre los demás".<sup>163</sup>

Y ese marco que permite el intentar realizar todas y cada una de las diferentes utopías de los individuos, ¿Cuál es? No es otro que el Estado mínimo en la medida que es el que menos interfiere en las vidas de las personas y, por tanto, mejor permite la realización de nuestros ideales:

---

<sup>161</sup> Op. cit., p. 156.

<sup>162</sup> Op. cit., p. 298.

<sup>163</sup> Op. cit., p. 300.

"El marco para la utopía que hemos descrito es equivalente al Estado mínimo...

El Estado mínimo nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser usados por otros de cierta manera, como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas que tienen derechos individuales, con la dignidad que esto constituye. Que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien nosotros escojamos decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, tanto como podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que posean la misma dignidad. ¿Cómo osaría cualquier Estado o grupo de individuos hacer más, o menos?".<sup>164</sup>

Hayeck<sup>165</sup>, por su parte, retoma la idea del peligro de la tiranía de la mayoría en democracia para añadirla a la del Estado mínimo. Con ese objeto distingue liberalismo y democracia. Esta última sólo debe ser un instrumento para salvaguardar la libertad. De ahí que la democracia implique restricciones a su gobierno con el fin de impedir gobiernos coercitivos, esto es, gobiernos que interfieran los derechos del individuo a determinar sus objetivos. Esto se consigue mediante el "imperio de la ley", entendida ésta como leyes generales que determinan las condiciones de la acción individual (vida, libertad y propiedad) limitando el ámbito de la acción del Estado al mínimo.

---

<sup>164</sup> Op. cit., p. 319.

<sup>165</sup> Veáse HAYECK, F. A. *Los fundamentos de la libertad*, Unión, 1982 y *Camino de servidumbre*, Alianza, Barcelona, 1985.

## MODELO VII: DEMOCRACIA LEGAL

### *Principio(s) justificativo(s)*

El principio de la mayoría es una forma efectiva y deseable de proteger a los individuos del gobierno arbitrario y, por lo tanto, de mantener la libertad.

Para que la vida política, al igual que la vida económica, sea una cuestión de la libertad e iniciativa individual, el gobierno de la mayoría, con el fin de funcionar de una forma justa y sabia, debe circunscribirse al imperio de la ley.

### *Características fundamentales*

Un estado constitucional (modelado por los rasgos de la tradición política anglosajona, que incluya una clara división de poderes).

Imperio de la ley.

Intervención mínima del estado en la sociedad civil y en la vida privada.

Una sociedad de libre mercado lo más extensa posible.

### *Condiciones generales*

Un liderazgo político efectivo guiado por los principios liberales.

Reducción al mínimo de la excesiva regulación burocrática.

Restricción del papel de los grupos de interés (los sindicatos, por ejemplo).

Reducción al mínimo (erradicación, si fuera posible) de la amenaza del colectivismo de todo tipo.

## MODELO VIII: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Held sitúa en el polo opuesto a la *Nueva Derecha*, tratada en el apartado anterior, las nuevas alternativas democráticas de lo que él llama la *Nueva Izquierda*, representada por autores como Poulantzas<sup>166</sup>, Pateman<sup>167</sup> o Macpherson. Dado que las propuestas del último ya han sido consideradas más arriba, nos vamos a centrar aquí en el análisis de la obra de los dos primeros.

Poulantzas, desde el marxismo y formando parte de esa corriente que se ha dado en llamar "democracia participativa" trata de superar las realizaciones tanto del liberalismo como del marxismo:

"Si encontramos constantemente la desconfianza fundamental con respecto a las instituciones de la democracia representativa y de las libertades políticas (creaciones-instrumento de la burguesía), la misma concepción de los soviets sufre entre tanto ciertas modificaciones. Los soviets que deben sustituir en bloque al Estado burgués ya no son ya la democracia directa de base que sustituye a la democracia".<sup>168</sup>

Para Poulantzas, el marxismo se caracterizó por una desconfianza hacia los centros de poder contrapuestos en la sociedad. Esa misma desconfianza motivó que la práctica de Lenin y Stalin desconfiara con respecto al movimiento popular de base. El resultado es la sustitución de los mecanismos de una democracia representativa por una élite ilustrada de izquierdas aplicando algunos correctivos al funcionamiento de las instituciones, y dando por supuesto que este Estado aportará así a las masas populares el socialismo desde arriba: es el *estatismo tecnoburocrático de los expertos*. Para Poulantzas, el estatismo no es la solución: debemos replantearnos la transición al socialismo:

"El dilema del cual hay que salir es, en el fondo, el siguiente: o bien mantener en condiciones el Estado existente, atenerse exclusivamente a la democracia representativa en la que se hacen modificaciones secundarias, lo que lleva al estatismo socialdemócrata y al llamado parlamentarismo liberal, o bien atenerse exclusivamente a la democracia directa de base, o movimiento autogestionario, lo que conduce ineludiblemente, en un plazo más o menos largo, a un despotismo estatista o a una dictadura de los expertos. *Cómo emprender una transformación radical del Estado articulando la ampliación y la profundización de las instituciones de la democracia representativa y de las libertades (que fueron también una conquista de las masas populares) con el despliegue de las formas de democracia directa de*

---

<sup>166</sup> POULANTZAS, N. *Estado, poder y socialismo*, Siglo XXI, Madrid, 1979.

<sup>167</sup> PATEMAN, C. *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, C, University Press, 1970.

<sup>168</sup> Op. cit., p. 312.

*base y el enjambre de los focos autogestionarios: aquí está el problema esencial de una vía democrática al socialismo y de un socialismo democrático".<sup>169</sup>*

Poulantzas rechaza la vía socialdemócrata al socialismo que únicamente ha efectuado ajustes menores manteniendo el sistema sin grandes transformaciones. Su vía es mucho más que una vía parlamentaria o electoral: hay que modificar la correlación de fuerzas en todos y cada uno de los aparatos y dispositivos del Estado y para ello es necesario la lucha de masas populares que apuntale estas transformaciones:

*"Una transformación del aparato del Estado orientada hacia la extinción del Estado sólo puede apoyarse en una intervención creciente de las masas populares en el Estado por medio ciertamente de sus representaciones sindicales y políticas, pero también por el despliegue de sus iniciativas propias en el seno mismo del Estado".<sup>170</sup>*

Pero el gran miedo de Poulantzas es el estatismo autoritario. Quizá no sea suficiente el movimiento autogestionario para evitar la confiscación autoritaria del poder por parte de los expertos. De hecho tanto las propuestas neotecnocráticas y también las neolibertarias conducen al mismo resultado: el abandono de las transformaciones del Estado, excluyendo de las mismas al movimiento autogestionario. Por ello:

*"no se trata, a decir verdad, de hacer una síntesis entre las dos tradiciones del movimiento popular, la estatista y la autogestionaria, que sería preciso unir. Se trata de situarse en una perspectiva global de extinción del Estado, perspectiva que comporta dos procesos articulados: la transformación del Estado y el despliegue de la democracia directa de base".<sup>171</sup>*

Ahora bien, ni siquiera la vía propuesta se salva de las posibilidades de fracaso. Poulantzas apunta los riesgos que se ciernen sobre la misma:

*"Esta vía, la única que puede llevar al socialismo democrático, tiene también su contrapartida: dos peligros la acechan.*

*En primer lugar, un viejo peligro, bien conocido, pero que se presenta aquí de forma acentuada: la reacción del adversario, en este caso la burguesía...*

*La segunda cuestión concierne a las formas de articulación de los dos procesos, el de las transformaciones del Estado y la democracia representativa, y el de la democracia directa y el movimiento autogestionario... ¿Cómo evitar la reducción a un simple paralelismo y*

---

<sup>169</sup> Op. cit., pp. 313-314.

<sup>170</sup> Op. cit., p. 321.

<sup>171</sup> Op. cit., p. 323.



yuxtaposición de ambos, a que cada uno sólo siga su propio movimiento? ¿En qué dominios, a propósito de que decisiones, en qué momento, uno debe tener prioridad sobre el otro (las asambleas representativas o los centros de democracia directa, el Parlamento o los comités de fábrica, los consejos municipales o las comisiones de ciudadanos, etc.)? ¿De qué forma prever la reglamentación de sus conflictos, hasta cierto punto inevitables, sin encaminarse, lenta pero seguramente, hacia una situación, efectiva o larvada, de *doble poder* precisamente?<sup>172</sup>

Sin embargo, a pesar de definir los grandes retos de su propuesta, Poulantzas se muestra incapaz de dar respuestas operativas a los problemas suscitados:

¿La solución a todo esto? Las indicaciones que he expuesto a lo largo de este texto, los numerosos trabajos, investigaciones y discusiones que están en marcha un poco por toda Europa, las experiencias parciales que se lleven a cabo actualmente (regionales, municipales, autogestionarias) no son una solución-receta, pues aún no existe una respuesta a estas cuestiones".<sup>173</sup>

Pateman, por su parte, critica la teoría liberal en la medida que el reconocimiento formal de los derechos no se corresponde con su disfrute real. Hablar de libertad requiere que nos situemos en el plano de la realidad, esto es, hay que extender los derechos de autodeterminación a todos los ámbitos donde se den relaciones de poder, no sólo en el Estado sino también en las empresas económicas y en las instituciones centrales de la sociedad<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Op. cit., págs. 323-326.

<sup>173</sup> Op. cit., p. 326.

<sup>174</sup> PATEMAN, op. cit., p. 103. En la misma línea se pronuncia BACHRACH, P. *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973.

## MODELO VIII: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

### *Principio(s) justificativo(s)*

El derecho igual para todos al autodesarrollo sólo puede alcanzarse en una "sociedad participativa", una sociedad que fomente un sentimiento de eficacia política, nutra la preocupación por los problemas colectivos y contribuya a la formación de una ciudadanía sabia, capaz de interesarse de forma continuada por el proceso de gobierno.

### *Características fundamentales*

Participación directa de los ciudadanos en la regulación de las instituciones clave de la sociedad, incluyendo el lugar de trabajo y la comunidad local.

Reorganización del sistema de partidos, haciendo a los cargos del partido directamente responsables ante sus afiliados.

Funcionamiento de los "partidos participativos" en la estructura parlamentaria o del congreso.

Mantenimiento de un sistema institucional abierto, que garantice la posibilidad de experimentar con formas políticas.

### *Condiciones generales*

Mejora directa de la escasa base de recursos de muchos grupos sociales, a través de la redistribución de recursos materiales.

Reducción (erradicación, si fuera posible), en la vida pública y privada, del poder burocrático no responsable ante los ciudadanos.

Un sistema abierto de información que garantice decisiones informadas.

Reconsideración de la atención y cuidado de los niños, para que las mujeres, al igual que los hombres, puedan aprovechar la oportunidad de participar.

## MODELO IX: AUTONOMIA DEMOCRATICA

Held observa que liberales y marxistas, en la actualidad lo que hemos venido denominando *Nueva Derecha* y *Nueva Izquierda*, mantienen una serie de preocupaciones en común: la creación de las mejores circunstancias para que todos los seres humanos desarrollen su naturaleza y expresen sus distintas cualidades; la protección frente al uso arbitrario de la autoridad política y del poder coercitivo; la participación de los ciudadanos en la determinación de las condiciones de su asociación; y la expansión de las oportunidades económicas para maximizar los recursos disponibles. Todas estas preocupaciones connotan la aspiración por preservar la "autonomía" del individuo, por la capacidad de los seres humanos de razonar conscientemente, de ser reflexivos y autodeterminantes. Esta aspiración común la reformula en lo que él llama el "principio de autonomía" para el cual propone una formulación del siguiente tenor:

"Los individuos deberían ser libres e iguales para determinar las condiciones de su propia vida; es decir, deberían disfrutar de los mismos derechos (y, por consiguiente, de las mismas obligaciones) en la especificación del marco que genera y limita las oportunidades disponibles para ellos, siempre y cuando no utilicen este marco para negar los derechos a otros".<sup>175</sup>

Para poder realizar este principio, Held estima preciso crear un sistema colectivo de toma de decisiones que permita una participación extensa de los ciudadanos en las cuestiones públicas. Sistema que, para ser democrático y siguiendo a Dahl, necesitaría ajustarse a estos requisitos: votos iguales, participación efectiva, comprensión bien informada, control final del *demos* sobre la agenda y un *demos* comprensivo. Pero, entonces, la pregunta es: ¿en qué condiciones podría ser posible que los ciudadanos estuvieran en posición de disfrutar del mismo *status* político y de las mismas oportunidades efectivas para participar? Si queremos hacer realidad el principio de autonomía, ¿Cómo debe institucionalizarse de forma que pueda garantizar una toma de decisiones colectivas?

Las respuestas de Rousseau o de Marx y de Engels no le parecen satisfactorias en la medida que dejan pendiente el problema, entre otros, de cómo limitar el alcance de la "democracia" con el fin de preservar la libertad de los

---

<sup>175</sup> HELD, D. *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1991, p. 326.

individuos y de las minorías. Tampoco encuentra adecuada las respuestas de los "demócratas participativos" en cuanto que habría que preguntarse todavía cómo garantizar adecuadamente las condiciones de la propia existencia de sus propuestas, además de que la evidencia de que la participación contribuye de hecho a fomentar una ciudadanía activa y sabia, no tiene *per se* por qué provocar un nuevo renacimiento del desarrollo humano. Para Held, una participación política reforzada debe tener lugar dentro de un marco legal que proteja la aplicación del principio de autonomía:

"No podemos escapar, por lo tanto, a la necesidad de reconocer la importancia de un número de principios liberales fundamentales: respecto al carácter central, en principio, de una estructura de poder público "impersonal", de una constitución que ayude a garantizar y proteger los derechos, de una diversidad de centros de poder dentro y fuera del estado, de mecanismos para promover la competencia y el debate entre plataformas políticas alternativas. Lo que esto significa, entre otras cosas, es la confirmación de la concepción liberal fundamental de que la "separación" del estado y la sociedad civil debe ser una característica central de cualquier orden político democrático".<sup>176</sup>

Sin embargo, tampoco encuentra satisfactorias las respuestas de los teóricos de la democracia liberal desde Bentham hasta Schumpeter en la medida que sus "modelos" se han centrado sobre los principios y procedimientos adecuados de un gobierno democrático, pero han dejado en un segundo plano cuestiones de gran importancia como las condiciones para la participación democrática, la forma de control democrático, el ámbito del sistema democrático de toma de decisiones:

"El problema, en resumen, es doble: la estructura de la sociedad civil (incluyendo la propiedad productiva privada, vastas desigualdades sexuales y raciales -malentendidas o aprobadas por los modelos de democracia liberales) no crea las condiciones para la igualdad del voto, la participación efectiva, una comprensión política adecuada y el control por igual de la agenda política; mientras que la estructura del estado democrático liberal (incluyendo grandes, y con frecuencia innumerables aparatos burocráticos, la dependencia institucional del proceso de acumulación de capital y representantes políticos preocupados por su propia reelección) no genera una fuerza organizativa que pueda regular adecuadamente los centros de poder civil".<sup>177</sup>

Estas cuestiones conducen a Held a mantener que para conseguir la aplicación efectiva del "principio de autonomía" son necesarias tanto la reforma del Estado como la reestructuración de la sociedad civil. Para ello hay que

---

<sup>176</sup> Op. cit., p. 337.

<sup>177</sup> Op. cit., p. 339.

"repensar" las formas y los límites del Estado y de la sociedad civil. En relación a los primeros, podría pensarse que estos ya están perfectamente establecidos y definidos en las constituciones y declaraciones de derechos de los países occidentales, pero según Held:

"... el principio de autonomía exige que estos límites del poder público se revaloren en relación con un conjunto de cuestiones mucho más amplio de lo que hasta ahora se ha previsto comúnmente. Si se pretende que las personas sean libres e iguales en la determinación de las condiciones de su propia vida, y que disfruten de los mismos derechos y obligaciones en la especificación de un marco que genera y limita las oportunidades a su disposición, deben estar en posición de disfrutar de un conjunto de derechos no sólo en principio, sino también en la práctica. Los derechos de los ciudadanos deben ser tanto formales como concretos. Esto implica la concreción de un conjunto mucho más amplio de derechos, con un "filo" mucho más profundo del que normalmente se permite".<sup>178</sup>

En relación a la forma de la sociedad civil, un examen, aunque somero, de la realidad actual muestra la existencia de organizaciones o corporaciones tanto económicas como sociales que distorsionan las relaciones sociales al contar con privilegios estructurales que utilizan de forma sistemática y que les permite controlar la agenda pública, todo lo cual es manifiestamente incompatible con un estado y una sociedad civil democráticos:

"Para que los individuos sean libres e iguales en la determinación de las condiciones de su propia existencia deben existir una multiplicidad de esferas sociales -por ejemplo, empresas de propiedad social, medios de comunicación independientes y centros de salud- que permitan a sus miembros el control de los recursos a su disposición, sin la interferencia directa del estado, de las organizaciones políticas o de terceros".<sup>179</sup>

Ahora bien, Held se muestra cauteloso con respecto al camino a seguir pues la experiencia histórica de los experimentos democráticos radicales ha dejado bastante que desear. En ese sentido, propone la adopción de "una visión experimental con respecto a estas estructuras organizativas".

En cualquier caso, la aplicación del principio de autonomía produce un modelo de estado y de sociedad civil que Held describe como sigue:

---

<sup>178</sup> Op. cit., p. 342.

<sup>179</sup> Op. cit., p. 344.

## MODELO IX: AUTONOMIA DEMOCRATICA

### *Principio(s) justificativo(s)*

Los individuos deberían ser libres e iguales para la determinación de las condiciones de su propia vida: es decir, deberían disfrutar de los mismos derechos (y, por consiguiente, de las mismas obligaciones) para especificar el marco que genera y limita las oportunidades a su disposición, siempre y cuando no empleen este marco para negar a los demás sus derechos.

### *Características fundamentales*

#### *Estado*

Principio de autonomía incorporado a la constitución y a la declaración de derechos.

Estructura parlamentaria o congreso (organizada en torno a dos cámaras basadas en RP y RE respectivamente).

Sistema judicial que incluya foros especializados para examinar la interpretación de los derechos (RE).

Sistema competitivo de partidos (reformado por la financiación pública y PD).

Servicios administrativos, centrales y locales, organizados internamente de acuerdo con el principio PD, con el requisito de coordinar las demandas del "usuario local".

#### *Sociedad civil*

Diversidad de tipos de familias y fuentes de información, instituciones culturales, grupos de consumidores, etc. (recogidos por el principio PD).

Servicios comunitarios, como el cuidado de niños, los centros de salud o la educación, organizados internamente de acuerdo con el principio PD, estableciendo las prioridades los usuarios.

Empresas autodirigidas (de propiedad nacional, si se trata de industrias vitales, y si no, de propiedad social o cooperativa).

Una variedad de empresas privadas para ayudar a promover la innovación o diversidad.

## *Condiciones generales*

**Disponibilidad de información para garantizar decisiones informadas respecto a todas las cuestiones públicas.**

**Prioridades de inversión establecidas en conjunto por el gobierno, pero extensa regulación por parte del mercado, de los bienes y el trabajo.**

**Reducción al mínimo de los innumerables centros de poder en la vida pública y privada.**

**Mantenimiento de un marco institucional receptivo a los experimentos con las formas organizativas.**

**Responsabilidad colectiva de las tareas mundanas y reducción al mínimo del trabajo rutinario.**

**NOTA:** Las características institucionales de la autonomía democrática están expuestas, debe señalarse, de forma muy provisional. Incluyen una variedad de formas democráticas de toma de decisión y de métodos de elección. Las abreviaturas claves se refieren a:

**PD** Participación directa de un conjunto determinado de ciudadanos (incluyendo reuniones abiertas, referéndums y delegados representativos) en la regulación de una organización.

**RP** Elección de los representantes de acuerdo con una forma de representación proporcional.

**RE** Representantes elegidos de acuerdo con la "representación estadística" (es decir, una muestra de aquellos que son estadísticamente representativos de las categorías sociales clave, incluyendo el género y la raza).

## **1.8.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS MODELOS DE DEMOCRACIA**

¿Es posible analizar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el modelo o modelos de democracia que hay o no implícito/s? De hecho, en el caso de existir, ¿es posible que ese modelo o modelos tengan incidencia en la resolución de los conflictos que compete resolver al Tribunal Constitucional?

Al respecto, habría que empezar diciendo que el "modelo de democracia" en España estaría establecido en la Constitución de 1978 a través de la interpretación conjunta del artículo 1 y del artículo 10.1. El primero la conformaría mediante la fórmula "Estado social y democrático de Derecho, el establecimiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político), la residencia de la soberanía en el pueblo y la forma parlamentaria (democracia representativa) de gobierno. El segundo, al establecer los fundamentos del orden político, esto es, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto de la ley y a los derechos de los demás. Indudablemente, el Tribunal Constitucional, como poder público, viene obligado por el marco establecido por la Constitución y el contenido de los artículos anteriores podrían servirnos para elaborar una "definición mínima" de la democracia española, pero habría que tener en cuenta que los valores son abiertos y su diferente consideración nos llevaría a desarrollar un modelo u otro de democracia coincidiendo en lo básico (el género al que se refiere Sartori) pero no en las ramificaciones que implican diferentes modelos o formas de entender la democracia (las especies de Sartori).

Es claro que los artículos mencionados, de entrada, nos pueden servir para descartar algunos de los modelos de democracia que describe Held (como serían, por ejemplo, la democracia ateniense o la democracia directa de Marx), pero posiblemente no para considerar que el modelo democrático en España es el elitista, el pluralista o el participativo, o cualquier otro de los reseñados anteriormente. Por ello estimamos necesario el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para averiguar en qué modelo nos movemos o qué se entiende, a la postre, por lo que en el preámbulo de la Constitución se denomina "democracia avanzada".

Por otro lado, no está de más señalar que, quizá, los resultados del estudio puedan dar luz o añadir "algo" a los modelos que se autodenominan



"empiristas" de la democracia. Pensamos que las resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional son o representan una buena base empírica para las definiciones empiristas de la democracia.

El problema que se presenta a la hora de empezar con el estudio es precisamente por dónde comenzar. Creo que una buena respuesta a este interrogante es decir que hay que empezar por lo más fácil. Para que no suene mal lo dicho nos explicaremos. Hemos visto que diferentes autores que han estudiado la democracia han establecido diferentes clasificaciones de modelos de democracia: desde los que entienden que existen dos grandes modelos hasta la cuidada y numerosa clasificación de David Held. Enfrentarnos directamente con la compleja tipología de Held nos llevaría a tener que multiplicar los "indicadores" a estudiar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ello estimamos que resulta más sencillo empezar por la distinción entre lo que Bobbio<sup>180</sup> denomina democracia formal y democracia sustancial. El mismo nos dice que "de los dos significados, el que se relaciona históricamente con la formación del Estado liberal es el primero. Si se considera el segundo, el problema de las relaciones entre el liberalismo y la democracia se vuelve mucho más complejo, y ya ha dado lugar, y hay razón para creer que continuará dando lugar, a debates interminables".

Como se observa, aún empezando por lo fácil, Bobbio nos advierte de la complejidad del problema, pero también nos pone sobre la pista a seguir: "En efecto, de esta manera el problema de la relación entre el liberalismo y la democracia se resuelve en el difícil problema de la relación entre la libertad y la igualdad, problema que presupone una respuesta unívoca a estas preguntas: ¿Qué libertad? ¿Qué igualdad?". Pues bien, nuestro primer objetivo va a ser intentar responder a estas preguntas siguiendo la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

---

<sup>180</sup> BOBBIO, N., *Liberalismo y democracia*, op. cit., pp. 40-41.

## 2.- LA IGUALDAD

### 2.1.- ¿QUE ES LA IGUALDAD?

El primer problema con el que nos enfrentamos es el mismo concepto de igualdad. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de igualdad? La Constitución española ha establecido como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico la igualdad. ¿A qué igualdad se referían nuestros constituyentes cuando redactaron el artículo 1.1 de la Carta Magna? Inmediatamente surgen los problemas. Tanto es así que nuestra doctrina está dividida en cuanto a la interpretación que hay que dar a la enumeración de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico<sup>181</sup>. En cuanto al "peso" del valor igualdad interesa señalar dos versiones:

-Para Peces Barba, entre otros, "existen buenas razones para creer que el sistema de valores que se propugna en la Constitución en realidad se centra en los de libertad e igualdad, sin que el pluralismo político suponga una extensión del significado de éstos, y sin que la falta de concreción distinta de esos dos valores "fuertes", del concepto de justicia, añada tampoco nada, que no sea retórica a la enumeración anterior"<sup>182</sup>, y esto por que "en el marco de la moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático de Derecho intenta plasmar por medio de los valores superiores", Peces Barba cree que "existen criterios para identificar suficientemente a los valores libertad e igualdad, pese a la dificultad de las definiciones científicas de los mismos"<sup>183</sup>.

-Por el contrario para Torres del Moral, entre otros, la libertad "es el auténtico valor superior. Los demás enunciados por el artículo 1.1, y otros que puedan añadirse son derivados de la libertad"<sup>184</sup> y es que "la igualdad es un

---

<sup>181</sup> Al respecto, un buen resumen lo encontramos en SORIANO, R. "¿Es iusnaturalista la Constitución española de 1978?" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 12, 1987, pp. 109-159.

<sup>182</sup> PECES BARBA, G. *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 118 y 119. Tal comprensión del valor justicia ya la había explicitado en nombre del Grupo Parlamentario Socialista en el debate constituyente (*Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 1894-1895).

<sup>183</sup> PECES BARBA, G., *op.cit.*, p. 118.

<sup>184</sup> TORRES DEL MORAL, A. *Principios de Derecho Constitucional Español*, ATOMO, Madrid, 1985, pp. 11-12.

concepto relacional, una simple ecuación entre dos cosas o magnitudes que se comparan y que pueden o no ser valiosas. Carece de sentido lógico preguntarse: igualdad, ¿para qué? Pues la igualdad no es un concepto intencional, finalista. En cambio, sí podemos preguntarnos en qué o de qué reclamamos igualdad. En efecto, la igualdad, no es nada en sí"<sup>185</sup>.

El problema, pues, es doble: por un lado, si, como dice Peces Barba, existen criterios para identificar suficientemente al valor igualdad y, por otro lado, aún en el caso de que existieran esos criterios -cosa que estudiaremos en este Capítulo- dar respuesta a una pregunta del siguiente tenor: ¿acaso, en el marco de una moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático de Derecho intenta plasmar, el contenido del valor igualdad del que podemos hablar no es aquél y únicamente aquél que se deriva necesariamente del valor libertad? Mucho nos tememos que la respuesta deba ser afirmativa<sup>186</sup>, aunque no es un tema en el que nos vamos a detener. Aún así, quizá sea interesante adelantar una breve reflexión.

La crítica fuerte frente a una igualdad formal en el campo de la libertad es del tipo: ¿para qué nos sirven los derechos políticos o las libertades individuales si las condiciones materiales nos impiden hacer un adecuado uso de las mismas?<sup>187</sup> La respuesta va implícita en la pregunta: necesitamos una "igualdad material", y no sólo "formal"<sup>188</sup>, para poder hacer un adecuado uso de estos derechos políticos y libertades individuales, esto es, para poder ser libres. La

---

<sup>185</sup> TORRES DEL MORAL, op. cit., p. 12. Ahora bien, para este mismo autor "una de las polémicas más inútiles y en las que se ha hecho mayor acopio de argumentos vacíos es la que opone sistemáticamente la igualdad y la libertad como principios, valores o fines políticos contradictorios entre sí" y, citando a Tocqueville, dice que el problema con el que nos enfrentamos es la constitución de una sociedad al mismo tiempo libre e igualitaria, una sociedad en la que cupieran y se coimplicaran libertad e igualdad sin detrimento de la una ni de la otra" (TORRES DEL MORAL, A. y GOMEZ SANCHEZ, Y. "Principios de igualdad y pensiones de viudedad" en *Revista de Derecho Político*, nº 35, 1992, pp. 33-57).

<sup>186</sup> En ese sentido apunta BASTIDA, F. J. cuando afirma que "la democracia busca la libertad de todos, por lo que convierte la libertad de participación en la máxima libertad del ciudadano. La igualdad constituye también objeto de la democracia, pero en cuanto cualidad inherente a su concepto de libertad." ("Elecciones y Estado democrático de Derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991, p. 123).

<sup>187</sup> Véase, por ejemplo, el último DAHL, R. *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 336.

<sup>188</sup> Sobre la distinción entre "igualdad formal" e "igualdad material" volveremos más adelante.

igualdad que reclamamos es la igualdad que implica y es reclamada por la libertad<sup>189</sup>, precisamente para poder ser libres<sup>190</sup>.

Ahora bien, necesitamos previamente establecer esos criterios que nos permitan identificar cuál sea la igualdad de la que hablamos. Al respecto contamos con innumerables estudios sobre lo que signifique la igualdad. Es clásico acudir a Platón<sup>191</sup> y a Aristóteles<sup>192</sup> para distinguir entre una igualdad numérica y una igualdad proporcional. Estaríamos ante la primera si todos los beneficios y cargas se distribuyen en partes iguales a todos: "ser tratados de una manera igual e idéntica en el número y cantidad de las cosas que se reciben"; ante la segunda cuando se distribuyen "partes iguales a los iguales" y "desiguales a los no iguales" en proporción a tales desigualdades. En este punto, debemos recordar que para Aristóteles "el fundamento del régimen democrático es la libertad" y que la libertad implica la igualdad numérica ("la justicia democrática consiste en tener todos lo mismo numéricamente y no según los merecimientos"). Es esto por lo que Aristóteles expresó serias dudas sobre la democracias y es aquí donde de nuevo surgen los problemas: ¿el modelo de democracia moderna implica la igualdad numérica o, acaso, implica la igualdad proporcional (en base al mérito o en base a otras características)? Quizá la respuesta a esta pregunta atendiendo únicamente a la tipología de igualdad platónico-aristotélica sea un tanto atrevida.

---

<sup>189</sup> SARTORI, G. *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988, p. 417: "se nos escapa con frecuencia -como sucede con casi todo lo que es obvio precisamente por ser obvio- que la libertad significa cuando existe efectivamente libertad *igual*, la *misma* libertad para todos y cada uno".

<sup>190</sup> Otra cosa podría resultar de entender que los valores superiores preeminentes son la libertad y la justicia, entendida la primera como el bien "individual" por excelencia y la segunda como el bien "social" por excelencia. Aún así se podría reconducir el segundo al primero. Véase BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 58-59; o la "Introducción" de PECES BARBA, G. a la misma obra, p. 46.

<sup>191</sup> PLATON en *Las Leyes* (utilizo la edición del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983) distingue dos clases de igualdad: "una de ellas, la igualdad determinada por la medida, el número y el peso" (757b); la otra "otorga, en efecto, más al que es mayor y menos a l que es menor, dando a cada uno lo adecuado a su naturaleza; y también en cuanto a distinciones, concediéndoselas siempre mayores a los más excelentes en punto a virtud y al contrario a los que son de manera distinta por lo que toca a virtud y educación, distribuye proporcionalmente lo conveniente para cada cual" (757c).

<sup>192</sup> ARISTOTELES se ha ocupado en diversos lugares de su obra de la cuestión. En la *Política* (utilizo la edición del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989) nos dice "parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales" (1280a) y "de qué cosas hay igualdad y de cuáles desigualdad es cuestión que no debe echarse en olvido, pues encierra alguna dificultad e implica una filosofía política" (1282 b).

Otra tipología ya clásica en la época moderna es la que distingue entre "igualdad formal" e "igualdad material". La primera es la que se conoce normalmente como igualdad ante la ley, producto de la revolución liberal-burguesa y que queda plasmada:

-en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Todos los ciudadanos, siendo iguales (ante la ley), pueden optar de igual forma a todas las dignidades y cargos públicos según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos";

-en el artículo 2 de la Declaración de 1793: "La igualdad consiste en que todos tengan los mismo derechos"; y

-en el artículo 3 de la Constitución de 1795: "La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. La igualdad no admite distinción alguna por razón de nacimiento ni herencia alguna de poderes".

Este principio de igualdad, típicamente liberal, implica que la ley es una norma de carácter general y que se aplica igualmente a todos<sup>193</sup>. Ahora bien, es de destacar que esta igualdad es proporcional en base al mérito (en el sentido aristotélico): se puede optar de igual forma a todas las dignidades y cargos públicos según la capacidad, sin otra distinción que la de la virtud y la del talento. Podría parecer, en una primera instancia y como cree un sector de nuestra doctrina<sup>194</sup>, que la "igualdad formal" se correspondería con el artículo 14 de nuestra Constitución: "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".

---

<sup>193</sup> RUBIO LLORENTE, incidiendo en otros aspectos, la define caracterizada por su generalidad, su duración indefinida y su abstracción. Véase "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción" en AA.VV. *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

<sup>194</sup> Entre otros muchos, ALVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1992, vol. I, p. 263 o AROZAMENA SIERRA, J. "Principio de igualdad y derechos fundamentales" en AA.VV. *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 419 y ss..

La segunda igualdad, la "igualdad material", también llamada igualdad real o efectiva haría referencia a la igualdad de las condiciones materiales, esto es, de bienes y recursos y se correspondería con la igualdad numérica aristoteliana. Para algún sector de nuestra doctrina<sup>195</sup>, ésta es la igualdad que se proclama en el artículo 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Sobre estas bases y volviendo al inicio, ¿es posible responder a la pregunta que nos formulábamos? ¿La igualdad de la que habla el artículo 1.1 de nuestra Constitución es la "igualdad formal" o la "igualdad material"? Nos tememos que sobre estas bases sea imposible, todavía, dar respuesta a tal pregunta. La distinción entre "igualdad formal" e "igualdad material", a nuestro entender, es insuficiente, cuando no errónea.

Tal es así que un sector doctrinal (Pérez Luño<sup>196</sup>, Peces Barba<sup>197</sup>, entre otros) se ven obligados a distinguir diversas dimensiones dentro de la igualdad formal o igualdad ante la Ley: generalidad, equiparación, diferenciación e identidad de procedimiento. La generalidad supondría que "todos los ciudadanos son destinatarios de las mismas normas y todos están sometidos a las mismas instituciones y tribunales". La equiparación supone "un trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas, que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa". La identidad de procedimiento o igualdad procesal supone "la existencia de un mismo procedimiento para todos, de unas reglas previas e imparciales para resolver los conflictos, para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos, con independencia de los contenidos, de las personas o de los intereses que estén

---

<sup>195</sup> Véase, de nuevo, ALVAREZ CONDE, E., op. cit., p. 263 o AROZAMENA SIERRA, J., op. cit. pp. 419 y ss..

<sup>196</sup> PEREZ LUÑO "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales" en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, enero, 1982, tomo I, pp. 257 y ss.

<sup>197</sup> PECES BARBA, op. cit., p. 153.

en juego en cada caso". ¿Y la diferenciación? Se trata de una "diferenciación en el trato basado en la existencia de condiciones relevantes respecto a los efectos de las normas".

Para estos autores es la diferenciación la que conecta la igualdad ante la ley con la igualdad material "puesto que en el establecimiento de los datos relevantes se pueden en ocasiones tener en cuenta criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de las necesidades o necesidades importantes de muchas personas"<sup>198</sup>. Por tanto, añadiríamos nosotros, la contraposición entre igualdad formal y material carece de sentido a nuestros efectos. La igualdad de la que aquí podemos hablar podría ser, en una primera caracterización, la "igualdad formal" o ante la ley, y dentro de ella en la medida en que sea relevante habrá que tomar en consideración la situación en cuanto a las condiciones materiales de los individuos. En ese sentido, nuestro Texto constitucional obliga a los poderes públicos y, en general, a los operadores jurídicos a tomar en consideración como relevantes todas las condiciones que dificulten la libertad (y "la igualdad" añade el texto constitucional como en el artículo 1.1) del individuo, y entre ellas -claro está- las condiciones materiales son de gran importancia, aunque no tengan porqué ser las únicas.

Si esto es así, ahora todo el problema se traslada al concepto de "relevancia". ¿Cuándo entendemos que algo (por ejemplo, las condiciones materiales) es relevante a los efectos de permitir la diferenciación de trato por las leyes? Para los autores citados, la relevancia supone que el elemento o rasgo que se considera esté conectado de manera positiva o negativa con el fin de la norma y, por consiguiente se tome en consideración para la consecuencia que deriva del presupuesto de hecho al que se le imputa determinada consecuencia y dicen "es, por tanto, un concepto que no se utiliza de manera descriptiva, sino valorativa y se sitúa en el ámbito de las opciones que tiene que decidir el legislador o el juez"<sup>199</sup>. Estamos, por tanto, donde empezamos: para saber qué concepto de igualdad maneja, ya como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, ya como principio no hay más remedio que acudir al legislador y al juez o, como

---

<sup>198</sup> PECES BARBA, op. cit., pp. 155-156.

<sup>199</sup> PECES BARBA, op. cit., p. 156. Véase también ALONSO GARCIA, E. "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española" en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-101, vol I, pp. 21 y ss. al que cita.

vamos a hacer nosotros, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de nuestra Constitución.

Pero antes de ello, conviene que hagamos referencia a una nueva tipología de la igualdad que presenta unas características posiblemente más adecuadas a nuestras necesidades, esto es, al estudio de nuestro modelo de democracia. Giovanni Sartori en su ya clásica obra *Teoría de la democracia*<sup>200</sup> venía considerando cinco tipos de igualdad:

1.-Igualdad jurídico-política. A cada uno los mismos derechos jurídicos y políticos, o sea, el poder legalizado de oponer resistencia al poder político.

2.-Igualdad social. A cada uno la misma importancia social, es decir, el poder oponerse a la discriminación social.

3.-Igualdad de oportunidades entendida como *acceso igual*, es decir, igual reconocimiento a igual mérito. A cada uno las mismas oportunidades para ascender, es decir, el poder hacer que se tomen en consideración los propios méritos.

4.-Igualdad de oportunidades entendida como *comienzo igual*, es decir, como condiciones materiales iniciales iguales para el acceso igual a las oportunidades. A cada uno el mismo poder inicial necesario (condiciones materiales) para adquirir el rango y la capacidad que cualquier otro.

5.-Igualdad económica, esto es, o la misma riqueza para todos y cada uno o propiedad estatal de toda la riqueza. Ningún poder (económico) para nadie.

En la última adaptación de esta obra, *Democrazia. Cosa è*<sup>201</sup>, Sartori manteniendo en lo sustancial sus tesis anteriores, sustituye la anterior tipología por una nueva a siete voces:

1.-Igualdad jurídico-política.

2.-Igualdad social.

---

<sup>200</sup> SARTORI, G., op. cit., vol. 2., p. 421.

<sup>201</sup> SARTORI, G., op. cit., p. 183.



- 3.-Igualdad de acceso.
- 4.-Igualdad de partida.
- 5.-Igualdad económica relativa (al positivo).
- 6.-Igualdad económica radical (al negativo).
- 7.-Igualitarismo total (todos idénticos en todo).

La diferencia estriba en que si bien la reivindicación de una *igualdad de partida* llama a la reivindicación de una *relativa igualdad económica*, ambas no son exactamente iguales dado que los instrumentos de la igualdad de partida no son necesaria e únicamente instrumentos económicos. (¿Está abogando Sartori, también, por una interpretación amplia del artículo 9.2 de la Constitución española y no únicamente en clave materialista?) Por otro lado, cabe distinguir una *igualdad económica "al positivo"* -una relativa igualdad-proximidad en el haber y de los bienes- de una diversa *igualdad económica "al negativo"* -nada a nadie-. Por último, añade una categoría residual, el *igualitarismo total*, que sería el intento de convertir en uniforme la diversidad humana, no sólo los bienes, sino también los seres. Por lo demás, es conocido su criterio según el cual las igualdades 1, 2 y 3 (de la nueva tabla) conllevan necesariamente libertad, mientras la 6 y la 7 niegan la libertad, siendo la 4 y la 5 polivalentes, en parte liberan, en parte no y esto dependerá de cómo se apliquen los "criterios de igualdad".

Parece que, por fin, podemos adelantar algo en el camino de definir los criterios que identifican la igualdad "en el marco de la moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático de Derecho intenta plasmar". En este marco, igualdad ha de entenderse, en el sentido apuntado por Sartori, como igualdad jurídico-política, igualdad social, igualdad de acceso, y también como igualdad de partida e igualdad económica relativa (al positivo), dependiendo estas dos últimas de cómo se apliquen los "criterios de igualdad". Ello debido a la necesidad en un sistema democrático de hacer compatibles libertad e igualdad o, dicho en clave jurídica y atendiendo a nuestra Constitución, a que los valores superiores del ordenamiento jurídico son, entre otros, la libertad y la igualdad y los dcs lo son, por lo que no sería admisible un entendimiento de la igualdad que destruyera la libertad. O, también, si entendieramos que el auténtico valor superior es la libertad, porque la libertad exige un determinado tipo de igualdad que no se puede escindir de la primera si es que ésta se ha de "realizar en la realidad", valga la redundancia. Por tanto, sólo es concebible en un régimen democrático la igualdad compatible con la libertad. Es más, diríamos que la

libertad exige para ser efectiva (y esto es lo que pretende el artículo 9.2 de nuestro Texto constitucional) todos los tipos de igualdad compatibles con la libertad.

Ahora bien, Sartori dice que la igualdad de partida y la igualdad económica relativa (al positivo) son compatibles con la libertad dependiendo de cómo se apliquen los "criterios de igualdad". ¿A qué se refiere Sartori con este término, "criterios de igualdad"? Serían los siguientes<sup>202</sup>:

I. Lo mismo para todos, es decir, reparto igual (de beneficios o de cargas) entre todos.

II. Lo mismo para los semejantes, es decir, reparto igual (de beneficios o de cargas) entre los iguales y, en consecuencia, reparto desigual entre los desiguales y aquí hay que destacar cuatro sub-criterios:

a) Igualdad proporcional, esto es, reparto realizado uniformemente en proporción al grado de desigualdad existente.

b) Reparto desigual entre las diferencias relevantes.

c) A cada uno según su mérito (o capacidad).

d) A cada uno según su necesidad (básica o de otro tipo).

El criterio I es eminentemente el principio de los sistemas legales que establecen leyes iguales y la igualdad ante la ley, se traduce en el principio de la "generalidad" de las leyes, esto es, que las leyes son iguales y el trato que recibimos de las mismas es el mismo si, y sólo si, las leyes son generales, mientras que las leyes sectoriales, las que benefician a sectores o bloques determinados de la población no son iguales a tenor de este criterio.

El criterio II es la igualdad proporcional aristotélica. En palabras de Sartori "ya no decimos "a todos lo mismo", sino "a cada cual lo mismo". Con lo cual la cuestión es: ¿qué igualdad es la relevante? y esto se convierte en un problema mayor: "¿porqué esas diferencias y no otras (del mismo tipo) tienen que

---

<sup>202</sup> En *Teoría de la democracia* sería p. 425; en *Democrazia Cosa è* sería la p. 185. Las dos son obras citadas.

considerarse relevantes?". En la medida que los criterios de igualdad son mutuamente contradictorios y excluyentes entre sí, Sartori piensa que la única solución es la que él llama "un sistema eficaz de compensaciones recíprocas entre las desigualdades"<sup>203</sup>, o sea, un sistema de fuerzas contrapuestas en el que cada desigualdad tienda a compensar otra desigualdad<sup>204</sup>. En este sistema es claro que caben diversos equilibrios, unos "mejores" que "otros". ¿Cuál sería el mejor? Para Sartori es el que obtenga una eficacia mayor del equilibrio pretendido y/o una adhesión mayor a los valores de justicia predominantes en una sociedad concreta en un momento determinado:

"En la historia, lo que cada época considera como un progreso hacia una mayor igualdad, refleja o una realización más plena del mismo sentido de la justicia o la entrada en vigor de nuevas normas orientadas por un sentido distinto de la justicia. En el primer caso, ni siquiera se plantea la cuestión ¿igual respeto a qué características?, puesto que la sociedad se atiene a los valores igualitarios en los que se ha creído durante largo tiempo. En el segundo, la sociedad desea ser igual respecto a nuevas características. En este supuesto, el cambio hacia nuevas "igualdades justas" proporciona la sensación, si no la realidad, de haber alcanzado una igualdad mayor. No hace falta decir que ambas progresiones pueden darse de modo simultáneo. En este caso el proceso se complica, pero el significado de los "equilibrios mejores" permanece inalterado. En cada caso siempre tratamos de eliminar *algunas* desigualdades: las disparidades que agravan, no las múltiples desigualdades que pasan desapercibidas, o que son aceptadas como normales o se consideran irremediables. Por lo tanto, la compensación de las desigualdades no implica en absoluto una posición estática. Como acabo de apuntar, un sistema de cancelación recíproca de las desigualdades se organiza siempre históricamente en respuesta a los cambiantes centros de gravedad, es decir, en respuesta a los valores y prioridades cambiantes en relación con lo que se considera justo".<sup>205</sup>

Parece que hayamos retrocedido varias líneas más atrás, pero estimamos que no es así. De lo dicho hasta ahora, nuestra hipótesis de partida sería que la igualdad a la que se refiere el artículo 1.1 de la Constitución son los "tipos de igualdad" compatibles con la libertad, valor superior de nuestro ordenamiento, y el problema lo hemos situado en el artículo 14, esto es, los criterios de igualdad o,

---

<sup>203</sup> En *Teoría de la democracia*, op. cit., pp. 435 y ss; En *Democrazia Cosa è*, op. cit., p. 190.

<sup>204</sup> LUHMAN, N. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993, p. 32: "Si es posible hablar de una «lógica del Estado del Bienestar», ésta sólo puede ser comprendida mediante el principio de compensación. Se trata de la compensación de aquellas desventajas que recaen sobre cada cual como consecuencia de un determinado sistema de vida. La experiencia nos enseña, sin embargo, que el concepto de la compensación tiende a universalizarse, ya que según como se formulen los problemas, todas las diferencias pueden ser compensadas y aun así, siempre quedan diferencias o aparecen nuevas carencias que, a su vez, exigen ser compensadas. Cuando todo debe ser compensado, habrá de serlo también el mismo compensar. El concepto y el proceso de la compensación devienen reflexivos. Pero de este modo la competencia para compensar alcanza también sus límites materiales y conceptuales y cae en el problema de la competencia para compensar la incompetencia".

<sup>205</sup> SARTORI, G., *Teoría...*, op. cit., p. 437.

mejor, en cómo han de aplicarse estos criterios de igualdad. Y hemos visto que en los casos problemáticos, el problema se reduce a determinar qué es lo relevante y que esto depende de los valores de justicia predominantes en una sociedad histórica determinada y los que dicen cuáles sean esos valores de justicia en un momento determinado son primariamente el Parlamento y los jueces y, en última instancia, en una sociedad democrática, el pueblo que con sus decisiones a través de elecciones periódicas ha de conformar aquéllos de acuerdo con sus propios valores predominantes. Hemos visto también que la propia Constitución establece lo que podríamos denominar "criterios de relevancia", uno de los cuales -quizá el más importante por su carácter general- sería el establecido en el artículo 9.2 cuyo recto entendimiento no habría que limitar a las condiciones materiales, sino que admitiría otras lecturas.

Sobre estas bases, es ya posible abordar el estudio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional con dos objetivos fundamentales: el primero, confirmar, en el caso que así fuera, las anteriores conclusiones; y, el segundo, estudiar los "criterios de relevancia" utilizados por el Tribunal Constitucional que nos han de dar la pauta de los valores predominantes en nuestra sociedad y que, a su vez, en última instancia nos han de permitir averiguar el posible "modelo de democracia" que maneja el Tribunal Constitucional.

## 2.2.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### a) Planteamiento de los problemas.<sup>206</sup>

En una sentencia tan temprana como la Sentencia 8/1981, de 30 de marzo, el Tribunal Constitucional tiene ocasión de pronunciarse sobre la igualdad en los siguientes términos:

"..., la simple desigualdad en los fallos de diversos casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no da derecho tampoco sin más a entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, pues tales diferencias entre los fallos pueden tener su justa razón de ser o bien en la no identidad de los hechos probados o bien en un margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función y en la que este Tribunal no podría entrar"

y continua diciendo

"en la aplicación jurisdiccional de la Ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución.

Como vemos, en esta Sentencia, el Tribunal Constitucional introduce un nuevo concepto -"igualdad en la aplicación de la ley" distinto a la "igualdad ante la ley"- para decirnos que en la aplicación de la ley no caben aplicaciones desiguales por motivaciones arbitrarias o, lo que sería lo mismo, ante situaciones iguales la aplicación de la ley ha de ser igual a no ser que existan motivaciones que justifiquen una aplicación desigual<sup>207</sup>. Parece, pues, que en estas primeras

---

<sup>206</sup> Sobre el principio de igualdad en la Constitución española y en la jurisprudencia constitucional es conveniente consultar, entre otras, SUAY RINCON, J. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1985, donde además realiza un excelente estudio sobre la igualdad en el derecho comparado y de los antecedentes históricos españoles; o RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M. F. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986; más específico JIMENEZ CAMPO, J. "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983, pp. 80 y ss.

<sup>207</sup> En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 23/1981, de 10 de julio según la cual "dicho principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca. Puede decirse, pues, que el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. Sólo podría aducirse la quiebra del principio de igualdad cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce

sentencias el Tribunal se mueve en lo que considerábamos siguiendo a Sartori "criterios de igualdad" que, recordémoslos, eran dos: I. Lo mismo para todos, es decir, reparto igual entre todos; y II. Lo mismo para los semejantes, es decir, reparto igual entre los iguales y, en consecuencia, reparto desigual entre los desiguales.

Ahora bien, hay que indicar que estamos en presencia del inicio de la distinción entre "igualdad en la aplicación de la ley" e "igualdad en la ley". La primera se refiere a la eficacia de la norma, lo que impone que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficientemente razonable. La segunda, la igualdad en la ley, a la "obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma, o de no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables de los supuestos de hecho legítimamente diferenciados"<sup>208</sup>. Este último sentido es ya clarificado por la Sentencia 34/1981, de 10 de noviembre, según la cual

"el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art 9.2). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable.

La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art 9.1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria."

---

un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos."

<sup>208</sup> STC 83/1984, de 24 de julio.

Todo lo anterior puede ser leído sin ninguna alteración en los términos establecidos en el primer apartado de este Capítulo, esto es, para la efectividad de los valores superiores, entre ellos la igualdad (los tipos de igualdad compatibles con la libertad), la Constitución ha establecido en el artículo 14 los "criterios de igualdad" que son tanto la universalidad de la Ley como la diferenciación de situaciones distintas que exigen un tratamiento distinto. A estos y sólo a estos efectos se requiere la razonabilidad (relevancia) de la diferenciación. Un criterio de relevancia es el establecido por el artículo 9.2: "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas".

Es más, el Tribunal Constitucional entiende que un Estado social y democrático de Derecho para la efectividad de sus valores requiere tratamientos diferenciados, rechazando, por tanto, el planteamiento aristotélico que unía democracia e igualdad numérica. Sin embargo, como se aprecia en la cita el Tribunal suprime en su sentencia la libertad, lo que a nuestro entender sería objetable en la medida que es el término esencial del precepto al condicionar el entendimiento de la igualdad en el sentido apuntado.

Por otro lado, se establecen unos límites en la valoración de las diferenciaciones que puede efectuar el legislador:

-el primero son los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2).

-el segundo es la propia Constitución que se explica por sí mismo, en cuanto norma suprema.

-el tercero, la esencia del propio principio de igualdad.

Ahora bien, la sentencia continua diciendo:

"Las consideraciones anteriores reflejan, por otra parte, los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas Sentencias, como las de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975, al señalar que se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando, que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida."

El Tribunal recoge ya un criterio para valorar la relevancia en orden a establecer diferenciaciones en el tratamiento o, mejor, dos criterios: primero, la necesidad de una justificación razonable y objetiva; y, segundo, que ésta debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. La doctrina ha ido sistematizando, al hilo de la doctrina constitucional, las condiciones de una diferencia de trato justificada constitucionalmente. García Morillo<sup>209</sup> lo resume diciendo: "La cláusula de la igualdad ante la Ley no impide, pues, otorgar un trato desigual a diferentes colectivos o ciudadanos siempre que se den las siguientes condiciones: en primer lugar, que esos ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad; en tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; en cuarto lugar, que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga -sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; en quinto lugar, en fin, que es racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que las justifican. Si concurren estas circunstancias, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima".

Hasta aquí todo bien, pero es más, en la sentencia comentada podemos encontrar el "meollo" de la cuestión o, dicho de otra forma, el gran problema de la aplicación del principio de igualdad que enunciábamos en el apartado primero de este Capítulo y, como consecuencia del mismo la intuición de un segundo problema -al cual, en este caso, todavía no habíamos hecho referencia- a través fundamentalmente<sup>210</sup> del Voto particular que formula Luis Díez-Picazo que lo plantea en los siguientes términos:

---

<sup>209</sup> "La cláusula general de igualdad" en *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 151. Se puede consultar también el magnífico trabajo de ALONSO GARCIA, E. "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, nºs 100-102, 1983, pp. 21-92.

<sup>210</sup> El problema también lo plantea el voto particular de Rubio Llorente pero entiendo que de forma no tan explícita a nuestros efectos.



"el principio de igualdad, al imponer la desaparición de los privilegios (*privatae leges*), impone como una obvia consecuencia la necesidad de las leyes generales y el principio de universalidad de la ley: si ésta debe ser la misma para todos, debe necesariamente comprender a todos en sus previsiones. Ello suscita el problema del establecimiento de la igualdad entre los supuestos de hecho abstractamente contruidos. Para decidir esta cuestión tenemos que pensar que los supuestos de hecho son iguales cuando son iguales todos y cada uno de los elementos descriptivos del tipo que en ellos se comprende. Sin embargo, lo anterior no es suficiente, pues no le sería difícil al legislador establecer entre varios supuestos diferencias simplemente añadiendo a cada uno de ellos alguna característica especial. En este sentido es correcto, a mi juicio, decir que los supuestos de hecho continúan siendo iguales si los elementos de diferenciación que el legislador introduce carecen de una razón que los justifique desde un punto de vista teleológico. Así, parece lícito distinguir los arrendamientos rústicos de los urbanos, la prescripción de bienes muebles de los inmuebles y la compraventa civil de la mercantil."

Hasta aquí el planteamiento de la cuestión que era necesario citar, pero la plasmación del problema del que hablábamos se produce en las conclusiones al mismo. Dice el profesor Díez-Picazo:

"si los supuestos de hecho son razonablemente desiguales, no hay ninguna tacha constitucional que oponer a la desigualdad de las consecuencias jurídicas y que, contra lo que la Sentencia dice, el carácter razonable hay que buscarlo en la diferenciación de supuestos de hecho y no en la distinción de consecuencias jurídicas. Si lo que se quiere examinar en cada caso es el carácter razonable y justificado de cualquier consecuencia jurídica que el legislador conecte con cualquier supuesto de hecho que pueda entrar en comparación con otro -cosa obviamente siempre posible- el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que a mi juicio no es en puridad competencia del Tribunal. La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas. Por ello, no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho a cada una de las normas en cuestión a un principio general de derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución ni como tarea general del Tribunal."

Creemos que merecía la pena la larga cita. Ya lo hemos visto, el problema es que determinar la "relevancia" de una diferenciación supone una valoración, una opción valorativa<sup>211</sup>. Ya en el apartado anterior habíamos establecido que necesariamente respecto a la igualdad de partida y a la igualdad económica relativa (al positivo) era necesario ponderar los criterios de igualdad aplicables ("lo mismo para todos" y "lo mismo para los semejantes") y, claro está, ello conllevaba la aplicación del concepto de relevancia que es un concepto que

---

<sup>211</sup> BOBBIO, N., op. cit., p. 74: "la relevancia o irrelevancia se establece por la elección del valor y, por tanto, está históricamente condicionada".

implica valoración y se sitúa en el ámbito de las opciones que tiene que decidir el legislador o los jueces y que la máxima concreción que podíamos hacer del mismo era que la ponderación de la relevancia debía hacerse de acuerdo con los valores predominantes en una sociedad histórica dada, que en nuestro caso viene definida por el marco de la moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático de Derecho intenta plasmar. El profesor Díez-Picazo detecta el problema y así lo refleja en su voto particular. Ahora bien, esta valoración (él dice "la referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes"), según Díez-Picazo, "permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional". Al respecto cabe decir inmediatamente dos cosas:

-En cuanto a que "permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo", pensamos que la necesidad de valorar no puede confundirse con el iusnaturalismo. Se podrá tomar decisiones de valor desde posiciones iusnaturalistas, pero también se pueden tomar decisiones de valor desde posiciones no iusnaturalistas. Por un lado, y como dice el profesor Peces Barba<sup>212</sup>, la constitucionalización de los valores superiores y, entre ellos la igualdad, permite superar el iusnaturalismo por el mismo hecho de la positivización de tales valores. Por otro lado, no estamos hablando de una valoración en virtud de unos principios o de unos valores dados en la naturaleza, sino que estamos hablando de una valoración en función de los "valores predominantes en una sociedad histórica dada" y éstos no son otros que los que esa sociedad decide que sean y que expresa a través de unos procedimientos democráticos estableciendo, en última instancia el órgano que ha de "decir", que no "decidir", cuáles sean esos valores predominantes.

-En cuanto a "que debe ser evitado por una jurisdicción constitucional", lo que también expresa diciendo "control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que a mi juicio no es en puridad competencia del Tribunal", expresa claramente el segundo problema que mencionábamos, consecuencia de la necesidad de "valorar", y que se traduce en términos jurídicos en el problema de los límites de la actuación de la jurisdicción constitucional. Hasta el momento nos habíamos limitado a decir que esa valoración la debía realizar el legislador o los jueces (también el Tribunal Constitucional). Obviamente, en este caso, nos

---

<sup>212</sup> *Los valores superiores*, op. cit., p. 53.

encontramos con dos valoraciones, una primera del legislador y otra segunda del Tribunal Constitucional. ¿Cuál ha de prevalecer?

Permitáseme seguir la argumentación que en *Los valores superiores* lleva a cabo Peces Barba apoyándose en Cärl Schmitt<sup>213</sup> y en Kelsen<sup>214</sup>. Para el primero, "la existencia de un legislador extraordinario *ratione materiae*, es decir, en otras palabras, de una Constitución material, supone el fin del Estado legislativo parlamentario, basado en su neutralidad axiológica. No es compatible el Estado legislativo parlamentario con los valores superiores, puesto que se abren las puertas a lo que él llama el Estado jurisdiccional"<sup>215</sup>. Para el segundo, el Derecho es un ordenamiento dinámico -en que las normas pertenecen al mismo, en tanto han sido producidas en la manera determinada por las normas de identificación de normas-producción o de organización- y no un ordenamiento estático como la moral o el Derecho natural -en el que las normas se identifican por su contenido-. Peces Barba se pregunta: "¿La incorporación de los valores superiores en el artículo 1º.1 supone el fin del Estado legislativo parlamentario, como sostiene Cärl Schmitt? ¿Supone la conversión del sistema en un sistema moral o de Derecho natural, como sostiene Kelsen?"<sup>216</sup> Peces Barba entiende, por un lado, que los valores superiores como contenidos materiales de la Constitución son compatibles con el formalismo kelseniano, que un sistema dinámico no es suficiente, sin un sistema estático, para comprender el ordenamiento jurídico. Es más, el sistema estático, los contenidos materiales, exige el sistema dinámico:

"Si los operadores jurídicos -el legislador y el juez- construyen, a partir de los valores superiores, los contenidos materiales del ordenamiento es porque una norma de producción de normas -de identificación- les da la competencia para ello. Kelsen es imprescindible para entender la Constitución de manera cerrada".<sup>217</sup>

Hasta aquí el razonamiento nos permite entender que la valoración de la "relevancia" por el legislador y por los jueces, no sólo no es que no sea "una fácil

---

<sup>213</sup> Véase SCHMITT, C. *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 59 y ss.

<sup>214</sup> Véase KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1979, p. 203

<sup>215</sup> PECES BARBA, op. cit., p. 68-69.

<sup>216</sup> Op. cit., p. 69.

<sup>217</sup> Op. cit., p. 71.

inclinación hacia el iusnaturalismo", sino que viene exigida por la propia naturaleza de la Constitución y del Derecho. Ahora bien, aún debemos responder a la pregunta que nos hacíamos: ¿qué valoración de la "relevancia" ha de prevalecer la del legislador o la del Tribunal Constitucional? Es interesante recoger al respecto la respuesta que da el profesor Peces Barba a Cärl Schmitt:

"La experiencia histórica ha puesto de relieve que la existencia de contenidos materiales en las Constituciones no ha supuesto el final del parlamentarismo. Schmitt parte del error de pensar que el desarrollo de esos valores es tarea exclusiva de los jueces; de ahí que anuncie, probablemente con satisfacción, la crisis del parlamentarismo. Sin embargo, los valores superiores, los contenidos materiales de las Constituciones se desarrollan, en primer lugar, por medio de la ley y sólo subsidiariamente por medio de los Tribunales, aunque también por ellos. El Estado no es o legislativo o jurisdiccional, sino que, a través de la teoría del ordenamiento, se entiende la integración de esas dos formas principales de producción normativa, con predominio, en un sistema democrático, del primero por ser la sede de la representación de la soberanía."<sup>218</sup>

Ahora bien, parece que tanto Cärl Schmitt como, en este caso y es lo que nos interesa, el profesor Peces Barba están pensando en los jueces ordinarios y no en el Tribunal Constitucional. Pero, al hilo de su razonamiento la respuesta a la pregunta planteada ya se nos presenta meridianamente clara. El Tribunal Constitucional es el órgano competente para resolver la prevalencia de su valoración de la "relevancia", en los casos en que hemos visto que ésta se ha de dar, frente a la valoración del legislador en la medida en que las normas-producción de normas de nuestro ordenamiento jurídico así lo hayan establecido, si bien no hay que olvidar que la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional es una legitimidad derivada (aunque legitimidad al fin y al cabo) por lo que la "preeminencia democrática" del Parlamento podría conducir a una norma de interpretación del ordenamiento en casos como el que analizamos según la cual el Tribunal Constitucional habría de partir de la presunción de que la valoración de la "relevancia" de la diferenciación hecha por el Parlamento es conforme a la Constitución y, por tanto, trasladar la carga de la prueba a la parte contraria a esta presunción<sup>219</sup>. Sobre este punto tendremos que volver, pero

---

<sup>218</sup> Op. cit., p. 70.

<sup>219</sup> A esta idea, en el fondo, responde también la doctrina del *self-restraint*. En cualquier caso, las dudas que suscita tal técnica son manifiestas en las palabra de RUBIO LLORENTE para el cual "es evidente que su misma existencia es un *testimonium pauperatis* como pretensión de organizar un *government by laws, not by men*" (en "Prólogo" a ALONSO GARCIA, E. *La interpretación...*, op. cit., p. XXIV).

pensamos que ha quedado claro que es necesaria la valoración de la relevancia, que la han de realizar tanto el legislador como los jueces (también el Tribunal Constitucional) y que en caso de conflicto entre la valoración del legislador y del Tribunal Constitucional prevalece la de éste último, pero la "preeminencia democrática" del primero exige la adecuación a ella de las reglas de interpretación del ordenamiento jurídico por el propio Tribunal Constitucional.

Pues bien, estimamos que una respuesta convincente a este problema la ofrece Robert Alexy<sup>220</sup>. Este autor al enfrentarse con el significado del artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn ("Todas las personas son iguales ante la ley") entiende que hay que interpretarlo no sólo en el sentido de *igualdad en la aplicación del derecho*, sino también en el de *igualdad en la formulación del derecho*. Ahora bien, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. La clave sigue estando en la fórmula clásica: "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual". Esta fórmula, obviamente, no puede ser interpretada en clave formal, esto es, como un postulado de una práctica de decisión universalista, pues el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que es siempre posible. Por tanto, resulta necesario interpretarla como exigencia a su contenido, como un mandato no tanto de igualdad formal como de igualdad material. Pero aquí empiezan de nuevo los problemas, pues nunca dos personas o dos situaciones son iguales o desiguales en todos los aspectos. Necesariamente, tenemos que valorar, teniendo en cuenta que si ha de ser posible un orden jurídico diferenciado, la igualdad (desigualdad) valorativa tiene que ser relativizada. Se trata de una igualdad valorativa relativa a igualdades (desigualdades) fácticas parciales, relativa a determinados tratamientos y relativa con respecto a un criterio de valoración que permita decir qué es valorativamente igual o desigual: "La igualdad material conduce, pues, necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de qué es una legislación correcta, razonable o justa". De ahí, que los dos grandes problemas de la máxima de la igualdad sean: "primero, si y en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima de igualdad y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para

---

<sup>220</sup> Véase *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 381-418.

formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional". La respuesta a ambos problemas necesariamente ha de estar vinculada.

Alexy parte de la idea de que puede distinguirse entre una versión fuerte y una versión débil de la máxima de la igualdad. La primera es rechazable pues de lo que se trataría es de la solución ideal, de la más justa o funcional y cómo no existe un conocimiento seguro de la norma respectivamente más justa y funcional, el legislador tendría que plegarse siempre al criterio de lo justo del que hiciera gala el Tribunal Constitucional. La solución radica pues en la *versión débil* de la máxima de igualdad, esto es, en establecer "los límites a la libertad de configuración del legislador definidos por el concepto de arbitrariedad y, por lo tanto, no de la igualdad valorativa en un sentido ideal, sino limitado". Esta versión es la que explica la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán del artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn (comparable al caso español) en el sentido de que "la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria". Esto es, el artículo 3.1 establece un mandato de tratamiento igual en el sentido de la fórmula:

-Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.

Como se observa, no se prohíbe el tratamiento desigual, sino que para permitirlo viene exigida una razón suficiente que lo justifique. De ahí la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales.

Ahora bien, la máxima "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" puede exigir también el tratamiento desigual. Pero en este caso, la fórmula no puede ser del tenor "si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual", pues con ello la máxima de igualdad "perdería toda orientación a la igualdad" y se vería reducida a una exigencia en todo caso de fundamentación. Alexy entiende que si queremos mantener el sentido material de la máxima de igualdad, la fórmula de tratamiento desigual tiene que tener la siguiente forma:

-Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está

ordenado un tratamiento desigual.

La diferencia con la fórmula anterior es clara. Mientras que en la primera sólo se "permite" el tratamiento desigual si hay una razón suficiente para su admisibilidad y en caso de que no exista es obligado tratar igual, en la segunda se "ordena" el tratamiento desigual porque hay una razón suficiente que "lo exige".

Es claro, que la interpretación en este sentido del mandato constitucional de la igualdad mantiene la distribución competencial entre legislador y Tribunal Constitucional en unos términos admisibles: "hay casos en los cuales la máxima general de igualdad no ordena ni un tratamiento igual ni uno desigual sino que permite tanto un tratamiento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador un campo de acción"<sup>221</sup>. Lo que se ha hecho es establecer unos límites a la competencia del legislador. Otra cosa, como es obvio es que en el control del legislador por el Tribunal Constitucional del respeto de esos límites tengan preferencias las valoraciones del Tribunal Constitucional.

#### **b) Los criterios de relevancia.**

En cuanto a los criterios de "relevancia" creo que es sintomática y aclaratoria la Sentencia 19/1982, de 5 de mayo. Establece lo siguiente:

"... la determinación de qué deba entenderse, en el contexto del presente caso, por desigualdad que entrañe discriminación, viene dada esencialmente por la propia Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista entre los cuales descuella el principio del Estado social y democrático de derecho del artículo 1.1, que informa una serie de disposiciones como el mandato del artículo 9.2, que prescribe a los poderes públicos "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas" y "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud", y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo "reconocimiento, respeto y protección" informarán "la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", según dice el artículo 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes".

Por tanto, parece confirmarse que el contenido de la igualdad como valor establecido en el artículo 1.1 de la Constitución no es otro que los tipos de igualdad compatibles y exigidos por la libertad en un Estado social y democrático

---

<sup>221</sup> ALEXY, R., op. cit., p. 400.

de Derecho; los criterios de aplicación de la igualdad son los establecidos en el artículo 14 de la Constitución (por lo demás, con una deficiente redacción fruto de otros tiempos que el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a matizar a lo largo de sus sentencias); y, por último, que el artículo 9.2 no se refiere tan sólo a la igualdad material (término que, posiblemente, debemos descartar), sino que establece un criterio de relevancia para aplicar, al menos, en los tipos de igualdad cuya compatibilidad con la libertad depende de los criterios de aplicación de la igualdad (entre los dos criterios generales la relevancia determina la posibilidad de la diferenciación de situaciones y de consecuencias ligadas a las mismas), pero es que, además, el artículo 9.2 va más allá de las 'condiciones materiales' (habla en general de condiciones) y son otros artículos de la Constitución, los que al especificar criterios de relevancia inciden en las 'condiciones materiales', como es el caso, y así nos lo indica el Tribunal Constitucional, de determinados preceptos del Capítulo III del Título I.

Con lo anterior no quiere decirse que todos los criterios de relevancia se encuentren especificados en la Constitución (pueden existir otros no especificados, pero que se deducen de ella, para lo cual es necesario la integración hermeneútica de la misma por el Tribunal), sino simplemente que, y una vez más lo hemos de decir, no estamos ante una zona del derecho abandonada a una suerte de opiniones, de Derecho natural o de reino de la moral, sino que estamos ante normas positivizadas que hay que integrar. Posiblemente ese campo que dejábamos a la valoración de los operadores jurídicos "en el marco de la moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático de Derecho intenta plasmar por medio de los valores superiores" sea mucho más reducido de lo que pensábamos en un principio.

Así, y por ejemplo, el Tribunal Constitucional entiende que entre tales criterios de relevancia

"se encuentra el del artículo 50, que ordena a los poderes públicos garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, "la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad", y que debe considerarse criterio de interpretación preferente en el presente caso. El principio de igualdad ha de interpretarse, por tanto, en el sentido más favorable a la realización de este objetivo, lo que significa un especial rigor a la hora de considerar justificada una desigualdad en este terreno."

Parece, pues, que las cosas vayan encajando en su sitio y que la complejidad de ese fenómeno de la "igualdad" no sea tan compleja. Quizá, el origen del problema se genera en una distinción posiblemente equívoca por su indefinición,



aquella que distingue entre , por un lado, igualdad formal, igualdad jurídica o ante la ley y, por otro lado, igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Como muy bien dice Sartori "cuando decimos que determinados tipos de igualdad son formales, queremos decir (cuando sabemos lo que estamos diciendo) que son, en primer lugar, *tratamientos iguales*, y que lo que hace igual a un tratamiento es precisamente la forma en la que se expresa. De ahí que no esté justificado descartar la igualdad jurídico-política afirmando que *no es real*. Esta es también una formulación equivocada. Si es cierto que la igualdad jurídica y la política sirven de apoyo (como condiciones necesarias) a las otras igualdades, son tan *reales* como lo que se deriva de ellas"<sup>222</sup>. Por tanto, igualdad real y efectiva, sería tanto la igualdad formal como la igualdad material y, en este sentido, nos gustaría recordar una vez más los términos exactos de artículo 9.2 que, esta vez sí, son acertados: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que *la libertad y la igualdad* del individuo y de los grupos en que se integran sean *reales y efectivas*;..".

### c) Sobre la naturaleza jurídica de la igualdad.

El Tribunal Constitucional entra en el vidrioso tema de definir la naturaleza jurídica de la igualdad: "el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que "los españoles son iguales ante la ley" establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual,...". La igualdad es un valor superior de nuestro ordenamiento, son unos criterios de aplicación de ese valor superior o, incluso, podríamos hablar de unos criterios de aplicación del Derecho o principio general del Derecho, pero también es un derecho subjetivo.

Ahora bien, la cuestión es controvertida<sup>223</sup> y el propio Tribunal

---

<sup>222</sup> SARTORI, G. *Teoría de la Democracia*, Alianza, Madrid, 1988, p. 433.

<sup>223</sup> Sobre la cuestión existe una interesante discusión doctrinal. PUY, F., entre otros, se pronuncia firmemente en favor de su consideración como derecho subjetivo. Lo formula en los siguientes términos: "El derecho a la igualdad es el derecho fundamental que tiene todo ser humano, frente a todos los poderes públicos, estatales o sociales, y para toda la gestión pública, pero en esencial la normativa, 1º) a ser calificado indiscriminadamente por la ley, 2º) a ser tratado imparcialmente por los administradores, y 3º) a recibir de todos los operadores sociales, dentro del grupo de referencia, un número de oportunidades de ejercicio de todos los derechos y libertades, equivalente al que reciban los más afortunados consocios." ("El derecho a la igualdad en la Constitución española" en AA.VV. *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 135-155). Frente a esta postura, otros autores mantienen que se trata más bien de una

Constitucional se enfrenta con el problema de su configuración. En la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto se ve obligado a decir "no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas"<sup>224</sup>. Esta problemática viene reiterada en diversas sentencias (SSTC 60/1984, 8/1986, entre otras) y también en votos particulares de otras tantas sentencias (SSTC 7/1983, 75/1983, entre otras) para terminar diciendo, en voto particular, que la igualdad presenta un carácter trifronte: principio general del Derecho, derecho subjetivo y principio limitador de la acción de los poderes públicos. Pero siempre se habla de la igualdad como derecho subjetivo.

¿De dónde proviene el problema?<sup>225</sup> Nos da la impresión que todos los caminos conducen a Roma: de la confusa distinción entre igualdad formal e igualdad material (otro muro de Berlín que habría que derribar). Se tiende a ligar inconscientemente la igualdad formal con la igualdad preconizada por el primer liberalismo, esto es, con la igualdad ante la ley entendida en el sentido de igualdad de derechos/libertades individuales civiles y, más tarde, también políticos, sin distinciones sociales. Estamos hablando, por tanto, de los tres primeros tipos de igualdad, igualdad jurídico-política, igualdad social e igualdad de acceso, pero, sobre todo, de la primera. En cualquier caso, las tres suponen

---

cláusula general a la que le falta un ámbito normativo propio y es imposible de definir *a priori* (Se puede consultar al respecto: ZAGREBELSKY *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 460 y ss.). Al margen de los aspectos teóricos e ideológicos de la polémica, parece claro que en la Constitución española la igualdad aparece configurada como derecho subjetivo, quizá por la "necesidad político jurídica de establecer un sistema de control de la regularidad jurídica de la propia ley" (XOL RIOS, J. A. en AAVV *El principio ...*, op. cit., p. 250).

<sup>224</sup> TORRES DEL MORAL y SANCHEZ GOMEZ mantienen a ese respecto que si bien puede no ser autónomo, "no significa que carezca de contenido propio. Ese contenido es la prohibición de toda discriminación". ("Principio de igualdad y pensiones de viudedad", en *Revista de Derecho Político*, nº 35, 1992, p. 38.

<sup>225</sup> En el plano teórico, BAÑO LEON apunta que "JELLINEK en su clásica obra *System der subjektiven öffentlichts Rechte*, apunta que 'la igualdad en todas su formas nunca puede llegar a tener como contenido una pretensión individual. Es derecho objetivo y su eficacia en la esfera jurídica individual es un mero efecto reflejo.'" Para Baño, "esta concepción de la igualdad se apoya en la concepción de la Ley como norma soberana. Cuando se pone en cuestión la incondicionalidad de la ley, y el respeto de la Constitución aparece como requisito de validez de la ley, es difícil el mantenimiento de dicha posición dogmática. Si la Constitución reconoce el respeto del legislador a la igualdad, no es posible limitar la igualdad a la reconocida por el legislador. Esta es precisamente la base de la que partirá LEIBHOLZ para asegurar que, en la Constitución de Weimar, la igualdad es un derecho similar a los derechos de libertad de naturaleza negativa que "prohíbe el trato arbitrario de los individuos como regulador permanente de la vida pública"(en *Revista de Administración Pública*, nº 114, 1987, pp. 180-181).

igualdad de derechos subjetivos. Esto es, "lo mismo para todos". La mimesis haría el resto y las características de los contenidos se aplican al continente, a la igualdad. Y, en principio, todo va bien porque en la práctica no hay contradicción: da lo mismo que se te proteja porque te ampara el derecho subjetivo a la intimidad que se te proteja porque te ampara el derecho subjetivo a la igualdad de protección de la intimidad. Pero surge el problema cuando de los tres primeros tipos de igualdad pasamos a considerar la igualdad de partida o la igualdad económica relativa (al positivo). Aquí ya no tiene porqué aplicarse "lo mismo a todos", aquí ya se puede aplicar el criterio "lo mismo a los semejantes" y, por tanto, las diferenciaciones en virtud de los criterios de igualdad según "relevancia". Aquí, ya no es lo mismo hablar de derechos subjetivos que protegen a todos que del derecho subjetivo a la igualdad. Aquí, el Tribunal Constitucional afirma la igualdad como derecho subjetivo, pero introduce una consideración, cuanto menos, confusa: "no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas".

#### d) La igualdad de los grupos.

Interesa citar con cierta extensión la Sentencia 14/1983, de 28 de febrero. En esta Sentencia se dice:

"La vulneración del principio de igualdad ante la Ley, recogido en el artículo 14 de la Constitución, la apoya la entidad recurrente, en que el artículo 154 de la Ley de Procedimiento Laboral, crea una desigualdad procesal discriminatoria por circunstancias personales o económico-sociales, al exigir la consignación para recurrir sólo al empresario y no al trabajador, al que claramente privilegia. Pero esta posición es ciertamente rechazable, atendiendo a la expresa doctrina adoptada en la citada Sentencia de 25 de enero pasado, que precisó, partiendo de que el referido artículo 14 no establece un principio de igualdad absoluta, que al poderse y deberse tener en consideración razones objetivas que justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, resulta indudable que debía admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuyera al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad, lo que indudablemente acontece con la desigualdad originaria, que mantienen el empresario y el trabajador, debida a la distinta y generalmente profunda condición económica de ambos, y a la posición de primacía y respectiva dependencia o subordinación del uno respecto al otro en la relación de trabajo que les une, que precisamente trata de equilibrar el derecho laboral con su ordenamiento jurídico, compensador e igualatorio, a través de las normas sustantivas y también de las procesales, que impiden o reducen esa desigualdad material, y que actualmente tienen el fundamental apoyo del artículo 9.2 de la Constitución, que exige a todos respetar y promover la igualdad del individuo y de los grupos como reales y efectivas, superando la igualdad meramente formal, y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley fundamental, por lo que

indudablemente se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del derecho laboral, exigiendo e imponiendo un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador"<sup>226</sup>.

Se aprecia claramente que nos encontramos ante el tipo "igualdad de partida" y que, por tanto cabe acudir a los criterios de igualdad y es posible aplicar el criterio "lo mismo para los semejantes" en cuanto nos encontramos con unas situaciones diferenciadas por una "relevancia" que es la establecida por el artículo 9.2. Cabe añadir ahora la crítica a la expresión "restablecimiento de la igualdad real". ¿A qué *igualdad real* se refiere? Indudablemente se está pensando en la igualdad de condiciones económicas, como luego deja claro, pero ¿restablecimiento o establecimiento?

En cualquier caso se introduce un elemento de singular importancia en nuestro discurso en orden a los modelos de democracia. Las sentencias están confirmando la relevancia de determinadas situaciones no individuales, sino de grupo, esto es, la situación de los trabajadores frente a los empresarios, lo que conecta con la consideración de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los *grupos* en que se integran los individuos sean reales y efectivas del artículo 9.2. El Tribunal Constitucional ha considerado en las sentencias citadas que los trabajadores como grupo están en una condición económica y material que hay que tener en cuenta, es relevante, para que su libertad y, por tanto, su igualdad respecto al otro grupo de la comparación sean reales y efectivas. Conviene subrayar la redacción que hemos dado a la frase, pues no es la misma que la del Tribunal Constitucional: no se trata de obtener una igualdad material (como algunos piensan) en cuanto bienes económicos, sino de obtener una *libertad e igualdad reales y efectivas* y esto se consigue tanto mediante la mal llamada a veces igualdad formal (que es real y efectiva) como mediante la mal llamada igualdad material (que depende lo que se entienda por ella puede ser real y efectiva). En cualquier caso, aquí nos interesa retener que en estas sentencias el Tribunal encuentre un elemento "relevante" para aplicar el criterio diferenciador de la igualdad respecto de un tipo de igualdad, la "igualdad de partida", que para poder considerar acorde con la libertad y, por tanto, con la Constitución exige la anterior relevancia.

---

<sup>226</sup> Ya antes en la Sentencia 3/1983, de 25 de enero había afirmado que con el artículo 9.2 "se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio igualdad acorde con la definición del artículo 1 (...) que exige un mínimo de desigualdades formal en beneficio del trabajador".

Es interesante comparar esta "relevancia trabajadores *versus* empresarios" con otra "posible" relevancia, la de "mujeres *versus* varones" y el tratamiento que recibe ésta por parte del Tribunal. Al respecto, conviene traer a colación, la Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, en la cual, el Tribunal se pronuncia en primer lugar sobre la justificación del diferente tratamiento legal del que son objeto hombres y mujeres en el caso planteado:

"cuando exista agravio por violación del derecho a la igualdad jurídica, compete a quienes sostengan la legitimidad constitucional de la diferenciación ofrecer el mencionado fundamento con objeto de que este Tribunal pueda enjuiciarlo. Y si esa carga de la demostración de carácter justificado de la diferenciación, es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación como ocurre con el sexo, además de con la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones".

En este sentido, el Tribunal rechaza la diferenciación con base en la protección de la mujer en cuanto que "por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al artículo 14". Sin entrar en el caso concreto, lo cual exigiría plantearse el juicio de relevancia en concreto y no en abstracto (no para todas las decisiones jurídicas tiene que ser relevante el sexo de los afectados), vemos de nuevo las complicaciones innecesarias a las que nos conduce una mala distinción en el origen. El artículo 14 es un artículo cuya redacción es inadecuada para un Estado social y democrático de Derecho, responde a un estadio ya superado de la configuración del poder en una sociedad dada. Tal redacción se corresponde con una sociedad que todavía luchaba por que los tres primeros tipos de igualdad (igualdad jurídico-política, igualdad social e igualdad de acceso) fueran disfrutados por todos los ciudadanos de un Estado dado y no sólo por una parte de la población<sup>227</sup>. En ese sentido, tradicionalmente los sectores discriminados en estas tres igualdades eran lo que venían definidos por alguna o algunas de las características reseñadas en el artículo 14, esto es, nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, pero podían ser otras las características definitorias. De alguna manera los términos del artículo 14 respondían a una especie de *slogan* en

---

<sup>227</sup> Al respecto se puede consultar BOBBIO, N., op. cit., pp. 72 y ss. o SARDINA PARAMO, J. A. "Algunas reflexiones sobre la igualdad ante la ley como razonamiento aporético" en AA.VV. *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 185-186.

favor de la universalidad del contenido de esos tres tipos de libertad. La necesidad de dar cumplimiento al contenido de tales tipos de libertad lleva a que el constituyente cuando se refiere a cada uno de los derechos jurídicos-políticos (no sé si habría que decir derechos civiles y políticos) emplee expresiones del tipo "toda persona" (art. 17, por ejemplo, para la libertad y seguridad), "los españoles" (art. 19, por ejemplo, para el derecho a elegir libremente residencia y a circular por el territorio nacional), "los ciudadanos" (art. 23, por ejemplo, para el derecho de participar en los asuntos públicos), "todos" (art. 27, por ejemplo, para el derecho a la educación). Da la impresión que el constituyente haya reiterado innecesariamente en el artículo 14 una fórmula, "los españoles son iguales ante la ley", que ya recoge normalmente al regular cada derecho en concreto. Pero puede no ser desacertado decir que no se trata de una reiteración, sino de una mala formulación.

La finalidad del artículo 14 y de las expresiones citadas tiene que ser diferente, y esto lo demuestra el hecho de que no es lo mismo decir "todos", decir "españoles", decir "ciudadanos" o limitar, por ejemplo, el derecho de huelga sólo a los "trabajadores" (art 28). Como vemos, ni siquiera lo que hemos considerado "derechos jurídico-políticos", en general, responden al criterio de aplicación de la igualdad "lo mismo para todos". La propia Constitución establece diferenciaciones que considera relevantes y ella misma aplica el criterio "lo mismo para los semejantes". No todos los españoles somos iguales en todo, ni siquiera en derechos. Por tanto, la finalidad del artículo 14 no puede ser la misma que las expresiones mencionadas. La finalidad es otra y da la impresión que lo que tenían los constituyentes en mente era establecer los criterios de aplicación de la igualdad y no los tipos o contenidos de la igualdad, pero la fuerza de la tradición a la que nos referíamos más arriba pudo llevar a utilizar una fórmula ("lo mismo para todos") que, todo lo más, se aplicaría a ciertos tipos de igualdad y no a otros que exigen considerar en función de la relevancia del elemento diferenciador dos fórmulas, "lo mismo para todos" y "lo mismo para los semejantes".

Como se ve claramente, el Tribunal intuye el problema, se ve obligado a recurrir a un extraño malabarismo: según él, el artículo 14 veta la diferenciación por razón de sexo, pero como intuye que esto en todos los casos puede ser una barbaridad, al mismo tiempo admite que pueda existir tal diferenciación por razón de sexo, y como entonces no le salen las cuentas del veto literal del artículo 14 a tal diferenciación, realiza un salto mortal mientras sostiene todos los

elementos del entramado y dice que lo que exige el artículo 14 es rigurosidad en la demostración del carácter justificado de la diferenciación.

Ahora bien, tiene razón el Tribunal Constitucional cuando afirma que la protección de la mujer "por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es contrario al artículo 14". Pero es contrario al artículo 14 no en su formulación literal, sino en el sentido que lo venimos entendiendo aquí o, en palabras del Tribunal en el sentido de la fórmula: "el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso" para lo cual es necesario la "existencia de una justificación objetiva y razonable" que "debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida" (STC 34/1981)<sup>228</sup>. Por tanto resta por ver si la diferenciación en el tratamiento de la mujer respecto al varón es razonable en tal sentido, juicio de extrema importancia no sólo en sí mismo, sino también por las consecuencias que anuda el Tribunal a la falta de tal justificación con el objetivo de restablecer la igualdad:

"debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores".

Razonable si la diferenciación no era razonable, pero contraproducente si la diferenciación hubiera sido razonable, pues las medidas que en su momento se dieron, aunque fuera en un régimen no democrático, para "promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas", desaparecerían en beneficio del grupo

---

<sup>228</sup>BOBBIO en *Destra e Sinistra* mantiene que "la categoría de los «diverso» no tiene ninguna autonomía analítica respecto al tema de la justicia por la simple razón de que no sólo las mujeres son diferentes a los hombres, sino que cada mujer y cada hombre son diferentes, los unos de los otros. La diferencia se convierte en relevante cuando está en la base de una discriminación injusta. Pero que la discriminación sea injusta no depende del hecho de la diferencia sino del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual" (Donzelli, Roma, 1994, p. 64).

privilegiado por las condiciones "sociales", digámoslo en general<sup>229</sup>. Y este es el panorama de las sentencias del Tribunal hasta la Sentencia 128/1987, de 16 de julio, panorama que fue ampliamente criticado desde algunos sectores sociales.

Citar un último ejemplo de este panorama áspero socialmente, no tanto por las decisiones de fondo del Tribunal, en las que no pretendemos entrar, sino por la falta de claridad de la doctrina o, mejor, teoría sobre la igualdad mantenida. La Sentencia 103/1983, entre otras cosas, dice

"la hipotética presunción *iuris et de iure* de necesidad de la mujer, que se quiera fundar en datos sociológicos y en la realidad histórica tampoco ofrece por sí sólo un fundamento suficiente y es además justamente lo contrario de la igualdad preconizada por el artículo 14".

De acuerdo en que la presunción de necesidad de la mujer no ofrece por sí sólo un fundamento suficiente. La "relevancia" exige una justificación no sólo objetiva, sino también razonable y ésta estriba en una ponderación de la proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Ahora bien, otra cosa es que esta presunción sea lo contrario de la igualdad preconizada por el artículo 14, no en sus términos literales, sino en lo que debía haber dicho y el Tribunal mismo dice que dice el principio de igualdad del artículo 14. La confusión inicial, conlleva esta suerte de deslices en la doctrina del Tribunal Constitucional que se traducen en contradicciones. ¿Acaso, lo que se dice en esta Sentencia no es totalmente contradictorio con lo que se decía en las Sentencias 3/1983 y 14/1983 que son del mismo año? Recordémoslo: justificaba el Tribunal una desigualdad de trato formal en favor de los trabajadores para restablecer la igualdad económica real existente entre los trabajadores y los empresarios. ¿Acaso no es una presunción, también, decir que todos los trabajadores están en una situación económica peor que todos los empresarios? ¿No es posible concebir trabajadores en mejor situación económica que sus patronos (a lo que habría que añadir, "yo conozco algunos")? ¿Acaso y, según el Tribunal, el tratamiento desigual en estos casos no estaría en contradicción con el artículo 14, según la cita examinada de la Sentencia 103/1983?

---

<sup>229</sup> Las medidas de tipo proteccionistas a la mujer posiblemente dependieran de los valores vigentes de la sociedad de aquel momento. Son esos valores los que han modificado y sería, de esta manera, posible entender que al modificarse los valores devienen inconstitucionales tales medidas, por ser contrarias a la Constitución en su sentido de Constitución-viva, lo cual no tiene nada que ver con la conservación de "conquistas sociales", pues es la misma sociedad con sus nuevos valores quienes las rechazan.



Pero he aquí que llega la Sentencia 31/1984 que modifica el panorama de la "guerra de los sexos" y con ello la doctrina del Tribunal Constitucional en este tema<sup>230</sup>. Creo que conviene realizar una larga cita, entre otras cosas, porque también el Tribunal, consciente de su cambio doctrinal, realiza una larga fundamentación. Empieza la Sentencia diciendo:

"...no debe ciertamente olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 C.E., y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina: situación que, en el aspecto que aquí nos interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo. No es necesario, ante el cúmulo de datos y pruebas que suministra la historia de nuestra sociedad, hacer referencia en extenso a tales dificultades, pero su persistencia se traduce, aun hoy, e innegablemente, en una menor incorporación de la mujer al trabajo. La realidad social (que no puede, a este respecto, ignorarse si no se quiere dejar vacíos de contenido los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer) es hoy claramente muy distante de una situación de igualdad, como lo muestra el que, según los datos disponibles (Encuesta de Población Activa, Primer Trimestre de 1987) la tasa de actividad de la población femenina mayor de dieciséis años sea de un 29,1 por 100 considerablemente inferior a la de la población masculina (68,4 por cien, mucho más del doble)".<sup>231</sup>

Como se observa, el cambio es radical. El Tribunal Constitucional pasa de no aceptar la presunción de la necesidad de la mujer fundada en datos sociológicos y en la realidad histórica, a considerar que la realidad social no puede ignorarse en orden a la consecución de la igualdad (y de la libertad, añadiríamos nosotros) real y efectiva de la mujer como grupo frente a la situación del varón.

Convendría añadir que cuando se dice que la exclusión de la discriminación por razón de sexo de artículo 14, en función de los mismos antecedentes parlamentarios, halla su razón concreta en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina creo que se nos está dando la razón

---

<sup>230</sup> Al respecto se puede consultar FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. "La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante", *Revista de Derecho Político*, nº 26, 1988, pp. 115-130. También, BALAGUER CALLEJON, M. L. "Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista de Derecho Político*, nº 33, 1991, pp. 99-123, donde además pone de manifiesto el carácter restrictivo de la interpretación del derecho fundamental a la igualdad: "Esto es especialmente visible en aquellos aspectos procesales del procedimiento como, por ejemplo, en la prescripción de la acción tendente a la reclamación del derecho".

<sup>231</sup> Habría que anotar que es uno de los primeros y escasos casos donde el Tribunal recurre a lo que se denomina *jurisprudencia empírica*.

cuando mantenemos que el artículo 14 adolece de una mala redacción y que lo que se pretendía por los constituyentes era decir una cosa muy distinta de la que finalmente se dijo. Literalmente, "la igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de sexo" podrá servir para resolver una situación de inferioridad jurídica, esto es, la falta de reconocimiento jurídico a la mujer de determinados derechos en condición de igualdad con el varón, pero sólo la situación de inferioridad jurídica. Si existía en el constituyente la voluntad de corregir la situación de inferioridad en la vida social de la población femenina, entonces el constituyente estaba pensando en la "igualdad de partida" y en la "igualdad económica relativa (al positivo)" y, por tanto, en la necesidad de establecer no únicamente el criterio de aplicación de la igualdad "lo mismo para todos", sino también el criterio de "lo mismo para los semejantes", de tal forma que se posibilitara constitucionalmente la diferenciación de situaciones en función de ciertos criterios de "relevancia", como es el caso de la situación de inferioridad en la vida social de la mujer frente al varón, cuando existiera una justificación objetiva y razonable. Por tanto erró en la redacción literal del precepto que no se corresponde con esta intención<sup>232</sup>, lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a corregir mediante su doctrina la interpretación de tal precepto y en el sentido de la voluntad del constituyente<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> El debate constituyente no resulta claro al respecto. Si bien la señora Revilla López al explicar su voto afirma que con este artículo "la mujer adquiere, por fin, la plenitud de derechos", sigue más adelante diciendo "ahora buscamos el futuro y en el futuro queremos simplemente poder ser, para ser lo que podamos" y "para ello necesitamos, además de la igualdad ante la ley, de una sociedad rica en posibilidades de vida y en formas de existencia, una sociedad flexible en sus sistema de trabajo y educación, donde no sean incompatibles la maternidad y el trabajo, la vida familiar y la cultura". Por otro lado, el señor Fraga Iribarne entendía que la redacción podía "dar lugar a dudas de si, por ejemplo, una regulación de que haga falta tener un mínimo o un máximo de edad para un concurso, etc, se puede considerar discriminación" y añadía "someto a la consideración, al buen sentido de la Comisión, si entiende que hablar de discriminación no incluye esto, y retiramos la enmienda". Tales palabras parece que introducen, más que resuelven, grandes dudas sobre la interpretación que daban al artículo los miembros de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. (en *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 987-988). Igualmente, en la discusión sobre el sentido del artículo 9.2, los grupos de Progresistas y Socialistas Independientes y de UCD parecen aceptar su vinculación con el actual artículo 14, aunque la enmienda para su unión en un único artículo terminaría retirándose (op. cit., pp. 3136-3138).

<sup>233</sup> TORRES DEL MORAL y SANCHEZ GOMEZ, al analizar las SSTC 166/1988 y 19/1989 llegan a la conclusión de que "abren la posibilidad de fundamentar las diferenciaciones por razón de sexo, incluso el trato favorable a la mujer, en el artículo 14 de la Constitución en vez de hacerlo exclusiva o preferentemente sobre el artículo 9.2. El matiz no es superfluo en absoluto porque aquel precepto está máximamente tutelado mediante el recurso de amparo, lo que no ocurre en éste". ("Principio de igualdad y pensiones de viudedad", en *Revista de Derecho Político*, nº 35, 1992, p. 45).

Cabe destacar, también, como el Tribunal se reafirma en su doctrina, pese a que la está modificando, al continuar diciendo:

"La situación de discriminación en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas de orden laboral, que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora. Pero en este campo ha de llevarse a cabo, forzosamente una distinción. Un conjunto, posiblemente el más amplio, de medidas se han adoptado desde una perspectiva que refleja los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral. Partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas posiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina. Este Tribunal ha tenido ocasión ya de pronunciarse sobre la ilegitimidad constitucional de tales diferencias (así SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, y 7/1983, de 14 de febrero como iniciadoras de una línea jurisprudencial continuada) cuando no aparecen fundadas más que en el sexo de los afectados. La protección de la mujer por sí sola, ha afirmado el Tribunal (STC 81/1982, fundamento jurídico 1º) no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer, en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al artículo 14 de la C.E."

El cambio doctrinal lo fundamenta inmediatamente después:

"No obstante, no puede deducirse sin más de estas apreciaciones que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría que venga definido (entre otros factores concurrentes) por el sexo resultará vulneradora del artículo constitucional citado... La actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.

Desde esta perspectiva, las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora (que aparece reconocida en las normas internacionales al respecto; así el artículo 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece "que la adopción por los Estados partes de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer, no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas (estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato) sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto: pero, si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrá constitucionalmente justificada".

Es interesante hacer al respecto al menos dos comentarios:

-En primer lugar, constatar que la Sentencia, citando el artículo 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, esto es, derecho positivo, asume que el establecimiento de tratamientos diferenciados en favor de la mujer "de ningún modo entrañara, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas (estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato) sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto". Esto, ¿acaso no es la positivización de lo que Sartori llama las *compensaciones recíprocas entre las desigualdades* para ponderar la aplicación de los distintos criterios de igualdad (Recordemos que venimos hablando en general de dos criterios, "lo mismo para todos" y "lo mismo para los semejantes", pero que éste último, a su vez, se subdivide en otros cuatro: a) Igualdad proporcional, esto es, reparto realizado uniformemente en proporción al grado de desigualdad existente; b) Reparto desigual entre las diferencias relevantes; c) A cada uno según su mérito (o capacidad); y d) A cada uno según su necesidad (básica o de otro tipo)). Citemos a Sartori: "El problema de la igualdad es siempre establecer un sistema eficaz de compensaciones recíprocas entre las desigualdades, o sea, un sistema de fuerzas contrapuestas en el que cada desigualdad tienda a compensar otra desigualdad. Globalmente, por lo tanto, la igualdad resulta del juego de acciones y reacciones de un sistema de libertades-igualdades diseñado para compensar y neutralizar las distintas disparidades entre sí". Aunque esta fórmula Sartori la concibe como descriptiva, él mismo dice que es complementaria con la fórmula normativa de la "reciprocidad compensatoria" de Rawls y semejante a la argumentación de Walzer en *Spheres of Justice*<sup>234</sup>. En cualquier caso, la asunción normativa de tal fórmula por parte del Tribunal Constitucional español parece que es patente.

-En segundo lugar, constatar que la Sentencia establece claramente que la justificación de la "relevancia" debe hacerse de acuerdo con "criterios o juicios de valor generalmente aceptados". Y, ¿acaso esto no coincide con los "mejores equilibrios" de los que habla Sartori? Recordemos que con esta fórmula Sartori se refería "en esencia, a una eficacia mayor del equilibrio pretendido y/o una adhesión mayor a los valores de justicia predominantes en una sociedad concreta

---

<sup>234</sup> Véase WALZER, M. *Spheres of Justice. A defense of pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983.

en un momento determinado".

Por lo demás, esta doctrina se viene reiterando posteriormente (SSTC 166/1988; 19/1989, entre otras)<sup>235</sup>.

#### e) La igualdad procesal.

Decíamos, en el apartado primero de este Capítulo, que los profesores Pérez Luño<sup>236</sup> y Peces Barba<sup>237</sup> establecían entre otras dimensiones de la igualdad ante la Ley "la identidad de procedimiento" o "igualdad procesal" a la cual definen como la "existencia de un mismo procedimiento para todos, de unas reglas previas e imparciales para resolver los conflictos, para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos, con independencia de los contenidos, de las personas o de los intereses que están en juego en cada caso". El profesor Peces Barba añade "no supone un criterio ético igualitario en las normas, sino de las mismas normas. No supone un criterio ético material, sino un criterio para adoptar otros criterios sin discriminación". Justo, pero sólo en parte. La sentencia 101/1989, de 5 de junio, dice al respecto:

"Este principio (el de igualdad) en su proyección específica a la igualdad de las partes en el proceso, y, como tal, integrado, según se deja dicho en el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, significa que los Tribunales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria que garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrios e

---

<sup>235</sup> Quizá mereciera un tratamiento particularizado la reciente Sentencia 109/1993, de 25 de marzo, en la que aplicando esta última doctrina, los miembros del Tribunal se dividen en el fallo. Para la mayoría el permiso de lactancia, que hoy día puede ser artificial, sólo para las mujeres no es discriminatorio por ser una medida tendente a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social y estadísticamente se comprueba que son más las mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo que los hombres por esta causa. Por contra, para la minoría tal medida es discriminatoria, pues materialmente comporta entre el empresariado un rechazo a contratar a la mujer dado el incremento de los costes laborales. En el fondo existe una discrepancia política sobre la corrección de la medida en relación al fin deseado o, dicho de otra forma, una diferente valoración de la proporcionalidad de la medida.

<sup>236</sup> PEREZ LUÑO, op. cit., pp. 257 y ss.

<sup>237</sup> PECES BARBA, op. cit., pp. 152 y ss.

igualdad".

El criterio ético material en este caso se incardina dentro del tipo de igualdad "jurídico-política". Se trata de un derecho que reconoce la Constitución en el artículo 24. 1: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse la indefensión". Por tanto, y en los términos establecidos en este artículo el criterio de aplicación de la igualdad es "lo mismo para todos", pero como muy bien dice el Tribunal "lo mismo para todos" en cuanto al "equilibrio de sus derechos de defensa". Otra cosa diferente es en cuanto a las "condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes". Aquí el Tribunal mismo admite la aplicación del criterio "lo mismo para los semejantes" al decir "a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrios e igualdad". Por tanto, en este caso, tratamiento diferente para obtener un resultado en que la *libertad y la igualdad sean realmente reales y efectivas*.

Aquí aparece también, claramente, que el valor superior (o más superior, según qué tesis -la libertad-) reclama, exige la igualdad (unos tipos de igualdad concretos y unos criterios de igualdad concretos adaptados al tipo de igualdad correspondiente) y que no tienen por qué ver en todos los casos con la mal llamada igualdad material (un ejemplo de la cual sería la STC 14/1983 con todos los matices vistos). Si esto es así, quizás habría que matizar a los ilustres profesores en el sentido de que las dimensiones de la igualdad, en el sentido mantenido por ellos, serían las tres primeras que recogen, esto es, generalidad, equiparación y diferenciación, pero no la última, la identidad de procedimiento, en cuanto que ésta queda integrada tanto por rasgos de generalidad, de equiparación, como de diferenciación o, si se incluyera, admitiendo que sobre ella actúan también los anteriores.

## **f) A vueltas con la igualdad material.**

Conviene citar ampliamente la Sentencia 171/1989, de 19 de octubre, dado que introduce nuevos motivos de reflexión. La Sentencia, en concreto, dice:

"En relación con la segunda cuestión planteada -vinculación del artículo 14 CE a la negociación colectiva- la misma STC 177/1988, citando anteriores pronunciamientos del Tribunal, recordó como el hecho de que el artículo 53.1 de la Constitución sólo establezca de forma expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos no implica "una exclusión absoluta de otros destinatarios", dado que, como señala la STC 18/1984, "en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social": "las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues -prosigue la STC 177/1988-, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato". Es claro que todo lo anterior resulta de aplicar al Convenio colectivo, máxime en el ordenamiento español en el que el Convenio, al menos, en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una "relevancia cuasi-pública", al ser negociado por sujetos dotados de representación institucional y adquirir, una vez negociado, eficacia normativa e incardinarse en el sistema de fuentes del Derecho, sometiéndose, pues, a las normas de mayor rango jerárquico al cuadro de derechos fundamentales y, en concreto, a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad y a la no discriminación (SSTC 136/1987 y 177/1988 cuya doctrina estamos siguiendo). Pero, junto a lo anterior, es igualmente cierto que, en relación con el derecho a la negociación colectiva, el principio reconocido en el artículo 14 de la Constitución tiene 'perfiles' propios (STC 52/1987), y, como dice, de nuevo, la STC 177/1988, "no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos", en razón de las consideraciones que se aducen en ellas y en otras Sentencias de este Tribunal que hemos expuesto.

De lo razonado en los apartados anteriores ha de llegarse a la conclusión de que no puede afirmarse que las diferencias salariales pactadas en la negociación colectiva sean *per se* contrarias al principio de igualdad; sino que habrá de examinarse, en cada caso, la justificación y razonabilidad de las mismas o si resultan o no aceptables dentro de las circunstancias de la Empresa o del sector."

Esta larga cita nos sugiere tres reflexiones y empezaremos por el final:

-Hemos dicho que el concepto de igualdad material puede ser un concepto a desterrar por ser un mal concepto, en cuanto que tiene unos límites difíciles de precisar. La sentencia que comentamos aporta elementos que lo confirman. Si la igualdad material -y sabemos que no es cierto- significara igualdad de ingresos, en la medida que aquélla fuera un objetivo buscado por la Constitución, como hemos visto que en alguna ocasión ha dicho el Tribunal Constitucional, en este caso, y en pos de la igualdad material, el Tribunal se debiera haber visto obligado a establecer que las diferencias salariales pactadas son contrarias al principio de igualdad. Claro está, la igualdad de ingresos no es lo mismo que la igualdad material. Por ésta sería más correcto -que también sabemos que no lo es- entender igualdad de bienes, lo cual en ningún caso es garantizado por la igualdad salarial

(o, en un sentido más general, podríamos decir, igualdad de ingresos). Al contrario, ésta podría ser perpetuadora de la desigualdad material en este nuevo sentido y, por tanto, contraria a la 'igualdad material'.

Pero el Tribunal, cuando dice que las diferencias salariales no son *per se* contrarias al principio de igualdad, no lo dice argumentando que la igualdad salarial sea contraria a la igualdad material, al contrario, dice que "habrá de examinarse, en cada caso, la justificación y razonabilidad de las mismas o si resultan o no aceptable dentro de las circunstancias de la Empresa o del sector". Cuando se refiere a la "justificación y razonabilidad" nadie que nos lea está pensando en la igualdad material sino en el tipo de trabajo realizado o en los tipos de trabajo que se comparan (como hace el Tribunal en otras sentencias como la STC 33/1991) y cuando se refiere a "dentro de las circunstancias de la Empresa o sector, desde luego, no se refiere a la igualdad material. Obviamente, porque la igualdad material en el último sentido apuntado no es un objetivo de nuestra Constitución, entre otras cosas porque un concepto indeterminado no puede ser un objetivo de nada.

Sin embargo, es un término que ha calado en nuestra cultura, como tantos otros, debido a la ideologización del conocimiento llevada a cabo por el marxismo. Su uso se ha convertido en tan común que la mayor parte de la doctrina lo usa contraponiéndolo, quizá de forma equivocada, a la igualdad formal y el mismo Tribunal Constitucional lo usa cuando no interfiere al razonamiento que debiera ser el correcto, sino que coincide con él, y no lo usa cuando (subconscientemente) es consciente que no es utilizable por ser un falso concepto, como es el presente caso.

Igualdad material entendida como igualdad de bienes, en primer lugar, no quiere decir nada porque fácticamente es imposible medir los "bienes" (una mayor explicación nos conduciría a una larga disgresión y creo que queda bastante claro lo que se quiere decir)<sup>238</sup> y, en segundo lugar, no es un objetivo de nuestra Constitución, en ese sentido, porque la Constitución sólo admite y exige la igualdad que es compatible y viene exigida por la libertad. Y exigir una - irrealizable, por otra parte- igualdad de bienes es claramente imposible en la medida que sólo podría hacerse a costa de la libertad.

---

<sup>238</sup> Véase BOBBIO, N., op. cit., pp. 79-82.



-La segunda reflexión se refiere a la expresión "perfiles propios" de la igualdad en las sentencias citadas, esto es, las SSTC 52/1987, de 7 de mayo, 136/1987, de 22 de julio y 177/1988, de 10 de octubre. Ese "no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos" no es sino resultado de la deficiente construcción doctrinal del Tribunal Constitucional del principio de igualdad y en concreto del artículo 14 en el sentido que venimos apuntando en nuestro discurso. Más bien pensamos que el entendimiento del artículo 14 como positivización de los criterios de aplicación de la igualdad en el sentido apuntado por Sartori, y que nosotros estamos siguiendo, deja en nada eso que el Tribunal llama "perfiles propios". La Sentencia 177/1988, de 10 de octubre, se refiere claramente a los "perfiles propios" de la igualdad en la legislación laboral:

"Ahora bien, el principio reconocido en el artículo 14 de la Constitución, reflejado luego, aunque con matices propios, en la propia legislación laboral (arts 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores), no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. No es ya que el principio de igualdad no se oponga a toda diferencia de trato, como en general ocurre. Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio Colectivo se incardina, los Derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica.

El principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación, global y genérica, del principio de igualdad, en la medida en que da paso al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa del sector o de cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación de condiciones de trabajo. El Convenio colectivo es por definición una norma "sectorial", por lo que la diferenciación por sectores productivos es prácticamente inseparable de la noción de negociación colectiva (ATC 643/1986, de 23 de julio).

Pero, además, el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses, pues sólo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios para regular "las condiciones de trabajo y productividad" y sólo de esa forma podrá decirse que el Convenio es "expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva" (art. 82 del Estatuto de los Trabajadores). No puede decirse, por tanto, que la distinción dentro del Convenio Colectivo sea *per se* contraria al principio de igualdad. Habrá que examinar si la diferencia es o no razonable y si es o no aceptable para el ordenamiento, todo ello a la luz de las consideraciones generales que este Tribunal ha hecho sobre el contenido y el alcance del principio de igualdad (STC 67/1988, de 18 de abril, entre otras) y de las consideraciones que aquí se vienen haciendo."

Efectivamente "perfiles propios", pero que no son más que consecuencia de la aplicación de los criterios de igualdad. Formalmente, en cuanto procedimentales, los criterios de igualdad son únicos. Los "perfiles propios" sólo

se pueden entender materialmente y desde esta perspectiva tiene razón el Tribunal Constitucional, pero habría que añadir que la igualdad presenta perfiles propios en cada rama del ordenamiento jurídico, más aún, que presenta perfiles propios en cada caso concreto dependiendo de todos los factores que entran en juego en su aplicación.

-La tercera reflexión sólo tiene que ver de forma muy indirecta con la sentencia y se refiere a la problemática que presenta el artículo 14 en relación con el recurso de amparo. Quisieramos contestar con ella a una reflexión que se hace parte de la doctrina y que, una vez más, se origina en la confusión primigenia debida a la distinción entre igualdad formal e igualdad material. Sirvan como ejemplo las consideraciones que realiza Alvarez Conde en su *Curso de Derecho Constitucional*: "Quizá se echa en falta una mayor profundización en las relaciones entre el principio de igualdad formal y material, pareciendo como si nuestro Tribunal prefiriese efectuar una interpretación progresista del artículo 14 antes que adentrarse en la problemática del artículo 9.2"<sup>239</sup>.

Suponemos que se estarán preguntando qué tiene esto que ver con el recurso de amparo. En primera instancia, hay quién pudiera pensar que pretendemos dar una respuesta fácil diciendo que es obvio que el Tribunal Constitucional haya profundizado en el artículo 14 y no en el 9.2, que el artículo 14 haya sido invocado más que el 9.2, en cuanto que el contenido del artículo 14 está garantizado por el recurso de amparo y el 9.2 no lo está, según lo establecido en el artículo 53.2 de nuestro Texto constitucional. Me parece una respuesta demasiado simple (en línea de hipótesis, una sola sentencia que analizara el contenido del artículo 9.2 como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad podría profundizar mil veces más que mil sentencias que analizaran el contenido del artículo 14) que, como hemos visto, se correspondería con una reflexión mal planteada. No, nos estamos refiriendo a otra cosa, sobre la que quizá sea necesario un mayor detenimiento. Nos estamos refiriendo a una nueva pregunta que se podría formular de la siguiente forma: si nuestras tesis son correctas y si el artículo 53.2 de la Constitución lo que busca es garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas que se encuentran en la sección primera del Capítulo II de la Constitución, entonces ¿qué aporta la introducción del artículo 14 dentro de las libertades y derechos garantizados por el recurso de

---

<sup>239</sup> ALVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional. I*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 264.

amparo establecido en el artículo 53.2? Estimamos que el constituyente, pese a los fallos en la redacción y a lo mejor sin excesiva conciencia, fue clarividente. El sistema tenía que completar el círculo para ser perfecto en sí mismo. No podía quedar ningún cabo suelto. Vamos por partes:

-Primero, está la cuestión de por qué el artículo 14 aparece descolgado al inicio del Capítulo Segundo referente a los *Derechos y libertades* y no se incardina dentro de ninguna de las dos secciones que lo integran. Si se entiende como derecho subjetivo y está protegido por el artículo 53.2, ¿por qué el artículo 14 no se integró en la Sección primera? La respuesta nos parece clara si partimos de las tesis que venimos manteniendo: el artículo 14 en la voluntad (presunta) de los constituyentes, que no en su redacción, pretendía establecer lo que venimos denominando criterios de aplicación de la igualdad o "criterios de igualdad" y éstos pueden tener aplicaciones diferentes según los "tipos de igualdad". En este sentido, los criterios de igualdad informan la aplicación de todos los derechos y no sólo de los recogidos en la Sección primera bajo el título de *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. Esto nos hace pensar que el constituyente acertó al situar fuera y por delante de las secciones el artículo 14.

-Segundo, el artículo 14, como hemos mencionado más arriba, se abre con un genérico "los españoles", mientras que los derechos y libertades recogidos en la Sección primera se abren con otros genéricos: "Todos" (art. 15), "se" (art. 16), "toda persona" (art. 17), "Se" (art. 18), "Los españoles" (art. 19), "Se" (art. 20), "Se" (art. 21), "Se" (art. 22), "Los ciudadanos" (art. 23), "Todas las personas" (art. 24), "Nadie" (art. 25), "Se" (art. 26), "Todos" (art. 27), "Todos" (art. 28), "Todos" (art. 29), al margen de ciertas subespecificaciones que se realizan para determinados derechos (como "los trabajadores" en el derecho de huelga). Por tanto, se comprueba que la igualdad no es absoluta en el reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección primera según el criterio "lo mismo para todos". Al contrario, es la propia Constitución la que ha establecido diferenciaciones dentro de estos derechos en función de factores que ha creído relevantes y les ha aplicado el criterio de diferenciación que le ha parecido conveniente. Es claro el ejemplo del artículo 23 que se refiere al derecho a participar en los asuntos públicos, que se reconoce sólo a los ciudadanos, ya que el constituyente *motu proprio* decidió aplicar el criterio de igualdad "2.b) Reparto desigual entre las diferencias relevantes". Por tanto, el criterio no es "lo mismo para todos", sino en todo caso "lo mismo para todos los que lo tengan

reconocido". Esto fuerza a plantearse la argumentación de Sartori según la cual habría que aplicar a los tres primeros "tipos de igualdad" siempre el criterio "lo mismo a todos" y a los dos siguientes uno u otro de los criterios dependiendo de la relevancia. Nuestra Constitución demuestra, que también se pueden dar situaciones de diferenciación relevante entre, al menos, algunos de los derechos que Sartori denomina "derechos jurídico-políticos" y, por tanto a ellos, también es posible y necesario aplicarles los criterios de igualdad dependiendo de los "valores vigentes en una sociedad histórica dada". Quizá, el *lapsus* de Sartori sea debido a que -por ejemplo, en este mismo caso- la exclusión de aquéllos que no son ciudadanos (fundamentalmente, niños y extranjeros) está tan arraigada entre los valores vigentes en nuestra sociedad que sea difícil caer en la cuenta que también entre los derechos "jurídico-políticos" se establecen diferenciaciones.

-Tercero, a resultas de lo anterior nos parece que la inclusión del artículo 14 dentro de los artículos invocables en amparo se debe más bien al deseo del constituyente de no dejar ningún "cabo suelto" en el entendimiento del resto de los derechos y libertades garantizados por el recurso de amparo, permitiendo incluso en su aplicación por el Tribunal Constitucional la consideración de criterios de diferenciación, como efectivamente tantas veces se verá obligado a hacer (sirva como ejemplo, en la protección del derecho al honor las distinciones que realiza el Tribunal entre personas de relevancia pública y aquéllas que no la tienen).

#### **g) La igualdad redistributiva.**

Hasta ahora nos hemos centrado en el estudio crítico de los planteamientos generales de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de igualdad, con la excepción de las referencias que venían obligadas por aquellos mismos planteamientos, especialmente y a los efectos de nuestro estudio, con excepción de la diferenciación por "relevancia" de las parejas trabajadores-empresarios, mujer-varón en los casos que tal diferenciación de tratamiento estuviera justificada. Ahora nuestra intención es referirnos a casos concretos de la aplicación de aquellos criterios. No estudiaremos aquí el tipo de "igualdad jurídico-política", "igualdad social" o "igualdad de acceso" que, por estar más "íntimamente" relacionados con la libertad, los estudiaremos en su momento.

Obviamente, como sostiene Sartori, la "igualdad de partida" y la "igualdad

económica relativa (al positivo)" son "vecinas", en la medida que la primera exige la segunda. Como decíamos en el apartado primero de este Capítulo, la *igualdad de partida* es una subespecie de la igualdad de oportunidades y Sartori la distingue de la otra subespecie, *igualdad de acceso*. La primera exige la reivindicación de una relativa igualdad económica que se diferencia de la igualdad económica, entendida en su sentido genérico, en la medida en que los instrumentos para obtener unas igualdades de partida no son necesaria y únicamente instrumentos económicos. Como a nuestros efectos, y en este momento, tal distinción nos resulta innecesaria las estudiaremos conjuntamente.

Un primer ejemplo de estas igualdades nos lo ofrecen las Sentencias 22/1981, de 2 de julio y 27/1981, de 20 de julio, referidas al sistema tributario<sup>240</sup>. En concreto, la segunda dice:

"si la interpretación que precede tiende a posibilitar el uso ponderado del sistema tributario mediante la adecuación de lo que sea preciso para, sin modificación sustancial, realizar la política económica que reclame cada momento, en cooperación del Ejecutivo y las Cortes Generales, no cabe omitir, en tal supuesto y menos cuando se tratara de una verdadera modificación, los imperativos del artículo 31.1 de la Constitución que, al obligar a todos a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, ciñe esta obligación en unas fronteras precisas: la de la capacidad económica de cada uno y la del establecimiento, conservación y mejora de un sistema tributario justo e inspirado en los principios de igualdad y progresividad.

A diferencia de otras Constituciones, la española, pues, alude, expresamente, al principio de capacidad contributiva y, además, lo hace sin agotar en ella -como lo hiciera cierta doctrina- el principio de justicia en materia contributiva. Capacidad económica a efectos de contribuir a los gastos públicos, tanto significa como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra.

Pero el servicio de esta lógica no asegura, por sí solo, "un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad" que pudiera demandar la estimación individualizada de cada caso, con respecto a cada uno de los tributos que integran el sistema tributario y en cualquier supuesto en orden al sistema tributario mismo, como conjunto, atendidas las variantes circunstancias sociales y económicas.

Aunque una definición válida de lo que debe entenderse por justo, a efectos tributarios, sería una tarea que rebasa el planteamiento que aquí hemos de hacernos, lo que no debe soslayarse es que el legislador constituyente ha dejado bien claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad. Es por ello -porque la igualdad que aquí se reclama va íntimamente enlazada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad- por lo que no puede ser, a estos efectos, simplemente reconducida a los términos del artículo 14 de la Constitución: una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio.

---

<sup>240</sup> Sobre la igualdad en el sistema tributario véase ESCRIBANO, F. "Principio de igualdad y deber de contribuir en la jurisdicción constitucional", en *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 715-776; HERRERA MOLINA, P. M. "El principio de igualdad financiera y tributaria en la jurisprudencia constitucional", en la misma obra, pp. 839-885.

Precisamente, la que se realiza mediante la progresividad global del sistema tributario en que alienta la aspiración a la redistribución de la renta".

Para no reiterarnos en la crítica, ¿acaso la "relevancia" de la diferencia de las rentas personales no la establece la propia Constitución, como materialización de los valores vigentes en nuestra sociedad, en su artículo 40? ¿acaso, el criterio de aplicación de la igualdad o "criterio de igualdad" progresividad además de estar recogido en el artículo 31 de la Constitución no forma parte también del artículo 14? Si recordamos, el artículo 14 tanto en nuestras tesis como en las del Tribunal Constitucional contiene dos caras o dos principios: "lo mismo para todos" y "lo mismo para los semejantes" según nuestros términos. El Tribunal Constitucional de momento (porque todavía no nos hemos referido a la cuestión) se queda ahí, pero nosotros, siguiendo a Sartori, el segundo criterio lo dividimos en cuatro subespecies, la primera de las cuales es "a) Igualdad proporcional, esto es, reparto realizado uniformemente en proporción al grado de desigualdad existente". Y esto, ¿no es progresividad?

Según nuestras tesis el artículo 14 ampara la progresividad como criterio de aplicación de la igualdad cuando la relevancia de la diferenciación así lo requiera como es el caso de la redistribución de las rentas personales "mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad". En este caso, el artículo 31 de la Constitución *además* lo positiviza separadamente, pero pudiera darse el caso de la existencia de otras diferenciaciones que exijan la aplicación del criterio de progresividad, según los valores vigentes en nuestra sociedad, no positivizadas en la Constitución y que, por tanto, exigieran acudir al artículo 14 para su aplicación. Es más, pensamos que pese a todo es necesario acudir al artículo 14 para aplicar el artículo 31 por una razón muy simple: la progresividad del sistema tributario, si no nos equivocamos, difícilmente puede ser una progresividad lineal, es necesario establecer escalones de renta y, por tanto, ¿qué es lo que se está haciendo? No otra cosa que establecer diferenciaciones que seguramente habrá que incardinar en la subespecie de los criterios de igualdad 2.b), esto es, "reparto desigual entre las diferencias relevantes", aunque sea por razones técnicas como sería el caso. Asimismo, cuando se establece un sector de renta baja excluido de tributación directa, ¿acaso no se está aplicando el subcriterio de igualdad 2.d), esto es, "a cada uno según su necesidad (básica o de otro tipo)"?

En este mismo sentido, la Sentencia 209/1988, de 10 de noviembre que,

después de reiterar doctrina en materia de igualdad, dice:

"La igualdad, ..., ha de valorarse, en cada caso, teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte, y en la materia tributaria es la propia Constitución la que ha concretado y modulado el alcance de su artículo 14 en un precepto (art 31.1) cuyas determinaciones no pueden ser dejadas de ser tenidas aquí en cuenta. La igualdad ante la ley -ante la ley tributaria, en ese caso- resulta, pues, indisociable de los principios (generalidad, capacidad, justicia y progresividad, en lo que ahora importa) que se enuncian en el último precepto constitucional citado.

En cualquier caso, es interesante observar, en relación con el sistema tributario justo que exige la igualdad progresiva en virtud de la propia Constitución, como la temprana Sentencia 27/1981, de 20 de julio, rehuye entrar en la concreción de la "definición válida de lo que debe entenderse por justo" y se limita a afirmar que "lo que no debe soslayarse es que el legislador constituyente ha dejado bien claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad". Nosotros venimos reiterando que lo justo viene definido por los valores vigentes en una sociedad histórica dada y en nuestro caso, por ser una sociedad que se mueve "en el marco de la moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático intenta plasmar por medio de los valores superiores", también venimos manteniendo que, siendo los operadores jurídicos los que tienen que fijar la aplicación de esos valores, es el legislador el que ocupa una posición preeminente (al margen de que el Tribunal Constitucional diga lo contrario). Pues bien, parece que el Tribunal Constitucional viniera a darnos la razón cuando en la Sentencia 19/1987, de 17 de febrero, dice:

"Como ocurre con otras de las reservas de Ley presentes en la Constitución, el sentido de la aquí establecida no es otro que el de asegurar que la regulación de determinado ámbito vital de las personas dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, sin que ello excluya la posibilidad de que la Ley pueda contener remisiones a normas infraordenadas, pero sí el de que tales remisiones se provoque, por su indeterminación, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador (Sentencia 83/1984, de 24 de julio). Esta garantía de la autodisposición de la comunidad sobre sí misma, que en la Ley estatal se cifra (art. 133.1), es también, en nuestro Estado constitucional democrático, como hemos puesto de relieve más arriba, una consecuencia de la igualdad y por ello preservación de la paridad básica de todos los ciudadanos, con relevancia no menor, de la unidad misma del ordenamiento (art. 2 de la Constitución), unidad que -en lo que se refiere a la ordenación de los tributos y, de modo muy especial, de los impuestos- entraña la común prosecución, a través de las determinaciones que la Ley contenga, de objetivos de política social y económica en el marco del sistema tributario justo (art. 31.1) y de la solidaridad (art. 138.1) que la Constitución propugna".

Bien es verdad que si leemos con atención nos hemos adentrado en uno de los grandes problemas teóricos sobre la igualdad. El Tribunal aquí está

apoyándose en la génesis de la Ley, en cuanto autodisposición de la comunidad sobre sí misma, para fundamentar la posible consecución de una libertad e igualdad real y efectivas (objetivos de política social y económica, solidaridad). Califica a la Ley de garantía de tal igualdad en cuanto es ella misma consecuencia de la igualdad y, por tanto, "necesariamente" ha de tender a la preservación básica de todos los ciudadanos. La consecuencia es clara, el Tribunal Constitucional no entrará a analizar la "justicia" de las decisiones del legislador porque éste, en cuanto representante del pueblo, es su máxima garantía. Ahora bien, aun admitiendo que la democracia se fundamente en la igualdad (en dignidad o de cualquier otra clase) de todos los hombres, deja de estar claro que la articulación democrática, ya sea de forma directa o a través de representantes, de las decisiones públicas asegure unos resultados de "igualdad real". Llevado al extremo tal postulado, la ley no estaría sujeta a ningún control y la arbitrariedad del poder, aunque fuera el poder de la mayoría, se haría posible. Este argumento da la razón a los que cifran la garantía de la igualdad en la racionalidad de la norma, en sus efectos y no en su génesis. Pero el problema sigue abierto pues, desde esta segunda postura el problema ahora reside en quién garantiza la racionalidad de la norma.

Aunque volveremos sobre la cuestión, parece necesario, por el momento, interpretar la reserva de ley en materia tributaria como *una* garantía -no como *la* garantía de la igualdad-, esto es, siendo la ley producto de ciudadanos iguales existe una alta probabilidad de que los resultados sean iguales, pero como aún así existe un amplio margen de probabilidad de que no se produzcan tales resultados habrá que establecer otros mecanismos garantizadores de la racionalidad de la ley y de su igualdad<sup>241</sup>.

Retomando nuestro discurso, otro ejemplo recurrido en materia de "igualdad de partida" o de "igualdad económica relativa (al positivo)" es el de los sistemas de Seguridad Social<sup>242</sup>, todo ello dentro de lo que podríamos llamar "políticas redistributivas" a los efectos que nos interesan. Pues bien, dice la

---

<sup>241</sup> Sobre este debate teórico se puede consultar PABON DE ACUÑA, J. M. "Problemática del principio constitucional de igualdad" en *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 25-46.

<sup>242</sup> Un amplio desarrollo sobre la Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se puede encontrar en ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Civitas, Madrid, en tomos de periodicidad anual desde 1984. También, "La Seguridad Social en la Constitución española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional" en *Documentación Laboral*, nº 30, 1990.



Sentencia 65/1990, de 5 de abril,

"se ha de partir de la consideración, expuesta en varias resoluciones de este Tribunal, acerca de la naturaleza esencial del sistema de Seguridad Social y de las prestaciones que en él se integran. Así, "el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal en que tanto las aportaciones de los afiliados como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento" (STC 65/1987, f.j. 17).

Pues bien, descendiendo al supuesto que se examina, ha de destacarse también la infracción de los citados preceptos constitucionales porque, en primer lugar, no es la garantía del equilibrio cuota-prestación a lo que tiende el sistema, sino al remedio o corrección de situaciones de necesidad, que es lo que constituye su finalidad esencial: el legislador no hace, pues, sino apreciar esas necesidades, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades de medios y las necesidades de los diversos grupos sociales".

Por último, en materia de "políticas redistributivas" me gustaría destacar la Sentencia 100/1990, de 30 de mayo, que reitera doctrina sobre Seguridad Social, en especial lo proclamado en la STC 134/1987 en el sentido de que el concepto de pensión adecuada del artículo 50 de la Constitución no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento, y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Por tanto más de lo mismo, pero introduciendo un elemento nuevo: no se puede olvidar "que se trata de administrar *medios económicos limitados* para un gran número de necesidades sociales". Se trata de uno de los problemas más analizados por la ciencia política en los últimos años. Se le ha dado diversos nombres: la crisis de la democracia, la crisis de gobernabilidad, la crisis fiscal del Estado y un largo etcétera. Es lo que Sartori denomina el paso de la fórmula *no taxation without representation* a la nueva fórmula *more taxation via representation*<sup>243</sup>. Ahora bien, Sartori entiende que la razón de la crisis deficitaria endémica que aflige a las democracias consolidadas es que el Estado democrático es hoy estructuralmente inidóneo para frenar el gasto. Nosotros no estamos tan seguro de ello; más bien creemos, que como este mismo autor afirma, se trata de un problema de "malas políticas", se trata de un

---

<sup>243</sup> SARTORI, G. *Democrazia. Cosa è*, op. cit., p. 314-315.

problema de equilibrios a los que inevitablemente se sujetan los valores predominantes en una sociedad democrática que no desee perecer.

#### h) Cuestiones pendientes.

Situándonos en el campo de la justicia material o de la libertad e igualdad real y efectiva, creemos que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional quedan dos grandes "cuestiones pendientes". Dedicamos este último epígrafe a plantear su alcance y a apuntar los problemas que suscitan.

La primera gran cuestión pendiente tiene que ver con la actitud del Tribunal ante el tratamiento indiferenciado por el legislador de situaciones real y efectivamente diferentes que, por serlo, requieren en pos de la libertad e igualdad real y efectivas o justicia material un trato diferenciado. Según nuestra hipótesis hemos visto que el artículo 14 establece, entre otras cosas, los criterios de igualdad que son dos: lo mismo para todos y lo mismo para los semejantes. De ello se deduciría en primera instancia que tan inconstitucional es una norma que debiendo aplicar el primer criterio aplica el segundo, como aquella que debiendo aplicar el segundo aplica el primero. Estaríamos en presencia de la igualdad en su versión fuerte en palabras de Robert Alexy<sup>244</sup> y tanto un caso como el otro estarían amparados por el artículo 14 y serían, también, susceptibles de amparo.

Pues bien, el Tribunal Constitucional de acuerdo con su doctrina no lo viene entendiendo así. Sentencias como la 52/1987 o 48/1989 afirman que la igualdad del artículo 14 no confiere un derecho previo a la diferenciación ejercitable por vía de amparo. Más recientemente la Sentencia 216/1991, de 14 de noviembre afirmaba que "no cabe, por lo general, medir *ex Constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica". Es una cuestión de oportunidad que se deja en manos del legislador. Si el legislador no lo hace, el Tribunal Constitucional tampoco está legitimado para hacerlo. Así, por ejemplo, en la Sentencia 49/1982, de 14 de julio, el Tribunal dice:

"no es impertinente recordar que como tiene con reiteración señalado este Tribunal el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que "los españoles son iguales ante

---

<sup>244</sup> ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 393-394.

la ley" establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual y, al mismo tiempo limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados".

Es ilustrativa en el mismo sentido la Sentencia 8/1986, de 21 de enero. La sentencia dice:

"la igualdad a que se refiere el artículo 14 de la C.E. lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley. Lo que no protege dicho precepto constitucional, como derecho fundamental, es la legítima aspiración a la igualdad material o de hecho, frente a desigualdades de trato que no derivan de criterios jurídicos discriminatorios, sino de otras circunstancias objetivas y razonables".

En la misma posición se encuentra la gran mayoría de la doctrina. Así, por ejemplo, Baño León afirma que "lo que desde luego no ha pretendido la Constitución es garantizar la igualdad efectiva como derecho frente al legislador. El derecho fundamental a la igualdad no sirve por sí mismo, como instrumento para auspiciar la igualdad real, para lo cual hubiera sido necesario el reconocimiento del derecho a una pretensión basada no en el trato igual, sino en el trato diferente, es decir, haría falta que la Constitución recogiese no sólo el derecho a no ser discriminado, sino el derecho a tener las mismas oportunidades. El derecho subjetivo a la igualdad real no pretendería tan sólo de los poderes públicos la abstención de todo trato discriminatorio (lo que sitúa al ciudadano en un *status* negativo), sino que pretendería también un determinado *agere*, una actuación positiva del Estado que situara al ciudadano en un *status* positivo"<sup>245</sup>. Al respecto creemos que precisamente los poderes públicos están obligados a ese *agere* por el artículo 9.2 y nada se opone, siempre que sea razonable según los criterios ya vistos, a que no se pueda exigir a los poderes públicos tales diferenciaciones cuando la igualdad real y efectiva así "lo exija".

Y es que como apunta Robert Alexy<sup>246</sup> el problema se reduce a saber si la fórmula "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" que se atribuye al

---

<sup>245</sup> BAÑO LEÓN, J. M., op. cit., p. 193.

<sup>246</sup> *Teoría de...*, op. cit., p. 404.

artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn (artículo 14 Constitución española) implica o no que el Estado está obligado a crear igualdad fáctica: "Si se adscribe al artículo 3.1 LF tanto un *principio de la igualdad de iure* como así también un *principio de la igualdad de hecho* se produce ya dentro del marco de la máxima de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un tratamiento igual es, según el otro, un tratamiento desigual y viceversa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio amplio de la igualdad implica una 'paradoja de la igualdad'". Como veíamos más arriba, y es claro desde el punto de vista del derecho constitucional, no es posible renunciar al *principio de la igualdad de iure* si algún sentido ha de tener el enunciado de la máxima de la igualdad. Como afirma el mismo Alexy<sup>247</sup> es "un postulado básico de la racionalidad básica" que obliga a abandonar la versión fuerte del principio de igualdad en favor de su entendimiento débil. El problema se traslada, pues, a dilucidar si es necesario "renunciar a la adscripción del principio de la igualdad de hecho al artículo 3.1 LF en tanto principio que, básicamente, puede también fundamentar derechos subjetivos". Alexy<sup>248</sup> constata que doctrina y jurisprudencia alemanas están divididas y, siguiendo a H. Scholler, observa que la concreción de la máxima de la igualdad depende del concepto y de la imagen del Estado que cada cual posea. Pero aún así no renuncia a ofrecer una solución plausible que permita mantener el principio de igualdad de hecho:

Su modelo, como ya sabemos, está basado en la fórmula "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual". La fórmula del tratamiento igual es: "si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces, está ordenado un tratamiento igual". La fórmula del tratamiento desigual es "si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual". Para Alexy<sup>249</sup> estas normas sirven directamente sólo a la *igualdad de iure* y el tratamiento igual o desigual lo es respecto del acto, no respecto de las consecuencias de la norma. El principio de la *igualdad de hecho* sólo entra en juego en la aplicación de ambas normas dentro del concepto de razón suficiente y, especialmente, como razón para un derecho a

---

<sup>247</sup> Op. cit., p. 405.

<sup>248</sup> Op. cit., p. 406.

<sup>249</sup> Op. cit., pp. 408-415.

un determinado tratamiento desigual *de iure*, en la medida que sirva para la creación de una igualdad de hecho. Ahora bien, para que pueda jugar como razón suficiente ha de poder desplazar a todos los otros principios opuestos que están en juego como es el propio principio de igualdad *de iure* o los principios que tienen como objeto la distribución de competencia entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Como ejemplo de los casos en los cuales el principio de la igualdad de hecho tiene prioridad frente a principios opuestos cita Alexy la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el derecho de pobres.

Ahora bien, a nadie se le puede escapar los grandes problemas que suscitaría el hecho de que el Tribunal abriera esta puerta al recurso de amparo. Podrían ser miles los ciudadanos los que alegando una diferencia relevante en su situación recurrieran en amparo al Tribunal. Pero ello no obsta para entender que la interpretación que del artículo 14 hace el Tribunal Constitucional es restrictiva desde el punto de vista de la justicia sustancial o de la libertad e igualdad real y efectiva. Tan "discriminatorio" es que la norma trate diversamente dos situaciones iguales como que trate de igual modo situaciones realmente diferentes que exijan un tratamiento desigual<sup>250</sup>.

Si en la igualdad en la ley vemos que queda un amplio campo de la justicia sustancial fuera del posible control del Tribunal Constitucional, no lo es menos el que queda en la *igualdad en la aplicación de la ley*. La Sentencia 30/1987 es clara al respecto:

"Hemos dicho en anteriores resoluciones, en efecto, que la garantía que en este proceso constitucional puede dispensarse a la regla que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley (art 14 de la Constitución) es distinta según se trate de controlar diferenciaciones normativas o de examinar, en otro caso, aquellas deparadas por la diversidad en la interpretación y en la aplicación judicial de las normas mismas. En el primer supuesto (y también -cabe añadir- cuando los juzgadores ordinarios examinen las diferenciaciones operadas por la actuación administrativa), corresponde a este Tribunal determinar la fundamentación misma de la singularización enjuiciada, apreciando, por lo tanto, si muestra ésta una finalidad y una razón objetivas que excluyan el reproche de puro voluntarismo

---

<sup>250</sup> Esta cuestión ha sido también puesta de relieve por PAVON DE ACUÑA, J. M. (op. cit., p. 31) que, sin embargo, apunta un caso donde a través de la vía del recurso de inconstitucionalidad acoge el segundo modo de "discriminación". Es la Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre: "una Ley vasca sobre defensa del consumidor, que establecía el deber del vendedor en la venta de inmuebles urbanos de facilitar al comprador una serie de datos técnicos sobre las edificaciones transmitidas, razonaba el Tribunal Constitucional la diferente situación de las transmisiones realizadas en el seno de una organización empresarial y de las ventas aisladas realizadas por los particulares que podían desconocer tales datos y para quienes el deber informativo reseñado hubiera podido representar un obstáculo muchas veces insalvable para la enajenación."

selectivo en que la discriminación consiste. No puede hacerse así, sin embargo, cuando lo que se traen a la comparación son las resoluciones judiciales de contenido diverso sobre supuestos que acaso carezcan de distingos jurídicamente relevantes, porque este Tribunal no puede, ni sustituir al juzgador ordinario en su apreciación de las diferencias que en unos y otros caso pueden mostrar (STC 183/1985, de 20 de diciembre), ni determinar cuál de las dos resoluciones contrastantes es la correcta en Derecho, ni operar, en fin, como lo que ciertamente no es, como un órgano formador o unificador de jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación de las leyes, tarea ésta que, según varias veces hemos recordado (STC 125/1986, de 22 de octubre, y Auto de 29 de octubre de 1986) le cumple en nuestro sistema jurisdiccional al Tribunal Supremo de Justicia (art 123.1 de la Constitución) y también, en el orden laboral, al Tribunal Central de Trabajo, esto es, al órgano judicial que adoptó la resolución hoy impugnada.

En algunas ocasiones ha definido este Tribunal tal diversidad en el enjuiciamiento, a la luz del principio de igualdad, de las normas o de la aplicación del Derecho, diciendo que la igualdad que se impone sobre el autor de la norma tiene un carácter "material", en tanto que la que se proyecta, como exigencia también constitucional, sobre los Juzgados y Tribunales es predominantemente "formal" (SSTC 49/1985, antes citada, y 58/1986, de 14 de mayo)."

Como vemos, el Tribunal Constitucional renuncia cuando se enfrenta a un caso de igualdad en la aplicación de la ley a plantearse la justicia material del caso, o según nuestra hipótesis, a analizar si se han aplicado correctamente los criterios de igualdad establecidos por el artículo 14. En estos casos, predomina el carácter "formal" del artículo 14 sobre el carácter "material". Todo lo más

"como tantas veces hemos dicho, podemos, estrictamente, apreciar si el cambio mismo que sea reconocible en la interpretación y en la aplicación de la Ley se realizó reflexivamente por el órgano judicial, lo que no entraña -repetiendo también aquí advertencias anteriores- reconocer la existencia en nuestro ordenamiento de un principio de sujeción al precedente -pues el Juez está sólo sujeto a la Ley-, sino subrayar la necesidad de que la resolución judicial nueva y distinta no se adopte, apartándose de lo decidido por el mismo órgano en otros casos, sin la previa advertencia de aquellos posibles precedentes que, si no determinan el contenido de los fallos ulteriores, sí imponen la exigencia de su consideración reflexiva. Se trata, en suma, no de examinar la suficiencia o insuficiencia del fundamento dado a la diversidad de trato, sino de determinar, tan sólo, si existe, para la diferente aplicación judicial de la norma, ese fundamento."

Es claro que esta *autoinhibición formal*<sup>251</sup> del Tribunal no se corresponde con la justicia material o con la prosecución de la libertad e igualdad real y efectiva. Ahora bien, habría que decir también que no en todos los casos el Tribunal se ha limitado a ese control formal en la aplicación de la ley por los Jueces y Tribunales (ejemplo de ello puede ser la STC 101/1987, de 15 de junio). En el fondo, el problema se conecta con la posición del Tribunal Constitucional respecto a los otros poderes del Estado, principalmente el legislador y los Jueces y

---

<sup>251</sup> Esta cuestión ha sido admirablemente tratada por OLLERO TASSARA, A. en "Justicia y seguridad: el trasfondo axiológico de la igualdad en la aplicación de la ley" en *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 383-414. También del mismo autor, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 51 y ss.

Tribunales. Mucho nos tememos que el sistema de justicia constitucional por lo que respecta a la correcta aplicación del principio de igualdad tenga que seguir navegando entre dos aguas buscando equilibrios inestables salvados (o no) por la prudencia del Tribunal.

Para terminar conviene citar la Sentencia 96/1989, de 29 de mayo que aporta otro elemento de reflexión interesante. En ella se dice:

"..., el razonamiento anterior no puede ser acogido ni en su premisa ni en sus consecuencia. No es aceptable en su premisa, porque la apelación por el Juez a razones humanitarias para precisar el contenido y el alcance de su resolución no puede ser alojado tan resueltamente como la actora pretende al ámbito de lo extrajurídico. Es aquí de pertinente recordar que nuestro ordenamiento recoge un conjunto de reglas de interpretación de las normas jurídicas que propende a una aplicación más ajustada de las misma a las circunstancias de cada caso. Entre tales reglas, que son sin duda reglas jurídicas y no simples arbitrios u ocurrencias hermeneúicas a disposición del intérprete, destaca la equidad, cuya ponderación es siempre obligada, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 del Código Civil, en aplicación de toda norma. Siendo esto así, debe admitirse también que la invocación de motivos humanitarios, de la que los Jueces y Tribunales hacen, por lo demás, frecuente uso en este tipo de pretensiones y también en otras sujetas a su jurisdicción, es una forma razonablemente lícita de expresar la ponderación que de la regla jurídica de la equidad ha de hacerse en la resolución judicial de los litigios".

Acaso, en este caso, lo que se está haciendo ¿no es aplicar uno o más de los subcriterios de diferenciación que habíamos reseñado? Recordemos que entre estos se encontraba "b) Reparto desigual entre las diferencias relevantes", pero también "d) A cada uno según su necesidad (básica o de otro tipo)". Las razones humanitarias ¿no entrarían dentro de este subtipo del criterio de igualdad más general "lo mismo para los semejantes? ¿acaso la ley, ante la que se declara la igualdad no se ha encargado de establecer en su propio interior criterios de diferenciación en su aplicación como es el caso de la equidad? ¿La equidad, acaso, no se define en función de los valores de justicia vigentes en una sociedad histórica dada? ¿Las razones humanitarias no son "una razón suficiente que exige la aplicación del principio de la igualdad de hecho? ¿Son demasiadas coincidencias?

Desde otra perspectiva y a nuestros efectos, en el apartado primero de este Capítulo decíamos que la igualdad que ampara la Constitución es la compatible y que al mismo tiempo exige la libertad. Siguiendo a Sartori, de los siete tipos de igualdad que establecía descartábamos la "igualdad económica radical (al negativo)" y el "igualitarismo total" por ser incompatibles con la libertad. La Constitución, al establecer como valor superior la libertad también los descarta y

sólo admite la igualdad compatible con la libertad a la cual, al mismo tiempo reclama, y dentro de esta igualdad se encuentra la "igualdad económica relativa (al positivo)". Es correcto, por tanto, decir que la Constitución de 1978 no protege la "legítima aspiración a la igualdad material o de hecho", pero podría decirse que no sólo es porque el artículo 14 no la ampara sino porque además viene vetada por el artículo 1.1 de la Constitución, cosa que, en definitiva, mantiene el Tribunal en otros términos<sup>252</sup>.

### 2.3.- CONCLUSIONES ESPECIFICAS

A los efectos de la posterior comparación con los "modelos de democracia" que plantea Held nos interesa retener las siguientes conclusiones de lo analizado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

1.-Se reconocen a "todos" los derechos civiles y políticos.

2.-Se reconoce a todos la igualdad de reconocimiento social.

3.-Se reconoce a "todos" la igualdad de acceso.

4.-No se reconoce la igualdad material *strictu sensu*, esto es, la *igualdad económica (al negativo)* y el *igualitarismo total*, en cuanto incompatible con la libertad, valor superior de nuestro ordenamiento.

5.-En cuanto a las políticas redistributivas (habría que decir, igualdades compatibles con la libertad del tipo *igualdad de partida* e *igualdad económica (al positivo)*), éstas sí se admiten. En este sentido, cabe anotar que:

a) El trabajador puede recibir cierto trato de favor en relación al empresario.

---

<sup>252</sup> Quizá, desde esta hipótesis se pueda explicar la "homologación de los valores superiores del ordenamiento" con los principios de Derecho Constitucional que VILAS NOGUEIRA detecta en parte de la doctrina y en la jurisprudencia constitucional ("Los valores superiores", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984, pp. 87-102). Más acertada aparece la distinción entre valores y principios de FREIXES SAN JUAN y REMOTTI CARBONELL "Los valores y principios en la interpretación constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992, pp. 97-109.



b) La mujer puede recibir cierto trato de favor en relación al varón.

c) El sistema tributario ha de ser progresivo en aras de una redistribución de las rentas personales.

d) Un sistema de Seguridad social que atienda al menos las situaciones de necesidad.

El reconocimiento al que nos referimos en los apartados 1, 2 y 3 es todavía genérico. En los Capítulos sucesivos analizaremos sus concreciones a los efectos de una mejor comparación con los modelos de democracia. La negación del apartado 4 es absoluta. La concreción de los subapartados del apartado 5 está fundamentalmente en manos del legislador, preeminentemente, y del Tribunal Constitucional como representantes de los valores vigentes en nuestra sociedad.

### **3.- LA LIBERTAD**

Hemos visto que la igualdad se disuelve en los valores vigentes en una sociedad histórica dada. Se dice que la libertad ha sido más y mejor definida y que, por tanto, es menos compleja de aplicar que la igualdad. ¿Es así?

#### **3.1.- ¿QUE ES LA LIBERTAD?**

No resulta necesario especificar que al hablar de libertad en esta sede nos estamos refiriendo a lo que normalmente se entiende por libertad política. En este sentido, y para centrar la cuestión, se presenta normal el recurso -al menos es lo normal en la doctrina- a Benjamin Constant y a Isaiah Berlin.

Así pues, conviene detenerse, en primer lugar, en la conferencia pronunciada en el Ateneo de París en febrero de 1819 por Benjamín Constant bajo el título *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*<sup>253</sup>. Estimo que su lectura nos proporciona algunas de las claves para entender las dos grandes líneas de pensamiento que se han desarrollado sobre el tema desde finales del siglo XVIII hasta la actualidad.

El propósito que guiaba a Constant en esta conferencia es considerar algunas distinciones entre dos clases de libertad: "una es la libertad que tanto apreciaban los pueblos antiguos; la otra es aquélla cuyo disfrute es especialmente valioso para las naciones modernas". Sólo desde esta distinción puede entenderse que la democracia tal y como la conocieron los griegos en el siglo V a.C. no pueda ser exportable a los tiempos actuales. Centrémonos primero en la distinción que establece Constant entre las dos clases de libertad para analizar después el trasfondo de la misma y sus consecuencias.

En primer lugar, pregúntense ustedes, señores, lo que hoy día entiende por libertad un inglés, un francés, un habitante de los Estados Unidos de América.

Es el derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad, y abusar incluso de ella; a ir y

---

<sup>253</sup> CONSTANT, B. "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" en *Escritos Políticos*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1989.

venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas, sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea simplemente para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus caprichos. Es, en fin, el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de peticiones, de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración. Comparen ahora esa libertad con la de los antiguos.

Aquella consistía en ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar, en la plaza pública, sobre la guerra y la paz, en concluir alianzas con los extranjeros, en votar las leyes, en pronunciar sentencias, en examinar las cuentas, los actos, la gestión de los magistrados, en hacerles comparecer ante todo el pueblo, acusarles, condenarles o absolverles; pero a la vez que los antiguos llamaban libertad a todo esto, admitían como compatible con esta libertad colectiva la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto. No se encuentra en ellos casi ninguno de los beneficios que, como constitutivos de la libertad de los modernos acabamos de ver.

El texto transcrito que forma parte de la citada conferencia resulta muy sugerente por distintos motivos:

En primer lugar, diferencia el sentido dado a la libertad por los griegos del dado por los europeos en la modernidad. En el mundo griego el ciudadano lo era en cuanto miembro de la polis, fuera de ella no era nada. La polis permitía al hombre desarrollarse en cuanto tal, de ahí que la libertad en aquel entonces era la libertad de la polis. Esencialmente, la posibilidad de tomar parte activa en la toma de las decisiones colectivas. Si la polis era la condición de posibilidad del hombre, no había ningún aspecto de la vida humana que pudiera sustraerse al poder de la polis, poder del que participaba el hombre. Para los modernos, el hombre lo es en cuanto tal, tiene dignidad propia y, en este sentido, le pertenece un ámbito vital en el que poder desarrollarse y desarrollar sus capacidades. Se trata de un ámbito de autonomía individual en el que nadie puede interferir, en el que, por tanto, el Estado no puede entrar. La libertad, pues, son las garantías de protección frente a las posibles ingerencias del Estado en ese ámbito de autonomía individual.

Constant encuentra en el origen de esta diferencia ciertos cambios en las condiciones políticas, sociales y económicas entre las dos culturas. Mientras en la Grecia antigua el marco político era el de la polis de "estrechos límites", en 1819 los estados se extienden en grandes territorios. La sociedad griega era, por necesidad, una sociedad guerrera en la cual el individuo-ciudadano disponía de largos períodos de ocio excepto en los momentos en los que debía defender su propia existencia batallando por la polis. Diverge, pues, totalmente de la sociedad mercantil actual donde el individuo está permanentemente ocupado en sus negocios. Por último, y de forma añadida a la anterior, en la Grecia clásica existía

la institución de la esclavitud que también permitía al "ciudadano" disponer del suficiente tiempo libre para ocuparse de los asuntos públicos. Estas transformaciones marcan la diferencia entre las dos concepciones de democracia en cuya base se encuentra la imposibilidad de participar directamente en los asuntos públicos con la que se enfrentan los individuos en las sociedades modernas:

El sistema representativo es un poder otorgado a un determinado número de personas por la masa del pueblo, que quiere que sus intereses sean defendidos y que sin embargo no tiene tiempo de defenderlos siempre por sí mismas.

Detrás de las anteriores distinciones late una fundamental y anterior: es el paso de una concepción del hombre por la cual se entiende éste en su dimensión de hombre-político a otra que lo concibe fundamentalmente en su dimensión de hombre-económico:

El objetivo de los antiguos era el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria; a eso era a lo que llamaban libertad. El objetivo de los modernos es la seguridad en los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes.

En segundo lugar, al hablar de la libertad de los modernos apunta la diferencia entre lo que se ha dado en llamar libertad negativa y libertad positiva, aunque en Constant esta última aparece en un sentido muy débil. En cualquier caso, intuye los dos conceptos de libertad que, ya en este siglo, desarrollará de forma magistral Isaiah Berlin.

Este, en una conferencia inaugural en la Universidad de Oxford<sup>254</sup>, el 31 de octubre de 1958, distingue dos sentidos de la libertad: Su sentido negativo "es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta *cuál es el ámbito* en que al sujeto -una persona o un grupo de personas- se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas"; su sentido positivo "es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de *qué o quién es la causa de control o interferencia* que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra". O dicho de otra forma: "La respuesta a la pregunta *quién me gobierna* es lógicamente diferente de la pregunta *en qué medida interviene en mí el gobierno*. En esta diferencia es en lo que consiste en último término el gran contraste que hay entre los dos conceptos

---

<sup>254</sup> BERLIN, I. "Dos conceptos de libertad" en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1988.

de libertad negativa y libertad positiva"<sup>255</sup>.

Constant tenía presente esta distinción cuando habla de "independencia individual" y de "derechos políticos". La primera es "el derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad, y abusar incluso de ella; a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos". Los derechos políticos o libertad positiva para Constant serían "el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de peticiones, de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración".

Ahora bien, frente a algunas interpretaciones, en el pensamiento de Constant aparece claramente la necesidad para el hombre moderno de contar con las dos dimensiones de libertad:

Lejos pues, señores, de renunciar a ninguna de las dos clases de libertad de las que he hablado, es necesario, como he demostrado, aprender a combinar la una con la otra.

y continúa más adelante, dando por finalizada su conferencia

La obra del legislador no está completa si únicamente ha llevado la tranquilidad al pueblo. Incluso cuando ese pueblo está contento queda todavía mucho que hacer. Las instituciones tienen que completar la educación moral de los ciudadanos. Respetando sus derechos individuales, cuidando de su independencia, no turbando sus ocupaciones, deben sin embargo reafirmar su influencia sobre la cosa pública, llamarles a concurrir al ejercicio del poder a través de sus decisiones y de sus votos, garantizarles el derecho de control y de vigilancia a través de la manifestación de sus opiniones, y formándoles adecuadamente en tan elevadas funciones por medio de la práctica, darles a la vez el deseo y la facultad de satisfacerlas.

Quizá sea excesivamente simple pensar que las diferentes teorías de la democracia se han desarrollado en un sentido u otro a partir del diferente hincapié que hayan hecho en una clase de libertad o en otra, en una concepción de hombre u otra: hombre-político frente a hombre-económico, hombre capaz de

---

<sup>255</sup> FARELL, M. D. entiende que si bien Berlin logró caracterizar muy claramente a la libertad negativa, "no fue tan afortunado respecto de la libertad positiva". Y es que si la libertad positiva se entiende como auto-realización, "el resultado del análisis varía según se ponga el énfasis en el primero o en el segundo de estos términos: la *auto-realización* es algo muy distinto de la *auto-realización*" ("Libertad negativa y libertad positiva" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 2, 1989, pp. 9-10).

desarrollar la virtud ciudadana u hombre fundamentalmente egoísta. Pero aquí, lo que interesa es retener la distinción a efectos de nuestro discurso<sup>256</sup>.

Gregorio Peces Barba partiendo de esta distinción (previamente ha distinguido, desde un punto de vista más filosófico pero en el mismo sentido, entre libertad psicológica y libertad moral) nos dice que "la reducción del concepto a uno de los dos polos de este proceso ... ha condicionado la libertad social, que es la que aquí nos interesa"<sup>257</sup>. Para él, "la libertad que nuestra Constitución recoge, en el ámbito de una corriente superadora de ambos reduccionismos, supone una nueva dimensión de la libertad social como relación entre la libertad inicial y la libertad moral"<sup>258</sup>. Esta concepción de la libertad que huye tanto del reduccionismo de la libertad negativa típicamente liberal como del reduccionismo de la libertad positiva efectuado, entre otros, por el socialismo marxista sería para Peces Barba la auténtica "libertad democrática" concibiéndola como "una libertad medial instrumental, que facilita el recorrido de la moralidad conectando la libertad psicológica con la libertad moral, y supone un conjunto de normas jurídicas que permiten el ejercicio de ambas, considerándolas no como incompatibles, sino como complementarias"<sup>259</sup>. Para él, este es el modelo de libertad de las modernas sociedades democráticas, que aunque es identificable es abierto. En este último sentido sería en el que nos preguntamos nosotros por el modelo de democracia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, otros autores no están tan de acuerdo con esta reflexión. Para Sartori, "la libertad política es inconfundiblemente libertad *de*, no libertad *para*. Acostumbramos a denominarla libertad *negativa*; pero yo prefiero denominarla más exactamente libertad *protectora* o *defensora*"<sup>260</sup>. Es cierto que posteriormente

---

<sup>256</sup> Obviamente, la cuestión es mucho más compleja. Baste citar a WELLMER, A. que, en conferencia en el Departamento de Historia de la Filosofía de la Universidad de Valencia, decía: "Si la libertad en el mundo moderno descansa sobre un dualismo normativo de 'negativo' contra 'positivo', es decir, la libertad comunal, se construye entonces una tensión dialéctica en la misma idea universalística de libertad. ... Podríamos interpretar esta tensión como la tensión entre individualismo y comunalismo en la idea moderna de democracia" (*Modelos de libertad en el mundo moderno*, traducción de JIMENEZ REDONDO, M.).

<sup>257</sup> *Los valores superiores*, op. cit., p. 131.

<sup>258</sup> Op. cit., p. 133.

<sup>259</sup> Op. cit., p. 134.

<sup>260</sup> SARTORI, G. *Teoría de ...*, op. cit., p. 371.

dulcifica esta afirmación al decir que la *libertad completa* comprendería los cinco rasgos siguientes: a) independencia; b) intimidad; c) capacidad; d) oportunidad; y e) poder, para argumentar que la relación entre la primera mitad de la libertad (independencia e intimidad) y la segunda mitad (la capacidad, la oportunidad y el poder) es una relación entre las condiciones y las consecuencias, es una *relación procedimental*<sup>261</sup>. Aún a pesar de las posibles incoherencias que esto último podría suscitar en su discurso, lo que nos interesa es retener que para Sartori la libertad política existe en cuanto se crean las condiciones que permiten al poder menor resistir al poder superior, esto es, al ciudadano frente al Estado y, en concreto, "lo que pedimos de la libertad política es protección contra el poder arbitrario y sin límite (absoluto)"<sup>262</sup> ya que la ausencia de todas las restricciones conduciría a la anarquía. Ahora bien, también para Sartori "las contestaciones a las preguntas ¿protegidos de qué? y sin límites ¿hasta qué punto? dependen de lo que esté en juego en un momento y lugar determinados, y de lo que es más apreciado (y de la intensidad de esa apreciación) en el ámbito de una cultura específica"<sup>263</sup>.

Si entendemos que la libertad política es protección, como apunta Sartori, es claro que en las sociedades modernas y liberales todos los autores coinciden en que la protección se ha articulado mediante lo que se conoce como "constitucionalismo", esto es, el *Estado de Derecho* donde existe una *división de poderes* y el reconocimiento de los *derechos individuales*, como establecía el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, a lo que habría que añadir el sistema de gobierno representativo para garantizar el principio *no taxation without representation*. Sobre estas bases liberales es claro que se han construido los modernos regímenes democráticos, pero también lo es que han sufrido profundas transformaciones a lo largo de más de dos siglos. Son muchos los autores que las interpretan dialécticamente frente a las críticas provenientes fundamentalmente del campo socialista. Sin negar la realidad histórica de esta observación, a nosotros nos interesa en este momento poner de manifiesto que esta idea de libertad política, de protección, se construye sobre una concepción del poder determinada que presenta grandes deficiencias y que, a la postre, es la que determina el entendimiento de lo que sea la libertad.

---

<sup>261</sup> Op. cit., p. 373.

<sup>262</sup> Op. cit., p. 372.

<sup>263</sup> Op. cit., p. 372.

En los años sesenta de este siglo se desarrolló un interesante debate en el seno de la ciencia política norteamericana sobre el método de análisis del poder. Los científicos políticos del *behaviorismo* político circunscribían el análisis del poder y de las acciones políticas a los procesos decisionales observables, esto es, resultantes de comportamientos de específicos actores sociales que operan en el interior de circuitos formalizados y "visibles" del sistema político y son capaces de influir "causalmente" sobre el comportamiento de los destinatarios de las decisiones políticas<sup>264</sup>. La metodología del *decision-making analysis* desarrollada por autores como Dahl, Polsby y Wolfinger, permitiría a los teóricos del pluralismo democrático entender que en la sociedad norteamericana el poder es ampliamente difuso<sup>265</sup>. Frente a estas tesis surgiría de la mano de Peter Bachrach y de Morton S. Baratz la idea de que la investigación empirista costrañe a la ciencia política a olvidar aquellas formas de ejercicio del poder que no consisten propiamente en decisiones, sino que se desarrollan a través de procesos de preselección de los temas de las decisiones políticas y definen preventivamente los confines y las reglas del sistema político<sup>266</sup>.

El *non-decision-making analysis* se basaría en las siguientes enunciaciones teóricas: la *non-decision* es la práctica consistente en limitar el espectro de decisiones políticas seleccionando cuestiones sustancialmente inocuas; son las decisiones que tienen como resultado la supresión o la frustración de retos latentes o explícitos en la controversia entre valores e intereses propios de los decisores, sean individuos o grupos; se configuran como los intentos de impedir que determinadas cuestiones aparezcan en el estadio de la decisión política, en la agenda política. Al margen de las posteriores matizaciones y precisiones que ambos contendientes se dirigirían en los años siguientes, las tesis de Bachrach y Baratz pusieron de manifiesto las limitaciones de una ciencia de impostación behaviorista y (dogmáticamente) empirista. De esta forma en los últimos años ha

---

<sup>264</sup> Sobre el tema se puede consultar BEYME, K. von *Teorías políticas contemporáneas. Una introducción*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, especialmente pp. 137-138; o SARTORI, G. *La política. Lógica y método en las Ciencias Sociales*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1987.

<sup>265</sup> Es fundamental la obra de DAHL, R. *Who governs? Democracy and Power in an American City*, Yale University Press, New Haven, 1961.

<sup>266</sup> Véase BACHRACH, P. y BARATZ, M. S. *Power and Poverty. Theory and Practice*, Oxford University Press, New York, 1970.



surgido una creciente corriente doctrinal que se inscribe en lo que se ha dado en llamar las *teorías post-empiristas* del poder y que parte de las intuiciones de Bachrach y Baratz: "la decisión política dentro del proceso decisional ritualizado interviene cuando el espacio de las alternativas ha sido ya drásticamente reducido"<sup>267</sup>.

En esta línea se inscribe la obra de Niklas Luhmann<sup>268</sup> para el cual el poder se explica menos en la elección política entre alternativas instruidas por las decisiones que no en la misma fase de instrucción de la decisión: el espacio de la predecisión coincide con lo que se podría llamar la "cara invisible" del poder, una estructura de "prejuicios" que predetermina los modos de la atribución desigual de los recursos colectivos según lógicas sistémicas que se sustraen no sólo al control de la participación política de los ciudadanos, sino inaccesibles también al conocimiento crítico porque operan a nivel del subsistema cognitivo. Se trata de "filtros institucionales" que coinciden con las mismas estructuras organizativas de los subsistemas sociales. Para Luhmann el subsistema político se presenta en realidad como un ámbito de posibilidad decisional que otros subsistemas ya han definido y prejuzgado dentro de una compleja estrategia de interacción simbólica: los subsistemas cognitivos, informáticos, tecnológicos, económicos, militar aplican sus filtros institucionales al ámbito de la decisión política ritualizada y "visible" antes incluso de que intervengan cualquier voluntad de los sujetos políticos.

Danilo Zolo se inscribe en la misma línea de pensamiento. Según él, " las estructuras de la producción, del mercado y de las transacciones, el *network* planetario de la información telemática, la división nacional e internacional del trabajo, las presiones demográficas y la lucha por la atribución de la ciudadanía, el proceso obligado e irreversible de la innovación tecnológica, las leyes psicológicas del miedo y de la seguridad religiosa y/o militar, la misma lógica sistémica (autoreferencial) de la burocracia partidaria son otros mecanismos de "reducción de la complejidad" que sólo un análisis miope del fenómeno potestativo podría identificar con "voluntad" subjetiva, con ideología o con "intereses

---

<sup>267</sup> ZOLO, D. *Complessità e democrazia*, Giappichelli, Turín, 1987, p. 199.

<sup>268</sup> LUHMANN, N. *Potere e complessità sociale*, Il saggatore, Milán, 1979 (El original: *Macht*, Enke, Stuttgart, 1975).

particulares"<sup>269</sup>.

Si esto es así, la libertad política como protección requiere algo más de lo que las primeras teorías liberales habían establecido. Esto explicaría el que un autor como Peces Barba llegue a establecer como dimensiones de la libertad no sólo la organizativa (soberanía popular, tolerancia, legitimación de los gobernantes por medio de elecciones periódicas por sufragio universal, sometimiento de los gobernantes y de los gobernados a la ley, separación de poderes, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y pluralismo) sino que al analizar la dimensión relacionada con el *status* de las personas en esa organización social distinga entre: libertad-autonomía (que coincidiría con la idea de libertad negativa), libertad-participación (que coincidiría con la idea de libertad positiva) y, lo que de otra forma sería extraño, la libertad-prestación (obligación del Estado de realizar conductas positivas para facilitar la libertad)<sup>270</sup>. Asimismo, justificaría también que en el Capítulo anterior hayamos mantenido que la libertad es el valor fundamental. Desde otra perspectiva, pero de la misma forma, Robert Alexy<sup>271</sup> afirma que "sin libertad frente a la intervención de sujetos jurídicos de igual jerarquía (libertad negativa en la relación entre iguales), sin las competencias jurídicas para participar en la formación de la voluntad colectiva (libertad negativa democrática), sin un cierto grado de ausencia de situaciones económicas deficitarias (libertad negativa social) y también sin las acciones de participación en la comunidad políticas, realizadas sobre la base de la convicción y la responsabilidad (libertad positiva democrática), no puede haber ninguna situación total de libertad".

Por último, todo ello nos adentra en un tema más complejo en la medida en que se sitúa "el poder" fuera del Estado como ámbito político y convierte a éste en bifronte por ser poder del que hay que defender al ciudadano y, al mismo tiempo, garantía de la libertad del ciudadano.

Así las cosas, abandonamos todo intento de definir con más precisión la libertad y dedicaremos nuestros esfuerzos al estudio de lo que por ella entienda el

---

<sup>269</sup> Op. cit., p. 201.

<sup>270</sup> Véase *Los valores superiores*, op. cit., pp. 136-141.

<sup>271</sup> *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 367-368.

Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia. Para ello nos vamos a servir de una diferenciación, meramente aproximativa, de las "instituciones" que generalmente se entiende que sirven o han servido para la protección de la libertad, esto es,

-Derechos individuales,

-División de poderes,

-Comunicación Pública Libre,

-Pluralismo político,

-Participación,

-Descentralización,

para terminar refiriéndonos a la idea tan denostada por Schumpeter de Bien Común.

## 4.- LA CONFIGURACION DE LOS DERECHOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 4.1.- CONSIDERACIONES GENERALES

Normalmente, las relaciones o listados tanto de los requisitos mínimos que permiten reconocer una democracia, como de los rasgos característicos de los distintos modelos de democracia, suelen incluir el reconocimiento de los derechos civiles y políticos<sup>272</sup>, en más de una ocasión sin mayores especificaciones<sup>273</sup>. Ahora bien, de los derechos se pueden dar distintas configuraciones y posiblemente los modelos de democracia actuales estén condicionados, entre otras cosas, por la caracterización que se haga de los mismos. Por ello, este capítulo quiere ser un estudio aproximativo del enfoque que sobre los derechos ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional, estudio que, desde luego, ni pretende, ni puede en estas páginas agotar la cuestión.

Indudablemente, para ello hemos de comenzar refiriéndonos a la Sentencia 25/1981, de 14 de julio que es de las primeras en las que el Alto Tribunal intenta precisar qué se entienda por derechos fundamentales y libertades públicas. En ese sentido, el Tribunal afirma un doble carácter de los derechos fundamentales:

"En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto

---

<sup>272</sup> LOEWESTEIN llega a decir que "de hecho, la realidad de las libertades individuales es el único criterio seguro -y realmente infalible- para distinguir los dos sistemas políticos (democracia constitucional y autocracia), dado que el aparato institucional de ambos -gobierno, asamblea legislativa, elecciones, partidos, burocracia- se asemeja hasta una completa identidad" (*Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 392).

<sup>273</sup> Desde una perspectiva jurídico-constitucional también se defiende la centralidad de los derechos fundamentales en la idea de la democracia entendida como 'autodeterminación del pueblo. Así, SCHNEIDER, H. P. razona de la siguiente forma: "En cuanto que la democracia debe realizarse por el camino de la formación independiente y abierta de la voluntad política y de la toma de decisiones, descansando, por tanto, en una discusión libre de todas las fuerzas reales y del espíritu bajo la participación lo más activa, independiente e igualitaria posible de todos los individuos, el orden democrático de la Ley Fundamental (alemana) está inseparablemente unido a la libertad e igualdad reales, que precisamente la Constitución no puede generar por sí misma, pero que puede impulsar en virtud de la ley -hasta donde alcanza su fuerza normativa- y garantizar con ayuda de los derechos fundamentales" ("Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, p. 27).

garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art 1.1)".

Veremos que esta afirmación no es baladí. En primera instancia resulta sencillo apreciar como el Tribunal se aparta de una consideración meramente liberal de los derechos como protección de un ámbito de la existencia frente al poder del Estado. En este sentido Perez Luño afirma que en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan "una doble función: en el plano *subjetivo* siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que el *objetivo* han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados"<sup>274</sup>.

El Tribunal entiende, por otra parte, que su consideración es compartida en la cultura de la comunidad internacional de nuestro tiempo<sup>275</sup>. Dice el Tribunal:

: "Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art 10.1 de la Constitución, a tenor del cual "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 fundamentos del orden político y de la paz social". Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa".

Y es que, como apunta Perez Luño, en nuestro siglo se han producido acontecimientos particularmente trágicos y lesivos para las libertades del hombre, que han potenciado el esfuerzo de hombres y naciones en pos del establecimiento de cauces internacionales para la protección de los derechos humanos: "las catástrofes bélicas, la necesidad de reconocer el derecho a la autodeterminación y al proceso de descolonización de los pueblos, el esfuerzo por la afirmación de los derechos de la mujer, los graves atentados contra los derechos individuales cometidos por los sistemas totalitarios (genocidio, tortura, discriminación,...), la

---

<sup>274</sup> PEREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 25.

<sup>275</sup> Hasta donde sé la visión institucional de los derechos fundamentales es debida fundamentalmente a la obra de HÄBERLE, P. *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 GG*, Karlsruhe, 1962

persistencia de viejas lacras contra los derechos del género humano (esclavitud, trata de personas, trabajos forzados, apatridia...), así como las nuevas formas de agresión a los derechos y libertades surgidas en los últimos años (terrorismo, personas 'desaparecidas', contaminación de las libertades a través de la tecnología informática...), han servido de constante acicate en la lucha para asegurar a todos los hombres, con independencia de su raza, lugar de nacimiento o ideología un catálogo básico de derechos y libertades."<sup>276</sup>

Ahora bien, es interesante recalcar aquí la precisión del Tribunal sobre el aspecto objetivo de esta configuración<sup>277</sup>. Realiza, entre otras, las siguientes afirmaciones:

- "En cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal".

- "En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un *status* jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas".

- "Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los

---

<sup>276</sup> Op. cit., pp. 41-42.

<sup>277</sup> En la doctrina SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. ha sistematizado los cuatro rasgos que caracterizan a su juicio la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en cuanto elementos esenciales del orden jurídico-político general: En primer lugar, los derechos fundamentales son condición misma de la democracia que, como sistema político, no puede existir sin el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales; En segundo lugar, los derechos fundamentales son normas competenciales del ordenamiento jurídico en la doble medida en que establecen ámbitos inmunes a la actividad pública y en que, incluso cuando la actuación normadora sea imprescindible, la misma no puede realizarse por cualquier sujeto público, sino sólo por el legislador; En tercer lugar, los derechos fundamentales definen el *status* jurídico básico del individuo, actúan como un factor de homogeneización de todo el sistema jurídico y suponen un límite a la variedad deducida del pluralismo territorial; Finalmente, los preceptos que contienen derechos fundamentales consisten en normas principales que se refieren a todo el ordenamiento de tal manera que a las diversas disciplinas jurídicas corresponde su concreción y desarrollo. ("Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 71, 1991, pp. 88-89).

ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna".

Parece claro tras estas afirmaciones que los derechos fundamentales se configuran como elemento vertebrador del "orden democrático". Para el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales son un *requisito mínimo* para poder hablar de democracia. Y también parece claro que para el Tribunal los derechos presentan una doble cara, no sólo individual sino también colectiva, por lo que se está apartando claramente de algunos de los modelos de democracia examinados más arriba.

Es interesante también, como luego veremos, resaltar como de este doble carácter de los derechos el Tribunal deduce la posibilidad de posibles limitaciones o suspensiones de los derechos, desechando, pues, una consideración absolutista de los mismos<sup>278</sup>:

"Esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático".

Volveremos sobre ello más tarde, pero parece ya claro que se rechaza el carácter ilimitado y absoluto de los derechos fundamentales<sup>279</sup>, los cuales encuentran, al menos, dos límites claros, los derechos fundamentales de los demás y los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos<sup>280</sup>, como por otra

---

<sup>278</sup> La mayor parte de la doctrina ha rechazado tal consideración. Véase, por ejemplo, PEREZ TREMPES, P. "Los derechos fundamentales" en LOPEZ GUERRA y OTROS *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 118 y ss.

<sup>279</sup> También SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. ha sistematizado las causas de las que deriva el carácter limitado de los derechos fundamentales: En primer lugar, el carácter universal o general de los derechos fundamentales, cuyo disfrute simultáneo es imposible sin la ordenación, de indudable alcance restrictivo, de su ejercicio; En segundo lugar, la necesaria coexistencia de los mismos entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, cuyo conflicto no puede resolverse de ordinario con la afirmación absoluta de alguno sobre los demás, sino más bien con la afirmación debilitada de todos y la ponderación en el caso concreto de los derechos en juego; En tercer lugar, el propio tenor explícito de la Constitución. ("Algunas cuestiones básicas...", op. cit., pp. 97-99).

<sup>280</sup> Entre otras, ver también la Sentencia 2/1982, de 29 de enero de 1982 (BOE núm. 49, de 26 de

parte había señalado anteriormente la Sentencia 11/1981, de 8 de abril.

En esta última sentencia se establece un límite al contenido de la voluntad del legislador que no es los derechos fundamentales *tout court*, sino más concretamente el "contenido esencial" de los derechos fundamentales (art. 53. 1 de la Constitución). Al respecto dice el Tribunal:

"Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de 'contenido esencial', que en el art 53 de la Constitución se refiere a la totalidad los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nombre y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprometido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad 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 se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por "contenido esencial" de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una o por otra vía puede llegarse."

Era interesante traer a colación la cita porque nos permite aclarar un nuevo punto, del que veremos su aplicación más tarde, que no es otro que, a través de este doble camino, el Tribunal parece apostar por la negación también del carácter

---

febrero de 1982): "En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 (Boletín Oficial del Estado de 25 de abril) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otra el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos".



absoluto del contenido esencial de un derecho. Si el contenido esencial está en relación con el lenguaje "y las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas por los juristas", esta noción no es inmutable, sino que se convierte en un concepto eminentemente histórico, sujeto a las transformaciones sociales que se produzcan y que, por tanto, se ha de corresponder con los valores vigentes en una sociedad histórica dada: "Todo ello referido al momento de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales".

Esta reflexión nos lleva de la mano directamente a la Sentencia 21/1981, de 15 de junio donde se dice que "los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico". El Tribunal está afirmando, pues, por un lado que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y, por otro lado, como veíamos, que ese sistema de valores puede modificarse y la interpretación de los derechos fundamentales habrá que modificarse con este cambio. Todo ello, eso sí, de acuerdo con el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico, especialmente, por los procedimientos establecidos en la Constitución. Siendo la Constitución de emanación democrática, y siendo el procedimiento establecido en ella democrático, la interpretación de los derechos fundamentales estará "democráticamente" de acuerdo con ese sistema de valores vigente en la sociedad<sup>281</sup>, un "engranaje perfecto". De esta forma, un autor como Perez Luño ha podido afirmar que el sistema constitucional de los derechos fundamentales aparece "como un sistema abierto a la experiencia social e histórica a través de su conexión con el principio de la soberanía popular"<sup>282</sup>.

---

281 PEREZ LUÑO, al respecto, dice: "En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista" (op. cit., p. 20-21).

282 Op. cit., p. 153.

Cabe destacar también que el ejercicio de los derechos fundamentales está sometido a los procedimientos jurídicamente establecidos. Como dice la Sentencia 7/1983, de 14 de febrero,

"los derechos fundamentales, que establecen una relación jurídica entre cada ciudadano y el Estado desde el reconocimiento de aquéllos en la Constitución son permanentes e imprescriptibles,... Ello es compatible, sin embargo, con que para reaccionar frente a cada lesión concreta que cada ciudadano entienda haber recibido contra ese o cualquier otro derecho fundamental, el ordenamiento limite temporalmente la vida de la correspondiente acción (cuya prescripción en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental de que se trate, que el ciudadano podrá seguir ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura), sino que significará tan sólo que ha transcurrido el plazo dentro del cual el ordenamiento le permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación."

En este orden de cosas, para la configuración general de los derechos por el Tribunal Constitucional resulta de interés la Sentencia 159/1986, de 16 de diciembre, según la cual es obligado analizar la relación entre el principio constitucional de libertad y las limitaciones que mediante Ley pueden introducir los poderes públicos:

"Es cierto... que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como "fundamento del orden político y de la paz social"...

Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos".

Como se aprecia, la sentencia reitera doctrina sobre el entendimiento de que los derechos individuales también son un interés público a proteger y que, como consecuencia, en presencia de una concurrencia entre un interés público al que viene anudado un derecho fundamental y un interés público desligado de cualquier derecho fundamental ha de prevalecer el primero, dado el carácter

expansivo de todo derecho fundamental<sup>283</sup>.

En la tradición liberal, los derechos se venían entendiendo como derechos del individuo frente al Estado. Esta concepción, como ya hemos visto, se ha visto profundamente modificada<sup>284</sup>. Un ejemplo de ello<sup>285</sup> nos lo da la Sentencia 64/1988, de 12 de abril, en la que ante la pregunta de si la Administración del Estado es titular del derecho fundamental establecido en el art. 24 de la Constitución, lo que obviamente sugiere la más general pregunta de si puede considerársele o no titular de derechos fundamentales<sup>286</sup>, el Tribunal razona de la siguiente forma:

"Es indiscutible que, en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos... Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental."

El Tribunal, en ese sentido ya había señalado que "el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos lo pueden ejercer los partidos políticos, que el derecho de asociación lo pueden ejercer no sólo los individuos

---

<sup>283</sup>Esta doctrina es reiterada, entre otras, en la Sentencia 254/1988, de 21 de diciembre de 1988 (BOE núm 19, de 23 de enero de 1989).

<sup>284</sup> No está de más recordar con SCHNEIDER, H. P. que actualmente "cada derecho fundamental permite reconocer, si se analiza con precisión, tanto una significación en el Estado de Derecho como una significación democrática y, finalmente, una significación en el Estado social de Derecho; por consiguiente, presenta una eficacia simultánea como elemento de defensa y elemento del ordenamiento jurídico, como derecho de participación y garantía procesal, como derecho de prestación y directriz para el legislador" (op. cit., p. 34).

<sup>285</sup> En la misma línea se sitúa la argumentación en torno a la afirmación de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares sobre la que se puede consultar SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. "Algunas cuestiones básicas ...", op. cit., pp. 92-95.

<sup>286</sup> Sobre la cuestión es interesante la tesis que defiende LOPEZ CALERA, N. M. (*Yo, el Estado*, Trotta, Madrid, 1992) frente a los administrativistas GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R. (*Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1986) en el sentido de que no sólo la Administración, sino también el Estado puede tener "derechos". En opinión de este autor, los derechos del Estado son algo positivo para los intereses generales y para los derechos individuales a condición de que la democracia del Estado esté garantizada. La tensión individuo-sociedad-Estado necesita de un Estado que corrija las injusticias y proteja las libertades individuales sin convertirse en un Estado totalizador, por eso los derechos del Estado también han de estar limitados por el ordenamiento jurídico, esencialmente por la Constitución y las leyes.

que se asocian, sino también las Asociaciones ya constituidas y que el derecho a la libertad sindical corresponde no sólo a los individuos que fundan Sindicatos o se afilian a ellos, sino también a los propios Sindicatos". La STC 137/1985, de 17 de octubre había reconocido "la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho privado, especialmente en lo que concierne al derecho del artículo 18.2 y, con carácter general, siempre que se trate, como es obvio, de derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas". Lo mismo entiende en el caso de "las personas jurídicas de derecho público, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos, como puede ocurrir singularmente respecto de los derechos reconocidos en el art. 20 cuando los ejercitan corporaciones de Derecho público". Por ello concluye el Tribunal "por lo que se refiere al derecho establecido en el artículo 24.1 de la Constitución, como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden".

Ahora bien, el Tribunal es cauteloso en esta materia pues "no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos". Hay que entender que, "en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el artículo 24 de la Constitución corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, si bien en este último caso el reconocimiento del derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal se tenga derecho".<sup>287</sup>

---

<sup>287</sup> En la misma línea podemos mencionar la Sentencia 23/1989, de 2 de febrero, en la que el Tribunal se expresa en los siguientes términos: "hemos de reiterar el criterio mantenido por este Tribunal de que en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas... De hecho, este Tribunal ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el art. 14 C.E. a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce, como se pone de manifiesto, entre otras, en las STC 99/1983, de 16 de

Cruz Villalón, al tratar del asunto, llega a la conclusión de que en España el derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido a todas las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, pero que difícilmente podrán los poderes públicos ver reconocida su titularidad respecto de otros derechos, salvo alguna excepción muy particular; los grupos sociales (Iglesias, partidos, sindicatos) tendrían reconocida su titularidad respecto de los derechos específicos de los que deriva su propia existencia; y las personas de derecho privado verían reconocidos aquellos derechos que, por su naturaleza, puedan serles atribuidos<sup>288</sup>.

Como ejemplo de la tesis apuntada en el capítulo referido a la igualdad, según la cual ni siquiera en el campo de los derechos civiles y políticos se puede hablar de una estricta igualdad, podemos referirnos a la Sentencia 69/1989, de 20 de abril:

"el ejercicio de los mencionados derechos constitucionales se encuentra sometido a determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además, pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada Cuerpo o categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta trasgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y el de si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio".

## 4.2.- ALGUNOS EJEMPLOS CONCRETOS

Hasta aquí hemos realizado una primera aproximación a la configuración de los derechos por el Tribunal Constitucional siguiendo su propia jurisprudencia. Hemos avanzado alguna conclusión, pero a los efectos que nos interesan nos proponemos analizar más detalladamente algunos de los derechos que en el pensamiento liberal se han entendido como característicos y típicos de los individuos, fundamentalmente la propiedad y la vida, aunque también otros

---

noviembre; 20 y 26/1985, de 14 y 22 de febrero, respectivamente, y 39/1986, de 31 de marzo, sin que existan razones para modificar esta doctrina general. Ahora bien, no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas. Siendo éstas una creación del Derecho, corresponde al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación fijando los límites concretos y específicos, y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas".

<sup>288</sup> CRUZ VILLALON, P. "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992, p. 83.

que nos pueden permitir acercarnos con mayor precisión al entendimiento de qué sean los derechos mínimos exigibles en nuestro "modelo" de democracia.

Así pues, empezamos por el derecho "irrenunciable" de los individuos para el liberalismo: la propiedad.

#### a) Derecho de propiedad.

Una de las primeras sentencias a la que podemos acudir para entender la actual configuración del derecho de propiedad es la Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, en la cual se define la propiedad como un "derecho debilitado", aunque no va más allá si tenemos en cuenta que el primer liberalismo ya admitía la expropiación cuando así lo exigía el interés social. La sentencia dice:

"el derecho de propiedad, incluido en la sección segunda del Capítulo 2º del Título I, aparece regulado en el art 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo, debilitado; sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación. La garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el indicado precepto cuando precisa que la privación de los bienes o derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes".

El bien de la comunidad a que se refiere en este caso es "una situación extraordinaria de grave incidencia en el interés de la comunidad, comprometido por el riesgo de la estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses".

En esta misma línea incide la Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, la cual, sin embargo, analiza las transformaciones sufridas no tanto por el derecho de propiedad, sino por lo que podríamos considerar en algún aspecto su reverso, la expropiación forzosa:

"La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea de Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarles una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del

poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales".

Además, recuerda la Sentencia la necesidad del respeto de las garantías que impone el artículo 33.3 de la Constitución, esto es, frente al poder expropiatorio de los poderes públicos: 1) un fin de utilidad pública o interés social, o *causa expropriandi*; 2) el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización; y 3) la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las Leyes. Interesa a nuestros efectos destacar la referencia que hace a la garantía de la *causa expropriandi*: "es el fin de utilidad pública o interés social que en cada caso declara el legislador". El problema, retenemos, se traslada a qué sea o qué entendamos por utilidad pública o interés social. El Tribunal no es más explícito, se limita a afirmar "la gran variedad de fines públicos que pueden ser legalmente configurados como causa justificativa de la expropiación". Y si bien se está refiriendo al caso concreto de las expropiaciones legislativas hay que anotar la siguiente afirmación: "su *causa expropriandi* funciona como criterio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida legislativa expropiatoria, de manera igual a como lo hace el fin discernible en las normas diferenciadoras dentro del principio de igualdad", esto es, una vez más, el derecho de propiedad o su "lado negativo", la expropiación forzosa está al par de la apreciación de un elemento de relevancia que justifica un tratamiento diferenciado. En este caso, la relevancia es la utilidad social, sin mayores definiciones, de la cual habrá que apreciar su relevancia, suponemos, en función de los valores vigentes en una sociedad histórica dada. Y quizá, esto tenga mucho que ver con la tercera garantía y la explicación que de la misma da el Tribunal Constitucional:

"La tercera garantía del art 33.3 de la Constitución es la consistente en que la expropiación se realice de conformidad con lo dispuesto por las Leyes", es decir, la llamada garantía del procedimiento expropiatorio. Esta garantía se establece en beneficio de los ciudadanos y tiene por objeto proteger sus derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, estableciendo el respeto y sumisión a normas generales de procedimiento legalmente establecidas, cuya observancia impida expropiaciones discriminatorias o arbitrarias",

es decir, el procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en las leyes es garantía del "derecho a la igualdad" y, nosotros diríamos, lo es en la medida que las leyes respondan a los valores vigentes en una sociedad, cosa que, en línea de principio y de momento, debemos admitir cuando la ley responda a la emanación de voluntad de un órgano elegido democráticamente para representar esos valores.

Pero quizá, aún es más explícita sobre qué debemos entender por derecho de propiedad la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, que se expresa en los siguientes términos:

"En efecto, la referencia a la "función social" como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del "contenido esencial" de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes".

Y resulta sintomático que para apoyar su postura el Tribunal afirme tajantemente "es un hecho hoy generalmente admitido", y continua diciendo "en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea", imagen que, por otra parte, "responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución" que, como también sabemos, responde a los valores vigentes en nuestra sociedad democráticamente afirmados. Ahora bien, esos valores y, por tanto, la definición de contenido esencial de un derecho puede cambiar con el tiempo, por ello el Tribunal se ve obligado a establecer que "la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional", lo que nos remite a la reflexión ya planteada en otro capítulo sobre el órgano que en último caso tiene la competencia para afirmar cuáles sean esos valores vigentes en la sociedad "en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable".

En este último sentido, el Tribunal continuará afirmando



"la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni puede ser igual en relación con todo tipo de bienes. Carece por lo mismo de sentido la exigencia de una regulación, necesariamente abstracta, de la función social -las funciones sociales, mejor- del dominio, realizada con carácter general y uniforme, pues sin duda resultaría altamente artificiosa. Por el contrario, esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses -o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad- establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad".

## b) Libertad de conciencia y objeción de conciencia.

En el proceso histórico de conceptualización de los derechos individuales no cabe duda de la importancia que tuvo en su momento la Reforma -sobre todo, las doctrinas puritanistas- para la afirmación de la libertad religiosa y, en definitiva, la libertad de conciencia. Pues bien, el Tribunal Constitucional, así como la doctrina y el derecho comparado en general, estima que es indudable la conexión entre la libertad de conciencia y la objeción de conciencia<sup>289</sup>. Es más, en Sentencia 15/1982, de 23 de abril, dice que "la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma". Ahora bien,

"a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de la libertad de conciencia, el derecho a la objeción de conciencia no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta -la del servicio militar en este caso-, pues la objeción de conciencia entraña una excepcional exención a un deber -el deber de defender a España- que se impone con carácter general en el art 30.1 de la Constitución y que con ese mismo carácter debe ser exigido por los poderes públicos. La objeción de conciencia introduce una excepción a ese deber que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso, y por ello el derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción. Asimismo, el principio de igualdad exige que el objetor de conciencia no goce de un tratamiento preferencial en el cumplimiento de ese fundamental deber de solidaridad social. Técnicamente, por tanto, el derecho a la objeción de conciencia reconocido en el art 30.2 de la Constitución no es el derecho a no prestar el servicio militar, sino el derecho a ser declarado

---

<sup>289</sup> Para SORIANO, R., este engarce entre la objeción de conciencia y la libertad ideológica del artículo 16.1 de la Constitución "es un importante paso adelante en la concepción de la objeción como un derecho fundamental, que desde luego no se desprende con claridad de la lectura del referido artículo 30.2 de la Constitución" ("La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivización en el ordenamiento jurídico español" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 58, 1987, p. 94).

exento del deber general de prestarlo y a ser sometido, en su caso, a una prestación social sustitutoria".

Hasta aquí todo bien, el problema se plantea cuando se trata de enjuiciar la imposibilidad del ejercicio de este derecho por el ciudadano durante el tiempo que dure su prestación del servicio militar. En palabras del Tribunal en la Sentencia 161/1987, de 27 de octubre,

"la fijación en el mismo precepto constitucional del servicio militar obligatorio y la obligada regulación del derecho a la objeción de conciencia 'con las debidas garantías', en el sentido ya indicado, delimitan la libertad del legislador para configurar el derecho de objeción, forzándole a ponderar todos los bienes jurídicos protegibles en juego. Dentro de esa necesaria ponderación, que permitía y permite al legislador otras opciones, no parece excesiva la restricción impuesta por el art 1.3. Queda a salvo el pleno ejercicio del derecho a la objeción antes y después del período en el que se suspende o excluye su ejercicio, y la exclusión misma resulta justificable 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, por lo que el mismo art 1.3 reconoce correctamente el ejercicio del derecho constitucional a la objeción durante la situación de reserva".

Como se observa, una vez más se establecen diferenciaciones para un derecho en función de una causa relevante que trae causa de la propia Constitución, doctrina que no comparten en este caso algunos magistrados como don Carlos de la Vega Benayas, don Fernando García-Mon y González-Regueral que afirman: "si así no se le admite su ejercicio, se está *negando*, no limitando no suspendiendo, el derecho mismo que la C.E. reconoce"; o como don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer o don Angel Latorre Segura, para los cuales "lo que ha de analizarse no es la razonabilidad de la medida, sino exclusivamente su compatibilidad con el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia". Por lo demás es claro don Carlos de la Vega Benayas cuando en voto particular a la Sentencia 160/1987, de 27 de octubre, afirma que la regulación legal del derecho a la objeción de conciencia "tiende a establecer la solución dialéctica de la contradicción entre el derecho del objetor y el de la comunidad en general". Al fin y al cabo, la objeción de conciencia es una causa relevante establecida por la propia Constitución para establecer una diferenciación entre los ciudadanos en la aplicación de una norma particular/general, donde intereses particulares y colectivos se entrecruzan lo cual exige una "solución dialéctica".

Pero creemos que hay que decir más cosas al respecto. La STC 160/1987, de 27 de octubre, parece que adolece de graves defectos. Desde los planteamientos que venimos manteniendo, la interpretación de la objeción de conciencia sería

la siguiente: La Constitución establece un derecho fundamental en el artículo 16, la libertad ideológica y establece, entre otros, un deber (de los que hablaremos más tarde), el deber de defender a España. Igual que se producen concurrencias entre derechos, se produce, en este caso, una concurrencia entre un derecho y un deber. Igual que en el primer caso se producen tratamientos diferenciados en virtud de causas relevantes, llegando en ocasiones a que algunos derechos cedan frente a otros, en el caso que analizamos también se deben producir tratamientos diferenciados. Ante el cumplimiento de un deber general, la libertad ideológica puede permitir tratamientos diferenciados en virtud de una o de varias causas relevantes. En este sentido, la Constitución lo reconoce en el artículo 30.2, por lo que lo consideramos un elemento relevante a tener en cuenta en la medida en que la misma Constitución así lo ha dispuesto, pero igualmente lo sería si no lo hubiera hecho porque el derecho en juego no es la objeción de conciencia sino la libertad ideológica, e igualmente ante una tensión con otros derechos u otros deberes habría que estar a las causas relevantes para establecer tratamientos diferenciados según los valores vigentes en nuestra sociedad. Nos da la impresión que es incorrecto hablar de la objeción de conciencia como derecho. El derecho, y derecho fundamental, es la libertad ideológica (la Ley 48/1984 en este sentido sería inconstitucional); la objeción de conciencia no se trata más que del acto, declaración u objeción por el que el individuo (el objetor) pone de manifiesto en su caso la contradicción entre su derecho fundamental a la libertad ideológica y su deber de defender a España mediante el cumplimiento del servicio militar. Por ello pensamos que la objeción de conciencia formaría parte de lo que normalmente se entiende por desarrollo de un derecho fundamental y, por tanto, requeriría una ley orgánica en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución. Esta forma de entender la objeción de conciencia quizá ayudara a solucionar la vacilante doctrina constitucional sobre la objeción de conciencia.

Apoyaría esta tesis el hecho de que la Constitución ciertamente ha previsto la objeción al servicio militar, pero no ha previsto otros tipos de objeción y, sin embargo, el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones se ha referido a esos otros tipos de objeción como es el caso de la objeción de los médicos (Sentencia 48/1985, de 11 de abril). Aquí, la contradicción no es entre un derecho fundamental y un deber, sino entre dos derechos fundamentales, contradicción que exige tratamientos diferenciados ante causas relevantes, sin necesidad que la Constitución lo haya previsto expresamente. El mecanismo es exactamente el mismo: se objeta la libertad ideológica o de conciencia en un caso concreto en que

ésta entra en contradicción con otro derecho. No se objeta el derecho a la objeción de conciencia. En definitiva, la objeción de conciencia como tal es una mera declaración formal para que se estime un motivo ideológico o de conciencia del que la ejerce como relevante para facultarle un tratamiento diferenciado que haga posible el ejercicio efectivo de su derecho fundamental de libertad ideológica o de conciencia y compatible con sus deberes constitucionales o con sus deberes como ciudadano.

En ese mismo sentido, pensamos que la objeción de conciencia no es ni siquiera una forma de libertad ideológica, como ha entendido en sus primeras sentencias al respecto el Tribunal Constitucional y buena parte de la doctrina, sino que es un elemento procesal del desarrollo de la libertad ideológica que lógicamente sólo se demuestra necesario cuando ésta entra en contradicción con otros derechos o deberes fundamentales y no sólo en el caso de los deberes militares, como en ocasiones se ha entendido, sino siempre que se dé la contradicción anterior. Lógicamente, lo entendemos como un momento procesal que exige no la *declaración de la objeción* de conciencia, como dice el Tribunal Constitucional, sino la *estimación de la relevancia del motivo alegado* por el órgano competente dentro de una sociedad democrática. En el caso de la objeción al servicio militar sería el Consejo Nacional para la Objeción de Conciencia. Obviamente, el procedimiento exige la declaración del motivo y, por tanto, manifestar la propia ideología o creencia. De esta forma, la propia libertad ideológica o de conciencia cuando entra en conflicto con otro derecho o deber exige la manifestación pública de tal ideología o conciencia y como consecuencia, obviamente, la faceta de esta libertad según la cual "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias" debe ceder como hemos visto que ocurre en tantos otros casos. Por tanto, creemos que no se inringe el artículo 16.2 de la Constitución que también está sujeto a lo que venimos llamando la "doctrina de las diferenciaciones".

Otra cosa es el juicio sobre las facultades que la Ley 48/1984 atribuye al Consejo Nacional de la Objeción de Conciencia para el establecimiento de la relevancia del motivo alegado. Aquí consideramos que estamos ante el problema de si estas facultades son proporcionales al fin perseguido *en una sociedad democrática* y nos da la impresión que tales facultades no se justifican en una sociedad democrática, pero éste sería otro tema que nos alejaría del que aquí nos ocupa.

Por último, nos gustaría hacer una breve reflexión sobre el argumento utilizado por parte de la doctrina en el caso de la objeción al servicio militar según la cual la objeción de conciencia, o mejor, la libertad ideológica y de conciencia es un derecho fundamental y, por tanto, debe prevalecer sobre un simple deber constitucional como es el deber de defender a España establecido en el artículo 30.2. Así como sobre los derechos y libertades es amplia la literatura doctrinal, por desgracia no lo es en el caso de los deberes<sup>290</sup>. Con parte de la doctrina estimamos que un derecho es fundamental por su propia naturaleza y no por estar ubicado en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución, aunque esta ubicación sirve a otros efectos en la propia Constitución<sup>291</sup>. Por el mismo motivo estimamos que un deber es fundamental por su propia naturaleza y no por su ubicación en la Constitución.

En este sentido, el deber de defender España es un deber fundamental. Otra cosa es como se articule esta defensa, siendo tan plausible una defensa militar como civil y así lo establece el propio artículo 30 de la Constitución. Ahora bien, cuando el ejército de un país se concibe en términos puramente "defensivos" y no "expansionistas" ni "agresivos" es concebible que en tiempos de paz, como los que por fortuna hemos vivido, el sentido del servicio militar para la defensa del país se vea minusvalorado en los valores vigentes de una sociedad dada frente a otras formas de defensa, pero que en caso de defensa armada frente a una agresión, esto es, de guerra -donde lo que está en juego es la supervivencia de la propia comunidad como tal-, es posible que los valores vigentes de una sociedad en este trance cambiaran, es posible que los motivos relevantes para exigir un tratamiento diferenciado fueran vistos con criterios más restrictivos o incluso llegado el caso pudiera prevalecer completamente el deber de defensa, civil o militar, frente a la propia libertad ideológica. Creo que esto no lo ha tenido en

---

<sup>290</sup> Comparte la queja SORIANO, R. (p. 85) al tratar el mismo tema en "La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivización en el ordenamiento jurídico español" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 58, 1987, pp. 61-110.

<sup>291</sup> Así, por ejemplo, SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. afirma que "los derechos constitucionales no deben su fundamentalidad al nivel de su eficacia o a su protección institucional o procesal, pues estos aspectos de los derechos fundamentales no son la causa de su valía, sino sólo el exponente de la misma. ...para nosotros no hay sino una fuente, o un criterio, necesariamente material, de la fundamentalidad de los derechos constitucionales, a saber: el de su relación, determinada ideológica, o teórica, o históricamente, o mediante referencias de este triple orden, con la dignidad y la libertad de la persona humana. Los derechos fundamentales... se refieren a relaciones o ámbitos vitales imprescindibles en el estadio histórico y cultural en el que nos movemos para asegurar el desarrollo en libertad de la persona" ("Algunas cuestiones básicas ...", op. cit., p. 92).

cuenta la Ley. 48/1984 y no olvidemos -es otro ejemplo de diferenciación establecido por la propia Constitución en un derecho fundamental- que el artículo 15 admite la posibilidad de establecer la pena de muerte para tiempos de guerra, esto es, la cesión de un derecho que aún siendo "supuesto ontológico" de los demás derechos puede ceder ante la necesidad de la defensa de España en tiempos de guerra.

### c) Derecho al trabajo.

Con el derecho al trabajo ocurre otro tanto. En la Sentencia 22/1981, de 2 de julio, entre otras cosas se afirma

"El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma".

Ahora bien, y en relación al caso concreto planteado,

"la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo... La limitación del derecho que la política de empleo a través de la jubilación forzosa lleva implícita no tiene, por consiguiente, su origen y justificación en la realización de una política de pleno empleo... Esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el art 35; pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29.2 -el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 de la Constitución). Por otra parte, dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general -otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales-, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil".

Una nueva diferenciación, pues, para el ejercicio efectivo de los derechos, si bien compensada por su "equivalente económico, como en el caso de la expropiación forzosa en relación al derecho de propiedad:

"Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso, además, que con ello no se lesione desproporionalmente un bien que se halla constitucionalmente garantizado".

#### d) Derecho a la asistencia de letrado.

Desde otra perspectiva, esto es, en el sentido de que, tal y como decíamos en el capítulo referente a la igualdad, el valor superior es la libertad, pero que ésta exige ciertas garantías materiales (no la "igualdad estricta" en general), podemos destacar lo que el Tribunal Constitucional nos dice en la sentencia 42/1982, de 5 de junio, sobre el derecho a la asistencia de letrado:

"En su regulación tradicional es fácil percibir la conexión existente entre este derecho y la institución misma del proceso, cuya importancia decisiva para la existencia del Estado de Derecho es innecesario subrayar; en razón de tal conexión, la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial (arts 118 y 860 de la LECr) para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado. Esta regulación tradicional responde a la concepción también tradicional del Estado de Derecho, en la que éste se entiende realizado con el mero aseguramiento formal de los derechos fundamentales. En cuanto esta concepción tradicional del Estado de Derecho no agota la noción de Estado Social de Derecho que incorpora nuestra Constitución, es evidente que las normas existentes sobre asistencia letrada han de ser reinterpretadas de conformidad con esta última y completadas. La idea del Estado Social de Derecho (art 1.1 C.E.) y el mandato genérico del art 9.2 exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido de Letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía, pues tal organización tiene deficiencias que desgraciadamente han quedado muy de relieve en el presente caso".

#### e) Derechos y libertades reconocidos a los extranjeros.

También son sintomáticas las reflexiones del Tribunal sobre los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros<sup>292</sup>. En la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, el Tribunal dice

"La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de

---

<sup>292</sup> Sobre el tema se puede consultar CRUZ VILLALON, P. "Dos cuestiones de titularidad de derechos: ...", op. cit., pp. 63-73.

igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el artículo 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España.

A tenor del artículo 13 de la Constitución, "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley". Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades -el término "libertades públicas" no tiene, obviamente, un significado restrictivo- reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley".

Quisieramos detenernos un momento aquí. Consideramos conveniente una lectura del siguiente tenor y más simple, la extranjería es un elemento "relevante" que puede implicar diferenciaciones, pero sólo de acuerdo con los valores vigentes en nuestra sociedad lo cual han de determinar los órganos "democráticos" competentes. Y creo que es la lectura que el Tribunal en realidad está haciendo de la Constitución cuando dice:

"El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio".

Sólo dos reflexiones:

1) Ni siquiera todos los españoles tienen reconocido los derechos del artículo 23. Sólo están reconocidos a los ciudadanos, por lo que la exclusión expresa de los extranjeros está de más, no así la salvedad que establece el propio artículo 13.2.

2) No se nos ocurre, de acuerdo con los valores vigentes en nuestra sociedad, que los extranjeros, por ejemplo, no tengan garantizado su derecho a la vida o a la integridad física y moral, a la libertad y a la seguridad, a su derecho al honor, a la intimidad personal o a la propia imagen, etcétera o que el contenido esencial de estos derechos para los extranjeros dependa de los tratados y las leyes. Me da la impresión, por otra parte que el propio constituyente, al reconocer los derechos concretos del Título primero estableció de *motu proprio* cuando la extranjería debía ser un elemento relevante para realizar diferenciaciones. Es así



cuando expresamente sólo reconoce determinados derechos a los "españoles", como es el caso del artículo 19 (elegir libremente su residencia y circular libremente por el territorio nacional y entrar y salir libremente de España)<sup>293</sup>, el artículo 29 (derecho de petición), el artículo 30 (derecho y deber de defender España), artículo 35 (derecho y deber al trabajo) y el artículo 47 (disfrute de una vivienda digna y adecuada); o cuando sólo reconoce determinados derechos a los "ciudadanos", como es el caso del artículo 23 citado (derecho a participar en los asuntos públicos y de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con las salvedades del artículo 13.2), el artículo 41 (régimen público de Seguridad Social) y el artículo 50 (la suficiencia económica durante la tercera edad).

#### f) Derecho a la intimidad personal.

Otro derecho, en este caso fundamental, que cede ante una función social, no expresamente recogida en la Constitución como límite de este derecho concreto, pero que se deriva de ella, es el derecho a la intimidad personal. Al respecto basta citar la Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, que, entre otras cosas, se pregunta

"¿en qué medida la Administración puede exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente? No hay duda que en principio puede hacerlo. La simple existencia del sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobatoria que requiere su efectividad lo demuestra. Es claro también que este derecho tiene un firme apoyo constitucional en el artículo 31.1 de la Norma Fundamental, según el cual "todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrán carácter confiscatorio". Y parece inútil recordar que en el mundo actual la amplitud y la complejidad de las funciones que asume el Estado hace que los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de una aportación equitativa para su sostenimiento resulta especialmente apremiante. De otra forma se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. De ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta".

---

<sup>293</sup> Sobre este derecho, en la reciente sentencia 94/1993, de 22 de marzo, el Tribunal entiende que "resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19". Ahora bien, "cuestión distinta es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de los extranjeros en España. La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE y STC 107/1984, f. j. 3º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano". En el mismo sentido, la Sentencia 116/1993, de 29 de marzo.

He alargado la cita hasta esta última frase, cuando no había necesidad a efectos de nuestro discurso, sólo para demostrar que el Tribunal Constitucional también se puede permitir "ironías".

Más clara, si cabe, en el mismo sentido la Sentencia 37/1989, de 15 de febrero, que expresamente dice

"aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que, ..., la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualesquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones".

#### g) Derecho a la vida.

Quizá una de las sentencias de mayor repercusión social en la historia de nuestra jurisprudencia constitucional sea la Sentencia 53/1985, de 11 de abril<sup>294</sup>, en la que, con motivo del proyecto de ley de despenalización del aborto en determinados supuestos, el Tribunal aplica -pensamos que no correctamente- lo que podemos denominar su *doctrina de las diferenciaciones* que en el caso concreto se refiere a la concurrencia de varios derechos y bienes constitucionalmente garantizados, aunque el Tribunal en un primer momento de sus fundamentos parece reducirlo a una controversia a dos: el derecho a la vida y el derecho a la dignidad de la mujer. Mucho se ha escrito sobre esta sentencia y no vamos a reiterarnos sobre observaciones tan obvias en relación a los defectos de la misma, por otra parte apuntados en los votos particulares en la sentencia, como es la afirmación de que la vida humana es el valor superior del ordenamiento jurídico constitucional u otras observaciones de carácter axiológico. A nuestros efectos, interesa destacar que la Sentencia reconoce un

---

<sup>294</sup> Interesa destacar de esta sentencia a otros efectos la definición que da de dignidad de la persona: "La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por los demás". Este concepto de dignidad es una concepción del ser humano que reúne en sí las dos concepciones en juego en los modelos de democracia (la dignidad como autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y dignidad como respeto debido por los demás), por lo que el Tribunal Constitucional, con aciertos y desaciertos, se sitúa en una perspectiva superadora de las versiones más radicales de las dos líneas de pensamiento en torno a la democracia que enunciábamos en el capítulo *¿Teoría o teorías?*

conflicto entre un bien constitucionalmente protegido (la vida del *nasciturus*)<sup>295</sup> y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (el libre desarrollo de la personalidad, los derechos a la integridad física y moral, la libertad de ideas y creencias, el honor, la intimidad personal y la propia imagen), conflicto que resuelve ponderando los bienes y derechos en juego.

Conviene, en cualquier caso, hacer al hilo de esta Sentencia una observación general. En uno de los votos particulares, Francisco Rubio y LLorente dice:

"El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos "encarnan", para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone. Por esta vía, es claro que podía el Tribunal Constitucional, contrastando las leyes con los valores abstractos que la Constitución efectivamente proclama (entre los cuales no está, evidentemente, el de la vida, pues la vida es algo más que un "valor jurídico") invalidar cualquier Ley por considerarla incompatible con su propio sentimiento de la libertad, de la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez".

Creemos que de la lectura de la cita quedan claros los límites de la competencia del Tribunal Constitucional en su actuación y, por tanto, de la posibilidad que tiene de establecer diferenciaciones en función de criterios de "relevancia" según los valores vigentes en nuestra sociedad que vienen establecidos en la propia Constitución. La misma idea, en la que también coinciden los otros votos particulares, es expresada por Tomás y Valiente claramente:

"La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo".

Sobre el derecho a la vida (aquí sí derecho a la vida y no la vida del

---

<sup>295</sup> No toda la doctrina se muestra conforme con la afirmación de que la vida del *nasciturus* sea únicamente un bien constitucional y no un derecho protegido constitucionalmente. Véase, entre otros, GARCIA GONZALEZ, J. A. "Constitución, vida y aborto, su formulación progresiva en el Estado social y democrático de Derecho" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 38, 1984, pp. 239-258.

*nasciturus* como bien jurídicamente protegible) y su tensión con la libertad encontramos otras sentencias como la Sentencia 11/1991, de 17 de enero. En ella el Tribunal argumenta que:

*"de la doctrina contenida en las SSTC 120/1990 y 137/1990 se desprende que, como se señala en la primera de dichas Sentencias, "no es constitucionalmente exigible a la Administración Penitenciaria que se abstenga de prestar asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la CE protege" (f.j 7º). Pero esta protección que entraña necesariamente una restricción a la libertad, ha de realizarse mediante un ponderado juicio de proporcionalidad que, sin impedir los deberes de la Administración Penitenciaria a velar por la vida, integridad y salud de los internos (art 3.4 de la LOGP), restrinja al mínimo los derechos fundamentales de quienes, por el riesgo de su vida en que voluntariamente se han colocado, precisen de tal protección. No establecen, pues, dichas Sentencias un límite que rigurosamente haya de ser respetado en todo caso como una exigencia constitucional, sino una adecuada ponderación que, con criterios médicos y jurídicos, ha de realizarse en cada supuesto por la Administración Penitenciaria y, en su caso, por los órganos judiciales con competencia sobre esta materia."*

#### **h) Derecho a la educación.**

Un ejemplo de derecho que se deriva de la libertad, pero que necesariamente cuenta con un carácter prestacional por parte del Estado es el derecho a la educación. El mismo Tribunal lo reconoce en la Sentencia 86/1985, de 10 de julio, al decir que el derecho de todos a la educación "incorpora, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho". El Tribunal, sin embargo, continua diciendo

*"el citado artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta, materializada en la técnica subvencional o, de otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley -...-, Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa".*

Pues bien, creemos que yerra el Tribunal al considerar que no existe un derecho subjetivo a la prestación pública. Según nuestra opinión, este derecho existe en la medida que así lo dispone la Constitución que establece claramente en su artículo 27.9 que "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca". Ahora bien, como todo derecho está sujeto a la aplicación de los criterios de igualdad que, como ya sabemos, ante una causa relevante permite diferenciaciones y a éstas se remite la Constitución cuando establece que es la ley la que tendrá que establecerlas. A esa misma conclusión llega el Tribunal, aunque por otro camino, cuando afirma que

"el que en el artículo 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la Ley en donde se articulen sus condiciones y límites, no significa obviamente, que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo. La Ley que reclama el artículo 27.9 no podrá, en particular contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad. Como vinculación positiva, también, el legislador habrá de atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (arts. 1.1, 9.2 y 31.2, principalmente). Desde esta última advertencia, por lo tanto, no puede, en modo alguno, reputarse inconstitucional el que el legislador, del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión".

Por tanto, es un derecho que hay que aplicar respetando el "principio de igualdad" en palabras del Tribunal, aplicando los criterios de igualdad, según la tesis que venimos manteniendo. Por lo demás, se observa perfectamente como el Tribunal recurre a elementos de relevancia como las "condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación" en función de lo dispuesto en los artículos 1.1, 9.2 y 31.2 de la Constitución.

#### **i) Derecho a la libertad y a la seguridad.**

Todo lo dicho hasta ahora no serviría de nada si no se aplicara a la concreción más clara de la libertad, esto es, el derecho a la libertad y a la seguridad. El mismo Tribunal lo reconoce en la Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, cuando dice "no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí". Pues bien, incluso este derecho admite diferenciaciones de todos conocidas:

- "El derecho a la libertad del artículo 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo "en los casos y en la forma previstos en la Ley": En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la C.E., por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad".

Por lo demás, es claro que el Tribunal se aparta de una concepción formalista de los derechos fundamentales como afirma claramente en la

**Sentencia 47/1987, de 22 de abril:**

**"la Constitución concede protección a los derechos fundamentales considerados no en sentido teórico e ideal sino como derechos reales y efectivos y ello impone el deber de examinar las denuncias de su vulneración mediante la utilización de criterios sustantivos que, atendiendo al contenido y finalidad del derecho que se dice vulnerado, permitan apreciar si esa vulneración se ha o no real y efectivamente producido, más allá de la pura apariencia nominalista."**

Es claro que el artículo 17.1 de la Constitución remite a la ley para la determinación de los casos en los que se podrá disponer una privación de libertad, pero como indica la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, "la ley no puede configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad". En el mismo sentido se había pronunciado la Sentencia 178/1985 al decir que debe exigirse "una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aun previstas en la Ley- privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación".

**j) La suspensión de los derechos.**

El caso más claro de aplicación de diferenciaciones respecto a los derechos y libertades públicas por la propia Constitución es la posibilidad de suspensión de los mismos del artículo 55. Como el mismo Tribunal Constitucional, en la Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, dice:

**"esta previsión constitucional demuestra, sin necesidad de mayor argumentación adicional, el reconocimiento *ex Constitutione* de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto al goce de determinados derechos constitucionales en ciertas situaciones cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional".**

Es interesante destacar que los elementos relevantes que considera el propio Tribunal son dos : el derecho a la vida y a la integridad física de los demás y el propio orden democrático constitucional. Por tanto, la propia democracia, el propio orden democrático está exigiendo diferenciaciones en cuanto a los derechos que para algunos tratadistas hemos visto que su reconocimiento a todos

constituye requisito imprescindible para poder hablar de régimen democrático.

Por lo visto hasta el momento, parece que el reconocimiento a "todos o a la mayor parte" se da pero siempre a condición de aplicar los criterios de igualdad que pueden establecer diferenciaciones de acuerdo con los valores vigentes en nuestra sociedad, pero esto sucede no sólo respecto a los derechos considerados tradicionalmente "civiles y políticos", sino en general para todos los derechos, incluidos los que se vienen llamando por parte de la doctrina "derechos económicos y sociales". Posiblemente la complejidad de los "régimenes democráticos, exija una mayor precisión al plantearse la cuestión de sus requisitos mínimos.

#### 4.3.- CONCLUSIONES ESPECIFICAS

Como conclusión de todo lo analizado podríamos decir que un régimen democrático se caracteriza por la tendencia a garantizar un máximo de derechos en general (individuales, colectivos; civiles, políticos, económicos y sociales) a menos que existan causas "relevantes" que lo impidan. Si ésto es así nos inclinamos a pensar, en una primera aproximación, que las democracias se caracterizarían por la búsqueda de un equilibrio siempre inestable entre la eficacia del sistema como dador de seguridad y el mantenimiento de condiciones de diferenciación social. Parece que la configuración de los derechos en nuestra jurisprudencia apunta en esta dirección.

Un ejemplo meridianamente claro de esta conclusión y, a su vez, de la tensión entre eficacia y tendencia al mayor reconocimiento de los derechos en general, lo encontramos en la Sentencia 223/1988, de 24 de noviembre, relativa al derecho al proceso sin dilaciones indebidas. En esta sentencia el Tribunal afirma que

"en una sociedad democrática el derecho a la recta y eficaz administración de justicia ocupa un lugar de tal preeminencia que una interpretación restrictiva del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución, no corresponderá al sentido y al objeto de este precepto".

Correcto, todos estamos de acuerdo en afirmar el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, o mejor, a un proceso que garantizando una resolución "justa" sea cuanto más rápido mejor, pero creemos que también todos estaremos

de acuerdo en que la rapidez de los procesos depende de la "eficacia" de la administración, de la eficacia del "poder". Por desgracia, actualmente los Tribunales de Justicia no están en condiciones de dar una respuesta rápida a las demandas de los ciudadanos. Este es precisamente uno de los riesgos de los actuales regímenes democráticos: su creciente incapacidad (falta de eficacia) para garantizar en el mayor grado los derechos en general.

En cualquier caso, conviene recordar a nuestros efectos los siguientes puntos:

1.- En su aspecto objetivo, los derechos fundan un *status* jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos para la configuración del orden democrático.

2.- El sistema constitucional de derechos fundamentales aparece como un sistema abierto a la experiencia social e histórica a través de su conexión con el principio de soberanía popular.

3.- Es consustancial a los derechos su función social, incluida la propiedad.

4.- Una sociedad democrática admite la objeción de conciencia producto de la propia libertad.

5.- La dignidad de la persona, fundamento de nuestro orden político, se concibe tanto como autodeterminación consciente y responsable de la propia vida como respeto debido por los demás.

6.- En la aplicación de los derechos es relevante la consideración de las condiciones sociales y económicas.

7.- También es relevante para el trato diferenciado en la aplicación de los derechos, los casos de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional.





## 5.- DIVISION DE PODERES

### 5.1.- INTRODUCCION

Las democracias actuales no se pueden entender sin la tradición del liberalismo. Hoy día, se suele hablar de *democracia-liberal*, más que de *democracia a secas*. Pues bien, dentro de las aportaciones del liberalismo a la construcción del Estado moderno predomina la idea del Estado de Derecho al cual, junto a la vieja doctrina de la superioridad del gobierno de las leyes y el reconocimiento y protección jurídica de los derechos individuales (en principio, naturales), es consustancial todo mecanismo que limite, impida y obstaculice el ejercicio arbitrario del poder. Entre estos mecanismos siempre se ha resaltado el principio de *división de poderes* explicitado por Montesquieu<sup>296</sup>.

Montesquieu, influenciado por el ejemplo inglés, distinguió tres poderes que, a la postre, se han convertido en clásicos: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Sobre esta distinción se han construido dos tradiciones o formas de entender la división de poderes: aquélla que la concibe en sus estrictos términos, de profunda influencia en los Estados Unidos de América<sup>297</sup>; y aquélla según la cual más que de separación estricta hay que hablar de colaboración entre los poderes o bien de frenos y contrapesos que supongan zonas de actuación conjunta.

Ahora bien, se entienda como se entienda es claro que esta antigua configuración teórica ha sufrido profundas modificaciones a lo largo de los dos últimos siglos<sup>298</sup> y sobre todo en los últimos decenios<sup>299</sup>. Fruto de ello es nuestra

---

<sup>296</sup> *El espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, Lib. XI, Cap. VI o pp. 107-114.

<sup>297</sup> GARCIA, E. apunta las notas básicas que sirven para diferenciar la doctrina americana de división de poderes de la europea decimonónica: 1. La existencia de una total homogeneidad social que permite establecer desde el principio una tajante distinción entre poder constituyente y poderes constituidos; 2. La sustitución de la idea de separación de poderes por la división de funciones y equilibrio de poderes '*cheks and balance*'; 3. La introducción por vez primera de la noción de división territorial de poder. ("Crisis jurídica y crisis política de la inmunidad parlamentaria" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 18, 1989, p. 98).

<sup>298</sup> WEBER, M. ya había apuntado el paso de la 'participación sociológica de los derechos de mando' a la 'distribución jurídica de la competencia' (*Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 227, citada por GARCIA, E., op. cit., p. 99). Por lo demás, son

actual Constitución donde el principio de que cada función estatal debe ser ejercida por un sólo órgano ha dejado paso, en nuestra Constitución, a la consagración de la colaboración de poderes y a la noción de interdependencia<sup>300</sup>. No en balde, el propio Tribunal Constitucional en Sentencia 77/1983, de 3 de octubre afirma

"No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado..., 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..."

Ello no quiere decir que no se pueda hablar de una división de poderes<sup>301</sup>, aunque la Constitución únicamente utiliza esta expresión para referirse al poder judicial, sino lo que hay que afirmar es su distinto significado<sup>302</sup>. Y es que cada uno de los tres clásicos poderes -ejecutivo, legislativo y judicial- ha adquirido una nueva configuración que va desde la pérdida del peso específico del Parlamento -

---

interesantes las reflexiones de CAPPELLETTI, M. en "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, pp. 9-46.

<sup>299</sup> Es claro que el planteamiento de esta tesis, ceñido a un estudio empírico sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dificulta un profundo análisis de las alteraciones del principio en la realidad política y sus efectos sobre la configuración democrática de un régimen político. En la actualidad, cuando Gobierno y Parlamento -las más de las veces- forman un tándem unido por el mismo partido político, estando sujeto el Poder Judicial a la aplicación de la ley aprobada por tal tándem, siendo los miembros del Tribunal Constitucional elegidos en gran medida por el mismo tándem, la división de poderes entendida como limitación del poder ha dejado de tener gran parte de su sentido. Como afirma GARRORENA MORALES, "asistimos, por tanto, al final del dogma de la separación de poderes (...) sin que en su lugar hayamos visto aparecer -...- ningún esquema sustitutorio con un mínimo de vocación dialéctica." (*Representación política y Constitución democrática*, Civitas, Madrid, 1991, p. 75).

<sup>300</sup> En el mismo debate constituyente el señor Tierno Galván decía: "He visto que la Constitución -y era presumible que fuera así- reconocía y admitía la vieja teoría de la división de poderes, con novedades incuestionables, pero que la independencia de los poderes se mantenía, y que esta independencia de los poderes no iba acompañada de ninguna exclusividad con relación a ninguno de ellos" (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 1749).

<sup>301</sup> Es interesante consultar la descripción de LUCAS VERDU sobre las distintas perspectivas y enfoques en torno a la vigencia o no del principio en la actualidad (*Curso de Derecho Político*, II, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 133 y ss).

<sup>302</sup> Para GARCIA, E. "el estado constitucional democrático mantiene viva la idea nuclear básica del pensamiento político de Montesquieu, gracias a que los mecanismos jurídicos de división de poderes se complementan y, en cierto modo, se confunden, con un sistema interno de pesos y contrapesos de tipo político que limita considerablemente el poder de la mayoría y al que STERNBERGER, en expresión, desafortunada en la forma, pero tremendamente significativa en el fondo, ha denominado 'división vital del poder'" ("Crisis jurídica...", op. cit., p. 101).

aunque siga siendo considerado como el órgano representativo por excelencia-hasta el fenómeno del fortalecimiento del ejecutivo -que en nuestro país se constitucionaliza especialmente en la figura del Presidente del Gobierno-, sin olvidar la posición constitucional del poder judicial. Todo ello dentro de una monarquía parlamentaria, donde el rey no puede ser considerado como integrante del poder ejecutivo<sup>303</sup>.

Sin embargo, no es ésta la sede de una disección de cómo el poder constituyente configuró la división de poderes en la Constitución de 1978<sup>304</sup>, sino el cómo ha sido entendida por el Tribunal Constitucional, un nuevo poder que como el resto está sometido a la Constitución producto, a su vez, del poder constituyente. Además, hay que tener en cuenta que el artículo 1.2 de nuestra Constitución hace residir la soberanía nacional "en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". Y, sobre todo, aunque no olvidemos a los demás, el análisis se ha de centrar en la relación entre Poder legislativo y Tribunal Constitucional, pues como pone de manifiesto Landelino Lavilla "el principio de constitucionalidad proyecta ciertamente su cobertura y exigencias sobre los demás poderes -el ejecutivo y el judicial-, pero, mientras que para éstos la sujeción a la Constitución no hace sino enmarcar y cerrar su posición de subordinación a la Ley, para el poder legislativo supone un cambio cualitativo en su posición: hasta entonces, en el panorama constitucional de los Estados liberales del siglo XIX, el legislador podía todo; ahora el legislador, bajo la vigencia del nuevo principio, ya no puede más que en tanto en cuanto respete la norma constitucional"<sup>305</sup>.

A partir de estos planteamientos iniciales nos proponemos analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, si bien estimamos conveniente hacer previamente algunas precisiones.

La primera tiene relación con un problema al que en esta sede pretendemos dar solución o, al menos, aclarar el planteamiento del mismo, y al

---

<sup>303</sup> ALVAREZ CONDE, E. *Curso de ...*, op. cit., vol I, p. 94.

<sup>304</sup> Sobre el tema desde esta perspectiva, se pueden consultar, entre otras, MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. "De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989, pp. 47-77.

<sup>305</sup> LAVILLA, L. "Juridificación del poder y equilibrio constitucional" en LOPEZ PINA (coord.) *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 57.

que hacíamos referencia en el capítulo referido a la igualdad. Planteábamos entonces el problema de que a la hora de decidir la relevancia que implica un tratamiento diferenciado en un momento dado es el legislador, como depositario directo de la voluntad popular, el que tiene la palabra pero que también se justifica el control del Tribunal Constitucional de ese juicio y que éste, aunque de forma indirecta, es también depositario de la voluntad popular. Puede aclarar la cuestión las siguientes palabras de Landelino Lavilla<sup>306</sup>: "la plenitud democrática se manifiesta estelarmente en el acto constituyente y ningún poder tiene mayor legitimidad que otro si aquél y éste se erigen y actúan conforme a la voluntad del pueblo expresada en la Constitución. Por ello, socava literalmente el fundamento mismo de la Democracia la escalada argumental que, al hilo de episodios o contratiempos, incita a una pugna emuladora -en el pleno de la legitimidad- cuando es el mismo el título legitimador de todos los poderes constituidos y es el mismo su grado de legitimidad en el ejercicio de las competencias y en el desempeño de las funciones atribuidas a cada uno". Si es así, el problema se traslada al ejercicio de las competencias de cada uno y, en especial, al ejercicio de competencias donde su deslinde es borroso. Sobre el tema la doctrina se ha pronunciado en reiteradas ocasiones y respecto a la relación poder legislativo-jurisdicción constitucional se ha hecho hincapié en la idea de *self-restraint* de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, aunque se ha intentado definir este auto-control<sup>307</sup>, es claro que habrá que estar a la actuación concreta de los Tribunales Constitucionales para juzgar los casos concretos. En el próximo epígrafe analizaremos el caso español.

Una segunda precisión es que, si bien en la teoría de la división de poderes la distinción entre ejecutivo y legislativo es necesaria<sup>308</sup>, a nuestros efectos el foco

---

<sup>306</sup> LAVILLA, L., op. cit., p. 58.

<sup>307</sup> Véase SCHNEIDER, H. P. "Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional" en LOPEZ PINA (coord.), op. cit., pp. 73-77 para el cual "la autolimitación judicial no es, pues, una suerte de componente subjetivo y extraño añadido a la esencia de la Constitución, sino algo querido por razón de la específica estructura normativa de la Constitución. Si concebimos en este sentido la prudencia como un principio de la interpretación asegurador de la operatividad funcional de la Constitución, como tarea inmediata se nos plantea a renglón seguido "operacionalizar" el mandato de autolimitación, traducirlo en figuras argumentativas practicables y plausibles, y elaborarlo en forma de una concepción metódica concluyente".

<sup>308</sup> Sobre algunos aspectos de esta cuestión (fundamento y naturaleza de las facultades normativas del Gobierno) se puede consultar ESPIN TEMPLADO, E. "Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 6, 1985, pp. 168-230. Otros aspectos (entre ellos el control parlamentario del Gobierno)

de atención se centrará sobre el legislativo. Y ello porque, siguiendo de nuevo a Landelino Lavilla, "en la realidad del régimen parlamentario, el polo de tensión representado por el poder legislativo incluye al ejecutivo, dado que es fácil constatar la difuminación de la división entre ambos poderes: aunque el sistema siga construido conceptualmente sobre la dialéctica básica entre Parlamento y Gobierno, la significación institucional de los partidos políticos, la rigidez de los sistemas electorales y la férrea disciplina del voto trasladan el centro de la pugna política a la confrontación entre mayoría y minoría en el seno de la asamblea parlamentaria y en la apelación al electorado"<sup>309</sup>. Esto obviamente no quiere decir que no exista tal división, sino al contrario, ésta es dispuesta por la Constitución donde se atribuyen distintas competencias y funciones a gobierno y parlamento<sup>310</sup>. También analizaremos esta cuestión.

Por último, se hace necesaria una referencia a la división vertical del poder, fundamentalmente en lo que se refiere a las Comunidades Autónomas. No en balde, la doctrina ha puesto de manifiesto que el principio de autonomía como criterio de división vertical del poder actúa de forma semejante al principio de división horizontal del poder<sup>311</sup>. Ahora bien, en las líneas que siguen haremos una breve referencia por tratar del tema en un próximo Capítulo relativo a la Descentralización.

## 5.2.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Interesa destacar desde un principio las dificultades que supone enfrentarse al análisis jurisprudencial de la plasmación jurídica de un principio político como es el de la división de poderes. Es indudable que una correcta intelección

---

serán estudiados en otros capítulos de este estudio.

<sup>309</sup> LAVILLA, L., op. cit., p. 58.

<sup>310</sup> Sobre el tema es recomendable la lectura de ARAGON REYES, M. *Gobierno y Cortes*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994.

<sup>311</sup> AJA, E., en este sentido, afirma que el principio autonómico "atribuye a cada instancia unas competencias, unos órganos y unos recursos o al menos los criterios necesarios para su determinación, pero igual que la división horizontal de poderes, la vertical es principalmente una división orgánica, porque tras el establecimiento separado de instituciones, competencias y recursos entre las dos instancias la Constitución prevé una pluralidad de vías para la colaboración entre ambas" ("La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989, p. 238).

del mismo exigiría un estudio pormenorizado del conjunto de las instituciones y de las potestades jurídicas que les vienen atribuidas a los distintos poderes del Estado. Es por ello que, tras señalar el significado central que adquiere este principio en la definición del régimen democrático, nos vamos a centrar en el análisis de los límites de la actuación del propio Tribunal Constitucional respecto a los otros poderes, pues consideramos central en la configuración de un modelo de democracia la respuesta a la pregunta ¿quién custodia a los custodios?

a) ¿Un problema teórico irresoluble?

En una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, la 4/1981, de 2 de febrero, éste se pronuncia en los siguientes términos:

"en definitiva, 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".

Como afirma Espín Templado<sup>312</sup>, "es evidente que aun sin explicarlo, el Tribunal Constitucional opera aquí asumiendo el principio de la separación de poderes". Y es que el conjunto de la doctrina ha puesto de manifiesto que la Constitución española de 1978 está basada, entre otros principios, en el principio de la división de poderes, bien que no se refiera explícitamente a él ni emplee el término "poder" más que para referirse al poder judicial en el Título VI. De la regulación constitucional se deduce con claridad la presencia de los tres poderes tradicionales a los que se les asignan las funciones también tradicionales. El Tribunal Constitucional, así pues, no podía ser ajeno a tal interpretación de la Constitución.

Ahora bien, el reconocimiento del principio no resuelve los problemas que para cualquier teórico de la democracia supone conjugar un poder único que emana del pueblo (Rousseau) con un principio que divide tal poder (Montesquieu) en función de consideraciones pragmáticas. Así, la Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, dice

"La Constitución española en su artículo 66 determina taxativamente que las Cortes Generales representan al pueblo español y ejercen la potestad legislativa del Estado. Esta declaración constitucional, pilar sobre el que se cimienta el régimen democrático y parlamentario hoy

---

<sup>312</sup> Op. cit., p. 179.

vigente en España, conlleva: a) el reconocimiento indiscutible de que las Cortes Generales son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario..."

Se observa fácilmente que el *régimen democrático* en España se cimienta sobre el *principio de división de poderes* en virtud del cual la potestad legislativa corresponde a las Cortes Generales que representan al pueblo español. Ahora bien, veámos que en la Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, el propio Tribunal Constitucional se reconocía el ejercicio de la función de enjuiciar al poder legislativo, representante del pueblo. La cuestión bien merece nuestra atención.

#### b) ¿Quién custodia a los custodios?

Cómo expresa acertadamente Pérez Royo<sup>313</sup>, "puesto que una vez que existe un Estado constitucional digno de tal nombre, el problema de los límites del poder político acaba siendo siempre un problema de interpretación de la Constitución, se comprende perfectamente el porqué de la insistencia en los límites de la Justicia Constitucional. Puesto que en todo Estado se tiene que poner fin en algún momento a un control de tipo externo, si no hay un sistema de control de constitucionalidad de la ley, es el órgano legislativo el que tiene que autolimitarse al interpretar la Constitución bajo el control difuso de la opinión pública. Si existe un tal sistema, el legislador puede acabar estando sometido a un control externo, pero es entonces el Tribunal Constitucional el que tiene que autolimitarse al interpretar el texto constitucional, para no transformar la prerrogativa de la interpretación de la Constitución en un monopolio de hecho e interferir indebidamente en la competencia de los otros órganos del Estado". Pues bien, parece que nuestro Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias asumió ese principio de autolimitación (*self restraint*). Así es que en la temprana Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, establecía, entre otras cosas, que

"en un sistema de pluralismo político (art 1 de la Constitución) la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo".

El Tribunal Constitucional, por tanto, estaba circunscribiendo su ámbito de actuación a un enjuiciamiento jurídico y no político. Más clara al respecto es la

---

<sup>313</sup> PEREZ ROYO, J. *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 22-23.



## Sentencia 11/1981, de 8 de abril, según la cual

"convendrá observar, una vez más, que en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermeneúticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo".<sup>314</sup>

Desde esta perspectiva Perez Royo ha podido decir que "considerada en su conjunto, se puede afirmar que la incidencia de la jurisprudencia constitucional en la dirección política del país a través del condicionamiento de la actividad del legislador no ha sido importante"<sup>315</sup>.

Landelino Lavilla<sup>316</sup> ha resumido en tres las razones que explican el alcance y significación del principio de autolimitación:

-La presunción de constitucionalidad de la acción de los poderes públicos.

-La gravedad que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, tiene la expulsión de una norma primaria del ordenamiento.

-La gravedad, también desde el punto de vista político, de la declaración de nulidad de un producto normativo que, *hic et nunc*, expresa la voluntad de la mayoría del órgano titular del poder legislativo y, por ende, en virtud del principio representativo (art. 66.1 de la Constitución), de la mayoría del pueblo titular de la soberanía (art 1.2 de la Constitución).

---

<sup>314</sup> En esta línea, llega incluso a afirmar en la Sentencia de 27 de julio, que "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".

<sup>315</sup> Op. cit., p. 80.

<sup>316</sup> Op. cit., p. 63.

De ahí que se pueda afirmar que "la jurisprudencia constitucional en los recursos de inconstitucionalidad resueltos (otra cosa es en los recursos de amparo o en las cuestiones de inconstitucionalidad), más que en un pronunciamiento sobre los propios límites a los que está o puede estar sometido el legislador al dictar una ley, se ha convertido a lo largo de estos años en un pronunciamiento sobre los propios límites del Tribunal Constitucional"<sup>317</sup>.

Pérez Royo resume los criterios de autolimitación del Tribunal Constitucional en los siguientes:

1.- Limitación del análisis del Tribunal Constitucional a los textos legales y a las fórmulas legislativas que no se encuentran expresamente derogadas y que han sido expresamente recurridas (STC 11/1981).

2.- Interpretación "conforme a la Constitución" de la ley impugnada siempre que es posible, pero resaltándose además que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse exclusivamente "respecto de los preceptos impugnados, no sobre eventuales e hipotéticas interpretaciones de los mismos" (SsTC 4/1981, 77/1985, entre otras).

3.- La interpretación del legislador no tiene por qué ser la más lógica, la más coherente de las posibles con la voluntad del constituyente tal como se desprende de la redacción de la Constitución y del propio *iter* constituyente, sino que basta con que encaje o, mejor dicho, con que no esté manifiestamente en contra de la Constitución (STC 108/1986, entre otras).

Ahora bien, si en línea de principio, de acuerdo con los criterios señalados se puede afirmar la actitud prudente del Tribunal en su relación con el poder legislativo, también hay que señalar, con la doctrina y en diversas ocasiones con los votos particulares del mismo Tribunal, que en algunas sentencias el Tribunal no ha sido "cauto" a la hora de auto-limitarse, ya no sólo en la utilización de las "sentencias interpretativas", sino proyectando sus fallos sobre la función creadora del Derecho<sup>318</sup>. Ahora bien, algunos autores lo encuentran justificado pues, como

---

<sup>317</sup> PEREZ ROYO, *op. cit.*, p. 80.

<sup>318</sup> Se puede ver LAVILLA, L., *op. cit.*, pp. 65-68.

dice Aguiar de Luque<sup>319</sup>, "el parámetro sobre el que el Tribunal Constitucional Español ha de desempeñar su función es un texto constitucional extraordinariamente abierto al futuro, con un abundante elenco de disposiciones materiales, un reconocimiento como derecho inmediatamente aplicable de derechos positivos y de prestación y un amplio reconocimiento del principio de igualdad del artículo 14, que alcanza a todos los operadores jurídicos del sistema, incluido el propio legislador, rasgos todos ellos del ordenamiento constitucional español, que propician el protagonismo del Tribunal en la labor legislativa". Al respecto son significativas, entre otras<sup>320</sup>, las siguientes sentencias:

-La Sentencia 3/1983, de 25 de enero, en la que el Tribunal afirma que "sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el artículo 170 y conexos, para que evitara la imposibilidad de recurso en supuestos de falta de medios o de simple falta de liquidez, a través, en este último supuesto, de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica", haciendo, por tanto, un requerimiento que para el Magistrado Arozamena supone incidir "en áreas que no son propias del Tribunal". Un caso parecido se puede observar en la Sentencia 123/1984, de 18 de diciembre.

-La Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, que para algunos supone una verdadera subrogación en la posición constitucional de las Cortes Generales, en la que el Tribunal declara inconstitucional la discriminación por razón de sexo al ser distintos los requisitos establecidos para percibir la pensión de viudedad según se tratara de hombre o de mujer. Al establecerse con carácter general para el varón según el voto particular de los Magistrados Arozamena y Pera se produce "una innovación por la vía de la Sentencia del Derecho de Seguridad Social.

-La Sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal que despenaliza el aborto en determinados supuestos,

---

<sup>319</sup> AGUIAR DE LUQUE, L. "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", en *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, p. 13.

<sup>320</sup> Existen también Sentencias con una "intervención *sui generis*" del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, la Sentencia 32/1981, de 28 de julio que interpreta las normas básicas en sentido material para evitar que las Comunidades Autónomas no vieran imposibilitada su acción legislativa por la inacción del legislador del Estado; o las Sentencias que como la 15/1982, de 23 de abril que entiende el ejercicio de la objeción de conciencia como causa de suspensión provisional de la incorporación a filas en tanto en cuanto no fuera regulado tal derecho por el legislador.

en la que el Tribunal afirma que "como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el artículo 79.4.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, indicar las modificaciones que, a su juicio -y sin excluir otras posibles-, permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente". Como ya vimos, en su momento fueron varios los votos particulares donde se indicaba la posibilidad de que el Tribunal se hubiera excedido en sus funciones llegando incluso a convertirse en legislador positivo.

Por lo demás, en cuanto a la relación entre el Tribunal Constitucional y el poder legislativo es clara la opinión del primero en cuanto a su posición de supremacía en la interpretación de la Constitución. Muy clara al respecto es la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, en la que afirma que

"las Cortes Generales, como titulares "de la potestad legislativa del Estado" (art. 66.2 de la Constitución), pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo se fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél".

Habría que añadir que, en ese sentido, el Tribunal Constitucional también es poder constituido y es claro que a partir de aquí se produzcan las interminables discusiones en la doctrina sobre el papel de la justicia constitucional en relación al poder constituyente. En cualquier caso, la conclusión para el Tribunal es clara:

"Es cierto que todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo. Pero el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que debe atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en el mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos".

Por tanto, si el legislador dicta una norma meramente interpretativa "se

coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional".

En cuanto a la posición del ejecutivo dentro de la división de poderes quizá sea conveniente en esta sede limitarse a analizarla en relación con esa zona común que le compete, junto al legislativo, que es la potestad normativa con fuerza de ley del Gobierno, ya que la potestad reglamentaria (a salvo la posibilidad de los reglamentos independientes) y su acción ejecutiva estarían sometidos al principio de legalidad. Pues bien al respecto, como indica Perez Royo<sup>321</sup>, el Tribunal Constitucional ha declarado en diversas ocasiones que tal potestad normativa con fuerza de ley no es equiparable en ningún caso a la de las Cortes. Siguiendo a este autor tres son las consecuencias de tipo práctico que ha deducido el Tribunal Constitucional de tal diferencia:

a) Lo que pueden hacer las Cortes Generales mediante ley no puede hacerlo el Gobierno mediante Decreto legislativo. Y así en la Sentencia 51/1982, de 19 de julio, en materia de clasificación profesional el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional la exclusión de la doble instancia, no porque repugnara a la Constitución, sino porque había sido decidida por el Gobierno en Decreto legislativo y no por las Cortes Generales en la Ley de delegación: "Un precepto determinado que si emana directamente de las Cortes Generales no sería anticonstitucional, a no ser por oposición material a la Constitución, puede serlo si procede del Gobierno a través de un Decreto Legislativo".

b) Las limitaciones a que está sometido el Decreto-ley en virtud del artículo 86.1 CE, por ser un producto del Gobierno, dejan de existir cuando tal Decreto-ley es tramitado, de acuerdo con el artículo 86.3 CE, como proyecto de ley y acaba convirtiéndose en Ley de las Cortes Generales, pues con ello ha cambiado la naturaleza jurídica de la norma" (STC 29/1982).

c) Cuando se produce simplemente la "convalidación del Decreto-ley por el Congreso de los Diputados, no cambia, por el contrario, la naturaleza jurídica de la norma, que sigue siendo Decreto-ley, sometido por tanto a las limitaciones de tipo material previstas en el artículo 86.1 de la Constitución.

---

<sup>321</sup> Op. cit., pp. 96-100

Por lo demás, en relación al ámbito de participación del Gobierno en cuanto a su capacidad normativa con fuerza de ley, el Tribunal la ha entendido en términos amplios. En la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, el Tribunal empieza recordando los rasgos básicos de la regulación constitucional del Decreto-ley, esto es, que se encuentra regulado por el artículo 86.1 de la Constitución, que el artículo 86.1 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, entre las cuales hay que recordar, como las más destacadas, que exista una situación que pueda calificarse como de "extraordinaria y urgente necesidad", que en ningún caso se afecte al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, al de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades Autónomas y al Derecho electoral general; y que las normas así creadas, sean inmediatamente sometidas a debate y votación en el Congreso de los Diputados, el cual ha de pronunciarse sobre su convalidación o derogación.

"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, entendiéndose por tales aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional. Nuestra Constitución ha contemplado el Decreto-ley como un instrumento normativo, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas."

Tal forma de entender el Decreto-ley le sirve al Tribunal para entender que la "necesidad" que ha de justificar la utilización de tal instrumento no es una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos. Por el contrario, hay que entenderla más bien como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieran 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:

"Apoyan esta interpretación dos tipos de consideraciones: por una parte, el que nuestra Constitución separe el tratamiento de las situaciones, que pueden considerarse como de extraordinaria y urgente necesidad, que dan lugar a estados de alarma, excepción y sitio, que define el artículo 116, y que regule, en cambio, en otra sede sistemática diferente la necesidad justificadora de los Decretos-leyes; y por otra parte, el hecho de que el ámbito de actuación del Decreto-ley como instrumento normativo no se defina de manera positiva, sino que se restrinja de modo negativo mediante una lista de excepciones. Por todo ello hay que concluir

que la utilización del Decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86 de la Constitución, tiene que reputarse como una utilización constitucionalmente 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 prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta".

Establece, pues, el Tribunal un amplio ámbito de actuación normativa con fuerza de ley del Gobierno al dar prioridad al principio de eficacia en las tareas de gobierno.

En esta misma línea se enmarca la Sentencia 111/83, de 2 de diciembre, según la cual

"la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el artículo 86.1 de la Constitución Española, 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, ni la aceptó el Tribunal en su Sentencia de 4 de febrero de 1983. Entre una y otra líneas interpretativas, ambas, por extremas, rechazables, la cláusula restrictiva del artículo 86.1 de la Constitución Española ("no podrán afectar ...") debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución "del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos".

De nuevo, el Tribunal salva una interpretación restrictiva del Decreto-ley mediante una configuración del mismo que permita una amplitud de uso en aras de una mayor eficacia del aparato de gobierno. Las mismas razones llevan a Pérez Royo<sup>322</sup> a decir que "desde el punto de vista práctico el control que ha ejercido sobre los actos con fuerza de ley del Gobierno a lo largo de estos años ha sido muy poco intenso, autolimitándose, si cabe, en mayor medida que cuando ha tenido que enfrentarse con actos del legislador".

Sobre la posición del Poder Judicial también ha tenido el Tribunal Constitucional ocasión de pronunciarse en reiteradas sentencias. En todas ellas ha tratado de garantizar la independencia de los Jueces y Tribunales y la autonomía del Poder Judicial, desde distintas perspectivas.

---

<sup>322</sup> Op. cit., pp. 99-100.

Sobre la independencia de Jueces y Tribunales, por ejemplo, en la Sentencia 47/1983, de 31 de mayo, al pronunciarse sobre el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, establece que este derecho

"exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta -y que se recoge expresamente en el art 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales-, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse".

Sobre la autonomía del Poder Judicial quizá sea la Sentencia 45/1986, de 17 de abril, en la que el Tribunal con mayor amplitud se ha dedicado a su configuración. Esta sentencia se produce como consecuencia de un conflicto constitucional de atribuciones, lo que aprovecha el Tribunal para definir con precisión su naturaleza<sup>323</sup>. En este sentido, el Tribunal lo define como un particular y especialísimo proceso que puede entablarse exclusivamente entre los órganos constitucionales mencionados en el artículo 59 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y que tiene por principal objeto una vindicación de

---

<sup>323</sup> Resulta de gran interés sobre el tema la consulta de PORRAS NADALES, A. J. "Conflictos entre órganos constitucionales del Estado y principio de división de poderes", *Revista de Estudios Políticos*, nº 52, 1986, pp. 19-46. En este artículo, el autor distingue dos concepciones divergentes del instituto del conflicto de atribuciones. La primera, típicamente alemana, partiría del marco de la teoría organicista, junto con las necesidades del modelo federal, configurando un modelo superador del clásico principio de división de poderes según el cual los poderes del Estado pasan a ser configurados como órganos que no representan instituciones con esferas de competencia funcional autónoma, sino simples elementos de un estatuto organizativo del Estado en su conjunto, sometidos al ámbito competencial previsto en su respectiva norma creativa, de lo cual se deriva un Tribunal Constitucional que resuelve el conflicto a través de un efectivo proceso jurisdiccional que aplica normas específicas, declarativas de ámbitos competenciales y atributivas de derechos y obligaciones. La segunda concepción sería la italiana que pretende conservar el principio de la división de poderes haciéndolo operar como mecanismo articular del propio régimen constitucional al asegurar una participación plural, en fases funcionalmente diferenciadas, en la formación de la voluntad del Estado, de tal forma que se exige necesariamente una colaboración entre órganos como elemento de legitimación del mismo Estado democrático. En este modelo, el Tribunal Constitucional actuaría más bien como instrumento de mediación constitucional o arbitraje entre esferas competenciales de poderes independientes y horizontalmente equilibrados. Tras un exhaustivo análisis, Porras Nadales concluye que el modelo español se aproxima al modelo italiano, aun con rasgos propios del alemán.



competencia suscitada por uno de estos órganos constitucionales a consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional. La *vindicatio potestatis* sólo puede referirse a actos constitutivos de invasión de atribuciones y pretende, agotado el trámite previo de solicitud de revocación, que se determine el órgano a que corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y que, en consecuencia y, en su caso, se declaren nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y se resuelva lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos. Es, por tanto, cauce reparador, no preventivo. Es más,

"el conflicto de atribuciones garantiza, más que el ámbito de autodeterminación de un ente creador de un ordenamiento propio, la existencia de la misma estructura constitucional concebida como 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".

Habría que recordar que el conflicto de atribuciones no recogido por la Constitución directamente, ha sido introducido por el legislador en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, siendo, como dice el mismo Tribunal, su interés preservar la tradicional "división de poderes"<sup>324</sup>.

Pues bien, las precisiones anteriores sirven al Tribunal para entrar a deslindar la actuación del Consejo General del Poder Judicial en el caso concreto. Obviamente, el Consejo General del Poder Judicial está legitimado en el conflicto de atribuciones para defender las que constitucional y legalmente le corresponden. Ahora bien, que sea esto así no implica que el Consejo esté defendiendo las atribuciones del Poder Judicial. Si bien al defender sus atribuciones propias, el Consejo puede desarrollar, indirectamente, una importante labor de garantía de la posición de independencia de Jueces y Tribunales, lo que no hace es defenderlas directamente. Para el Tribunal no hay

---

<sup>324</sup> MARTIN-RETORTILLO ha llamado la atención, por lo demás, sobre expresiones de la Sentencia como 'la pluralidad o complejidad de la estructura de poderes constitucionales', la 'estructura constitucional concebida como sistema de relaciones entre órganos constitucionales'. Para este autor, "la contemplación del panorama constitucional depara un complejo entramado que responde al criterio de pesos y contrapesos, acciones y límites, relaciones y barreras. Sin que sea fácil levantar un resumen simple, extraer en un plano de pocos trazos. Antes, al contrario, resulta dificultoso aventurar una descripción de lo que es un complejo enrevesado y bien poco cristalino". ("De la separación y control ...", op. cit., p. 53).

nada ni en la Constitución, ni en la anterior Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, ni en la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, que autorice a sostener la pretensión de representación procesal por el Consejo General del Poder Judicial, como tal. Los órganos en que se expresa el Poder Judicial, esto es, Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente atribuidas, 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 artículo 59.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 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. Por lo demás, el Tribunal ve con recelo la consideración de "representante" del Poder Judicial, pues ello podría cuestionar al principio de "independencia de Jueces y Magistrados". Por tanto, debe descartarse la asimilación entre independencia de Jueces y Magistrados y la autonomía del Poder Judicial.

Al respecto, más clara resulta la Sentencia 108/1986, de 29 de julio, dado que en ella el Tribunal dedica una buena parte de sus fundamentos a desmontar la tesis de los recurrentes según la cual la independencia del Poder Judicial comporta necesariamente el autogobierno judicial y la representatividad interna. Para ello, sus argumentos se dirigen a precisar en qué consiste el principio de independencia judicial. Es sabido que la independencia del Poder Judicial es pieza esencial en todo Estado de Derecho y que se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen tal función. Es este el sentido del artículo 117.1 de la Constitución, según el cual "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". Pues bien, la misma Constitución prevé diversas garantías para asegurar esa independencia. El Tribunal destaca en primer término, la inamovilidad, que es su garantía esencial (art. 117.2); pero también la reserva de Ley Orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados (art. 122.1), y su régimen de incompatibilidades (art. 127.2). Por otro lado, esa independencia tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que, según el Tribunal, tiende a garantizar la separación de poderes.

Pues bien, en el marco de esta filosofía garantista de la independencia judicial, el Tribunal entiende que en los últimos tiempos en países de nuestra área jurídico-política han surgido nuevas instituciones como los "Consejos Generales del Poder Judicial" que pretenden hacer frente a formas indirectas y más sutiles de perturbar esa independencia. En general, las funciones que ha de asumir un Consejo de este tipo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre 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. Por tanto, la finalidad del Consejo es privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado. Para el Tribunal ésta es, desde luego, una solución posible en un Estado de Derecho, pero entiende que no es una consecuencia necesaria. En cualquier caso, las consideraciones anteriores le permiten ya entrar en el fondo de las alegaciones de los recurrentes, esto es, en la idea de que la independencia judicial y la existencia constitucional del Consejo comportan el reconocimiento por la Constitución de una autonomía de la Judicatura, entendida como conjunto de todos los Magistrados y Jueces de carrera, y, en consecuencia, la facultad de autogobierno de ese conjunto de Magistrados y Jueces cuyo órgano sería precisamente el Consejo. Pues bien, para el Tribunal

"ni tal autonomía y facultad de autogobierno se reconocen en la Constitución ni se derivan lógicamente de la existencia, composición y funciones del Consejo... La Constitución obliga, ciertamente, a que doce de sus vocales sean elegidos "entre" Jueces y Magistrados de todas las categorías, mas esta condición tiene como principal finalidad que un número mayoritario de Vocales del Consejo tengan criterio propio por experiencia directa sobre los problemas que los titulares de los órganos judiciales afrontan en su quehacer diario, de la misma forma que, al asignar los restantes ocho puestos a Abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión, se busca que aporten su experiencia personas conocedoras del funcionamiento de la justicia desde otros puntos de vista distintos del de quienes la administran.

Tampoco cabe admitir el carácter representativo que los recurrentes atribuyen al Consejo y sobre el cual ya tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en su Sentencia número 47/1986, de 17 de abril, por lo que aquí es suficiente recordar que ese carácter ni se reconoce en el Texto constitucional, ni se desprende de forma necesaria de la naturaleza del Consejo, al no ser éste, como se ha dicho, órgano de una supuesta autoorganización de los Jueces".

Por tanto, y en definitiva, independencia de los jueces, sí; autogobierno o autonomía, no<sup>325</sup>. Pero, además y a nuestros efectos, conviene destacar que el

---

<sup>325</sup> Y es que, como afirma PORRAS NADALES, "mientras el poder judicial carezca efectivamente de otra proyección esencial que no sea la estrictamente funcional, y mientras siga aceptándose que la

Tribunal Constitucional no entra en ningún momento a considerar siquiera una posible relación entre el autogobierno de jueces y magistrados y las exigencias de una "democracia participativa".

Cuestión distinta es la autonomía de las Cámaras, en función de lo dispuesto en el artículo 72 de la Constitución, según el cual "las Cámaras establecen sus propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos y, de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales". Al respecto parece que la jurisprudencia constitucional ha sufrido cierta evolución. A ella se refiere la Sentencia 23/1990, de 15 de febrero, al decir que en un primer momento en los Autos recaídos en esta materia entendieron que característica propia de los órganos constitucionales "es la independencia y el aseguramiento de ésta obliga a entender que, si bien sus decisiones, como sujetas que están a la Constitución y a las Leyes, no están exentas del control jurisdiccional, sólo quedan sujetas a este control cuando afectan a relaciones externas del órgano o se concretan en la redacción de normas objetivas y generales susceptibles de ser objeto de control de inconstitucionalidad, pero ello sólo, naturalmente, a través de las vías que para ello se ofrecen". Por el contrario, cuando un acto parlamentario tiene relevancia jurídica externa, esto es, cuando "afecte a situaciones que excedan del ámbito estrictamente propio del funcionamiento interno de las Cámaras, queda sujeto, comenzando por los de naturaleza legislativa, no sólo a las normas de procedimiento que en su caso establezca la CE, sino, asimismo, al conjunto de normas materiales que en la misma Constitución se contienen". Sin embargo, esta doctrina fue luego sucesivamente matizada; matización que se impuso tanto por el principio de sujeción de todos los Poderes Públicos a la Constitución (art. 9.1), como por el reflejo de esa vinculación en lo

---

máxima garantía para el ejercicio de esa función en condiciones de total independencia reside en el principio absoluto de reserva de ley, el concepto de autonomía no dejará de ser un elemento relativamente perturbador, de difícil encuadramiento sistemático en una teoría general del Estado constitucional contemporáneo" ("El Consejo General del Poder Judicial", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, 1987, p. 243). En el mismo sentido DIEZ PICAZO, L. M. para el cual "con independencia de valoraciones técnico-jurídicas, parece que, en la medida en que se adhiere al modelo de Juez-funcionario, no existe alternativa realista a instituciones del tipo del Consejo General del Poder Judicial a la hora de garantizar la independencia externa de la judicatura, pero de ahí no se sigue que sea coherente con el principio de democracia transformar la judicatura, que no tiene otra legitimación sino la de ser un cuerpo de funcionarios, en una estructura absolutamente autónoma de los poderes representativos del Estado (*La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994). Por lo demás es interesante consultar las reflexiones de GARRORENA MORALES sobre la tendencia a identificar reductivamente "representación" con "poder" que aún con otro motivo (el más general del concepto de representación) son sugerentes en relación al punto que nos ocupa (*Representación política y Constitución democrática*, Civitas, Madrid, 1991).

que afecta a las libertades y derechos fundamentales (art 53.1):

"las SSTC 118/1988 y 161/1988 son más explícitas y terminantes al ratificar y consagrar la doctrina expuesta. Y así se dice en la primera que si bien no es posible instar, a través de la modalidad del recurso de amparo contemplada en el artículo 42 de la LOTC, un control jurisdiccional pleno de la conformidad de los actos parlamentarios internos con la Constitución o la Ley (incluido el Reglamento de la Cámara), ello no quita para que en este tipo de proceso quepa determinar si tales actos han vulnerado los derechos y libertades incluidos en la Sección 1a del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, los cuales, según el apartado 1 del artículo 53 de la misma, vinculan a todos los poderes públicos y, por consiguiente, también a las Asambleas legislativas, para cuya protección está abierta la vía del recurso de amparo (STC 90/1985). Quiere esto decir que la doctrina de los *interna corporis acta* sólo resulta de aplicación en la medida en que no exista lesión de tales derechos y libertades, pues únicamente en cuanto vulneran un derecho fundamental y no por una simple infracción de las normas reglamentarias de las Cámaras son recurribles en amparo dichos actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LOTC (ATC de 11 de marzo de 1987). 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 (ATC 12/1986). De idéntico modo se manifiesta, confirmando la doctrina evocada, la STC 161/1988 (f.j. 3º)".

Parece obvio que en ese esfuerzo de autolimitación del Tribunal respecto al legislativo, en un principio y a través de la doctrina de los *acta interna corporis* se llegó a conceder una autonomía tal a la propia autoregulación de las Cámaras que en su interior la mayoría quedaba exenta de todo tipo de control e irresponsable ante cualquier vulneración incluso de los derechos humanos. Con buen tino, el Tribunal Constitucional reiteradamente se ha pronunciado sobre la sujeción también de las cámaras en sus actos internos a la Constitución y al respeto de los derechos fundamentales. Y es que, por un lado, la configuración de la Constitución como norma suprema y la consiguiente degradación de la ley y del poder legislativo imponen la subordinación del órgano parlamentario a esa norma suprema a la hora de elaborar las leyes y, por otro lado, la total autonomía parlamentaria tenía su sentido en un sistema político-constitucional presidido por la tensión dialéctica Legislativo-Ejecutivo (la Corona), pero en los actuales sistemas políticos democráticos, parlamentarios y pluralistas la tensión es otra, esto es, la tensión dialéctica mayoría-minoría (oposición), por lo que el principio rector ya no puede seguir siendo la garantía de unos ámbitos externos de ingerencias de la Corona, sino la realización del valor superior del pluralismo, garantizando los derechos de las minorías<sup>326</sup>.

---

<sup>326</sup> AGUIAR DE LUQUE, L. "El Tribunal Constitucional y la función legislativa ...", op. cit., pp. 17-18.

Respecto a las Comunidades Autónomas, como poderes del Estado<sup>327</sup> (no trataremos aquí otros entes territoriales por carecer de potestad legislativa), aunque se hará un estudio pormenorizado en otro capítulo, parece conveniente adelantar algunas ideas. Como apunta Rodríguez Zapata<sup>328</sup>, el Tribunal parece haber optado por otorgar la máxima funcionalidad a la forma de Estado compuesto establecida por la Constitución, con sentencias decidida e inequívocamente orientadas en el sentido de potenciar al máximo las nuevas autonomías territoriales. En este sentido, las Comunidades Autónomas han podido dictar su normativa de desarrollo de la legislación básica del Estado sin que el Estado haya dictado aún dicha legislación básica. Las Sentencias 32/1981, de 28 de julio y la Sentencia 1/1982, de 28 de enero, apuntan en ese sentido. Además, según esta última, el Estado no puede dejar vacía de contenido la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, abusando de su propia potestad de dictar normas básicas. Esta línea de interpretación será continuada por el Tribunal Constitucional.

No ha sucedido lo mismo, sin embargo, con el caso particular de la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad a favor de los órganos de las Comunidades Autónomas. Según la Sentencia 25/1981, de 14 de julio,

"la legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad frente a cualquier clase de leyes o disposiciones con valor de ley corresponda sólo a aquellos órganos o fracciones de órganos que por su naturaleza tienen encomendada la tutela de los intereses públicos generales (art 32.1 LOTC) y que la legitimación conferida a los órganos de las Comunidades Autónomas, la acción objetivamente ceñida al ámbito derivado de las facultades correspondientes a sus intereses peculiares, está reservada a las normas que les afectan".

Tal interpretación restrictiva, sin embargo, ha sufrido ciertas matizaciones. Así, la Sentencia 84/1982, de 1982, entiende que tal legitimación

"se extiende objetivamente al ámbito de sus intereses peculiares que, evidentemente, se ven afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la Comunidad

---

<sup>327</sup> GONZALEZ ENCINAR afirma que "la autonomía, como principio estructural, se concreta, en suma, en una forma de división de poderes" pues "se articula todo un conjunto de relaciones de coordinación, inordinación y supra y subordinación entre los diferentes órganos del Estado" (*El Estado unitario-federal. La autonomía como principio estructural del Estado*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 95).

<sup>328</sup> RODRIGUEZ ZAPATA, J. "Métodos y criterios de interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional" en LOPEZ PINA, op. cit., p. 160-161.

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 Autónoma 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".

Aplicando esta doctrina, el Tribunal en la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, dirá:

"La Ley de Reforma Universitaria (LRU), objeto del recurso, incide, pues, en el ámbito propio de su autonomía y ello legitima al País Vasco para la interposición del recurso, tanto en defensa de su propia competencia en la materia, cuanto en la depuración objetiva del orden jurídico que la regula. Porque no es posible depurar la legalidad reguladora de una institución, de las Universidades en este caso, desconectando -como pretende el Abogado del Estado mediante esta excepción- la que ha de cumplir cada uno de los órganos que ostentan competencias sobre su ordenación. Es el conjunto de todas sus normas -estatales, autonómicas y propias de la autonomía universitaria- y su relación entre ellas, lo que ha de conformar la legalidad de la Institución en cuya defensa no caben distinciones competenciales".

De esta forma, el Tribunal parece evolucionar desde una primera interpretación restrictiva de las posibilidades de legitimación de interponer recurso de inconstitucionalidad por parte de las Comunidades Autónomas hacia una interpretación cada vez más condescendiente, pero en ningún caso atribuyendo esta legitimación con carácter general.

### 5.3.- CONCLUSIONES ESPECIFICAS

-Podemos afirmar, con carácter general, que el Tribunal Constitucional español se muestra respetuoso con la "especial" división de poderes y consecuente distribución de competencias establecida en la Constitución de 1978.

-Con respecto al poder legislativo, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional se muestra especialmente respetuoso con sus decisiones por tratarse de la expresión directa de la voluntad popular, admitiendo siempre sus decisiones cuando de alguna forma puedan entenderse conforme a la Constitución y siendo quizá más exigente cuando se encuentren en juego los derechos fundamentales y libertades públicas. Y es que las Cortes Generales representan al pueblo y ejercen la potestad legislativa del Estado, pilar sobre el que se cimienta el régimen democrático.

-Respecto al poder ejecutivo, el Tribunal ha entendido su potestad normativa con fuerza de ley con gran generosidad en virtud del principio de eficacia de la acción de gobierno.

-Respecto del Poder Judicial, podemos decir que es exigente a la hora de procurar la independencia de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones, pero no ha deducido de ésto que sea un poder autónomo, esto es, no deriva la existencia del Consejo General del Poder Judicial del principio democrático, sino que lo entiende más bien como garantía de la independencia de Jueces y Tribunales.

-Respecto de las Cámaras, quizá debido al criterio de respeto al poder legislativo que veíamos más arriba, en un primer momento consideró casi sin limitaciones su potestad autoorganizativa, para progresivamente entender que también su autonomía está limitada por la Constitución y sobre todo por los derechos fundamentales y libertades públicas.

-Respecto a las Comunidades Autónomas, el Tribunal ha potenciado al máximo su virtualidad, pese a la restricción concreta de la legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad, la cual a su vez ha sufrido una evolución en el sentido de ampliar el campo de tal legitimación.





## 6.- COMUNICACION PUBLICA LIBRE

### 6.1.- LA JUSTIFICACION TEORICA

Pericles, en la *Oración Fúnebre*, al describir el sistema democrático ateniense se expresa en los siguientes términos:

"lo cierto es que sólo nosotros decidimos o examinamos con rectitud los asuntos, sin considerar un daño para la acción las palabras, sino más bien el no informarse mediante debate antes de emprender lo que se debe ejecutar"<sup>329</sup>.

Habermas, más de veinte siglos después, hace hincapié en los aspectos procedimentales para fundamentar normas universales. Para él, una norma será válida "cuando todos pueden aceptar libremente, para la satisfacción de los intereses de cada uno, las consecuencias y efectos colaterales que se producirán por la aplicación universal de esa norma". De ahí que adquiere importancia de primer orden el carácter del discurso práctico en el que se apoya tal regla, en concreto, las condiciones de una situación discursiva en el seno de la cual puedan validarse normas y principios. Es lo que se ha llamado la "situación ideal de habla":

"Llamo ideal a una situación de habla en la que las comunicaciones no sólo no se vean obstaculizadas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que resultan de la estructura misma de la comunicación. La situación ideal de habla excluye la distorsión sistemática de la comunicación. Y, ciertamente, la estructura de la comunicación tan sólo deja de generar coacciones cuando para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y realizar actos de habla"<sup>330</sup>.

En el tiempo que transcurre entre estas dos citas, la libertad de expresión, la libertad de imprenta, la libertad de información, o lo que, en términos más globales, podemos denominar "*comunicación pública libre*", se ha convertido en

---

<sup>329</sup> TUCIDIDES, op. cit., p. 185.

<sup>330</sup> Recojo la traducción que MUGUERZA, J. (*Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1990, p. 286) realiza de HABERMAS *Wahrheitstheorien*, § V, por entender que resulta más apropiada, pero también se puede consultar en HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1986, p. 46 donde al referirse a la situación ideal de habla entiende que "los participantes en la argumentación tienen todos que presuponer que la estructura de su comunicación, en virtud de propiedades que pueden describirse de modo puramente formal, excluye toda otra coacción, ya provenga de fuera de ese proceso de argumentación, ya nazca de ese proceso mismo, que no sea la del mejor argumento".

un fundamento necesario de la democracia.

Quizá los argumentos más brillantemente expuestos en defensa de la libertad de expresión sean de John Stuart Mill. Entendió que "la peculiaridad del mal que supone el imponer silencio a la expresión de una opinión estriba en que supone un robo a la raza humana"<sup>331</sup>; para él, la libertad de expresión era un bien colectivo a defender "del que depende cualquier otra clase de bienestar"<sup>332</sup>. Resumió las razones que abogan por la libertad de opinión y expresión de la siguiente forma:

"Primero. Si una opinión cualquiera es reducida a silencio, hasta donde alcanzamos a saber, esta opinión puede ser verdadera.

Segundo. Aun siendo un error la opinión reducida a silencio, puede contener, y con frecuencia contiene, una porción de verdad; y puesto que la opinión general o dominante en cualquier asunto raramente o nunca equivale a toda la verdad, lo que queda de verdad soalmente tendrá alguna posibilidad de ser repuesto en su totalidad mediante la colisión de opiniones adversas.

Tercero. Aun conteniendo la opinión admitida toda la verdad y nada más que la verdad, será sostenida como si se tratara un prejuicio, sin apenas entender o sentir sus fundamentos racionales, a menos que sufra ser discutida vigorosamente, y de hecho lo sea, por la mayoría de los que la adoptan.

Cuarto. Y no sólo eso, sino que el significado mismo de la doctrina correrá el peligro de perderse o debilitarse, y de ser privado de su efecto vital sobre el carácter y la conducta; si se convierte el dogma en una profesión meramente formal, ineficaz para el bien, llenará el terreno de obstáculos e impedirá el desarrollo de cualquier convicción real y sincera que pueda surgir de la razón y la experiencia."<sup>333</sup>

No es extraño que en algunos de los diferentes modelos de democracia examinados aparezcan como requisito ineludible los elementos que configuran una comunicación pública libre. De esta forma, para el pluralismo es esencial la "libertad de expresión", yendo más allá los partidarios de la "participación" que requieren "un sistema abierto de información que garantice decisiones informadas".

Ahora bien, si la modernidad implicaba la comunicación pública libre, son muchos los autores que, en la actualidad, coinciden en que precisamente en este punto radica una de las promesas incumplidas de la modernidad. Bobbio, entre otros, nos relata el doloroso catálogo de las "paradojas" y de las promesas no

---

<sup>331</sup> *Sobre la libertad*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 87.

<sup>332</sup> *Op. cit.*, p. 135.

<sup>333</sup> *Op. cit.*, pp. 135-136.

mantenidas de la democracia moderna: la autodeterminación popular impedida por el crecimiento de las burocracias públicas; la autonomía de la persona amenazada por la industria cultural y por la manipulación de los "mass-media"; la igualdad en sentido no formal contrastada por el permanecer de las formas capitalistas de producción; y la transparencia de los procesos decisionales neutralizados por la intervención pública en los sectores de la economía y de la información:

"Entre las diversas formas de abuso del poder está, actualmente, la posibilidad por parte del Estado de abusar del poder de información, distinto al abuso del poder clásico que era individualizado esencialmente en el abuso de la fuerza. Se trata de un abuso de poder tan distinto y nuevo que debería imaginarse y poner en práctica nuevas reglas sobre los límites del poder del Estado. Y estamos aún muy lejos de haberlo hecho"<sup>334</sup>.

Pero ya no es sólo el poder del Estado, sino el poder de los pocos grupos financieros que dominan los principales medios de comunicación del planeta. Este es uno de los argumentos principales de Noam Chomsky<sup>335</sup> en *Ilusiones Necesarias* donde argumenta que la "prensa libre", lejos de ejercer una función de vigilancia presta servicio a las necesidades de quienes ostentan el poder. Igualmente, Apel<sup>336</sup> se ha referido a las insuficiencias de los medios de comunicación social que dan lugar a una comunicación de masas, pero no a una comunicación libre al faltar los elementos de una comunidad ideal de comunicación. O, como nos dice Danilo Zolo:

"El universo de la comunicación está hoy día constituido por un grupo de profesionales, por lo tanto orientados al beneficio, que tienden a fortalecerse y a integrarse dentro de la *business community* internacional: operan, al lado de las grandes corporaciones económico-financieras multinacionales y a menudo bajo su dependencia, al margen de cualquier control democrático. Además, sus relaciones internas de poder presentan la estructura jerárquica de las grandes empresas capitalistas y de la burocracia pública,"<sup>337</sup>.

Al respecto, Jorge de Esteban, con anterioridad a la aprobación de la Constitución, se pronunciaba en los siguientes términos:

---

<sup>334</sup> BOBBIO, N. "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos" en BOBBIO, N., PONTARA, G. y VECA, S. *Crisis de la democracia*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 24.

<sup>335</sup> CHOMSKY, N. *Ilusiones Necesarias*, Libertarias/Prodhuvi, Madrid, 1992.

<sup>336</sup> APEL, K. O. *La transformación de la filosofía*, Taurus, Madrid, 1985, pp. 402-413. También citado en SORIANO, R. *Las libertades Públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 110.

<sup>337</sup> ZOLO, D. *Il principato democratico*, Feltrinelli, Milán, p. 196. La traducción es nuestra.

"la teoría liberal del derecho a informar no sólo es hoy en ocasiones una reliquia, sino sobre todo una falsa ideología que sirve para encubrir la manipulación de las masas. La burguesía utilizó precisamente la libertad de información para minar la fortaleza del Antiguo Régimen. Pero en el nivel tecnológico actual, el liberalismo económico, el *laissez-faire*, ante los medios de comunicación de masas equivale, en última instancia, a no hacer nada para evitar el falseamiento de la democracia. Cualquier persona puede sobre el papel llevar a cabo la tarea de informar, pero fundar un periódico de mediana importancia exige un desembolso que no está al alcance de todos los bolsillos"<sup>338</sup>.

De todo lo visto resulta claro el carácter central de la comunicación pública libre para la democracia. Las consecuencias en el terreno constitucional son claras. Para Loewestein, en 1957 "si la tendencia actual continúa, se hará completamente inevitable un cierto control estatal sobre la economía de mercado libre de la opinión pública -semejante a las intervenciones estatales en la vida económica-, ya que, si no, la democracia constitucional llegará a un punto en el camino hacia su destrucción, en el que ya no habrá posibilidad de volverse a atrás"<sup>339</sup>. Veamos a continuación la configuración de ésta en nuestro ordenamiento jurídico<sup>340</sup>. El artículo 20 de la Constitución está dedicado a ella:

"1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

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

---

<sup>338</sup> ESTEBAN, J. *De Por una comunicación democrática*, Fernando Torres, Valencia, 1976, p. 47.

<sup>339</sup> LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 421. También citado por SANCHEZ FERRIZ, R. *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 230.

<sup>340</sup> En el debate constituyente, el señor Zapatero Gomez al defender el derecho de los periodistas a la cláusula de conciencia decía que "el proceso de concentración de las empresas periodísticas, que se han ido convirtiendo en oligopolios, y en ocasiones en auténticos monopolios, hace que sea insuficiente la libertad de prensa tradicional así entendida, esto es, como libertad para crear un periódico y mantenerlo" a lo que le contestaba el señor Apostua Palos añadiendo que, aun estando "completamente de acuerdo con su idea", el problema de la prensa "es muchísimo más complejo que este de la cláusula de conciencia y del secreto profesional". (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 1078-1090).

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

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

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

La simple lectura del precepto manifiesta su complejidad. En esta sede nos centraremos en el estudio de la configuración que el Tribunal Constitucional realiza de la "comunicación pública libre".

## 6.2.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) Una distinción preliminar: La libertad de expresión y el derecho de información.

Antes de entrar en el análisis de nuestro objeto de estudio, conviene realizar unas breves reflexiones sobre el correcto entendimiento del contenido del artículo 20 y, en concreto, sobre la delimitación conceptual de algunos de los derechos, cuando no aspectos, que configuran la comunicación pública libre entendida como englobadora de todos ellos. Son conocidos los esfuerzos de la doctrina española para precisar el alcance de la libertad de expresión y del derecho de información del artículo 20.

Para Ramón Soriano, la libertad de expresión es el presupuesto previo de la libertad de información. Esta sería la denominación actual de aquélla concretada en los medios de comunicación social: "La libertad de información presupone a la libertad de expresión, que, en relación con aquélla, se comporta como un presupuesto o como un *genus*, del que la libertad de información no es sino una especie determinada; en efecto, sin el previo reconocimiento jurídico de la libertad de expresión no es posible defender la libertad de información, que es la misma expresión dirigida a la opinión pública; y además la libertad de información es una forma de la libertad de expresión, representando una

mínima organización para la efectividad de la relación entre sujeto emisor y receptor indiferenciado de la información"<sup>341</sup>.

Esta forma de entender la libertad de información, especificación de la libertad de expresión, pero que en todo caso presenta características propias, parece que es la que sigue el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias. Entre ellas, destaca la Sentencia 6/1981, de 16 de marzo que ya distinguía entre el contenido de la libertad de expresión y el derecho de información al decir:

"La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d)), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social".

No opina así, sin embargo, un sector de la doctrina para el cual los términos se invierten. Para Solozabal Echevarría<sup>342</sup> "la verdad es más bien que el derecho a la información es no tanto una variedad del derecho a la libertad de expresión, caracterizada por el objeto a que se refiere -relato de hechos o conductas-, cuanto el supuesto de la libertad de expresión en sentido estricto. Sin información, no hay opinión"<sup>343</sup>. Considerando la libertad de información como condición de la libertad de expresión en una sociedad libre entiende Solozabal que se pueden apuntar algunas diferencias. La libertad de expresión en sentido estricto protege exclusivamente una sola actividad: la comunicación sin trabas del pensamiento; en cambio, en el derecho a la información las actividades

---

<sup>341</sup> SORIANO, R. *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 107-108.

<sup>342</sup> Véase SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991, pp. 73-114.

<sup>343</sup> En el mismo sentido, SANCHEZ FERRIZ que afirma que el derecho a ser informado "y su fundamentación creo que puede afirmarse que subyacen en el texto y en las manifestaciones jurisprudenciales sólo que se ha concebido como un presupuesto de otros derechos o libertades (sí reconocidos expresamente) y no como un derecho accionable" (op. cit., p. 249).

garantizadas son múltiples: preparación, elaboración, selección y difusión de la información o noticias. Pero, sobre todo, singulariza al derecho a la información respecto de la libertad de expresión un carácter más marcadamente institucional.

En este último sentido parece que apuntaba Jorge de Esteban cuando en 1976 decía que "el derecho clásico a la libre expresión se ha quedado corto y hoy aparece como mucho más completo el derecho a la información. En otras palabras: a la concepción típicamente individualista de la libertad de expresión se superpone la libertad colectiva de información y posteriormente la del derecho a la información con su correlato de la obligación de informar"<sup>344</sup>.

Quizá tenga razón Sanchez Ferriz cuando, en la misma línea, apunta que los reparos al pleno reconocimiento del derecho a la información por el Tribunal Constitucional provengan más bien de sus dificultades, "porque si es fácil reconocer y garantizar el derecho de todo ciudadano a ser informado de todo lo relativo a los asuntos públicos y en aquella medida que sea necesario (y suficiente) para decidir con prudencia y responsabilidad, no lo es tanto instrumentar jurídicamente su ejercicio"<sup>345</sup>. Y es que el debate entre libertad de expresión y derecho a la información parece conducirnos ineludiblemente a otra cuestión, esto es, si estamos en presencia de un derecho de mera protección frente a las injerencias del poder o es algo más.

## b) ¿Derecho de protección o derecho de prestación?

La primera sentencia de importancia en el proceso de configuración de lo que venimos llamando la comunicación pública libre es la Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, sobre la que en este capítulo volveremos en diversas ocasiones. De momento interesa destacar como el Tribunal Constitucional asume la opinión

---

<sup>344</sup> ESTEBAN, J. De *Por una comunicación democrática*, Fernando Torres, Valencia, 1976, p. 90. Prácticamente idénticas palabras repetiría el señor Solana Madariaga, citando al anterior, en el debate constituyente al defender que los medios de comunicación de masas deben estar regulados en el marco de la Constitución: "Como diría Lasalle, la verdadera Constitución reside siempre, y sólo puede residir, en los factores reales y efectivos de poder que rigen dentro de una sociedad. Hoy nadie pondría en duda que los medios de comunicación de masas y, en particular la Radio y la Televisión, son auténticos poderes reales en la sociedad" (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 2081).

<sup>345</sup> SANCHEZ FERRIZ, R. *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 247.



mayoritaria de filósofos, politólogos y constitucionalistas en el sentido de que no puede existir democracia sin una auténtica comunicación pública libre. Afirma tajantemente el Tribunal:

"el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (*verbi gratia* las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven".

Ahora bien, pese a ello cabe resaltar como en esta sentencia el Tribunal Constitucional parece entender estos derechos fundamentales únicamente como derechos de autonomía frente al poder:

"La libertad de expresión que proclama el artículo 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados... Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos."<sup>346</sup>

Aunque los fundamentos jurídicos de la Sentencia se refieren -no muy convincentemente- a la cuestión, es el voto particular de Plácido Fernández Viagas el que adelanta una distinta naturaleza jurídica de estos derechos, no sólo como derechos individuales, sino también como derechos institucionales. A ello también se ha referido Solozabal Echevarría al decir que en los derechos del artículo 20, se pueden distinguir "dos aspectos esenciales del mismo, cuya

---

<sup>346</sup> Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal termina denegando el recurso de amparo interpuesto por los trabajadores de los diarios "La Voz de España" y "Unidad" ante el acuerdo del Consejo de Dirección del Organismo Autónomo "Medios de Comunicación Social del Estado" por el que se suspendía la publicación de los mismos: "La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el artículo 20 de la Constitución enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 imponen, sin duda, actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público".

relación de compatibilidad o preferencia conviene tener presente. En primer lugar, su dimensión individual y en segundo lugar su significado político, su aspecto funcional, como le gusta decir a BARILE, o institucional, como prefieren los autores alemanes. El primer aspecto liga este derecho al principio de dignidad de la persona, el segundo al principio democrático.<sup>347</sup> Dice Fernández Viagas en voto particular:

"La complejidad de este prolijo enunciado (art. 20) revela, según nos parece, que el legislador constituyente reconoce a la libertad de expresión y, específicamente, a la libertad de prensa, un aspecto institucional, además de su aspecto subjetivo; aspecto institucional que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político que el artículo 1 proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y que requiere, en este campo concreto, la adopción de las medidas correctoras de la desigualdad, en la confrontación de las fuerzas sociales, a tenor del mandato genérico del artículo 9.2, lo que puede conseguirse mediante el uso adecuado de los medios de comunicación social del Estado."

Pues bien, el Tribunal va a recoger el guante lanzado por Fernández Viagas matizando su doctrina anterior en la Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, al afirmar:

"Se ha señalado acertadamente que se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Sin embargo, en otro plano significa 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. El artículo 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre".

Aún así no parece que el Tribunal saque todas las consecuencias posibles de esta nueva línea de interpretación. Y es que, como señala Solozabal Echevarria, "el problema importante no es de reconocer una trascendencia indudable, en el terreno político fundamentalmente, a la libertad de expresión, cuestión ésta que nadie niega, sino el atribuir consecuencias jurídicas a la misma, aceptando que tal relieve convierta a los derechos de comunicación de derechos fundamentales individuales en simples derechos cubiertos con una garantía institucional"<sup>348</sup>. Esta transformación supondría "la funcionalización de los derechos, su relativización, por tanto, además de una menor protección constitucional de los

---

<sup>347</sup> SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988, p. 140.

<sup>348</sup> Op. cit., p. 145.

mismos, y en el plano teórico, la subordinación de la libertad a la democracia, atribuyendo a los poderes públicos una intervención en su actuación y posibilitando, incluso, si se aceptan las manifestaciones más extremas de su institucionalización, unas modalidades de control en el ejercicio de estos derechos que resultan improcedentes y de consecuencias sumamente graves"<sup>349</sup>. De ahí la moderación del Tribunal Constitucional en este terreno. Sirva de ejemplo la Sentencia 86/1982, de 23 de diciembre, en la que afirma que

"no son derechos de prestación, sino que se traducen en la libertad que de los mismos se reconocen a los ciudadanos, para cuya efectividad no se requiere constitucionalmente, ni está tampoco prohibido, que existan medios de prensa dependientes del Estado o de cualquier ente público, al ser éste un tema en el que caben dentro de la Constitución, diversas opciones políticas".

Sin embargo, partiendo de las tesis que venimos manteniendo, esta afirmación del Tribunal no sería enteramente correcta. La libertad real y efectiva exige no sólo una abstención de los poderes públicos, sino en algunos casos una actuación positiva de los mismos. Esta dependerá, como hemos ya analizado, de determinadas causas relevantes que exigen un tratamiento diferenciado. Podríamos decir que la Constitución exige la prestación si ésta es necesaria para garantizar la libertad<sup>350</sup>. En este sentido pensamos que es más correcta la Sentencia 63/1987, de 20 de mayo que después de afirmar que estamos en presencia de un derecho de libertad, introduce la matización según la cual "en determinados casos será necesaria la actuación positiva de los poderes públicos para la ordenación de los medios que sirvan de soporte a la expresión y difusión de las ideas".

Solozabal Echevarría, en sentido semejante, concluirá que "al Estado corresponde el aseguramiento, en última instancia, del supuesto estructural de la objetividad informativa: el pluralismo. La actuación de los poderes públicos en este sentido puede consistir en una ayuda a los medios de comunicación... ; y puede consistir también en una actividad correctora que impida en el mercado informativo situaciones de monopolio"<sup>351</sup>. Un buen ejemplo es la Sentencia

---

<sup>349</sup> Op. cit., p. 145.

<sup>350</sup> Véase en el Capítulo *Igualdad*, epígrafe "Planteamiento de los problemas", *in fine*, la segunda fórmula del mandato del tratamiento igual según Alexy.

<sup>351</sup> Op. cit., p. 148.

64/1989, de 6 de abril, cuando interpreta el sentido de las ayudas económicas a favor de empresas periodísticas y agencias informativas, pese a que en ningún caso diga que se trate de una "exigencia" que dimanase de la propia Constitución de acuerdo a criterios de igualdad. La Sentencia dice:

"Más allá del objeto inmediato de la Ley, la finalidad última de ésta se revela en el hecho de que en una sociedad moderna, tal como expresamente declara la exposición de motivos de la Ley, los Medios de Comunicación Social "cumplen la importante función de contribuir a formar una opinión pública pluralista acorde con el derecho de los ciudadanos a ser verazmente informados", siendo la "finalidad última" de las ayudas previstas "corregir la creciente concentración de los medios informativos, protegiendo las distintas corrientes de opinión propias de una sociedad democrática, consecuente con el principio establecido de que las ayudas acordadas por el Estado tienen su último fundamento en el interés del ciudadano, que se convierte en el destinatario de las mismas a través de las empresas periodísticas", y, en definitiva, de "garantizar la existencia de una prensa pluralista que contribuya eficazmente a la formación de la opinión pública en el marco de una sociedad democrática"."

Quizá, como conclusión provisional, podríamos aventurar que el Tribunal progresivamente viene revalorizando el aspecto institucional de la comunicación pública libre superando esa primera doctrina de carácter fuertemente liberal que hacía hincapié en la naturaleza de la libertad de expresión como derecho subjetivo frente al Estado<sup>352</sup>. De alguna manera, se responde al esfuerzo doctrinal por compatibilizar las categorías de derecho fundamental y garantía institucional<sup>353</sup>, subrayando en definitiva para la libertad de expresión su carácter de libertad institucional<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> En cualquier caso, como expresa BASTIDA FREJEIDO "lo más relevante no es que el TC mantenga una concepción democrático-funcional de la libertad de información. Lo que merece destacarse es que tal concepción no la inserta con claridad en una idea procedimental de democracia". Y es que "desde una perspectiva liberal, para que exista ese mercado, o proceso de libre formación de la opinión pública, basta con garantizar formalmente la libertad individual a expresar las ideas y a informar; en cambio, desde una perspectiva democrático-procedimental, la garantía debe recaer en todos aquellos aspectos subjetivos y objetivos de esas y otras libertades que redunden en la creación real y efectiva del pluralismo, o sea, del mercado abierto de ideas y opiniones. La garantía de las condiciones de producción de ese mercado traerá como consecuencia el que la opinión pública se forme de manera libre y plural" (*El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, p. 11).

<sup>353</sup> SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J.: "las dos categorías que son formuladas inicialmente como excluyentes han permitido, con el tiempo, una aproximación, desarrollándose un importante esfuerzo teórico tendente a comprenderlas como relacionadas e incluso compatibles" ("La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991, p. 83).

<sup>354</sup> SORIANO, R., op. cit., p. 110.

### c) La libertad de expresión: ¿Libertad preferente?

Por otro lado, estas indecisiones iniciales van a ocasionar una doctrina - también indecisa- en materia de límites a la libertad de expresión que terminará con lo que se ha venido llamando la doctrina de las "libertades preferentes", a la que finalmente parece que se renuncia (quizá, acertadamente). Nos explicaremos.

En un primer momento el Tribunal Constitucional se enfrenta -parece que de forma adecuada- con el problema de los límites en la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre. La libertad de expresión, como el resto de los derechos del artículo 20, han de ser interpretados en cuestión de límites siguiendo las normas generales que se aplican a los mismos en el resto de los derechos constitucionales. En esta Sentencia, el Tribunal se plantea en qué medida y con qué alcance puede ser limitada la libertad de expresión por la idea de la moral pública:

"la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimun ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución). Planteada así la cuestión, para precisar tales garantías hemos de acudir al Convenio de Roma de 1950, ... artículos 10.2 y 18 ... La lectura de los preceptos transcritos evidencia que el Convenio de Roma prevé dos tipos de garantías para las restricciones a la libertad de expresión de que ahora se trata: En primer lugar, las medidas han de estar previstas en la Ley y tienen que ser "necesarias" en una sociedad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 10, y por otra parte la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas".

De las tres condiciones establecidas la dificultad mayor estriba en determinar si las medidas adoptadas son necesarias o no en una sociedad democrática:

"-afirma el Tribunal Europeo- que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esta materia debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido. Y por otra parte, para calificar o no una medida como necesaria no debe hacerse tampoco abstracción de que -art 10.2 del Convenio- quien ejerce su libertad de expresión asume deberes y responsabilidades cuyo alcance depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado. De acuerdo con las ideas anteriores, para determinar si las medidas aplicadas eran necesarias para el fin perseguido, hemos de examinar si se han ajustado o si han infringido el principio de proporcionalidad".<sup>355</sup>

El problema surge en la medida que la consideración de la libertad de

---

<sup>355</sup> La Sentencia se refiere a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside.

expresión como "uno de los fundamentos de la sociedad democrática" le lleva al Tribunal a entender que la libertad de expresión es una libertad preferente frente al resto de los derechos y libertades, olvidando completamente el artículo 10 de nuestra Constitución que afirma 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 orden político y de la paz social", esto es, todos los derechos constitucionales son fundamentos de una democracia<sup>356</sup>. Lo que ocurre es que la libertad de expresión tiene unas características especiales que permiten considerarla aparte de los demás derechos y darle una valoración especial, esto es, la libertad de expresión tiene en sí una causa relevante frente a otros derechos, pero esto no quiere decir que ante ella el resto de los derechos decaigan. Habrá que estar al caso concreto y a la ponderación de derechos y bienes siguiendo las indicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o, lo que el mismo Tribunal había establecido en la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre. Sin embargo el Tribunal no lo entenderá así. Los ejemplos se suceden. Podemos destacar una serie de sentencias que establecen la doctrina de la libertad preferente.

Así, por ejemplo, la Sentencia 104/1986, de 17 de julio, proclama que las libertades del artículo 20 no sólo son derechos fundamentales, sino que significan también el reconocimiento de la opinión pública, dimensión ésta de garantía que no se produce en el derecho al honor y que les otorga "una valoración que trasciende a la que es común y propia a todos los derechos fundamentales".

Más clara aún es la Sentencia 159/1986, de 16 de diciembre, en la que después de haber señalado que los derechos y libertades como sus límites no son

---

<sup>356</sup> En este mismo apunta SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J., cuando dice "quizá mis observaciones más críticas puedan dirigirse hacia lo que podríamos llamar el argumento institucional, utilizado por el Tribunal para imponer la posición preferente de la libertad de expresión respecto de otros derechos. La prevalencia de la libertad de expresión puede afirmarse en razón de su *plus* institucional o dimensión *más*, y subrayo el adverbio, institucional, en relación con otros derechos, de los que no obstante no se puede decir que carezcan de esta dimensión, aunque la misma pueda ser inferior a la de la libertad de expresión en razón del indudable relieve político de ésta. De modo que ha de insistirse en que la solución a los problemas de colisión entre derechos ha de alcanzarse teniendo en cuenta la imprescindibilidad de todos los derechos fundamentales en una sociedad libre, pues, trascendiendo la comprensión al respecto que a veces ha podido desprenderse, como decía, de la actitud de nuestro Tribunal Constitucional, todos, y no sólo la libertad de expresión, tienen una dimensión institucional y todos son, por utilizar la expresión de Häberle, "elementos funcionales de la democracia", reclamando necesariamente vigencia efectiva en el Estado de Derecho." ("Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 77, 1992, p. 247).

absolutos y que los límites han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la efectividad de tales derechos, el Tribunal continúa diciendo

"Esta posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el art. 20.1.d) de la Constitución, si de una parte implica, como señalan las Sentencias impugnadas, una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por ello, cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado".

#### d) Los límites.

Partiendo de la distinción que el Tribunal Constitucional hace entre el derecho a la información y la libertad de expresión<sup>357</sup>, podemos resumir el problema de los límites acudiendo fundamentalmente a dos sentencias. La primera es la Sentencia 6/1988, de 21 de enero, en la que delimita el concepto de veracidad aplicado a las informaciones. La segunda es la Sentencia 51/1989, de 22 de febrero, en la que el Tribunal resume toda su doctrina en materia de límites a la libertad de expresión.

Sobre el derecho a la información, la Sentencia 168/1986, de 22 de diciembre<sup>358</sup>, después de reiterar la doctrina de las sentencias 105/1983 y 13/1985 terminaba diciendo que "el derecho a recibir una información veraz es de este

---

<sup>357</sup> BASTIDA FREJEIDO nos dice que "la doctrina jurisprudencial entiende que cada una de esas libertades tiene un objeto distinto: la libertad de expresión hace referencia a pensamientos, ideas y opiniones y la de información a hechos noticiables, y que, esto es lo verdaderamente relevante, tienen un tratamiento jurídico distinto. El derecho a la libre expresión de las ideas conserva su carácter preminente de derecho público subjetivo, mientras que el derecho a comunicar y recibir información se concibe más desde una perspectiva democrático-funcional, como derecho marcado por la finalidad de garantizar una opinión pública libre" (*El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit., p. 8).

<sup>358</sup> Es interesante también la Sentencia 165/1987, de 27 de octubre, sobre la que volveremos más adelante, pero que ahora nos interesa por la siguiente afirmación: "La libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, puesto de manifiesto por la STC 104/1986, de 17 de julio, viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger".

modo un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades". Pero es la Sentencia 6/1988, de 21 de enero, la que desarrolla como límite intrínseco de la información el sentido de la exigencia de "veracidad". Dice el Tribunal

"Cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está tanto privando de protección a las informaciones que pudieran resultar erróneas -o, sencillamente no probadas en juicio- cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que trasmita como "hechos" haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse "la verdad" como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio".

Ahora bien, según la Sentencia 197/1991, de 17 de octubre,

"El requisito de la veracidad merece distinto tratamiento, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan. El criterio fundamental para determinar la legitimidad pública del hecho divulgado es por ello la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa."

Respecto a los límites a la libertad de expresión, parece conveniente recoger la Sentencia 51/1989, de 22 de febrero, en la medida en que el propio Tribunal recapitula en ella su doctrina en la materia<sup>359</sup>. Creemos que resume todo el valor

---

<sup>359</sup> Recientemente, la Sentencia 232/1993, de 12 de julio, se plantea "una cuestión novedosa que precisa de ciertas consideraciones específicas, a saber: cómo ha de ponderarse una información en aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan ser atentatorias contra los derechos del artículo 18.1 CE. Ante supuestos de esta naturaleza se hacen necesarias ciertas modulaciones en la aplicación de los cánones generalmente observados para resolver la colisión entre los derechos garantizados en los artículos 18 y 20 CE, aunque tales modulaciones no afectan en absoluto al requisito de la relevancia pública, sino que se agotan en el contenido y alcance de la existencia de veracidad". En definitiva, "cuando un medio de comunicación divulga declaraciones de un tercero que suponen una intromisión en los derechos reconocidos por el artículo 18.1 CE, tal divulgación sólo puede disfrutar de la cobertura dispensada por el artículo 20.1 CE si, por un lado, se acredita la veracidad -entendida como verdad



de la construcción doctrinal del Tribunal Constitucional y que por ello merece ser citada *in extenso*:

"Ello no significa que el alcance justificativo de ambas libertades sea el mismo, puesto que la libertad de información versa sobre hechos, que pueden y deben someterse al contraste de su veracidad (STC 6/1988, de 21 de enero), en tanto que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos, que no se prestan a una demostración de su exactitud, y que, por lo mismo, dotan a aquélla de un contenido legitimador más amplio. No obstante, no se incluyen en el ámbito de la libertad de expresión ni tienen valor de causa justificativa consideraciones desprovistas de relación con la esencia del pensamiento que se formula y que, careciendo de interés público, resulten formalmente injuriosas de las personas a las que se dirijan.

De otra parte, es preciso recordar también que, como declara la citada STC 107/1988, el valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas "se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando, entonces, su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor".

Por último, tratándose de asuntos de relevancia pública, ha de tenerse en cuenta que en la ponderación previa a la resolución del proceso penal no puede confundirse el derecho al honor, garantizado también como derecho fundamental por el artículo 18.1 de la Constitución, y que tiene un significado personalista referible a personas individualmente consideradas, con los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado, los cuales, sin mengua de su protección penal, gozan frente a la libertad de expresión de un nivel de garantía menor y más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública, máxime cuando las opiniones o informaciones que pueden atentar contra tales valores se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado.

Finalmente, no puede desconocerse que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo (STC 159/1986, de 16 de diciembre), las cuales han de ser interpretadas de acuerdo con lo dispuesto por los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art 10.2 de la Constitución), entre ellos el artículo 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, según el cual el ejercicio de las libertades de expresión *lato sensu* puede ser sometido a restricciones legales que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, como son, en concreto, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

En ese mismo orden de cosas, interesa resaltar la Sentencia 51/1985, de 10 de abril, que fija un límite claro a la libertad de expresión, cual es la seguridad interior y exterior del Estado. Argumenta el Tribunal:

---

objetiva- del hecho de las declaraciones del tercero, y, por otro, estas declaraciones (cuya veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de la verdad, sólo es exigible a quien declara lo divulgado) se refieren a hechos o circunstancias de relevancia pública", esto es, "si el contenido de la información es, en principio, lesiva del honor de una persona ha de guardarse de darle difusión a menos que, de algún modo evidencie que, por la conexión de la información con un hecho relevante -conexión que ha de hacerse patente-, aquélla puede participar del interés social de éste".

"Una y otra línea del derecho -las noticias y las opiniones- encuentran un límite indiscutible en la seguridad exterior e interior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la Nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política. Desde esta perspectiva parece claro que tales violaciones de deberes pueden ser sancionados con normas penales, dentro de los precisos límites que al efecto se introduzcan en tales normas o en las que por vía de una interpretación estimatoria se realizan las normas vigentes."

#### e) El cambio doctrinal.

Pues bien, esta línea examinada, partiendo del entendimiento de la libertad de expresión como libertad preferente sin excesivas matizaciones, ha ido estableciendo cada vez más considerandos y limitaciones a este entendimiento preferente<sup>360</sup>. Tal evolución nos parece lógica en la medida que según nuestras tesis, la libertad de expresión no es preferente *en sí*, sino que sus propias características le hacen tener siempre presente un elemento relevante a ponderar en su tensión con otros derechos constitucionales. Es más, como decíamos, esta línea se rompe a partir de 1990, teniendo un antecedente en un voto particular a la Sentencia 121/1989, de 3 de julio. En este voto particular el magistrado Eugenio Díaz Eimil expone "consideraciones de carácter general sobre el sentido en que, ..., debieran replantearse en decisiones futuras los problemas que suscita, en sede constitucional, la colisión de las libertades de expresión e información con el derecho al honor". En este sentido interesa destacar los siguientes aspectos de su voto particular:

- "En el enjuiciamiento de los recursos de amparo, por regla general y en lo que permita la estructura del derecho fundamental invocado, debe evitarse la utilización de criterios formales, potenciando al máximo el uso de criterios materiales que permitan atribuir al derecho el todo contenido real que sea preciso

---

<sup>360</sup> BASTIDA FREJEIDO lo expresa de esta forma: "Durante bastante tiempo el Tribunal Constitucional, en aras de restringir lo mínimo el proceso de comunicación pública libre, hizo una amplia delimitación de la posición preferente de las libertades de expresión e información, lo que comporta una gran relativización del derecho al honor y a la intimidad personal. No obstante, desde hace ya algunos años, a medida que su jurisprudencia se utilizaba por los medios de comunicación como patente de corso, el Tribunal Constitucional ha alterado su juicio de ponderación en relación con la libertad de expresión" (*El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit., p. 21).

para conseguir su plena efectividad, pues sólo en esta línea cumplirán satisfactoriamente su función de valores materiales, y no simplemente retóricos, en los que se asienta el Estado democrático y social de Derecho ..."

"En cuanto al grado en que, a mi juicio, debe atribuirse a la prevalencia de las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor, creo sinceramente que, por la especial relevancia que dicha superioridad o preminencia tiene en el contexto doctrinal en que se desenvuelve el tema de los conflictos entre esas libertades y derechos fundamentales, existe el riesgo de que se minimice el derecho al honor, que también está constitucionalmente protegido y es límite primordial de esas libertades- y, a consecuencia de ello, se conceda a ese valor prevalente una eficacia que vaya más allá del tratamiento que ambos derechos fundamentales se merecen"

"Aunque existan doctrinas discrepantes, creo que no es aventurado afirmar que la aplicación del Derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales e instituciones jurídicas a los valores culturales propios de cada época y medio social y, según ello, me parece que en el momento de resolver el enfrentamiento entre dos derechos constitucionales es muy importante tener presente cuáles son las ideas dominantes que tiene sobre el valor de cada uno de dichos derechos, es decir, la resolución debe estar en armonía con la realidad social española de nuestro tiempo, evitando el trasladar automáticamente a nuestro derecho constitucional doctrinas imperantes en otras sociedades, en las cuales puede estar justificada una excepcional prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor por la estimación que de estos valores se tenga en dichas sociedades, que puede ser distinta de la que es propia de la cultura y sentimiento del pueblo español, en cuyo sistema axiológico destaca, en lugar muy elevado, el honor personal.

Los Jueces y Tribunales de lo penal, en su actuación diaria, tienen en el juicio oral un instrumento de resonancia social, que les permite captar la realidad social a la que nos hemos referido con mayor fidelidad de lo que pueda hacerlo el Tribunal Constitucional, alejado como está, en su actuación institucional, del contacto directo con los ciudadanos, y ello hace que debamos partir de la idea de que la ponderación, explícita o implícita, de los valores de las libertades de expresión e información y del derecho al honor que los órganos judiciales realicen puede ser expresión de una especial sensibilidad social que constituye, en principio y siempre que notoriamente no pueda apreciarse lo contrario, garantía

de que se ha valorado la prevalencia de la libertad de congruencia con la respectiva consideración que estos valores tienen en la sociedad española".

Estas reflexiones tienen un gran valor para entender de forma correcta la interpretación de los conflictos entre derechos pues, como hemos venido manteniendo, las diferenciaciones o la solución a los conflictos entre derechos o entre derechos y deberes se debe realizar siempre ponderando materialmente lo que hay en juego cuando factores relevantes así lo exijan y de acuerdo con los valores vigentes en una sociedad histórica dada. Otra cosa es quién ha de *decir* los valores vigentes, que como ya he indicado en una sociedad democrática han de ser el Parlamento y los Jueces, principalmente el Tribunal Constitucional, cosa que no obsta para que éste no considere que existe una presunción a favor de la ponderación de los jueces ordinarios como indica Díaz Eimil, y esto, desde luego, no quiere decir, como parte de la doctrina ha entendido, que se abandone el principio de la seguridad jurídica y que el Tribunal se sitúe en épocas preconstitucionales<sup>361</sup>.

De hecho, el Tribunal ya había actuado de esta forma en supuestos de otras características como es el caso de la Sentencia 120/1983, de 10 de abril<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> Véase ALVAREZ CONDE, E., *op. cit.*, p. 318.

<sup>362</sup> En esta sentencia dice el Tribunal: "La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1, lo que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe", y que en el supuesto de examen tienen una especial manifestación dentro de la singular relación jurídico-laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación. Los condicionamientos impuestos por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección".

En cualquier caso, ejemplo de esta nueva línea de interpretación de los derechos del artículo 20 son las sentencias 171/1990, de 5 de noviembre, y 172/1990, de 5 de noviembre que *ante la información de dos periódicos diferentes sobre unos mismos hechos el Tribunal Constitucional en un caso ampara y en otro no*. (La cursiva se debe a que para algún sector de la doctrina "se enjuician los mismos hechos, llegando a consecuencias jurídicas diferentes"<sup>363</sup>, lo que es radicalmente erróneo.). El por qué del diferente fallo lo encontramos claramente expuesto en las dos sentencias, pero basta citar una. La Sentencia 171/1990, de 5 de noviembre, dice claramente:

"El valor preferente del derecho de información no significa, pues, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que ha de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cuando el ejercicio del derecho de información no exija necesariamente el sacrificio de los derechos de otro, pueden constituir un ilícito las informaciones lesivas de esos derechos. Ello ocurre especialmente en aquellos casos en los que en la información se utilicen expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones. Sólo pueden entenderse como meros insultos o descalificaciones dictadas, no por un ánimo o con una función informativa, sino con malicia calificada por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple, o en relación a personas privadas involucradas en un suceso de relevancia pública, se comuniquen hechos que afecten a su honor o a su intimidad que sean manifiestamente innecesarios o irrelevantes para el interés público de la información. En tales casos cabe estimar que quien dispone del medio de comunicación lo utiliza no con una función informativa en sentido propio, sino con una finalidad difamatoria o vejatoria, "en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información"."

La misma doctrina ya se había establecido en la Sentencia 105/1990, de 6 de junio. La existencia de esa finalidad difamatoria o vejatoria, en forma innecesaria y gratuita en relación con la información explica los diferentes fallos. Y desde luego, tenerla en cuenta no significa que los derechos del artículo 20 dejen de tener la característica relevante que para el Tribunal los convierte en libertades preferentes, ni que se caiga en la inseguridad jurídica. Parece que esta línea interpretativa se consolida en Sentencias como la 85/1991, de 8 de junio; la 197/1991, de 17 de octubre; la 214/1991, de 11 de noviembre; o la 20/1992, de 14 de febrero.

La Sentencia 85/1991 dice claramente que el derecho al honor no es sólo un límite, sino también un derecho fundamental, "lo cual impide que puedan entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el

---

<sup>363</sup> ALVAREZ CONDE, E., *op. cit.*, p. 318 *in fine*.

pensamiento que se formula o con la idea que se comunica o resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir que esos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la Constitución no reconoce ni admite el derecho al insulto".

Quizá sea la Sentencia 85/1992, la expresión más clara de esta doctrina. Además, vuelve a poner sobre el tapete un problema analizado ampliamente en el capítulo dedicado a la aplicación del principio de igualdad, esto es, el de los límites de la actuación del Tribunal. Dice la Sentencia:

"En este punto es importante destacar que, al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocido en Sentencias del más variado contenido (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares (STC 37/1989).., doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos.

Lo que antecede debe entenderse sin perjuicio de la exclusiva jurisdicción que a los Jueces y Tribunal corresponde para determinar la concurrencia de los elementos de los tipos delictivos y, en consecuencia, la clasificación penal de los hechos y la aplicación de la pena correspondiente, lo cual, coherente con lo anteriormente expuesto, quiere decir, que, si bien es cierto que este Tribunal tiene poco que decir sobre la forma en que el Juez enjuicia los hechos desde la perspectiva de la legalidad penal, también lo es que debe revisar la decisión judicial cuando en la aplicación de esa legalidad ha prescindido de la dimensión constitucional que adquiere la cuestión al estar en juego derechos fundamentales enfrentados, puesto que si este Tribunal Constitucional, en ejercicio de su jurisdicción protectora de los derechos fundamentales, debe dejar sin efecto aquellas resoluciones judiciales que, por no valorar adecuada y razonablemente el valor y alcance de tales derechos, resultan ser lesivas de los mismos con igual razón deberá corregir los excesos que se produzcan a consecuencia de una ponderación desmesurada o desproporcionada (SSTC 120/1983 y 104/1986)".

No podía faltar, claro está, el correspondiente voto particular (en este caso, Rodríguez Bereijo) que pusiera de manifiesto los peligros de tal doctrina:

"De esta manera, más allá de la justicia del caso, se puede convertir al Tribunal Constitucional en un órgano revisor de la legalidad ordinaria y de la interpretación y aplicación que de la misma hacen los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art 117.3 CE), desbordando, en mi opinión el habitual "self-restraint" con que nuestra doctrina ha entendido el ámbito de la justicia de amparo...".

En definitiva, podemos decir como conclusión ya respecto a la libertad de

expresión que ésta constituye elemento fundamental de un sistema democrático lo cual le otorga indudablemente relevancia para ser considerada con tratamiento preferencial en el conflicto con otros derechos que, siendo también fundamento del orden público, obligarán a una ponderación de los derechos y bienes en conflicto según los valores vigentes en nuestra sociedad.

Una segunda consideración podría consistir en entender que el Tribunal Constitucional, llevado por un especial celo "democrático", establece una prevalencia cuasiabsoluta en sus primeros años de existencia de la libertad de expresión para posteriormente elaborar una doctrina más minuciosa en la cual, a través de sucesivas distinciones, va ampliando los límites a esa prevalencia, para terminar aceptando que todos los derechos son fundamentos del orden democrático (aunque no lo diga expresamente) y que, por tanto, cualquier conflicto entre ellos exige una ponderación del caso concreto según los valores vigentes, donde indudablemente parte con ventaja la libertad de expresión porque en sí posee una característica relevante que la relaciona directamente desde un punto de vista funcional con la idea misma de democracia, más allá de la libertad considerada por sí sola.

#### **f) Libertad de información.**

Hemos visto que, dejando a un lado precisiones terminológicas, la doctrina considera fundamental para una sociedad democrática la configuración de esta libertad de comunicación o de información. Frente a la mera libertad de expresión es claro que la libertad de información requiere de unos medios materiales en algún caso sumamente costosos que la ponen fuera del alcance de los que, sin mayores precisiones, podríamos llamar el "ciudadano normal". Esta circunstancia permite distinguir a la doctrina claramente entre *información activa*, consistente en el derecho a comunicar información con la característica, *sui generis* frente a otras libertades, de que el *sujeto activo es un sujeto minoritario y privilegiado* en función de la carestía de las infraestructuras informativas y -en algunos casos- de las limitaciones de orden técnico, e *información pasiva* que sería el derecho a recibir información donde *el sujeto pasivo adquiere una especial relevancia* hasta el punto de que es la principal razón de esta libertad. Esta situación, "el carácter privilegiado del sujeto activo de la libertad de información y la especial relevancia del sujeto pasivo sobre el que recae toda la presión de los medios de comunicación social, vician de entrada la

pureza de la libertad de información al convertirse ésta en el instrumento de exposición de intereses de parte. La solución correctora residiría en la universalización de la libertad activa de información o en la distribución sectorial de las zonas de influencia de los medios de información; ambas soluciones, hoy por hoy, parecen inviables; y más aún en un medio como la televisión, que une a la carestía su extraordinaria y fácil incidencia en la opinión pública. Hay una solución intermedia y alternativa: la defensa desde el Estado democrático de un eficaz pluralismo externo o interno al medio de información, de manera que, aunque los medios de comunicación social pertenezcan a unos pocos, todos puedan, en cierta medida, llegar a él y hacerse oír"<sup>364</sup>. Pues bien, partiendo de estas reflexiones analicemos la respuesta de la jurisprudencia constitucional a los problemas suscitados por la libertad de información.

Ya hemos hecho referencia a la Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, que se pronuncia sobre el recurso de amparo interpuesto por los trabajadores de los diarios "La Voz de España" y "Unidad" como consecuencia del acuerdo del Consejo de Dirección del Organismo Autónomo "Medios de Comunicación Social del Estado"<sup>365</sup>. Veíamos que para nosotros la importancia de una comunicación pública libre en una sociedad democrática exige entender que estos derechos no son sólo derechos frente al poder, sino que irremediablemente exigen la prestación por parte de los servicios públicos de medidas positivas, siempre claro esté que ésta resulte de la ponderación del caso concreto, según los valores vigentes en nuestra sociedad y aplicando los criterios de igualdad también analizados. De la aplicación de estas ideas igualmente podría haber resultado la denegación del amparo, pero el Tribunal se apoya en una doctrina que a la postre puede tener consecuencias negativas. Por eso resulta interesante recoger el voto particular del magistrado Fernández Viagas que, entre otras cosas, dice

"En efecto, es cierto que el artículo 20 no asegura la disponibilidad de cada uno de los medios de difusión existentes en un momento determinado, a cada uno de los ciudadanos interesados en

---

<sup>364</sup> SORIANO, R., op. cit., p. 148.

<sup>365</sup> El Tribunal denegará el amparo en base a los siguientes fundamentos: "son estos derechos (los derechos del artículo 20), derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio y desde luego, no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información.



recibir información, ni garantiza a los profesionales de los medios la disponibilidad de aquél, específico y concreto, en que cada uno de ellos desarrolla su labor informativa; no hay inconveniente en aceptar que, como afirma el Abogado del Estado en sus alegaciones, "no existe vinculación entre libertad de expresión y uso de un determinado medio para su ejercicio". Sin embargo, esta convicción no puede conducirnos a aceptar que la libertad de expresión no es obstaculizada mientras subsista al menos un medio para su ejercicio y sólo resulte afectada por la supresión de un periódico cuando éste fuera el "único medio de expresión para ellos en tanto que ciudadanos". Y no sólo por exigencias del pluralismo y de la obligación que corresponde a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y de facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social, ...".

La doctrina del Tribunal aparece claramente explicitada en la Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, en materia de televisión privada. En esta Sentencia se afirma:

"En cuanto derecho de los ciudadanos (la libertad de comunicación) se concreta en la realización de las posibilidades que literalmente el precepto reconoce, es decir, expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción. No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible.

Mas si el principio general de nuestro ordenamiento jurídico-político es el derecho de crear soportes o instrumentos de comunicación, este derecho, lo mismo considerado en general que considerado como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites. Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares. Así, la fundación de un periódico no impide obviamente la existencia de todos los demás periódicos posibles, pero no ocurre lo mismo cuando el medio de comunicación que se crea, tiene que servirse de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización. Cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción, pertenecen a esta última categoría, su grado de escasez natural o tecnológica, determina una tendencia oligopolística, que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el *statu quo* jurídico y político del medio y en definitiva el derecho mismo a una difusión e información libres".

Ahora bien, dejan de estar claras las consecuencias que el Tribunal extrae de ello, porque una cosa es que la escasez determine la necesidad de una regulación mediante la que se seleccione democráticamente quienes dispondrán de los medios escasos y otra es negar el derecho a todos por la escasez del medio.

Por otro lado, el Tribunal se extiende sobre la consideración del medio televisivo como un servicio público esencial, consideraciones que me parecen valiosas en cuanto entroncan la televisión directamente con la comunicación pública libre y la participación de los ciudadanos en una sociedad democrática:

"La consideración de la televisión como un servicio público esencial, la fundamenta el legislador en la concepción que al respecto mantiene y que manifiesta paladinamente en el preámbulo de dicha Ley. Se dice allí que tanto la televisión como la radiodifusión son un

vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas. Todo ello permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador".

En cualquier caso, hay que diferenciar su calificación como servicio público del problema de su gestión:

"la llamada "televisión privada"... no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del artículo 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley Orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 (art. 81 C.E.) y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado,..."

Tal conclusión no nos parece enteramente correcta en la medida que supone negar de plano el derecho, cuando lo que se debiera haber hecho, según nuestras tesis es ponderar los derechos en conflicto que pueden permitir un trato diferenciado, con lo que la decisión seguiría en manos del legislador al hacer esta ponderación, pero no negar el derecho. En este sentido pensamos que acierta plenamente Rubio LLorente cuando, en voto particular, afirma:

"El legislador no es, seguramente, como tantas veces se ha repetido, mero ejecutor de la Constitución. Puede regular de distinta manera -sin infringir el límite que marca el artículo 53.1 de la Constitución- el contenido concreto de los derechos garantizados e, incluso, dentro de ciertos márgenes de difícil precisión *a priori*, resolver acerca de cuál sea el momento oportuno para establecer las normas organizativas necesarias para el ejercicio de algunos derechos fundamentales que, sin ser derechos de prestación, no son tampoco simplemente derechos reaccionales y no puede ser ejercidos en ausencia de organización. Lo que no puede hacer el legislador es negarlos, porque no depende de él su existencia, aunque se le haya dejado su configuración o, lo que equivale a lo mismo, ignorarlos, dictando normas reguladoras de una actividad que implica el ejercicio de un derecho como si tal derecho no existiera, y anular, en consecuencia, su contenido esencial.

No es en modo alguno contraria a la Constitución la declaración de que la televisión es, por, naturaleza propia, un servicio público, e incluso hay buenas razones para sostener que una declaración de este género viene exigida por la Constitución, pero la gestión de un servicio público que, como sucede con la televisión, implica el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede organizarse en forma de monopolio estatal, que impida absolutamente el ejercicio del derecho. La Constitución no admite el monopolio estatal sobre ningún medio de comunicación".

La misma doctrina establecida se reitera en la Sentencia 74/1982, de 7 de diciembre, pero aquí se demuestran sus defectos dado que el Tribunal la reitera siendo que las circunstancias del caso difieren en la medida que se trata de una

solicitud de transmisión por cable, cuando en este caso es ilimitado el número de frecuencias disponibles y no estamos, pues, ante un medio escaso<sup>366</sup>. También se reitera doctrina en la sentencia 79/1982, de 20 de diciembre, sobre radiodifusión en la que se establece que si se parte de la consideración de que la radiodifusión es un servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado, y se admiten las modalidades de gestión mediante la técnica concesional, no podrá sostenerse que se vulnera el artículo 20.1 a) de la Constitución por el sometimiento de toda concesión en este campo a las condiciones propias del procedimiento concesional. (Esta doctrina, por lo demás, se reitera en las sentencias 13/1985, de 31 de enero; 104/1986, de 17 de julio; y 106/1986, de 24 de julio).

Pues bien, esta doctrina se verá matizada en la Sentencia 206/1990, de 13 de diciembre, situándose el Tribunal en las tesis que venimos manteniendo. Dice el Tribunal:

"La calificación de servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales de la colectividad, pero no es, en absoluto una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información- que la *publicatio* limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar.

El Tribunal, en más de una ocasión, ha señalado alguna de las condiciones que hacen constitucionalmente legítima la regulación de esta actividad como servicio público. Así, refiriéndonos en general a los medios de comunicación, dijimos que "para que se produzcan dentro del orden constitucional tienen ellos mismos que preservar el pluralismo" (STC 12/1982,

---

<sup>366</sup> Precisamente, y en sentido contrario al "espíritu" de esta doctrina en un supuesto de hecho completamente diferente, pero que presenta rasgos que permiten una comparación sugestiva, encontramos la Sentencia 30/1982, de 1 de junio, en la que el Tribunal, precisamente después de recordar la sentencia 6/1981, de 16 de marzo, continua afirmando: "cabe añadir que el principio de publicidad de los juicios garantizado por la Constitución (art. 20.1) implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y trasmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social, como ocurre indiscutiblemente con el desarrollo de la causa que nos ocupa. Consecuencia de ello es que, dadas las limitaciones de cabida del recinto, hubo de establecerse una selección en orden a la asistencia a la vista, concediéndose acreditaciones sobre la base de criterios objetivos. En este sentido, no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado. En conclusión cabe decir que el derecho de información no depende de la acreditación, y que ésta no es sino un medio de organizar el acceso a la Sala".

f. j. 6º), y por lo que respecta a la televisión privada, que su implantación era una decisión política que podía adoptarse "siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado" (STC 12/1982, f. j. 6º).

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 28 de marzo de 1990) ha declarado que, si bien es verdad que los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación para decidir sobre la existencia y la extensión de las injerencias en la libertad de expresión (art 10.1 del Convenio), no lo es menos que corresponde a este Tribunal juzgar si las medidas en que se concreta esa injerencia se justifican y son proporcionadas, de acuerdo con los límites expresados en el párrafo 2 del precepto citado, o sea, restricciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para los fines que indica.

Los cambios en los condicionamientos técnicos (que no se limitan sólo al ámbito de frecuencias, sino también a las necesidades y costes de infraestructuras para este tipo de medios) y también en los valores sociales, pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la *publicatio*, tanto en lo que se refiere a la constitucionalidad de un monopolio público en la gestión televisiva, como a los límites que establezcan la regulación de una gestión privada del servicio que el legislador está obligado a realizar respetando los principios de libertad, igualdad y pluralismo. Tanto la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, como la de otros Tribunales constitucionales europeos han evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada, tendencias a las que no puede dejar de ser sensible este Tribunal.

Sin embargo, en cualquier caso, la ampliación del ámbito de la televisión privada no significa el reconocimiento de un derecho directo a emitir. Y desde luego del artículo 20 CE no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sólo sea a nivel local. Ni tampoco es constitucionalmente exigible que la regulación legal o la actuación administrativa en la materia sólo tenga como único límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar."

Obsérvese que lo que se dice es que no existe un derecho "directo" a emitir, no que no exista tal derecho. Por lo demás, creo que el problema de la televisión, como indicábamos en la *Introducción* de este Capítulo, es precisamente no la existencia de regulaciones, sino hasta dónde llegan esas regulaciones para proteger al sujeto pasivo de la comunicación de la manipulación del medio televisivo, y esto no es tarea tanto del Tribunal Constitucional, como del propio legislador "democrático".

Pese a ello, el Tribunal volverá a incidir en una interpretación restrictiva de la libertad de información en la Sentencia 189/1991, de 3 de octubre, en la que salva el artículo 25.3 de la Ley Orgánica de la Televisión de la siguiente forma:

"la limitación que nace del artículo 25.3 de la LOT no encuentra su fundamento en la escasez del medio utilizado, sino, como ha quedado dicho, en la consideración de que la emisión de imágenes que rebasa los límites establecidos en dicho precepto no es ya vídeo comunitario, sino televisión calificada como servicio público de difusión y, como tal, sometida a un régimen de intervención administrativa previa como, por otra parte, permite el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así pues, la pretendida limitación a la libertad de expresión a través de este singular medio de difusión no proviene de la utilización del dominio público, sino de la calificación de la televisión como servicio público, calificación

que, al no haber sido cuestionada por la Sala proponente, impide a este Tribunal y conduce a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada."

Serán, de nuevo, los votos particulares los que entiendan de forma más amplia la libertad de información. Rubio Llorente, Rodríguez-Piñero, Bravo Ferrer y López Guerra se pronunciaron de forma discrepante poniendo de manifiesto que el artículo 25.3 de la LOT supone una prohibición tajante de la televisión por cable que utilice el dominio público sin ninguna justificación para ello, lo que en definitiva supone un quebranto de la libertad de información amparada por el artículo 20 de la Constitución<sup>367</sup>.

### g) Sobre los amos de la Comunicación Pública Libre.

Si suscribimos la afirmación de Ramón Soriano según la cual "la libertad de expresión es todavía una libertad a medias, no definitivamente construida y satisfactoria, porque mediaciones de todo tipo -desde los intereses políticos a las exigencias del libre mercado- impiden la celebración de un discurso verdaderamente libre en el seno de la comunicación intersubjetiva o pública"<sup>368</sup>, interesa analizar separadamente la Sentencia 165/1987, de 27 de octubre, por dos razones: la primera es que se demuestra claramente que el Tribunal no saca todas las consecuencias posibles del carácter institucional de los derechos del artículo 20

---

<sup>367</sup> Es particularmente incisivo el Voto particular de Rubio Llorente: "Sucede, sin embargo, que la distinción establecida comporta la prohibición pura y simple de la "actividad diferenciada" como resulta inequívocamente de la conexión entre tal inciso, el apartado segundo del mismo artículo 25 y la Ley 10/1988 de la Televisión Privada y su Plan Técnico Nacional. Es esta una prohibición y no un "vacío legal", ni una frase aislada en sí misma inocua, lo que la Sala ... ha sometido a nuestra consideración porque esta prohibición la que se hace explícita en las resoluciones administrativas recurridas ante ella, resoluciones en las que, con admirable claridad y, supongo, sin ironía alguna, se comunica a los destinatarios que la televisión por cable necesita una concesión administrativa de otorgamiento imposible. 2. La diferenciación entre la plena licitud de los videos comunitarios que no utilicen el dominio público y la absoluta prohibición de los que hagan uso de él, la más absoluta de las definiciones deónticas, es una palmaria violación del artículo 14 de la Constitución por la muy simple razón de que el criterio de diferenciación es absolutamente irrazonable. ... 3. ... No se puede ni siquiera imaginar que con esa prohibición se intente preservar el honor, o la intimidad o la imagen de nadie, pues nadie, que se sepa, se ha quejado de ello, ni puede justificar esa preservación la prohibición *a priori*, de una actividad de comunicación que podría ser utilizada para lesionar el derecho de otros. La prohibición constitucional de la censura previa (art 20.2) impide, *a fortiori*, declarar fuera de la Ley un género de medios de comunicación en cuanto tal.... 4. Por último, la prohibición infringe también, en mi opinión, el derecho a la libertad de empresa que como derecho fundamental, esto es, como derecho cuyo ejercicio ha de ser regulado por la Ley "que en todo caso deberá respetar su contenido esencial" consagra el artículo 38 de la Constitución."

<sup>368</sup> SORIANO, R., op. cit., p. 110.

como fundamento de la democracia, y la segunda porque en el voto particular de la sentencia se establecen las bases de la nueva interpretación de estos derechos por el Tribunal. La sentencia empieza diciendo

"La libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, puesto de manifiesto por la STC 104/1986, de 17 de julio, viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional del Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa entendida en su más amplia acepción. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio".

Hasta aquí sigue reiterando su doctrina anterior, sin embargo introduce un elemento que puede ser perturbador para un correcto entendimiento de la libertad de expresión, de la comunicación pública libre, como fundamento de una sociedad democrática. Dice el Tribunal a continuación:

"pero sí significa que el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan anormales o irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último, debilitando la eficacia justificadora de aquélla frente a lesiones inferidas a éste".<sup>369</sup>

Indudablemente, según nuestras tesis esta inversión no puede ser absoluta, como la preferencia anterior tampoco es absoluta. Pero lo que nos interesa resaltar es que de esta forma, sin atender a la ponderación de las circunstancias del caso, se está privilegiando todavía más al núcleo reducido de sujetos activos de la comunicación frente al común de los ciudadanos que "de entrada" ven recortadas sus posibilidades de participar en la creación de una opinión pública libre por medios a su alcance. Como señala Aguilera Fernandez, "es claro que ni la letra ni el espíritu de la Constitución española de 1978, permiten discriminaciones en el ejercicio de la libertad de expresión", pero "no es menos

---

<sup>369</sup> Para BASTIDA FREJEIDO "este privilegio de los 'vehículos institucionales' sólo es explicable si se parte del prejuicio de que la opinión pública libre sólo se forma de manera adecuada a través de estos medios. Sin embargo, este prejuicio no tiene acomodo en la Constitución, que no restringe los cauces de formación de la opinión pública y que en la literalidad de su artículo 20.1 es claramente favorable a una concepción procedimental" (*El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit., pp. 13-14).

cierto que la realidad sociopolítica de un Estado, aunque sea social y democrático de Derecho, no es todo lo justa e igualitaria que sería de desear"<sup>370</sup>. En este sentido parece oportuno recoger el voto particular de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, que, por otro lado, parece coincidir con nuestras tesis en este caso. El magistrado justifica su opinión discrepante con base en dos argumentos. El primero es de carácter formal:

"la Sentencia del Tribunal Supremo no ha respetado el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la Constitución. Y ello en un doble sentido, primero porque ha desconocido la necesaria conexión que ha de establecerse entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, por lo que, como dijera la STC 104/1986, de 17 de julio, el Tribunal sentenciador debe tratar de ponderar el conflicto de derechos fundamentales cuando del ejercicio de la libertad de expresión resulta afectado el honor de alguna persona, examinando si, pese a haberse lesionado el derecho al honor de una persona, la acción encuentra justificación en el ejercicio de las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución. En este caso el Tribunal Supremo no lo ha hecho así, y pese a haber considerado, a efectos de responsabilidad penal, como "publicación", el escrito difundido, sin embargo, ha fallado e interpretado los preceptos penales sin tener en cuenta la protección que sobre ellos tienen las libertades consagradas en el artículo 20 de la Constitución."

El segundo es de carácter material y, por ello, el que más nos importa en esta sede:

"Segundo, porque tanto en la determinación del tipo penal como en el alcance de la justificación de la conducta del hoy recurrente en amparo, el Tribunal debería haber tomado en consideración las circunstancias del caso, la intención predominantemente de defensa y de crítica de unos actos, que aunque legalmente pudieran ser correctos, suponían una incidencia en los derechos de la persona afectada al uso y disfrute de una vivienda, adquirida con su esfuerzo, trabajo y sacrificio. Se trataba de denunciar unos hechos, que al margen de su valoración jurídica, pueden ser socialmente criticables, en la medida que para la vida ciudadana no se pueden definir como "ejemplares" y, por ello, generalizables. Resulta legítimo que un movimiento ciudadano trate de evitar estos hechos, y si en la expresión de la opinión y de la información se ha podido incurrir en excesos formales, que pudieran lesionar la honorabilidad de los afectados, una adecuada ponderación de los valores constitucionales en juego no podría llevar a una sanción penal tan desproporcionada, que no ha tomado en consideración para nada las circunstancias en las que ha tenido lugar los hechos presuntamente delictivos, si es que pudieran imputarse al condenado".

Creemos que no son necesarias las comparaciones, más cuando, como señala Justino Sinova, "es fácil concluir que la información sufre en España un fuerte control político, que hace innecesaria la preocupación del poder por la acción crítica de los medios de comunicación y que pone, por el contrario, una sombra de duda sobre el vigor de la libertad constitucional de expresión y del

---

<sup>370</sup> "La libertad de expresión y prensa política", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 21, 1990, p. 50.

derecho a la información de los ciudadanos"<sup>371</sup>.

#### **h) Entra en juego la libertad ideológica.**

Otra sentencia importante en relación a ese carácter fundamental de la comunicación pública libre en un estado democrático es la Sentencia 20/1990, de 15 de febrero, en la que el Tribunal saca todas las consecuencias pertinentes de este hecho al enfrentarse con unas posibles "injurias" al Rey, la más alta magistratura del Estado. Aquí, como inmediatamente veremos, el Tribunal reitera su primera doctrina sobre los derechos del artículo 20, pero sin embargo no la aplica (más bien aplica la segunda) porque se enfrenta no con la tensión libertad de expresión-derecho al honor, sino con una triple tensión libertad de expresión-derecho al honor-libertad ideológica, lo que le obliga a una diferente ponderación a la que nos tenía habituados (y es que la libertad ideológica también es fundamento directo de la "democracia")<sup>372</sup>. Por tanto, si bien

"no hay derechos absolutos o ilimitados, también lo es que la libertad ideológica invocada por el recurrente, por ser esencial, como hemos visto, para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga "más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 CE) en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley". La limitación, por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina, no puede hacerse coincidente en términos absolutos, pese a lo afirmado por el Ministerio Fiscal, con los límites que a los derechos de libertad de expresión y de información reconocidos por el artículo 20 de la Constitución, apartados a) y d), impone el número 4 de esta norma. La equiparación entre una y otras limitaciones, requiere, en todo caso, que, como ocurre en este supuesto, 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 ley"."

El Tribunal pasa a recordar su doctrina en materia de derecho a la información y libertad de expresión, para terminar concluyendo:

---

<sup>371</sup> "El Estado y la información en España", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 49, 1986, pp. 137-163.

<sup>372</sup> Dice la Sentencia que "hay que tener presente que son la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de Derecho que en dicho precepto se instaura. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978."



"... lo cierto es que el escrito enjuiciado examinado en su totalidad y no en la mínima parte que se recoge en los hechos declarados probados, se desprende que no rebasa los límites que los artículos 16.1 y 20.4 de la Constitución establecen para las libertades y derechos fundamentales que en ellos se garantizan. Ciertamente que, tomando únicamente en todo el artículo las frases recogidas en los hechos probados, la conducta de su autor podría ser encuadrada en el tipo penal por la Sentencia recurrida y, pese a la desproporcionada sanción que al mismo corresponde, nada podría hacer este Tribunal para mitigar una condena ajustada a la Ley; pero si como se ha señalado en el fundamento primero de esta Sentencia, el artículo tenía la finalidad que allí se ha destacado y las palabras despectivas para S.M. el Rey se han utilizado, contrariando sin duda el respeto debido a la más alta Magistratura del Estado, con la finalidad prevalente de robustecer la idea crítica que preside todo el artículo, tales palabras, rechazables moral y socialmente por innecesarias, injustas y contradictorias con una conducta que ha merecido la adhesión mayoritaria del pueblo español y que ha hecho posible la transición política y la consolidación democrática, según se reconoce incluso en el propio recurso de amparo, no pueden ser sancionadas con una condena penal sin vulnerar las libertades invocadas por el recurrente que, entendiéndose hacer uso de las mismas dada la relevancia que desempeñan para la efectividad del régimen democrático y la amplitud con que por tal razón han sido interpretadas por la doctrina de este Tribunal, se ve privado de su libertad y de su profesión por expresar de forma censurable en el ámbito político y social sus propias ideas, criterios y sentimientos acerca de un acontecimiento deportivo cuya crítica constituía la finalidad prevalente del artículo enjuiciado",

Sobre la importancia de la crítica política para la democracia coincidimos con las palabras de Ramón Soriano según las cuales "la participación política de los ciudadanos se canaliza a través de la libertad de expresión bajo la forma de la crítica política a la actuación de los órganos de poder: con ello los ciudadanos hacen y profundizan en la democracia mediante la fiscalización y control directos de los actos llevados a cabo por quienes desempeñan una función pública y aplican las normas constitucionales"<sup>373</sup>. En el mismo sentido, continua la Sentencia,

"La libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquella y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el respeto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin la cual carecería aquella de toda efectividad."

Y es que "una rígida interpretación de la crítica política y una excesiva incriminación de los delitos de desacato pueden conducir a la escoración de la Constitución y sus fines políticos, al adocenamiento de una sociedad temerosa y a

---

<sup>373</sup> Op. cit., p. 135.

una estabilidad duradera, en definitiva, que sólo repercute en beneficio de los usufructuarios del poder político"<sup>374</sup>.

### 6.3.- CONCLUSIONES ESPECIFICAS

En definitiva, después de todo lo visto se pueden adelantar ciertas conclusiones a nuestros efectos:

-Efectivamente, el Tribunal Constitucional considera la comunicación pública libre como uno de los requisitos (fundamentos) para poder hablar de democracia.

-En la protección de esta comunicación pública libre el Tribunal toma una postura activa en su favor, llegando a declarar la libertad de expresión como una libertad preferente.

-Ahora bien, esta preferencia la demuestra sobre todo en los conflictos de la misma con el derecho al honor, donde, además, se produce una evolución jurisprudencial que partiendo de una amplia consideración de esta preferencia de la libertad de expresión, progresivamente va definiendo y, por tanto, ampliando los límites a la misma.

-El Tribunal no llega a sacar todas las consecuencias posibles de ese carácter institucional de la comunicación pública libre, favoreciendo en algún caso al pequeño núcleo privilegiado de los sujetos activos de la comunicación frente al común de los ciudadanos que encuentran dificultado su acceso a la comunicación activa.

-Finalmente, cabe decir que el Tribunal Constitucional no se ha enfrentado (probablemente tampoco tiene necesidad) con el problema que presenta la televisión como principal vehículo de comunicación y también de manipulación de masas en la actualidad. Podría ser interesante que en próximas sentencias el Tribunal se pronunciara sobre los límites de la comunicación a través de la televisión, tanto pública como privada, *en pos de una real y efectiva libertad e*

---

<sup>374</sup> SORIANO, R., *op. cit.*, p. 136.

*igualdad de todos los ciudadanos en una sociedad democrática.*

#### **6.4.- UNA BREVE REFERENCIA AL DERECHO DE EDUCACION**

Indudablemente, el derecho a la educación está intrínsecamente relacionado con la posibilidad de una comunicación pública libre aunque sólo sea por el hecho de que para que exista una comunicación libre se requiera, al menos, un "mismo lenguaje" y una "mínima capacidad igual de argumentar". En este sentido, el derecho a la educación se presenta como un requisito indispensable para poder hablar de democracia, como por otra parte ha sido puesto de manifiesto no sólo por los clásicos de la democracia, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Asunto Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que el pluralismo educativo es esencial a una sociedad democrática. Pluralismo educativo que no es valor superior de nuestro ordenamiento, pero que se desprende claramente del valor superior libertad y de la compleja redacción del artículo 27.

No vamos aquí a entrar en la problemática española sobre la educación, ni en los defectos técnicos de la redacción del artículo 27, ni siquiera en las múltiples facetas que presentan los distintos derechos, libertades y principios que se condensan en el artículo 27 de la Constitución. Nos limitaremos a estudiar aquellos aspectos relevantes de este derecho "esencial" para una sociedad democrática, dejando para otros capítulos el estudio de facetas de este mismo derecho como puedan ser la participación o la propiedad en el ámbito educativo.

Pues bien, la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional español se enfrenta con el tema de la educación es la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, que versa sobre el recurso de inconstitucionalidad a la Ley Orgánica del Estatuto de los Centros Escolares. De esta sentencia es quizá más interesante el voto particular que los propios fundamentos del fallo. Conviene resaltar, antes de nada, que la propia Constitución presenta un mayor desarrollo en la regulación de este derecho o libertad que el que, como hemos visto, se realiza respecto a la libertad de expresión. El Tribunal se enfrenta, más que con el derecho de

educación, con la libertad de enseñanza (ambas expresiones desafortunadas<sup>375</sup>) la cual entiende como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales". En ese sentido

"en cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1 c)). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador."

Ahora bien, para el Tribunal el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes "tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva". Por tanto, ya no el derecho de educación, sino la libertad de enseñanza, sea pública o privada, implica no sólo el límite, sino además la "inspiración positiva" en unos valores que son los típicos de una sociedad democrática. Y ello, según el Tribunal, tiene una consecuencia lógica:

"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... La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible 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 y explícita."

---

<sup>375</sup> Es usual entender por "enseñar", transmitir conocimientos; y por "educar", orientar en un sistema de creencias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia posterior de 25 de febrero de 1982, asunto Campbell y Cosans, así lo ha entendido. Igualmente, así se especifica en el voto particular de la sentencia analizada.

Más claro, sin embargo, se muestra el voto particular formulado por Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los Magistrados Latorre Segura, Díez de Velasco y Fernández Vargas. Después de argumentar la necesidad de aclarar el sentido de términos ambiguos y los límites de determinados derechos concurrentes entre sí, al referirse al artículo 27.6 de la Constitución dicen que el reconocimiento de la libertad de enseñanza implica la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado. Más adelante, estos Magistrados se refieren al pluralismo educativo como requisito de una democracia, al recordar que el pluralismo educativo "ha sido definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 7 de diciembre de 1976, como 'esencial para la preservación de la sociedad democrática'". Pues bien, después de distinguir acertadamente entre los términos *enseñanza* y *educación* y concretar el alcance del término ideario, dicen lo siguiente:

"El artículo 27.2 de la Constitución contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente, precepto que constituye lo que podría denominarse sin metáfora el "ideario educativo de la Constitución". Tal vez por reconocerlo así el legislador ordinario lo ha reproducido, aunque no literalmente, en el artículo 21 de la LOECE. Pues bien, la primera finalidad que este precepto constitucional asigna a la educación es "el pleno desarrollo de la personalidad humana" del alumno. Plenitud que es imposible sin libertad, por lo cual los términos del artículo 27.2 son complementivos de aquellos otros del artículo 10.1 de la C.E. en los que afirma que "el libre desarrollo de la personalidad" es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por ello, todo ideario educativo que coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad de los alumnos será nulo por opuesto a la Constitución",

y, a continuación, vuelven a insistir en la idea de la educación en los valores democráticos como esencial para la democracia al decir que

"por imperativo del mismo precepto (art 27.2 de la C.E.) el alumno debe ser educado en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Si, como escribió Kelsen, "la educación para la democracia es una de las principales exigencias de la democracia misma", es evidente que el Estado no podría permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios totalitarios o antidemocráticos. El citado artículo 27.2 es garantía de que esto no podrá ocurrir en nuestro ordenamiento".

Además, hacen explícito un principio de la democracia, la tolerancia, que también ha de inspirar la libertad de enseñanza:

"Uno de los principios fundamentales de la democracia es la tolerancia. Sin duda, por entenderlo así la LOECE, lo ha recogido en su artículo 36. c) al incluir entre los derechos de los alumnos el de ser "educados en un espíritu de comprensión, tolerancia y convivencia democrática". Conviene, sin embargo, tener en cuenta que no será posible realizar este derecho

de los alumnos si el mismo principio de tolerancia no informa todas las relaciones entre los diferentes componentes de la comunidad escolar, pues la coherencia de una labor educativa consiste en transmitir al educando aquello que los educadores practican. Por eso, la Constitución exige el respeto a esos mismos -a todos ellos- principios constitucionales en relación con la creación y consiguiente organización de los centros privados (art 27.6 de la C.E.)".

Por lo demás es interesante su reflexión sobre la interpretación de los derechos en caso de conflictos entre ellos, tema al que ya hemos dedicado muchas páginas:

"Falta analizar la referencia del artículo 15 de la LOECE al respecto de los profesores al ideario. En este punto entran en concurrencia y eventualmente en colisión varios derechos: por un lado, el derecho de los alumnos a ser educados en libertad y el de los profesores a la libertad de cátedra; por otro, el derecho de los padres recogido en el artículo 27.3 de la Constitución, el derecho del artículo 27.6 de la CE y, en último término, el derecho a establecer el ideario (art. 34.1 de la LOECE), que no es, como los anteriores, un derecho constitucionalizado como fundamental, sino que está recogido tan sólo en una Ley Orgánica. Ante esta concurrencia no es constitucional la tesis que supedita jerárquicamente uno de tales derechos fundamentales, la libertad de cátedra a otros, como los del artículo 27.3 y 27.6, que tienen igual rango y naturaleza, o al derecho del artículo 34.1 de la LOECE que es de rango inferior... Es admisible, y por lo tanto constitucionalmente preferible, una interpretación que busque y fije el equilibrio y no la jerarquización entre los derechos en concurrencia, pues todos ellos son bienes del ordenamiento que importa conservar y armonizar en la mayor medida posible".

Para terminar con esta breve referencia en este capítulo referente al derecho a la educación y el pluralismo educativo, cabe referirse a la necesidad de entender tal libertad o derecho como una exigencia a los poderes públicos de actuaciones positivas para su consecución en cuanto exigencia de la propia libertad. En este sentido es interesante la Sentencia 86/1985, de 10 de julio:

"El derecho de todos a la educación, sobre el que en buen parte giran las condiciones de la resolución judicial recurrida y las de quienes hoy la impugnan, incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4º de este artículo 27 de la norma fundamental...

El que en el artículo 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la Ley en donde se articulen sus condiciones y límites, no significa obviamente, que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo. La Ley que reclama el artículo 27.9 no podrá, en particular contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad. Como vinculación positiva, también, el legislador habrá de atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (art 1.1, 9.2 y 31.2, principalmente). Desde esta última advertencia, por lo tanto, no puede, en modo alguno, reputarse inconstitucional el que el legislador, del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la

hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión".

Creemos que, aun suficientemente clara la cita para mayores comentarios, es conveniente traer a colación la siguiente reflexión de Embid Irujo<sup>376</sup> sobre el particular: "La cuestión, aun limitada a la enseñanza, tiene una potencialidad tremenda y extrapolable a cualquier tipo de pretensión prestacional que quisiera deducirse directamente de la Constitución española, pues los supuestos normativos en el campo que se quiera son semejantes -o, incluso, mucho más débiles- a los existentes en el campo de la educación".

## 6.5.- CONCLUSIONES ESPECIFICAS

Por tanto, como conclusiones debemos mencionar las siguientes a nuestros efectos:

-El derecho a la educación y el pluralismo educativo se configura como un requisito imprescindible para poder hablar de democracia.

-La democracia no sólo exige educación, sino también educación en los valores de la propia democracia, entre los cuales destaca la tolerancia.

-A tal efecto existe un deber de los poderes públicos de atender a tal derecho de acuerdo con los criterios de igualdad, donde las condiciones socioeconómicas serán un factor relevante a tener en cuenta.

---

<sup>376</sup> "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, 1985, p. 187. Por lo demás, en este artículo EMBID IRUJO, A. sistematiza la doctrina del Tribunal Constitucional analizando especialmente la Sentencia 77/1985, de 27 de junio, producida tras el recurso previo de inconstitucionalidad frente a la futura Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, sobre el Derecho a la Educación.

## 7.- PLURALISMO POLITICO

### 7.1.- INTRODUCCION

Norberto Bobbio<sup>377</sup> define el pluralismo como la "concepción que propone como modelo una sociedad compuesta por muchos grupos o centros de poder, aun en conflicto entre ellos, a los cuales se les ha asignado la función de limitar, controlar, contrastar, e incluso de eliminar el centro de poder dominante históricamente identificado con el Estado". El pluralismo como teoría adquiere su importancia como contraposición al *solipsismo metodológico*, especialmente desde el *Leviatan* de Hobbes, pero a nadie se le escapa que en la realidad política los grupos de poder han estado siempre presentes. Ya desde los griegos su presencia es patente. Basta leer las *Helénicas* de Jenofonte<sup>378</sup> o los *Discursos* de Demóstenes<sup>379</sup>. En la Modernidad<sup>380</sup> destacan tres autores que plasmaron en sus obras la indudable importancia de los grupos: Montesquieu<sup>381</sup>, Madison y Tocqueville. Del primero es conocida su teoría sobre los cuerpos intermedios y cómo ésta se complementa con la división de poderes en el sentido vertical.

Madison en el *Federalista* introdujo el problema de los grupos en la teoría de la democracia. Definió la facción como "un número de ciudadanos, ya equivalgan a una mayoría o a una minoría del conjunto, que están unidos y actúan por algún impulso, pasión o interés común, que se opone a los derechos de otros ciudadanos, o a los intereses permanentes y agregados de la comunidad"<sup>382</sup>. Entendía que la formación de *facciones* es irremediable por lo que hay que contar con ellas. El problema es, más bien, el impedir que una de ellas se convierta en mayoría y, por ello, en tiranía:

---

<sup>377</sup> BOBBIO, N. "Pluralismo" en *Diccionario de Política*, Siglo XXI, Madrid, 1983, pp. 1209-1217.

<sup>378</sup> Véase *Helénicas*, Gredos, Madrid, 1985.

<sup>379</sup> Véase *Discursos políticos*, Gredos, Madrid, 1980, 3 vols..

<sup>380</sup> Para una panorámica más completa del tema y de los autores que se han ocupado de ello se puede consultar, entre otros, SARTORI, G. *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza, Madrid, 1992, pp. 17-51.

<sup>381</sup> MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, op. cit..

<sup>382</sup> MADISON *El Federalista*, op. cit., p. 54.



"el único remedio es el de ampliar la esfera y en consecuencia dividir la comunidad en un tan gran número de intereses y de partes que en primer lugar una mayoría no pueda tener en el mismo momento un interés común separado de todos o de la minoría y, en segundo lugar, teniéndolo, no pueda estar unida en su persecución"<sup>383</sup>

Tocqueville retomaría el tema en *Democracia en América*. Para este autor, el despotismo es fruto de la centralización. Para garantizar la libertad, se mostrará partidario de la descentralización y uno de los instrumentos es la libertad de asociación:

"En nuestra época, la libertad de asociación se ha convertido en una garantía necesaria contra la tiranía de la mayoría... La omnipotencia de la mayoría me parece un peligro tan grande para las repúblicas americanas, que el arriesgado medio del que se valen para limitarlo constituye, en mi opinión un bien"<sup>384</sup>

Con estos autores la constatación de un hecho se convierte en algo normativamente deseable, lo cual es asumido por las concepciones de la democracia que se imponen a fines del siglo XIX.

En nuestro siglo, otros autores vuelven a incidir en el tema. Desde que en 1908 Arthur Bentley<sup>385</sup> publicara *The process of government* ha sido numerosa y de gran importancia la literatura politológica dedicada al estudio de los grupos, pero aquí interesa conocer sus repercusiones para la teoría de la democracia. En este campo destaca la obra del primer Robert Dahl que responde al mismo proceso reseñado: primero, constatación empírica de su existencia; y segundo, valoración positiva del fenómeno en su concepción democrática.

Aunque nos remitimos a lo ya expresado sobre la democracia pluralista es necesario destacar que incluso el último Dahl reconoce que pese a que "no es fácil dar una respuesta satisfactoria",

"... en un régimen democrático en gran escala, como el de un país, el pluralismo asociativo combinado de una buena dosis de descentralización de las decisiones en los gobiernos locales, ayudaría a que se tomase en consideración de una manera más o menos equitativa los intereses de los distintos públicos. En tal sentido, podría alcanzarse en una democracia pluralista el

---

<sup>383</sup> MADISON *El Federalista*, op. cit., p. 61.

<sup>384</sup> TOCQUEVILLE, A. *De La democracia en América 1*, Alianza, Madrid, 1989, p. 180.

<sup>385</sup> Véase BENTLEY, A. *Il processo di governo. Uno studio delle pressioni sociali*, Giuffrè, Milán, 1983 (El original: *The process of government*, Principia Press, Bloomington, 1908).

bien común".<sup>386</sup>

No obstante, deja de estar claro que el pluralismo por sí solo sea garantía de democracia. La poliarquía concibe la interrelación política de los grupos en términos de igualdad, pero a nadie se le escapa que los grupos no están en situación de igualdad. Los grandes grupos financieros, industriales, las multinacionales cuentan con recursos de una potencialidad incomparablemente mayor a la de los grupos que puedan formar la gran mayoría de los ciudadanos. Es esta una crítica reiterada desde la izquierda. Como botón de muestra puede servir la crítica de Danilo Zolo:

"Los circuitos de la transición poliárquica, se ha sostenido, operan una discriminación sistemática a favor de los intereses de las organizaciones dotadas de gran potencialidad organizativa y reivindicativa, frente a aquellas asociaciones que no ocupan posiciones estratégicas dentro del organismo de la división tecnológica del trabajo y, en definitiva, frente a la gran mayoría de los ciudadanos medios, simples consumidores económicos y políticos, que no disponen de ningún recurso organizativo y reivindicativo y a los cuales ninguna afiliación (que no sea secreta o, mejor, criminal) puede ofrecer un mínimo beneficio"<sup>387</sup>.

En cualquier caso, el pluralismo en democracia es considerado un valor de primer orden. Tan es así que obtendría rango de valor constitucional en la Ley Fundamental de Bonn, para posteriormente ser considerado valor superior de nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de 1978 (art. 1)<sup>388</sup>. Con este tratamiento constitucional se trataría de reconocer su dimensión inspiradora del ordenamiento en un doble sentido: "La de no cercenar la libertad, y la de no propiciar -o mejor, la de frenar- las tendencias al oligopolio del poder mediante el Derecho"<sup>389</sup>.

---

<sup>386</sup> DAHL, R. *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 355.

<sup>387</sup> ZOLO, D., *op. cit.*, pp. 138-139. La traducción es nuestra.

<sup>388</sup> En el debate constituyente, el señor Sanchez Agesta explicó la inclusión del pluralismo político como valor superior de nuestro ordenamiento con las siguientes palabras: "El pluralismo, tal y como está en el texto constitucional, parece aludir a la moderna interpretación del pluralismo político realizado por la doctrina alemana que trata de oponer la concepción de las democracias occidentales a las democracias del Este, que también usan el término 'democracia', normalmente adjetivado como *democracia popular*; pluralismo que se matiza al mismo tiempo en el texto como pluralismo político y que, además, tiene su reflejo directo en otros artículos de la Constitución, si mal no recuerdo, en el artículo 6, que se refiere a los partidos políticos, en que dice que expresa el pluralismo democrático" (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 2975).

<sup>389</sup> VEGA GARCIA, A. S. De "Constitución, pluralismo político y partidos" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 26, 1992, pp. 75-76.

Ahora bien, como apunta De Vega García después de analizar el debate constituyente en el Senado, "el reconocimiento del pluralismo político al más alto nivel jurídico, sin precedentes, responde principalmente al interés por remarcar el carácter democrático de nuestro sistema político, y a la idea de que el pluralismo político no puede ser sólo una aspiración jurídica, sino que también es un principio de organización"<sup>390</sup>. No en balde, en la Constitución encontramos multitud de referencias al pluralismo. No sólo en el Preámbulo, cuando se proclama la voluntad de la Nación española de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones, sino también en el texto articulado por las referencias explícitas o implícitas a un pluralismo cultural (arts. 3, 4, 16 y 27), social (arts. 7, 20.3, 22, 36 y 52), político (art. 6), pero también pluralismo territorial e, incluso, jurídico. Lógicamente, en este capítulo no nos vamos a detener en todas las manifestaciones constitucionales del pluralismo, sino en aquellas específicas y más relevantes para la teoría democrática.

## 7.2.- DERECHO DE REUNION

Para J. A. Santamaría estamos ante algo más que una libertad pública; la libertad de reunión es ante todo una técnica de acción política directa<sup>391</sup>. De esta forma se convierte en un derecho clave para el entendimiento de lo que sea la democracia. El derecho de reunión ha sido definido como la "facultad de un número indeterminado de personas de congregarse, de una manera discontinua y temporal, en un lugar, de acuerdo con una convocatoria previa y con un mínimo de organización, para escuchar ideas y opiniones, ponerse de acuerdo en la defensa de determinados intereses o dar publicidad a ciertos problemas"<sup>392</sup>. El

---

<sup>390</sup> Op. cit., p. 75. En ese sentido, para el mismo autor "en el entendimiento del pluralismo como elemento del principio democrático conviven su dimensión material o valorativa y su condición de principio de organización. En él se concilian el doble carácter de elemento de un tipo de democracia 'abierta', sin limitaciones ideológicas, y de principio estructural de funcionamiento de ciertas organizaciones, como los partidos, vitales para el proceso político democrático" (op. cit. p. 80).

<sup>391</sup> SANTAMARIA, J. A. "Comentarios al artículo 21", en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA, Madrid, 1980. Véase también SORIANO, R. *Las libertades Públicas*, op. cit., pp 185 y ss.

<sup>392</sup> TORRES MURO, I. *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 28.

Tribunal ha analizado este derecho en diversas sentencias, las cuales estudiaremos en esta sede únicamente a los efectos de nuestro estudio.

Ante todo, conviene citar la Sentencia 36/1982, de 16 de junio, en la medida que, en primer lugar, configura tal derecho al decir:

"El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado, incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos, posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público";

y, en segundo lugar, porque como consecuencia de tal configuración, el Tribunal Constitucional deduce que en una sociedad democrática necesariamente el derecho de reunión ha de tener límites<sup>393</sup>:

"El carácter preeminente de estos valores afectados exige, en una sociedad democrática, que la Constitución conceda poderes a la autoridad para imponer al ciudadano el deber de comunicar con antelación razonable, como requisito indispensable de la proyectada reunión, para poder conocer su alcance, y determinar la procedencia de previas averiguaciones, facilitar el uso del lugar o modificar su emplazamiento, y tomar las medidas de seguridad que fueren precisas, otorgándole, además, la facultad de prohibirla si concurren las circunstancias que constitucionalmente así lo determinan".

También es interesante la Sentencia 115/1987, de 7 de julio, por dos razones: la primera, porque versando la sentencia sobre la constitucionalidad de determinados artículos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y deberes de los extranjeros en España, reconoce que este derecho también corresponde a los extranjeros y, como decíamos al tratar este tema, no creemos que este derecho de los extranjeros dependa en su ejercicio de los tratados internacionales; la segunda es que reitera doctrina anterior sobre la autorización previa:

"La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente ritual o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (art. 21.1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria "para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito" (STC 11/1981, de 8 de abril); al imponerse la necesidad de autorización administrativa se están desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución "sin supeditarle a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder

---

<sup>393</sup> Un buen estudio de los límites de los derechos de reunión y manifestación se encuentran en la obra citada de TORRES MURO. En general, este autor entiende de forma amplia el derecho y realiza una interpretación restrictiva de los límites.

implícito de la Administración (STC 32/1982, de 16 de junio). Cuando ese acto habilitante es preciso en todo caso, se condicionan hasta tal punto las facultades que lo integran, que el pretendido derecho muda de naturaleza y no puede ser reconocido como tal".

Pero, quizá, la Sentencia más importante a nuestros efectos sea la Sentencia 85/1988, de 28 de abril, que dice:

"Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal entre ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión *es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria*, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un *cauce del principio democrático participativo*, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración"<sup>394</sup>.

Por tanto, según el Tribunal, el derecho de reunión también es un requisito para poder hablar de democracia<sup>395</sup>. Además, observamos que para el Tribunal la democracia, al menos se relaciona con la participación. Este tema lo analizaremos en el próximo capítulo, pero podemos adelantar que el Tribunal entiende que existe un principio (¿constitucional?<sup>396</sup>) democrático participativo y esto parece indicar que como mínimo la democracia implica participación -siempre para el Tribunal- siendo la reunión un cauce de su manifestación y, por tanto, el derecho constitucional de reunión, una garantía de la participación.

Por último, quisieramos destacar la Sentencia 59/1990, de 29 de marzo, que refiriéndose en concreto a las manifestaciones<sup>397</sup>, resuelve su conflicto con otro/s

---

<sup>394</sup> Las cursivas son mías.

<sup>395</sup> Para TORRES MURO, "reunirse y manifestarse son actividades vehículo de gran parte de las inquietudes que pueden sentir los ciudadanos en una sociedad democrática" (op. cit., p. 20). Es más, el autor señalado analiza los derechos de reunión y manifestación desde un punto de vista comparado, encontrando que normalmente cuentan con protección constitucional. En los caso que no es así, como en Inglaterra y en Francia, no cabe duda que ello no obsta para que se realicen con frecuencia y sin trabas reuniones y manifestaciones que confirman la importancia de este derecho en las sociedades democráticas.

<sup>396</sup> El Tribunal, hasta donde se nos alcanza, no vuelve a mentar tal "principio". Obviamente, las consecuencias de su existencia para la interpretación podrían ser de gran importancia.

<sup>397</sup> Las manifestaciones son una modalidad de reunión. Para TORRES MURO las caracterizarían dos notas: "por una parte, la de que su fin primordial es el de expresar opiniones, y por otra, que se trata

derecho/s contitucional/es ponderando los bienes en juego y sin necesidad de acudir en este caso a la relevancia que pudiera tener en sí el derecho de reunión como manifestación de la libertad de expresión. Hace referencia la sentencia, primero, a la nueva dimensión que adquieren con la Constitución conceptos como "paz pública" u "orden público"<sup>398</sup>, sobre todo si los comparamos con el significado que se les atribuyó en el régimen anterior, para más adelante referirse al conflicto del derecho de manifestación con otro derecho constitucional como es el de la libre circulación por el territorio nacional:

"resulta obligado dilucidar... si la exclusiva protección de dicho derecho es un límite suficiente para negar el libre ejercicio del derecho de reunión pacífica y si aquella restricción alcanzó en la práctica el grado de intensidad suficiente para permitir el sacrificio del derecho contemplado en el artículo 21 de la Constitución. La contestación a la enunciada pregunta ha de merecer forzosamente una respuesta negativa, porque ni la exclusiva invocación del derecho a la libertad de circulación puede legitimar la negación del derecho de manifestación, ni la limitación de aquel derecho revistió una entidad suficiente para justificar el sacrificio del derecho fundamental de reunión pacífica. En efecto, como único límite a la prohibición de dicho derecho establece el artículo 21.2 de la Constitución las "razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes". Naturalmente toda reunión en "lugar de tránsito" ha de provocar una restricción al derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes, que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto y durante la celebración de la manifestación; pero esta restricción, conforme a lo preceptuado por el artículo 21.2, no legitima *por sí sola* a la Autoridad a prohibir la reunión pacífica, sino que se hace preciso que dicha reunión en el lugar de tránsito público altere el orden público y ponga en peligro la integridad de las personas o de los bienes."

Como apunta Torres Muro al analizar los posibles conflictos del derecho de manifestación con otros derechos, se centran especialmente en la libertad de circulación y su resolución pasa "por ponderar en cada caso las circunstancias que concurren"<sup>399</sup>.

---

de una reunión en movimiento que usa vía públicas" (op. cit., p. 29).

<sup>398</sup> Dice la Sentencia: "los conceptos de "paz pública" y de "orden público" no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, hemos tenido ocasión de declarar que dicho concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978 (STC 43/1986) y que "el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el artículo 10 de la norma fundamental, son el fundamento del orden político y de la paz social", por lo que "el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitablemente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado" (STC 101/1985). De la exégesis del artículo 21 de la Constitución queda suficientemente claro que dos son los límites o requisitos constitucionales que han de cumplir los ciudadanos que decidan manifestarse en la vía pública: que la reunión sea pacífica y que anuncien a la autoridad el ejercicio de su derecho".

<sup>399</sup> Op. cit...

### 7.3.- DERECHO DE ASOCIACION

Es otro de los derechos clásicos de participación política, que está en la base del pluralismo y que como dice Aguiar<sup>400</sup> está en la base de otros muchos derechos. No en vano es uno de los derechos que se vienen considerando típicamente democráticos, entre otras cosas por haber sido una de las principales reivindicaciones del movimiento democrático europeo del siglo XIX. Esta primera reflexión me sirve para entrar en el análisis jurisprudencial ya que el Tribunal Constitucional después de que en la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, declarara que el derecho de asociación, reconocido por nuestra Constitución en su art 22.1, comprende no sólo en su forma positiva el derecho de asociarse, sino también en su faceta negativa, el derecho de no asociarse, en la Sentencia 67/1985, de 24 de mayo, se expresa de la siguiente forma:

"El reconocimiento y alcance de estas dos libertades -positiva y negativa- se encuentra en conexión con el tipo de Estado en cada tiempo y lugar. Así la libertad de asociarse supone la superación del recelo con el que el Estado liberal contempló el derecho de asociación, y la libertad de no asociarse es una garantía frente al dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de la creación de Corporaciones o asociaciones coactivas que dispusieran el monopolio de una determinada actividad social."

Y es que, para el Tribunal, uno de los problemas que se plantea en el Estado social y democrático de Derecho es determinar en qué medida el Estado puede organizar su intervención en los diversos sectores de la vida social a través de la regulación de asociaciones privadas de configuración legal a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativo a todo un sector. El Tribunal va a aceptar este tipo de asociaciones, entre otras cosas por el propio reconocimiento constitucional, pero, basándose en el valor superior de la libertad, lo hará con criterios muy restrictivos. Dice el Tribunal en esta sentencia:

"la utilización generalizada de esta vía respondería a unos principios de carácter corporativo, aun cuando fuera de modo encubierto, incompatibles con el Estado social y democrático de Derecho. Afirmación que no excluye la posibilidad de que se utilice excepcionalmente, siempre que se justifique su procedencia en cada caso por razones acreditativas de que constituye una medida necesaria para la consecución de fines públicos, y con los límites necesarios para que ello no suponga una asunción (ni incidencia contraria a la Constitución) de los derechos fundamentales de los ciudadanos".

---

<sup>400</sup> AGUIAR, L. "Comentario al artículo 22.1, 3 y 4", en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por ALZAGA, O., Madrid, 1984, p. 642.

Ahora bien, se trataría en este caso de una asociación distinta de la prevista en el artículo 22 de la Constitución que, según el Tribunal, no comprende el derecho de constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social. El mismo artículo 22 se refiere expresamente a "las asociaciones constituidas al amparo de este artículo", de donde el Tribunal deduce a *sensu contrario* que no se excluye la existencia de asociaciones que no se constituyan a su amparo. Pues bien, en este sentido aún es más clara la Sentencia 132/1989, de 18 de julio, que considera que para resolver esa cuestión ha de partirse forzosamente del artículo 1.1 del Texto constitucional, que consagra la libertad como "valor superior" del ordenamiento jurídico español y esto "implica, evidentemente el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias: libertad que, en el ámbito de la formación de agrupaciones entre individuos se traduce, entre otras, en las disposiciones del artículo 22 de la Constitución, que reconoce el derecho de asociación". Pues bien,

*"partiendo de principio general de libertad que inspira el ordenamiento constitucional, resultaría contrario al mismo que la creación de entes de tipo corporativo supusiera una indebida restricción del ámbito de la libertad de asociación, de la libertad de sindicación, y del juego del pluralismo social, económico y político, sustrayendo del mismo amplios sectores de la vida social. Los fines, pues, a perseguir por las Entidades corporativas, y la actuación de éstas han de ser compatibles con la libre creación y actuación de asociaciones que persigan objetivos políticos, sociales, económicos o de otro tipo, dentro del marco de los derechos de asociación y de libre sindicación, sin que puedan suponer, por tanto, obstáculos o dificultades a esa libre creación y funcionamiento."*

Este sería, pues, un primer límite, que el Tribunal denomina externo, a la creación de entes de tipo corporativo. El segundo límite, relacionado evidentemente con el anterior, sería el representado -en el supuesto de entes corporativos que implicaran la adscripción forzosa de los componentes de un sector social determinado- por la vertiente negativa del derecho de asociación, esto es, el derecho a no asociarse. Ahora bien,

*"no puede extenderse el tratamiento del fenómeno asociativo que lleva a cabo el artículo 22 (así como, en la vertiente sindical, el art 28) de la Constitución a agrupaciones del tipo de los entes corporativos, que obedecen a supuestos distintos de los contemplados en este artículo. Desde esta perspectiva no cabe excluir que el legislador, para obtener una adecuada representación de intereses sociales, o por otros fines de interés general, prevea, no sólo la creación de entidades corporativas, sino también la obligada adscripción a este tipo de entidades de todos los integrantes de un sector social concreto, cuando esa adscripción sea necesaria para la consecución de los efectos perseguidos. Ahora bien, y reconocida esa posibilidad, debe tenerse en cuenta que ello supondría -ante el principio general de libertad*



que inspira nuestro sistema Constitucional- una restricción efectiva a las opciones de los ciudadanos a formar libremente las organizaciones que estimaran convenientes para perseguir la defensa de sus intereses, con plena autonomía y libertad de actuación; y por consiguiente la adscripción obligatoria a esas Corporaciones Públicas como un tratamiento excepcional respecto del principio de libertad, que debe encontrar suficiente justificación, bien en disposiciones constitucionales (así, en el art 36 CE), bien a falta de ellas, en las características de los fines de interés público que persigan y cuya consecución la Constitución encomiende a los poderes públicos, de manera que la afiliación forzosa cuente con una base directa o indirecta en los mandatos constitucionales".

Nos encontramos, evidentemente, ante un tratamiento diferenciado en virtud de un elemento de relevancia como es un fin público que admite el sacrificio de la libertad de asociación, pero, como vemos, hay que interpretarlo restrictivamente.

Por lo demás, la protección de la libertad de asociación es muy amplia. La ya citada Sentencia 115/1987, de 7 de julio, en relación a la intervención administrativa en cuanto al derecho de asociación de los extranjeros en España establecía después de recordar que la suspensión y disolución administrativas de las asociaciones han sido manifestaciones tradicionales de un sistema de fuerte control estatal, sobre todo, el movimiento asociativo, caracterizado en lo esencial por la discrecionalidad y la valoración de la acción del grupo con arreglo a criterios de oportunidad, y no de mera y estricta legalidad

"sólo la Ley puede legitimar la intervención estatal en este área de libertad ciudadana. El que la decisión se adopte por un órgano judicial desde el momento inicial, y no se reduzca a un momento posterior de control judicial de la actividad administrativa, supone, de forma preceptiva, una garantía adicional muy importante, por ser la vía judicial la más adecuada para interpretar y aplicar las restricciones de los derechos fundamentales. A estas razones responde el art 22.4 de la Constitución, que establece que "las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada". Se establece así una garantía del derecho de asociación no prevista en tales términos en los Tratados Internacionales suscritos por España en la materia. Este mandato del art 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio"

Por último, en cuanto a las asociaciones en general, cabe decir que, salvo las especialidades que posteriormente veremos, el derecho de asociación comprende la potestad de autoorganización de las asociaciones. De ahí que la Sentencia 218/1988, de 22 de noviembre, afirme que

"es de señalar que la actividad de las asociaciones no forma naturalmente una zona exenta del control judicial, pero los Tribunales, como todos los poderes públicos, deben respetar el derecho fundamental de asociación y, en consecuencia, deben respetar el derecho fundamental de autoorganización de las asociaciones".

## 7.4.- PARTIDOS POLITICOS

Antes de entrar en el análisis de la jurisprudencia constitucional sobre los partidos políticos hay que señalar que sobre los mismos recaen muchas de las responsabilidades que para bien o para mal se atribuyen a las democracias modernas. Sin duda, se ha destacado su importancia en cuanto contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, son instrumentos para la participación política y se convierten en expresión del pluralismo político. Pero, junto a estas virtudes también hay una amplia literatura sobre los defectos de los partidos políticos que, desde los célebres estudios de Robert Michels<sup>401</sup> y de Moisei Ostrogorski<sup>402</sup>, se ha extendido hasta nuestros días, creando una corriente de opinión según la cual los partidos políticos dificultan esa participación alejando el gobierno de la voluntad de los ciudadanos. En cualquier caso, tal es la relevancia de los partidos en las actuales democracias que gran parte de la doctrina ha hablado de un nuevo "Estado de partidos"<sup>403</sup> y en las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial<sup>404</sup> aparecen reflejados hasta el punto de que en Alemania son considerados órganos constitucionales<sup>405</sup> y los analistas denuncian

---

<sup>401</sup> MICHELS formularía en 1911 su célebre "ley de hierro de la oligarquía" según la cual los partidos políticos terminan convirtiéndose en formaciones oligárquicas. La razón estriba en que la propia existencia de los partidos implica organización, burocracia y división del trabajo y ello conduce necesariamente a la escisión entre la élite y la masa, a la oligarquía. (*La sociología del partido político nella democrazia moderna*, Il Mulino, Bolonia, 1966; el original en alemán, 1911).

<sup>402</sup> OSTROGORSKI en 1902 ya había adelantado un excelente análisis sobre los riesgos que suponen los partidos para la democracia. Destaca especialmente la idea de que las organizaciones de los partidos piensan únicamente en su propio interés pasando a un segundo plano el interés común. (*La démocratie et l'organisation des partis politiques*, Calman-Lévy, París, 1906).

<sup>403</sup> Al respecto, se puede consultar la obra de GARCIA PELAYO, M. *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986.

<sup>404</sup> Así, entre otras, Constitución italiana de 1947 (art. 48), Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 21), Constitución francesa de 1958 (art. 4). Más recientemente, la Constitución portuguesa de 1976 le dedica hasta 22 artículos.

<sup>405</sup> Los partidos han sido legitimados para recurrir ante el Tribunal Constitucional. De la importancia de los partidos en Alemania también da cuenta el artículo 1 de la Ley de Partidos de la República Federal Alemana que se expresa en los siguientes términos: "Los partidos participan en la constitución de la voluntad política del pueblo en todas las esferas de la vida pública en la medida en que ejercen influencia, sobre todo, en la configuración de la opinión pública, fomentan y profundizan la formación política, favorecen la participación de los ciudadanos en la vida política, educan ciudadanos capacitados para ejercer responsabilidades públicas, participan en la presentación de candidatos a las elecciones en la Federación, en los Länder y en los municipios,

su estatización<sup>406</sup>. En esa línea, también la Constitución española de 1978 ha incorporado<sup>407</sup> la importancia de los partidos políticos para el nuevo régimen en su artículo 6: "Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".

Interesa resaltar la relación que se establece en la Constitución entre los partidos políticos y el valor superior del artículo 1.1. Ya dijimos que para nosotros el valor preeminente es la libertad, una de cuyas manifestaciones es el pluralismo político. En todo caso, interesa resaltar que en la Constitución éste lo representan únicamente los partidos políticos. Claro está que otras organizaciones contribuyen indudablemente al pluralismo como ha puesto de manifiesto gran parte de la doctrina. Lo cierto es que en la Constitución encontramos diversas manifestaciones del mismo como el pluralismo lingüístico y simbólico, el ideológico y religioso, el que se deriva de la libertad de expresión, el pluralismo sindical, el profesional y otros que para el Tribunal Constitucional derivan de la norma suprema, como es el caso del pluralismo educativo.

No hay tampoco duda que muchos de estos pluralismos tienen claras facetas políticas y de que todos ellos se derivan del valor libertad. Por ello creemos que cuando los constituyentes establecieron junto a la libertad el pluralismo político como valor superior tenían en mente la necesidad de diferenciar el nuevo régimen político de los regímenes monistas, o mejor, las "democracias pluralistas" de las "democracias populares". Por otra parte, hemos visto que una

---

ejercen influencia en el desarrollo político en el Parlamento, introducen los objetivos políticos que fueron elaborando en el proceso de constitución de la voluntad estatal y se preocupan por garantizar un vínculo permanente y vivo entre el pueblo y los órganos del Estado".

<sup>406</sup> ALEMANN, U. Von señala hasta siete factores de este fenómeno: 1) la juridificación de la política; 2) la financiación pública de los partidos; 3) la construcción de aparatos de partido profesionalizados que imitan las decisiones especializadas de los ministerios; 4) el sistema de reparto de cargos en la Administración; 5) la funcionarización de sus militantes; 6) la profesionalización de sus mandatarios; y 7) la transferencia de la función de articulación e iniciativa del Parlamento a los congresos de los partidos grandes. ("Democracia de partidos y participación ciudadana" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 20, 1981, pp. 119-135).

<sup>407</sup> Es sabido que ninguna de las Constituciones españolas mencionaba a los partidos políticos. Únicamente la Constitución de 1931 tenía un referencia velada al hablar de las "fracciones políticas" dentro de las Cortes al efecto de constituir la Diputación Permanente de las Cortes (art. 62).

amplia corriente de politólogos han considerado que la democracia se caracteriza por ser una competencia entre partidos para obtener el voto popular, de tal forma que a través de ella se posibilite el acceso y la alternancia en el poder. Con esto no estamos diciendo que la Constitución española haga coincidir su modelo de democracia con el modelo de "democracia pluralista". Este modelo, como es sabido, también presenta diferentes versiones en función de los autores concretos que lo defienden. Lo que estamos afirmando es que, como decía Ignacio de Otto<sup>408</sup>, la Constitución no quiere decirnos una obviedad, sino que está estableciendo un orden político concreto, el juego de la alternancia en el poder, siendo el marco jurídico que posibilita diversos órdenes políticos y también diversos modelos sociales siempre que el pluralismo siga siendo un principio fundamental.

#### a) La naturaleza jurídica de los partidos políticos.

Dicho todo lo anterior, el primer problema con el que nos enfrentamos en la jurisprudencia constitucional es el de la naturaleza jurídica de los partidos políticos y su configuración. En este sentido la Sentencia 3/1981, de 2 de febrero, establece que

"un partido es una forma particular de asociación y el citado artículo 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base en él para deducir tal exclusión. Otra cuestión distinta es que nuestra norma fundamental, siguiendo una tendencia del constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial, dedique un artículo, el 6, a los partidos políticos,... tal relevancia viene justificada por la importancia decisiva que esas organizaciones tienen en las modernas democracias pluralistas, de forma que se ha podido afirmar por algunos Tribunales extranjeros que "hoy en día todo Estado democrático es un Estado de partidos" o que éstos son órganos casi públicos", o conceptos similares".

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, según la cual

"los partidos políticos son, como expresamente declara el artículo 6, creaciones libres, producto como tales del ejercicio de la libertad de asociación que consagra el artículo 22. No son órganos del Estado, por lo que el poder que ejercen se legitima sólo en virtud de la libre apreciación de los estatutos y, en consecuencia, sólo puede ejercerse sobre quienes, en virtud de una opción personal libre, forman parte del partido. La trascendencia política de sus funciones (concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular) y servir de cauce fundamental para la participación política no altera su naturaleza, aunque explica que

---

<sup>408</sup> OTTO, I. *De Lecciones de Derecho Constitucional*, Guiastur, Oviedo, 1980. Citado por TORRES DEL MORAL, A. *Principios...*, op. cit., p. 159.

respecto de ellos establezca la Constitución la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos".

El argumento del Tribunal es meridianamente claro. Como apunta Giorgio Lombardi, está basado en el principio *volenti non fit iniuria*: si el ciudadano es libre de entrar en los partidos políticos, tal ingreso es voluntario y, por tanto, sobre este específico *pactum societatis*, reposa el *minus* de la libertad y de democracia que pueda encontrar en el partido<sup>409</sup>.

Sin embargo, en la misma Sentencia, en Voto particular que formulan los Magistrados Latorre Segura, Díez de Velasco Vallejo y Díez-Picazo y Ponce de León se dice que

"sin entrar en la discutida posición que los partidos políticos tienen en la democracia actual, parece claro, en todo caso, que aun no siendo poderes públicos, tampoco pueden calificarse de simples organizaciones privadas, y se sitúan en la zona gris entre lo público y lo privado, distinción esta última que no puede formularse en nuestros días de forma tajante. Quizá la forma menos polémica de calificar en lo que aquí interesa esa particular posición consiste en considerarles como asociaciones que no siendo poderes públicos ejercen sin embargo funciones públicas y ello no en virtud de una situación de hecho sino porque expresamente lo dice el citado artículo 6 de la Constitución al afirmar entre otras cosas que son "instrumento fundamental para la participación política".

Por tanto, nos enfrentamos con una problemática que tiene indudables consecuencias jurídicas y difícil respuesta<sup>410</sup>. Indudablemente, hasta ahora, el Tribunal ha entendido la naturaleza jurídica de los partidos políticos únicamente desde el prisma de la libertad y, por tanto, ha insistido en su naturaleza de asociación, a la cual la Constitución ha añadido determinados requisitos que, en pos de esa mayor libertad, deben ser interpretados restrictivamente. Mucho nos

---

<sup>409</sup> LOMBARDI, G. califica tal razonamiento de "hobbesiano" y resalta su paradójica contradicción: "si el ciudadano permanece fuera de los partidos, no cuenta a nivel de formación de la opinión democrática y de las opciones políticas y si, en cambio, entra en los partidos debe, forzosamente, renunciar a cualquier tutela derivada del ordenamiento general del Estado, para contentarse con aquella forma elemental de autotela que surge de la lucha política" ("Corrientes y democracia interna de los partidos políticos" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 27, 1982, p. 20).

<sup>410</sup> Al respecto se pueden consultar, entre otros, SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. "Sobre la constitucionalización de los partidos" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 45, 1985, pp. 155-164; o GARCIA COTARELO, R. *Los partidos políticos*, Sistema, Madrid, 1985. Este último concluye de su exámen sobre la naturaleza jurídica de los partidos políticos que éstos "se mueven en un curioso *terrain vague* en el que se da una dualidad de funciones y vertientes, una de claro derecho privado, por cuanto los partidos son sin duda alguna, asociaciones privadas, ya que voluntarias, y otra de derecho público, sin tener todavía muy claro qué forma *real* adquiere esa función iuspública de los partidos (p. 152).

tememos que en los próximos años asistiremos a ligeras modificaciones de esa postura<sup>411</sup> tratando de ampliar el control de los partidos políticos, acercándonos al modelo alemán, y de forma paralela a lo que sucederá en países como Italia o Francia. Al fin y al cabo, y siguiendo a Danilo Zolo<sup>412</sup>, los partidos políticos de instrumentos eficaces de poder han pasado a convertirse en máquinas de poder que se escapan al control de los ciudadanos. Esto, a la larga, afecta a la libertad de los propios ciudadanos que, en pos de mayor seguridad, cada vez más presionan en favor de un mayor control de los partidos políticos. Los propios mecanismos de defensa del sistema político han de actuar en el mismo sentido dado el principio de supervivencia que el es connatural.

#### b) Sobre el control de los partidos políticos.

El control de los partidos políticos<sup>413</sup> muchas veces es justificado por la ayuda financiera que reciben del Estado. Ello es cierto como reconoce la Sentencia 3/1981, de 2 de febrero al decir que

"en nuestra legislación los partidos políticos tienen derecho a obtener ayuda financiera del Estado con motivo de su participación tanto en las elecciones generales como en las que afectan a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales. Tienen también derecho a utilizar gratuitamente con fines electorales los medios de comunicación social de titularidad pública. Pero tales derechos no se les reconocen por su simple existencia como partidos sino en cuanto concurran a la manifestación de la voluntad popular. Para exigirlos es necesario que tomen parte en las elecciones; en las subvenciones públicas se tienen en cuenta el número de votos y escaños, y los mismos elementos se ponderan al determinar el grado de acceso a los medios de comunicación social".

Es lógico deducir que si gestionan fondos públicos, el Estado tiene derecho a controlar el destino de los fondos públicos, pero creemos, dada la más reciente historia de las democracias occidentales, que ese control debe ir más allá del control de los fondos públicos.

---

<sup>411</sup> LOMBARDI, G. (op. cit., p. 28) piensa que "nada impide que una *praxis* jurisprudencial en estos contenciosos producidos por violaciones de derechos por parte de los órganos de los partidos y de los grupos represente la mejor garantía posible" de la democracia interna de los partidos.

<sup>412</sup> ZOLO, D. *Il principato democratico*, op. cit., p. 147.

<sup>413</sup> Sobre las distintas formas de control de los partidos políticos es útil consultar GARCIA COTARELO, R., op. cit., pp. 164-171. Una perspectiva más jurídica del caso español se encuentra en OTTO, I. *De Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

Un primer control es aquel que se produce en el momento de la constitución del partido político. En este sentido la misma Sentencia dice que el Registro de Partidos Políticos es un Registro "cuyo encargado no tiene más funciones que las de verificación reglada, es decir, le compete exclusivamente comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materia objeto del Registro y si reúnen los requisitos formales necesarios".

Más clara, en este sentido, es la Sentencia 85/1986, de 25 de junio, que partiendo de la naturaleza jurídica del partido como mera asociación establece:

*"La Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones, que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos. La disciplina constitucional en esta materia, tomada en su sustancia, se ha articulado sobre un derecho subjetivo público de los ciudadanos a constituir, bajo la forma jurídica de asociaciones, partidos políticos; con ello se reconoce y legitima la existencia de los partidos y se garantiza su existencia y subsistencia. El partido, en su creación, en su organización y en su funcionamiento, se deja a la voluntad de los asociados fuera de cualquier control administrativo, sin perjuicio de la exigencia constitucional del cumplimiento de determinadas pautas en su estructura, actuación y fines.*

En función de todo lo anterior, la adquisición de la calificación jurídica de partido, para respetar el precepto constitucional de libertad de fundación de partidos, no puede subordinarse a otros requisitos formales que a los ya previstos y con el alcance que establece el propio artículo 22. Del mismo se deduce con toda claridad la función de mera publicidad del Registro de Asociaciones; y que tal Registro no puede controlar materialmente y decidir sobre la "legalización" o "reconocimiento" de las asociaciones y, en particular, de los partidos políticos. Del contexto del propio precepto se deriva, además, que los instrumentos para garantizar que los partidos se ajusten a la idea que de estos tiene la Constitución en cuanto a su sujeción al orden constitucional, su respeto de la legalidad, su estructura democrática y los demás requisitos generales que se exigen a todas las asociaciones, han de centrarse fundamentalmente en el momento de la actuación de éstos y por medio de un control judicial. Se trata además y, en todo caso, de límites marginales que parten de, y presuponen una amplísima libertad de constitución y de actuación de los partidos políticos."

Pues bien, la lectura de esta larga cita permite observar como el Tribunal apuesta por un bajo control de los partidos políticos en aras de la libertad. Al respecto creemos que tiene razón en lo que se refiere al momento de su creación, pues difícilmente el control desde la Administración puede ir más allá de un mero control formal<sup>414</sup>, pero otra cosa es el control a lo largo de la vida del

---

<sup>414</sup> Como indica FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. en el control directo de los fines del partido el único límite real respecto al orden constitucional es la ilicitud penal: "ello lleva a pensar que tal control es una utopía puesto que es difícil que los Estatutos expresen una intención delictiva, aunque la hubiera" ("La pretensión estatal de someter a normas jurídicas la actuación de los partidos políticos" en *Revista de Derecho Político*, nº 31, 1990, pp. 69-88).

partido, esto es, de su actuación<sup>415</sup>. Un bajo nivel de control era comprensible como reivindicación de los demócratas en otras épocas en la medida que el ejecutivo no respondiera por entero a la voluntad popular, pero hoy día ese bajo control se convierte en un "privilegio" del que se usa y abusa desde los partidos. El respeto y la persecución de una mayor libertad se ha de predicar del sistema entero y de todos los afectados, es decir, también de la libertad de los ciudadanos. Por ello, entendemos que el Tribunal ha subestimado la libertad de los demás y elementos claves en la democracia como son el control del poder y la transparencia pública que, en definitiva, afectan directamente a aquélla.

Cosa diferente al control del "poder" de los partidos políticos es el control de su constitucionalidad. Ya hemos visto que según el artículo 6 de la Constitución, la creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley y su estructura interna y funcionamiento deben ser democráticos<sup>416</sup>. Sobre este tema también ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal en la reiterada Sentencia 3/1981, de 2 de febrero, al decir:

"Este Tribunal Constitucional no tiene competencia directa para decidir sobre la inconstitucionalidad de un partido político. Con arreglo al artículo 22.4 de la Constitución, las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial motivada. La misma Ley de Partidos Políticos aplicada por el Ministerio del Interior establece, en su artículo 5, que la suspensión o disolución de los partidos políticos sólo podrá acordarse por decisión de la autoridad judicial competente, y entre las causas que justifican tal decisión figuran que la organización o actividades de aquéllos sean contrarios a los principios democráticos. 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."

Pues bien, ya no es sólo que el Tribunal Constitucional no tenga

---

<sup>415</sup> Resulta inútil recordar que el estudio se limita a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es conocido que los Tribunales ordinarios se han pronunciado por la competencia judicial para conocer determinados aspectos de la vida interna de los partidos como es su potestad disciplinaria interna, los actos de un partido que sean presupuesto de un acto administrativo, actos delictivos, etc..

<sup>416</sup> Creemos acertada la reflexión de SOLOZABAL ECHEVARRIA cuando dice que "la comprensión de la exigencia de la democraticidad, con la posibilidad del control subsiguiente del Estado y órganos ajenos a los partidos implica la necesidad de profundizar en los límites que al juego del principio de libertad de los miembros del partido y su derecho a participar en la vida política, impone el principio de autonomía del partido. El resultado de esa tensión queda ponderado por la necesidad de unidad del partido, que exige un adecuado funcionamiento del sistema de partidos en la democracia" ("Sobre la constitucionalización de los partidos", op. cit., p. 159). Por lo demás, la mayoría de los autores coinciden en afirmar que el control ideológico es ajeno a la exigencia de democracia interna, limitándose a los aspectos procedimentales y a la garantía de los derechos garantizados constitucionalmente en la vida interna de los partidos.



competencia directa para decidir sobre la inconstitucionalidad de un partido político, sino que, como apunta De Vega García, "aquella disposición que establece el supuesto de disolución judicial del partido por actividades contrarias a los principios democráticos debe ser tenida como inoperante en nuestro ordenamiento. No en vano, el pluralismo político de partidos está garantizado en nuestro sistema constitucional sin restricciones de origen, independientemente de los contenidos de las voluntades; remarcándose así la *noción procedimental de democracia* que la Constitución de 1978 parece haber asumido"<sup>417</sup>.

Respecto a la estructura interna y funcionamiento democráticos, por desgracia, el Tribunal Constitucional no ha ido más allá de esta afirmación, no entrando, por tanto, en el problema jurídico de qué entender por "estructura interna y funcionamiento democrático" en los partidos políticos<sup>418</sup>.

## 7.5.- LIBERTAD SINDICAL Y SUS MANIFESTACIONES

El sindicato es una manifestación más del derecho de asociación y, por tanto, un instrumento de participación política. No en balde, la reciente Sentencia 292/1993, de 18 de octubre, define a los sindicatos como

"formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la Sociedad democrática".

Tal afirmación merece ser destacada a nuestros efectos dado que una lectura a *sensu* contrario nos da a entender que para el Tribunal Constitucional la Sociedad democrática necesariamente ha de ser plural o, dicho de otra forma, no

---

<sup>417</sup> VEGA GARCIA, A. De, op. cit., p. 94. La cursiva es nuestra.

<sup>418</sup> Para RAMIREZ, M. hay que entender este principio de democracia "en la forma que el mismo texto constitucional fundamenta. Es decir, de democracia participativa y pluralista, con unos valores superiores a respetar. Si no es así, si el partido no respeta el orden constitucional vigente, no respeta la ley o posee una estructura interna o un funcionamiento efectivo no democráticos, claramente no debe tener cabida en el marco del juego descrito y regulado por la Constitución. Democracia interna que habrá de entender como participación de los miembros en la toma de decisiones y en la elección de dirigentes, a todos los niveles. Y funcionamiento democrático que habrá de valorar en atención al respeto al pluralismo o pluralidad de partidos sobre el que descansa nuestra vida política." ("Los partidos políticos en la Constitución española de 1978", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, 1980, p. 56). Habría que añadir que el artículo 4 de la actual Ley de Partidos Políticos concreta en qué consiste la estructura interna democrática al establecer unos requisitos mínimos.

es propio de un régimen democrático una sociedad homogénea, elemento cualificador de determinados modelos de democracia.

Ahora bien, y al margen de lo anterior, la misma configuración de los sindicatos junto a las asociaciones empresariales en la Constitución española presenta problemas en la medida que su artículo 7 establece que "los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios"<sup>419</sup>. El problema reside entonces en qué entender por "intereses económicos y sociales que les son propios". La mayoría de la doctrina a este respecto ha entendido que difícilmente se pueden excluir los intereses políticos por dos órdenes de razones: bien por la coimplicación de lo político, de lo económico y de lo social en las democracias actuales donde ha desaparecido cualquier línea diáfana de separación entre sociedad y Estado; o bien, en la medida que a lo largo del articulado de la Constitución también se atribuyen a los sindicatos funciones políticas (artículos 129 y 131, fundamentalmente)<sup>420</sup>. En cualquier caso, aquí lo que nos interesa es analizar cómo la jurisprudencia ha configurado a los sindicatos y, sobre todo, qué es lo que entiende por sindicato más representativo, cuestión de gran interés para entender qué sea nuestra democracia<sup>421</sup>.

Previamente, conviene recordar también el contenido del artículo 28. 1 de la Constitución española : "Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las

---

<sup>419</sup> RIVERO LAMAS, J., entre otros, entiende que tal caracterización "sitúa a los sindicatos y asociaciones empresariales en un plano destacado entre los grupos que integran la constelación del universo pluralista, para mediar entre la sociedad y los órganos constitucionales a través de los cuales se expresa la voluntad popular" ("Democracia pluralista y autonomía sindical", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 16, 1980, p. 119).

<sup>420</sup> Véase TORRES DEL MORAL, A. *Principios de...*, op. cit., p. 173-174.

<sup>421</sup> Para el problema de la democracia interna de sindicatos y organizaciones empresariales nos remitimos a lo tratado en el caso de los partidos políticos. No está de más, en cualquier caso, traer a colación la justificación que de tal exigencia realiza RIVERO LAMAS: "en una democracia pluralista la legitimación y el poder real de los grupos sociales, y, por supuesto, también del sindicalismo obrero, requiere una participación efectiva de las bases, una organización interna y una adopción de decisiones importantes con su intervención real, porque todo ello constituye una manifestación necesaria de la democracia social que actúa como elemento equilibrador de las tensiones sociales, las cuales pueden radicalizarse y llegar a consecuencias fatales si dejan de estar reguladas por el grupo" (op. cit., p. 128).

peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato". Pues bien, a partir de estos artículos, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad a lo largo de un gran número de sentencias de fijar lo que ha de entenderse por contenido esencial del derecho de sindicación o libertad sindical y cuáles son sus garantías. Veámoslo.

Ya en la Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre, se establece que

"la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, y el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa, para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones obreras, necesita de garantías frente a todo acto de ingerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. La libertad sindical es así un derecho constitucionalizado y para su defensa está también abierta la defensa en vía constitucional".

Y entre esas garantías se encuentra la atención especial a los representantes de los trabajadores o candidatos a ello:

"la protección frente a los actos de discriminación, vedados por el artículo 28.1 de la Constitución en lo que es propio de la libertad sindical, alcanza subjetivamente a todos los trabajadores, aunque respecto de los cualificados por su carácter de representantes adquiera la protección un especial reforzamiento... La no inclusión en la literalidad de los preceptos reguladores actualmente de las garantías sindicales de aquellos que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores, no es obstáculo a la protección frente a despidos discriminatorios, pues, además de que, como hemos dicho, alcanza a todos los trabajadores, recaba una especial atención cuando los actos que se denuncian como discriminatorios afectan a los candidatos en curso el proceso electoral y se les imputa propósitos de interferir decisivamente en la libre dotación de la representación obrera".

#### **a) Pluralismo sindical y sindicatos más representativos.**

En la Sentencia 53/1982, de 22 de julio, el Tribunal se enfrenta con el problema del pluralismo sindical y la consideración de sindicato más representativo. La sentencia dice así:

"El sistema de pluralismo sindical derivado de la libertad de sindicación (art 7 y 28.1 de la CE) obliga a que a la hora de determinar la presencia de representantes sindicales en organismos insertos en la Administración haya de utilizarse algún criterio que sin ser discriminatorio permita una eficaz defensa de los intereses de los trabajadores que se verían perjudicados por una atomización sindical. Uno de esos criterios suele ser el de otorgar esa

presencia a las "organizaciones más representativas de trabajadores" de que habla, por ejemplo, el art 4.3 del Convenio de la OIT de 9 de julio de 1948, ratificado por España... Sin embargo, ni en las resoluciones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ni en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es posible hallar unas reglas de validez general para determinar en todo caso que debe entenderse por organización u organizaciones sindicales más representativas, o cuál es el porcentaje de representatividad que debe exigirse como mínimo para determinarlas, o en qué ámbito territorial (nacional o municipal) ha de medirse".

Interesa resaltar el razonamiento del Tribunal en algunos aspectos. En primer lugar, es claro que reconoce el *pluralismo sindical*; es más, lo hace derivar de la libertad, en concreto, de la libertad de sindicación. Ahora bien, creemos que no está de más señalar que así como la Constitución "obliga" al pluralismo político (y tampoco está claro que se refiera únicamente a los partidos), de la libertad sindical, al menos como hipótesis, también puede derivar fácticamente la *unidad sindical* y no el pluralismo sindical. En cualquier caso, se trataría de una hipótesis de hecho difícilmente factible hoy día, aunque siempre posible. Pero hemos querido resaltar esta idea, porque, y en segundo lugar, de la libertad sindical también se puede derivar la *atomización sindical*, perfectamente constitucional. Pues bien, y en tercer lugar, nos parece que el Tribunal adopta una actitud paternalista, pero nada neutral ideológicamente cuando dice que el sistema de pluralismo sindical (que hemos visto que la Constitución da por supuesto, pero que no es el único sistema compatible con la libertad de sindicación) obliga a que a la hora de determinar la presencia de representantes sindicales en organismos insertos en la Administración haya de utilizarse algún criterio que sin ser discriminatorio *permita una eficaz defensa de los intereses de los trabajadores que se verían perjudicados por una atomización sindical*. De acuerdo, es cierto que la atomización sindical perjudica la defensa de los intereses de los trabajadores (al menos, en términos generales), pero no estamos tan de acuerdo ni en que se haga derivar en buena lógica de la libertad de sindicación (otra cosa es de hecho) ni mucho menos en que la razón que se esgrime sea la defensa de los intereses de los trabajadores únicamente. En realidad, creemos que no nos equivocamos si entendemos que lo que está en juego no es tanto la defensa de éstos -que también-, sino fundamentalmente la defensa de la eficacia general del sistema. Además, esto último estaría en perfecta armonía con los planteamientos de los teóricos del pluralismo que, aunque refiriéndose a los partidos o al sistema electoral en concreto, prefieren dos partidos o sistema electoral mayoritario a un sistema multipartidista o sistema electoral proporcional. Y esto siempre en aras de la defensa de la eficacia del sistema y no de forma directa de la representación de los intereses de los votantes.

Es la eficacia general del sistema la que necesita de la noción de "sindicatos más representativos" y del "pluralismo sindical" frente a la "unidad sindical" o a la "atomización sindical". Dicho en otras palabras, lo que hay detrás de esta frase del Tribunal Constitucional no es la libertad (como da a entender) sino la eficacia. Además, pensamos que otro punto de apoyo para esta tesis lo encontramos en la Sentencia 23/1983, de 25 de marzo, cuando refiriéndose a la finalidad de la proclamación oficial y ulterior publicación de los resultados globales electorales dice que ésta

"no es la puramente estadística o meramente informativa al público en general, sino la de constatar oficialmente el *quantum* de la representatividad de los distintos sindicatos a efectos de negociación colectiva o de cualquier otro supuesto en que sea necesario tenerla en cuenta como se señala explícitamente en el artículo 12.3 de la Orden de 26 de septiembre de 1980... Por el contrario,... es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico la incidencia en el derecho a la libertad sindical de la publicación del dato de la abstención que, por otro lado, no tiene un valor unívoco, como es comúnmente sabido."

Sobre la misma cuestión, parece más realista la Sentencia 65/1982, de 10 de noviembre, que argumenta en términos parecidos, pero con matices de importancia:

"La existencia de un sistema de pluralismo sindical, que tiene su origen en la libertad sindical del art 28 y responde en su concreta configuración a un proceso electoral de tipo proporcional, trae consigo la existencia de una multiplicidad de Centrales Sindicales y plantea el problema de determinar a cuáles de éstas ha de corresponder la representación de los intereses de los trabajadores, que sería notablemente mermada en su eficacia si se atribuyese por igual a todos los sindicatos existentes. Para hacer frente a este problema, el ordenamiento jurídico utiliza el criterio de mayor representatividad para reconocer a las Centrales que la ostenten el derecho a defender los derechos de los trabajadores en la negociación colectiva o ante organismos de la Administración".

Una lectura pausada de la cita revela las diferencias. Nuestra lectura sería: primero, la libertad sindical permite el pluralismo sindical; segundo, el legislador ha optado por un sistema proporcional que incentiva el pluralismo, acaso la atomización; tercero, lo anterior obliga a reducir la complejidad mediante la selección de unas pocas centrales sindicales; cuarto y último, aunque mantiene el tono paternalista, la estructura de la frase deja en un segundo plano la razón de la eficacia, en favor únicamente de la representación de los intereses de los trabajadores. Por lo demás, la Sentencia continua analizando los criterios para determinar los sindicatos más representativos, refiriéndose al que utiliza la Organización Internacional de los Trabajadores, pero ésta no da reglas de valor general para determinar qué ha de entenderse por organizaciones más

representativas ni establece qué porcentaje o representatividad debe exigirse como mínimo para determinarlas o en qué ámbito territorial ha de medirse. Esto obliga a determinar los criterios sobre cuáles son a estos efectos las Centrales más representativas a cada Estado. Sin embargo, el Tribunal entenderá que no cualquier criterio es lícito dado que, como ocurre siempre que está en juego el principio de igualdad, "el criterio tiene que ser de carácter objetivo o fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso"<sup>422</sup>. Tal objetividad ha de medirse en relación con el objetivo de la designación de representantes<sup>423</sup>, o, en concreto, con el ámbito territorial del ente o de la Administración ante la que ha de darse la representación<sup>424</sup>.

Aunque refiriéndose a un tema distinto, parece que la sentencia más clarificadora, a nuestros efectos, es la 99/1983, de 16 de noviembre, cuando dice

"En sí misma considerada la cesión de locales a unas Centrales sindicales para el ejercicio de las funciones que les son propias no puede considerarse atentatoria a la libertad sindical, desde el momento en que el carácter incondicionado de la atribución no supone injerencia alguna de la Administración en la necesaria libertad para el planteamiento y desarrollo de sus actividades, siendo tal cesión un medio que el Estado ha considerado útil para favorecer el cumplimiento de la función que en un régimen democrático se atribuye a los sindicatos en

---

<sup>422</sup> Informe 36, caso núm. 190, párrafo 195 del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>423</sup> Es, por ejemplo, el caso de la Sentencia 183/1992, de 16 de noviembre, en la que al discutirse la composición de la Comisión Consultiva para el reparto del patrimonio sindical proveniente del anterior régimen, el Tribunal argumenta de la siguiente forma: "Aunque el criterio utilizado para diferenciar a los sindicatos en función de su representatividad es objetivo, lo que en el presente caso se cuestiona es que la mayor representatividad justifique la diferencia de trato que supone un privilegio o ventaja para los sindicatos más representativos y una exclusión de los demás. Lo que pretende el legislador al establecer esa Comisión Consultiva es permitir que los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios sean representados en relación con los actos de gestión del patrimonio sindical generado durante las décadas del sindicalismo "vertical", y al que pueden tener acceso también, en función de su representatividad, organizaciones sindicales que no alcanzan la condición de más representativas. Esta finalidad no justifica la atribución exclusiva de intervención en tal Comisión de las Organizaciones que, con arreglo a la Ley, resultan más representativas, excluyendo, por consiguiente, a las que reúnen esa condición, siendo así que, como precisamos en la STC 75/1992, al reparto del patrimonio sindical acumulado están llamados todos los sindicatos, sin perjuicio de la preferencia de las organizaciones más representativas, de modo que éstas intervienen en la cesión de bienes en propio favor, y también en la cesión de bienes de otras organizaciones con las que están en concurrencia."

<sup>424</sup> En el caso concreto de la Sentencia 65/1882, de 10 de noviembre, el Tribunal entendió que el sindicato vasco (ELA-STV) obtuvo el primer puesto en las elecciones sindicales de su Comunidad Autónoma, mientras que la Central gallega (ING) recurrente consiguió el tercero en la suya, lo que, a pesar de haber obtenido tanto la una como la otra más del 15 por 100 de votos en las elecciones sindicales de la Comunidad Autónoma respectiva, constituye un elemento diferencial entre ambas que permitía calificar la decisión gubernamental como no arbitraria o discriminatoria.

beneficio no sólo de los intereses de los trabajadores, sino del interés público, que reclama unas organizaciones sindicales fuertes y dotadas de medios suficientes de acción, y sobre la que no corresponde pronunciarse a este Tribunal, por constituir una decisión política libre que escapa al control jurisdiccional".

Como se ve, el interés público o, dicho de otra forma, la eficacia general de sistema, está detrás de la cuestión analizada. Sin embargo y aún así, el Tribunal se ve obligado en ocasiones a acudir a los criterios de diferenciación para salvar consecuencias que de la aplicación de tal principio chocarían con la filosofía global del sistema constitucional. Es el caso de la Sentencia 137/1991, de 20 de junio, en la cual el Tribunal abandona la perspectiva meramente formal, al decir:

"No se trata de que no sea posible constituir una Comisión Negociadora de un Convenio de Empresa con 10 miembros; ni tampoco de que sólo quepa distribuir los componentes de dicha Comisión de forma exactamente proporcional a su índice de representatividad en la Empresa (pues ello es impracticable al tener que jugar con números enteros), sin que por lo demás competa a este Tribunal determinar si el cómputo del 60 por 100 *ex* artículo 89.3 del Estatuto de los Trabajadores ha de hacerse sobre los miembros de la Comisión Negociadora o sobre porcentajes representativos. Pero lo que es reprochable desde la perspectiva del artículo 28.1 de la Constitución es que, como ha sucedido en el presente caso, y atendidas las circunstancias concurrentes, ello se ha hecho así con la única finalidad objetiva -pues en ningún momento se ha aportado otra razón- de posibilitar que una representación sindical pudiera hacer algo (suscribir en solitario un Convenio Colectivo de los regulados por el Título III del Estatuto de los Trabajadores) que su índice de representatividad en la empresa no lo permitía hacer."

#### b) El contenido esencial de la libertad sindical.

En cuanto al contenido esencial de la libertad sindical, el Tribunal lo va perfilando a través de sucesivas sentencias. Así en la Sentencia 70/1982, de 29 de noviembre, establece que

"el derecho constitucional de libertad sindical comprende no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, sino asimismo el derecho a que los sindicatos fundados -y aquellos a los que la afiliación se haya hecho- realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar "contenido esencial" de tal derecho. Por ello, hay que entender que el derecho que reconoce el artículo 28 de la C.E. es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el artículo 7 de la Constitución, de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores."

De esta forma la función de los sindicatos no sería únicamente la de representar a sus miembros, sino también el ejercicio de aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singulis*, sean de necesario ejercicio colectivo como, por ejemplo, los derechos de huelga y de

declaración de conflicto colectivo. Ahora bien, para el Tribunal no basta con la simple condición de entidad sindical para que en cada caso concreto la relación jurídica procesal pueda quedar regularmente trabada. Ha de tratarse como es obvio de un sindicato al cual pueda reconocérsele una relación directa con lo que es objeto del litigio por su notoria implantación en el centro de trabajo o marco general al que el conflicto se refiera aunque a él no estén afiliados la totalidad de los trabajadores afectados por la resolución.

También formaría parte del contenido esencial del derecho de sindicación, según la Sentencia 91/1983, de 7 de noviembre, el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al Sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines del propio Sindicato, pues de otra forma el ejercicio del derecho sería lógicamente imposible. Ahora bien, según reiterada doctrina del Tribunal los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y entre ellos el de reunión, no son derechos ilimitados sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, por ello es necesario que se puedan contemplar también especialidades en su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral o del personal al servicio de la Administración, en la medida en que puedan afectar en alguna manera al funcionamiento de la actividad de que se trate, y en que requiera la colaboración de la empresa privada o de la Administración para hecerlo efectivo como es el caso de las reuniones en horas de trabajo o en locales de la empresa.<sup>425</sup>

La Sentencia 40/1985 añade que, en relación al derecho a la libertad sindical, para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes sindicales han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades, que "de algún modo" se incorporan al contenido esencial del mencionado derecho. Una de ellas es la prevista en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con la cual, los miembros del Comité de Empresa (y los delegados de personal), como representates legales de los trabajadores, tienen, a salvo de lo que se disponga en

---

<sup>425</sup> El Tribunal en el caso concreto entenderá que "desde la perspectiva del enjuiciamiento constitucional, único que el Tribunal es competente para realizar, no puede afirmarse que se vulnere el derecho de reunión mencionado, ni los de reunión y de asociación de los artículos 21 y 22 de la Constitución, por el hecho de que la Administración aplique el criterio de no autorizar las reuniones de los funcionarios miembros de un sindicato, exclusivamente, dentro del horario de trabajo y, además, en la propia dependencia de la Administración, ya que esta forma de ejercicio no está constitucionalmente garantizada, pudiendo ejercerse el derecho de reunión fuera del horario de trabajo, en los locales ajenos a la Administración o en los habilitados por la misma."



los Convenios Colectivos, la garantía de disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la escala que en tal precepto se determina.

También es interesante al respecto la Sentencia 39/1986, de 31 de marzo, sobre la que volveremos en el capítulo referido a la participación, pero que aquí interesa resaltar en cuanto que establece que

"debe tenerse en cuenta que, hablando en términos generales, los derechos citados con anterioridad son un núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería "reconocible". Es perfectamente claro que los sindicatos pueden recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del artículo 28.1 de la Constitución y que no contradicen el texto constitucional. Y también es perfectamente claro que en ocasiones, es posible introducir diferencias entre los sindicatos, para asegurar la efectividad de la propia actividad que a aquéllos se les encomienda, siempre que las diferencias se introduzcan con arreglo a "criterios objetivos",.."

Pues bien, entre esos derechos y facultades, para el Tribunal se encontraría el derecho de participación institucional, como quiera que se entienda ésta<sup>426</sup>. Que esto es así también se deriva de las resoluciones interpretativas del Comité de Libertad Sindical, que admite la diferenciación de trato implícita en todo sistema de mayor representatividad sindical si ésta no excede de otorgar privilegios "en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los Gobiernos o, incluso, en materia de designación de delegados ante organismos internacionales"<sup>427</sup>. Ahora bien, cabría plantearse el problema de si una vez que se reconozca, por cualquier conducto, una forma de participación institucional, los interesados podrían alegar su condición de sindicato más representativo y exigir por ello su participación en los órganos en que aquélla se traduce. Para el Tribunal la respuesta probablemente debiera ser positiva

"pues, una vez creadas estas formas de participación, pasarían a formar parte del contenido esencial de la libertad sindical "más plena" que pueda corresponder a todo sindicato más representativo (aunque no a otros que no lo sean), tal como viene configurada en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y como tal pasaría a formar un derecho no disponible por pactos mediante los que se excluyera a ciertos grupos que reunieran el conjunto de requisitos que conforman la mayor representatividad sindical".

---

<sup>426</sup> La participación institucional será estudiada más adelante en el Capítulo *Participación*.

<sup>427</sup> Comité de Libertad Sindical, cit.

En el mismo sentido, el reconocimiento legal a los sindicatos de presentar candidaturas, y de promoción , en su caso, de éstas, pese a derivar de un reconocimiento legal, según la Sentencia 104/1987, de 17 de junio, son facultades que se integran en la libertad sindical, tanto en su aspecto colectivo como en su aspecto individual. Ello obliga a entender que cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede constituir una violación de la libertad sindical del trabajador miembro del sindicato, pues forma parte de la actividad sindical el llevar a cabo, en nombre del sindicato, la promoción de estas elecciones. Por ello, el Tribunal entiende que tal actividad ha de ser protegida y tutelada a través de los instrumentos que protegen al trabajador frente a conductas empresariales contrarias a la libertad sindical.

En sentido negativo encontramos la Sentencia 187/1987, de 24 de noviembre, en la que el Tribunal entiende que no cabe deducir que las normas electorales en su conjunto pertenezcan al ámbito de la libertad sindical, ni menos aún que del artículo 28.1 de la Constitución, y ante la ausencia de una regla legal precisa, se deba inferir la exigencia de que los sindicatos federados o confederados con otros, o afiliados a una organización superior, consignen en sus candidaturas las siglas de la entidad sindical a la que se encuentren orgánicamente vinculados. Esto es así, para el Tribunal en la medida de que las "elecciones sindicales" no tienen como objetivo inmediato la designación de los sindicatos que van a participar en la negociación colectiva o en otros ámbitos de la actividad sindical, sino que su finalidad primera es la designación de los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa o en el centro de trabajo. Otra cosa es que la ley haya utilizado esas elecciones para la medición de la representatividad sindical o que en los momentos actuales estas elecciones se hayan convertido en buena medida en un *test* para evaluar la representatividad de cada sindicato, especialmente de las grandes confederaciones sindicales. Pero de ello no se deduce que su finalidad sea elegir a los sindicatos más representativos.

Por último y también en sentido negativo, la Sentencia 84/1989, de 10 de mayo, establece que si un Sindicato se autoexcluye de la participación en los órganos de representación, lo cual es perfectamente legítimo y no se le puede impedir<sup>428</sup>, ello significa que queda igualmente autoexcluido de las consecuencias que la audiencia en dichos órganos lleva aparejadas. Al fin y al cabo el Tribunal

---

<sup>428</sup> Sentencia 37/1983, de 11 de mayo.

entiende que los derechos, facultades y garantías que se vienen mencionando son creación de la Ley, no emanan directamente del contenido esencial y, por tanto, deben ser necesariamente ejercitados en el marco de su regulación legal.

Se podrían seguir citando sentencias en las que el Tribunal Constitucional aplica los criterios generales ya analizados, por tanto, vamos a terminar aquí con una última referencia (Sentencia 197/1990, de 29 de noviembre) que extiende la importancia de la libertad de sindicación utilizando argumentos históricos:

"Lo que antecede concuerda, por lo demás, con la experiencia histórica y con el origen de la figura del Sindicato. Experiencia y origen que muestran cómo la acción organizada de los trabajadores a través del Sindicato surgió en la mayor parte de las ocasiones de un previo conflicto o de reivindicaciones pendientes, para satisfacer las cuales los trabajadores se dotan de estructuras de actuación colectiva, que si en un primer momento son ocasionales, puntuales y hasta relativamente espontáneas, posteriormente se convierten en permanentes y confluyen en la figura del Sindicato. Si no se proporciona la debida tutela en esos estadios primarios a quien promueve por vez primera una actuación encaminada a dotarse de unas vías que canalicen y defiendan los intereses colectivos, difícilmente podrá transitarse hacia la organización y actuación propiamente sindical, contemplados como derecho fundamental por la Constitución, porque la experiencia secular ha mostrado su efectividad y necesidad para la afirmación de los intereses de los trabajadores. Lo que refuerza la conveniencia de extender la protección del derecho fundamental a determinados actos que razonablemente cabe calificar de preparatorios y presupuesto del ejercicio de los derechos sindicales. En definitiva, no todo lo previo a la afiliación y a la actividad sindical llevada a cabo como tal puede considerarse ajeno al ámbito del derecho fundamental."

## 7.6.- DERECHO DE HUELGA

Traemos a colación en esta sede el derecho de huelga porque forma parte también del contenido esencial del derecho de sindicación<sup>429</sup>. Así lo entiende la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, al decir que "un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría en una sociedad democrática vaciado prácticamente de contenido". Pero una vez afirmado esto, conviene realizar un estudio de mayor profundidad y separado del derecho de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>430</sup> por distintas razones, como veremos.

---

<sup>429</sup> Se podía haber analizado el derecho de huelga como medio de participación política, pero coincidimos con RIVERO LAMAS cuando entiende que tal interpretación, desde un punto de vista constitucional, resulta forzada aun cuando en la realidad se produzcan huelgas como fenómenos sociales de protesta (op. cit., pp. 137-140). Otra cosa es la dificultad que se presentará en la práctica para deslindar en la práctica las posibles huelgas políticas de las huelgas "profesionales".

<sup>430</sup> Sobre el derecho de huelga se ha pronunciado en un gran número de ocasiones el Tribunal Constitucional lo que ha permitido hablar de una jurisprudencia constitucional consolidada en este

En primer lugar, hay que decir que es la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, la que con mayor profundidad ha estudiado el derecho de huelga, convirtiéndose además en una de las sentencias más importantes emitidas por nuestro Tribunal Constitucional. Entre otras razones, como hemos visto, en ella se establecen los caminos posibles para determinar cuál sea el contenido esencial de un derecho y también se recoge una primera aproximación, aunque no explícita, de lo que haya de considerarse por pluralismo político.

Pero dejando a un lado estos elementos ya analizados, la Sentencia citada vuelve a ser interesante porque en ella aparece un nuevo calificativo para definir nuestra democracia. Hasta ahora, habíamos visto que rara vez se califica la democracia. Cuando el Tribunal lo hace normalmente ha utilizado el término "democracia pluralista". Por lo que llevamos visto en una ocasión se ha referido a un "principio democrático participativo" y de hecho, como veremos más adelante, también en una sola ocasión hablará de "democracia participativa". Pues bien, en esta Sentencia el Tribunal introduce la expresión "democracia social":

"es posible entender que, introducido el derecho de huelga en la Constitución, como un instrumento de realización de la democracia social y del principio de igualdad, políticamente debería sostenerse una concepción más amplia y generosa. Sin embargo, el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límite que los que el derecho fundamental tenga".

Obviamente, democracia política y democracia social no son la misma cosa, pero también es cierto que para cierta corriente de teóricos de la democracia no se puede separar una de la otra, una condiciona a la otra o, incluso, la democracia social es el objetivo último frente a la democracia política. En cualquier caso, según la cita de la Sentencia, es claro que para el Tribunal Constitucional la Constitución española establece como objetivo la consecución de cierta democracia social, uno de cuyos instrumentos de realización es el derecho de huelga. Es claro también que la realización de la democracia social está íntimamente ligada a la del principio de igualdad, como dispone el Tribunal, y siendo esto así, si nuestras tesis fueran correctas, ya hemos visto que la igualdad

---

campo. Véase MARTINEZ EMPERADOR "La huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional" en *Documentación Laboral*, octubre de 1987, pp. 291-317. También ROJO TORDECILLA, E. "Balance de diez años del derecho constitucional de huelga y perspectivas de futuro" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 66, 1989, pp. 213-233.

es la que exige la libertad, con lo cual tendríamos que deducir que la democracia social es consustancial a un régimen de libertades, a un régimen político democrático, pues sin democracia social no se puede realizar la libertad ni, por tanto, la democracia política que fallaría en sus cimientos.

La idea anterior aparece de forma clara en otro párrafo de la Sentencia que se expresa del siguiente modo:

"Además de ser un derecho subjetivo de huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el artículo 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas".

Como se deduce de su simple lectura la cita es interesante por diversos motivos: primero, el objetivo es la promoción de las condiciones para que *la libertad y la igualdad* de los individuos y de los grupos sean *reales y efectivas*; segundo, el Tribunal se sitúa en un plano histórico, "la experiencia secular ha mostrado ser necesario"; tercero, el Tribunal reconoce la consustancialidad del conflicto en las sociedades y configura el papel del Estado en este tipo de sociedad: "conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales". De hecho, el derecho de huelga supone una desigualdad de tratamiento para la consecución del objetivo de una libertad e igualdad efectivas y reales, es un derecho atribuido a un grupo, los trabajadores, que se encuentran generalmente en una situación dependiente y que por ello en principio pueden tener recortadas sus posibilidades de libertad<sup>431</sup>.

---

<sup>431</sup> Esta idea también la expresa el Tribunal más adelante cuando dice: "El texto del artículo 28 - derecho de los trabajadores para la defensa de sus intereses- pone en muy clara conexión la consagración constitucional y la idea de consecución de igualdad (yo añadiría la libertad) económica y social. La conclusión que de ello se extrae es que no nos encontramos ante el fenómeno de huelga protegido por el artículo 28 de la Constitución cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y de servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos que se introducen con el fin de presionar sobre la Administración Pública o sobre los órganos del Estado para conseguir que se adopten medidas gubernativas o que se introduzca una nueva normativa más favorable para los intereses de una categoría (por ejemplo, de empresarios, de concesionarios de servicios, etc.)."

A partir de aquí se explica claramente la configuración del derecho que progresivamente va explicitando el Tribunal:

"en el ordenamiento jurídico español actual la huelga es un derecho subjetivo, lo cual significa que la relación jurídica de trabajo se mantiene y queda en suspenso, con suspensión del derecho de salario. Significa, sin embargo, más cosas, como son que el empresario no puede sustituir a los huelguistas por otros trabajadores (cfr. art. 6,5) y significa también que el empresario tiene limitado el poder de cierre, como se desprende del artículo 12 y de lo que más adelante diremos. El derecho de los huelguistas es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario. Exige por ello una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hace que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse como abusivas. Al lado de las limitaciones que la huelga introduce en la libertad personal del empresario se encuentra el influjo que pueda ejercer en los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga (cfr. art 6.4) y la incidencia que tiene en los terceros, usuarios de los servicios de la empresa y público en general, a quienes no deben imponerse más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios."

Asimismo, el Tribunal define el derecho de huelga como un derecho atribuido a los trabajadores *uti singulis*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Igualmente, entiende en relación al ejercicio colectivo que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Puede decir, por ello, que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales.

Ahora bien, como todo derecho, el derecho de huelga no es ilimitado porque lo que está en juego es la libertad de todos, no sólo de un grupo. En este sentido,

"el ejercicio de la huelga puede quedar sometido en virtud de la ley a procedimientos o a algún tipo de formalidades, porque el artículo 53 de la Constitución permite que el legislador regule las "condiciones de ejercicio" de los derechos fundamentales. Mas es preciso que el procedimiento y los formalismos no sean arbitrarios, tengan por objeto, como más arriba se dijo, proteger otros bienes e intereses constitucionales protegidos y que no sean tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del derecho."

Uno de los requisitos que se plantean es la posibilidad de un referéndun obligatorio para determinar el ejercicio del derecho de huelga, referendum que para algunos supondría la plasmación de la idea de la democracia en las fábricas.

Pues bien, el Tribunal es muy claro en este punto. La democracia exige libertad y libertad para todos por lo que es obvio que la regla de la mayoría no define en sí a la democracia, la mayoría no puede imponerse a la libertad de la minoría, la democracia exige el respeto de los derechos de la/s minoría/s:

"parece bastante claro que el referéndum sólo tendría sentido si la voluntad de la mayoría se impusiera necesariamente a la minoría de los no huelguistas de acuerdo con los principios democráticos. Esta conclusión no es, sin embargo, coherente con la libertad y el derecho al trabajo que la Constitución y la legislación reconocen, porque si la huelga es, como ya se ha dicho, un derecho de carácter individual (aunque de ejercicio colectivo) es claro que no puede ser al mismo tiempo una obligación."

Otro de los límites del derecho de huelga está en el respeto de los bienes y servicios esenciales de la comunidad (artículo 18 de la Constitución) y no por otra cosa, sino por la salvaguardia de la libertad de los demás:

"En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones es prioritario respecto del derecho de huelga. El límite de este último derecho tiene plena justificación y por el hecho de establecerse tal límite no se viola el contenido esencial del derecho".

Posteriormente en otras Sentencias el Tribunal va a definir con mayor precisión que se debe entender por bienes y servicios esenciales de la comunidad. Desde el punto de vista procedimental, la Sentencia 33/1981, de 5 de noviembre, argumenta que

"la salvaguarda de la exigencia vital de la colectividad presupone una estimación de la esencialidad del servicio afectado por la huelga. En este aspecto, la Administración que ostenta las competencias enderezadas a asegurar el buen orden del sector al que pertenece el servicio, está, naturalmente, llamada de algún modo a participar en la decisión. Pero las medidas que se pongan en acción para asegurar el mantenimiento del servicio inciden en el ámbito de lo laboral, restringiendo derechos de los trabajadores, y suponen una intervención intensa en el conflicto, a cuyo remedio debe contribuir la Administración pública facilitando soluciones conciliatorias o de mediación, o arbitraje. Quiere esto decir que concurren aquí aspectos que están al cuidado no de una sola Autoridad sino de varias, por cuanto quienes tienen competencias sobre el servicio y quienes tienen potestades en orden a las situaciones conflictivas laborales, asumen unas posibilidades que explican y justifican su participación en la toma de decisión. Que en el ámbito de estas competencias velen por el adecuado ejercicio de los derechos ciudadanos corresponde a las exigencias de toda actuación pública".<sup>432</sup>

---

<sup>432</sup> También en este sentido la Sentencia 53/1986, de 5 de mayo, según la cual "el "tipo de "garantías" ordenadas al mantenimiento de los servicios esenciales pueden ser adoptadas sin menoscabo del derecho consagrado en el artículo 28.2 C.E. es cuestión que no puede ser resuelta apriorísticamente, remitiendo a la ponderación, de un lado, de las circunstancias concurrentes en la huelga y en la comunidad sobre la que incide (extensión territorial, duración, etc.), y de otro, a la

La más clara en cuanto a la definición de cuál sea el contenido de bienes y servicios esenciales para la comunidad es la reciente sentencia 8/1992, de 16 de enero, según la cual la noción de servicio esencial está en función de la naturaleza de los intereses cuya ratificación se pretende, entendiendo por tales "los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos" y donde claramente se dice que

"la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionales protegidos sobre los que aquélla repercute".

## 7.7.- OTROS TIPOS DE ASOCIACIONES

Hasta ahora, nos hemos referido a las asociaciones cuyo papel en las democracias modernas han recibido una mayor atención y que, por su importancia, han sufrido un proceso de constitucionalización más acusado, pero no hay que olvidar que el derecho de asociación se ejerce para una diversidad de fines<sup>433</sup> y, en este sentido, encontramos otros tipos de asociaciones de gran importancia para el funcionamiento de los regímenes democráticos.

Entre ellas podemos mencionar a los Colegios Profesionales a los que se refiere, entre otras, la Sentencia 20/1988, de 18 de febrero, configurándolos de la siguiente forma<sup>434</sup>:

"Como ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones (SSTC 76/1983, de 5 de agosto;

---

naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute. La valoración de estos factores ha de servir precisamente para enjuiciar la acomodación constitucional de las "garantías" adoptadas, esto es, para elucidar la adecuación y proporcionalidad entre la protección del interés de la comunidad y la restricción impuesta al ejercicio del derecho de huelga."

<sup>433</sup> Como ejemplo de ello podemos mencionar la Sentencia 42/1986, de 10 de abril, el Tribunal entiende que es el legislador el competente para "atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia".

<sup>434</sup> Para un sector doctrinal son corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad que en gran parte es privada, aunque tengan atribuidas por la ley o delegadas algunas funciones públicas.



23/1984, de 20 de febrero, y 123/1987, de 15 de julio), los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a éstas últimas recabar la colaboración de aquéllas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas. Se trata de una legítima opción legislativa que no sólo no contradice el mandato del artículo 36 de la Constitución, sino que guarda una estrecha conexión instrumental con el régimen de ejercicio de las profesiones tituladas a que este mismo precepto constitucional se refiere".

## **7.8.- CONCLUSIONES ESPECIFICAS**

-Se configuran los derechos de reunión y de asociación como derechos esenciales en una democracia. Tanto el uno como el otro son derechos que permiten la participación y, en virtud de ello, dan cumplimiento al "principio democrático participativo".

-El Tribunal al considerar los partidos políticos configura la democracia española como una "democracia pluralista", siendo, por tanto, los partidos elementos esenciales a nuestra democracia.

-En la configuración de los partidos, el Tribunal les otorga tal naturaleza jurídica que les permite la mayor libertad de acción y el menor control posible, lo cual nos lleva a pensar que encierra un gran peligro para la propia democracia si ésta se entiende, entre otras cosas, como control del poder y transparencia pública.

-En cuanto a la libertad sindical, el Tribunal Constitucional apuesta por un modelo de "pluralismo sindical", implícito en la Constitución, pero desde luego no el único posible constitucionalmente -se puede afirmar que lo hace basándose en la necesidad de la eficacia general del sistema- y a la postre está diseñando un sistema de dos o, todo lo más, tres cúspides sindicales que han de permitir el funcionamiento de lo que se conoce como "neocorporativismo".

-La democracia política está indisolublemente unida a la consecución de la democracia social entendida ésta como la consecución de una libertad e igualdad reales y efectivas.

**-La consecución del anterior objetivo en el terreno político pasa por un planteamiento situado en la perspectiva histórica, libre de cualquier categorización absolutista.**

**-La democracia no es la voluntad directa de la mayoría. Una definición de este tipo siempre requiere que se tenga en cuenta la libertad de todos y, por tanto, el respeto de los derechos de la/s minoría/s.**



## 8.- PARTICIPACION

### 8.1.- INTRODUCCION

Como dice Torres del Moral<sup>435</sup>, "la participación política, concepto tan de moda como impreciso, hace referencia a la influencia de los ciudadanos, individualmente o agrupados, en la orientación política de su país. Decir esto, no obstante, es decir muy poco y puede valer para mil cosas". Efectivamente, la abstracción de tal concepto obliga a referirse en cada caso concreto a qué tipo de participación estamos refiriéndonos y esto vale también para la participación política en democracia.

Tuvimos ocasión de ver en el primer Capítulo de esta obra que las distintas concreciones del término determinan en gran manera las diferencias entre los modelos de democracia. Hasta tal punto es así que, aunque de forma impropia, podemos hablar de dos grandes modelos de democracia: por un lado, la democracia pluralista (muy cercano, en este sentido, sería el concepto de democracia representativa) en la que la participación de los ciudadanos prácticamente viene limitada a la participación electoral para seleccionar élites políticas en competencia; y, por otro lado, la democracia participativa (muy cercana, en este mismo sentido, sería la democracia directa) donde la participación de los ciudadanos se extiende tendencialmente al mayor número de ámbitos de acción directa de los ciudadanos donde se ventilen asuntos públicos. Es sabido que entre ambas construcciones "tipo" podemos constatar empíricamente lo que podríamos denominar construcciones mixtas. De hecho, en las Constituciones occidentales encontramos históricamente una diversidad de formas de participación donde, quizá, existe una única constante: la participación electoral.

Pues bien, de acuerdo con el objeto de nuestro estudio debemos limitar el

---

<sup>435</sup> *Principios de Derecho Constitucional español*, op. cit., p. 63. En el mismo sentido, entre otros, se pronuncia AGUIAR DE LUQUE, según el cual "la participación para las Ciencias Sociales y políticas es un concepto multiforme, por cuanto presenta muy diversas formas, y multidimensional, por las muy diversas dimensiones y aspectos que ofrece para el estudioso", entre las cuales a él le parecen tres las "más significativas: la participación como hecho, la participación como derecho y la participación como valor" ("Participación política y referéndum: aspectos teóricos y constitucionales" en *Revista de Derecho Público*, nº 102, p. 6).

campo a analizar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Ello no obsta para que previamente intentemos clarificar el tratamiento que hace de la participación política la propia Constitución española. No de otro modo podremos hacer un estudio crítico de nuestra jurisprudencia constitucional.

Nuestra Constitución contiene muy diversos preceptos que directa o indirectamente hacen referencia a la participación política. Ya en el Título Preliminar encontramos referencias claras a la participación. El artículo 6 califica a los partidos políticos de "instrumento fundamental para la participación política". Podemos deducir que la participación política se predica de los ciudadanos, por lo que los partidos serían un mero instrumento. Junto a los partidos, aunque la Constitución no lo recoja explícitamente, estarían otros grupos, como lo sindicatos, confederaciones empresariales y las asociaciones en general, siempre teniendo en cuenta las matizaciones que exige la existencia de distintas formas de participación por su objeto.

Así, el artículo 9 distingue entre la participación en la vida política, económica, cultural y social. Sin detenernos ahora en esa cuestión, sí conviene hacer notar el enunciado del artículo 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Es claro que de este enunciado se deduce con facilidad que objetivo de los poderes públicos es "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política". Si algún significado tiene este artículo<sup>436</sup>, y hemos visto que así es en la jurisprudencia constitucional que tiene muy en cuenta aquello de "que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas", nos es dado esperar que también en este caso su importancia en la doctrina del Tribunal Constitucional sea grande.

En el Título I nos encontramos con el importante artículo 23: "1. Los

---

<sup>436</sup> Para RAMIREZ, M. la frase final no es una vana expresión: "Se trata de una llamada a la responsabilidad en la participación, de una concreta expresión de un tipo de democracia que se quiere sea *participativa* y, a la postre, de un velado rechazo a situaciones de elitismos democráticos y de apatía política." (*La participación política*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 46). En el mismo sentido, AGUIAR DE LUQUE entiende que el artículo 9.2 de nuestra Constitución responde a la consideración de la participación como un valor que postula la maximalización de los canales de participación en todos los planos de la vida social y política (op. cit., p.7).

ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal; y 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes". A nadie se le escapa que este artículo va a ser el protagonista de nuestro análisis, pues de su interpretación dependerá en gran parte la concepción de la participación que maneja nuestro Tribunal Constitucional y, en última instancia, determinará el modelo de democracia que intentamos describir a partir de su jurisprudencia. En cualquier caso, las referencias a la participación en la Constitución no quedan aquí.

En cuanto a la participación electoral podemos distinguir entre la participación para elegir representantes y la participación directa. De la primera encontramos referencias en los artículos 68 y 69 (elección de diputados y senadores), artículo 151.1 (elección de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas) y artículo 140 (elección de concejales). De la segunda, el artículo 92 (referéndum consultivo), artículo 149.1.32 (competencia del Estado para autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum), artículos 151 y 152 (diferentes referéndums autonómicos), artículos 167 y 168 (referéndums de reforma constitucional) y Disposición Transitoria 4a.1 (referéndum para la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma del País Vasco). A estos casos habría que añadir el derecho de petición del artículo 29, la iniciativa popular legislativa del artículo 87.3 y la posibilidad del régimen de concejo abierto del artículo 140.

Junto a las formas de participación aludidas encontramos referencias en el texto constitucional a otras formas de participación. Así, por ejemplo,

-la participación en la enseñanza del artículo 27.5 y 7 ("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 "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");

-la participación de la juventud del artículo 48 ("Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural");

-la participación de las organizaciones de los consumidores y usuarios del **artículo 51.2** ("Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca");

-la participación de los ciudadanos en la Administración del **artículo 105** ("la Ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.");

-la participación en la administración de justicia del **artículo 125** ("Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales");

-la participación en la Seguridad Social y otros organismos relacionados con la calidad de vida y el bienestar general del **artículo 129.1** ("La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismo públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general");

-la participación en la empresa del **artículo 129.2** ("Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También fomentarán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción");

-la participación de ciertos grupos en la planificación de la actividad económica general del **artículo 131.2** ("asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley").

Como vemos, una variada tipología de formas de participación con titulares y alcance también diversos.

Por último, quizá convendría referirse a otras formas de participación recogidas en nuestra Constitución, pero que quizá por configurarse como deberes no suelen recogerse por la doctrina en esta sede. Me refiero a la participación en la defensa de España ya sea militar (servicio militar obligatorio) o civil (prestación social sustitutoria) del artículo 30.1 y 2; a la posibilidad de establecimiento de un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general del artículo 30.3; a los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública del artículo 30.4; a la contribución al sostenimiento de los gastos públicos del artículo 31.1; a la posibilidad de establecimiento de prestaciones personales o patrimoniales de carácter público del artículo 31.3; al deber de trabajar del artículo 35; y, en general, todos aquellos deberes implícitos en la Constitución.

De lo expuesto hasta el momento pudiera dar la impresión que la participación (en general) ha sido "bien vista" por nuestros constituyentes. En realidad, tal afirmación se convierte en apresurada una vez se realiza un análisis más detenido del texto constitucional<sup>437</sup>. No podemos desarrollar aquí todas sus implicaciones (a algo de ello haremos referencia en el análisis de la jurisprudencia), pero podemos adelantar que con la excepción de la participación en los procesos electorales para elegir los representantes ("seleccionar las élites políticas"), el resto de las formas de participación bien son dificultadas mediante el establecimiento de límites prácticamente insalvables (en general, las formas de participación directa), bien no han sido proyectadas por el legislador (un ejemplo, el jurado), bien cuando lo han sido carecen por distintas razones de virtualidad (iniciativa legislativa popular) o bien su importancia es, relativamente, menor

---

<sup>437</sup> RAMIREZ, M. afirma de forma contundente que el modelo de participación por el que nuestra democracia establecida se inclina es "el tipo de democracia representativa a través de los partidos políticos que, ..., serán los sujetos fundamentales de la participación. Las restantes modalidades de participación directa o semidirecta quedaron, evidentemente, harto limitadas en el texto constitucional." (op. cit., pp. 51-52). Tal afirmación, por lo demás, se apoya en los antecedentes del debate constitucional donde se fueron recortando distintas posibilidades de democracia semidirecta (op. cit., pp. 50-66). Se puede consultar directamente *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, especialmente lo relativo a la discusión de los artículos 23, 77, 87, 92 y 166 de la actual Constitución. Cabría destacar la afirmación del señor Fraga Iribarne que, ante lo que el consideraba un recorte de la democracia semidirecta, decía que parecía seguirse "un concepto de democracia gobernada, más que de democracia gobernante, en la clásica distinción que estableció Burdeau" (*Constitución...*, op. cit., p. 1731).



(los concejos abiertos). En ese sentido Garrorena ha afirmado que nuestra democracia se encuentra "más cerca de Montesquieu que de Rousseau, más próxima a la confianza en los representantes y a la traslación incondicionada de la propia capacidad de participar, que en el ejercicio de dicha capacidad"<sup>438</sup>.

Lejos de nuestra intención hacer una valoración general (ya positiva, ya negativa) de esta situación que escaparía de los límites de este trabajo<sup>439</sup>, nos vamos a ceñir, como hemos hecho en otros capítulos, al análisis de la jurisprudencia constitucional al respecto<sup>440</sup> y, como en anteriores ocasiones, en la medida que esta tesis no pretende ser una construcción doctrinal abandonamos toda pretensión sistematizadora en aras del desarrollo de un discurso libre al hilo de nuestra jurisprudencia.

## 8.2.- ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PUBLICAS NO REPRESENTATIVOS

Es claro que hablar de participación política desde el prisma de la Constitución española de 1978 implica desentrañar el significado de su artículo

---

<sup>438</sup> GARRORENA, A. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 148.

<sup>439</sup> En ese sentido, por ejemplo, se podrían matizar las conclusiones del profesor Manuel Ramírez sobre el significado del debate constituyente. Creo que basta con citar las palabras del señor Solé Tura: "Creo, además, que estamos ante diversas concepciones de la democracia semidirecta, porque para mí la democracia semidirecta no se ejerce sólo ni principalmente por la vía plebiscitaria, sino que significa prever en la Constitución formas de participación, y esas formas de participación ya hemos dicho en el título preliminar que pueden revestir la forma de partidos políticos a los cuales se les reconoce constitucionalmente todo el rango que deben tener, pero también la forma de asociaciones diversas. Y, en este sentido todo lo que sea favorecer la facultad de asociación, todo lo que sea favorecer la participación, pero no por la vía de los grandes actos plebiscitarios que se prestan también, por qué no decirlo, a manipulaciones extraparlamentarias, qué duda cabe que es favorecer la participación, la asociación..." (op. cit., p. 1732). Y es que en el debate constituyente prevaleció la idea de "concolidar un sistema de partidos que hoy es tremendamente precario"(op. cit., pp. 1731-1732). Ahora bien, si *rebus sic stantibus*, la voluntad constituyente podría ser interpretada diferentemente.

<sup>440</sup> Como indica BIGLINO CAMPOS, P. "no es necesario profundizar acerca de la preferencia que manifestaron los constituyentes por un modelo de democracia representativa en el que el cauce fundamental de participación de los ciudadanos en la vida del Estado está constituido por los partidos políticos. Este hecho ha sido suficientemente puesto de manifiesto como para precisar más análisis. A pesar de ello, como examinaremos más adelante, *esta opción no cierra el paso a una concepción abierta de la participación política*" ("La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, 1987, p. 88). Las cursivas son nuestras.

23<sup>441</sup>. Este artículo, salvando una primera aproximación, se nos presenta sumamente complejo por lo que anunciamos una aproximación por partes, siempre delicada, para ir desbrozando el camino.

En el sentido anterior y en primer lugar, aún empezando por el final conviene adelantar que en el artículo nos encontramos en realidad con una referencia a dos ámbitos diferenciados: el primero haría referencia a lo que simplificando, y a salvo de posteriores matizaciones, se conoce como derecho de sufragio activo y pasivo, y, en este segundo caso, a lo que podríamos denominar *cargo público de representación política* o representativo; el segundo ámbito, por el contrario, haría referencia a la *función pública profesional* o no representativa.

Pues bien, parece que el Tribunal Constitucional, en un primer momento, no lo entendió así. En la Sentencia 23/1984, de 20 de febrero, argumentó que para delimitar el alcance del derecho de acceso a los cargos públicos se ha de interpretar el artículo 23.2 de la Constitución de acuerdo con el criterio que establece el artículo 10.2 de la misma, es decir "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España". En este sentido se refiere al artículo 22.1 y 2 de la citada Declaración y al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Según el primero:

"1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

2. Toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país."

El segundo, por su lado, dice:

"Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por

---

<sup>441</sup> Sobre este artículo se puede consultar, entre otros, el magnífico trabajo de PULIDO QUECEDO, M. *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992. Del mismo autor, en relación al tema objeto de este epígrafe se puede consultar "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, 1990, pp. 161-186.

medio de representantes libremente elegidos.

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país."

Pues bien, de la lectura de tales preceptos, el Tribunal deduce que:

"el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el artículo 23.2, interpretado en conexión con el 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución -Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias-. Conclusión inicial que queda confirmada si se parte, como es obligado, del artículo 1.1 de la Constitución que configura al Estado como social y democrático, ya que el derecho que define el mencionado artículo 23.2 es un reflejo del Estado democrático en el que -artículo 1.2- la soberanía reside en el pueblo español del que emana todos los poderes del Estado".

Sin embargo, el Tribunal no continuará esta línea doctrinal y en posteriores Sentencias entiende que el artículo 23.2 se refiere también a la función pública profesionalizada o no representativa<sup>442</sup>. Así lo hará, entre otras, en las Sentencias 50/1986, de 23 de abril; 148/1986, de 25 de noviembre; 206/1988, de 7 de noviembre; y 67/1989, de 18 de abril. Pero es en la Sentencia 24/1990, de 15 de febrero, donde después de referirse a esta primera doctrina específica más claramente los dos distintos ámbitos a los que, decíamos, se dirige este artículo:

"El artículo 23.2, cuya infracción imputan los recurrentes a la Sentencia impugnada, garantiza el derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalan las leyes. Aunque en alguna decisión aislada (STC 23/1984) llegó a afirmarse que este precepto, interpretado a la luz de los Pactos Internacionales sobre Derechos Fundamentales suscritos por España, hace referencia sólo a los cargos y funciones representativos, a los que se llega por procedimientos electivos, una doctrina consistente, reiterada en numerosísimas Sentencias, lo entiende aplicable también a los cargos y funciones de otro orden, siempre, claro está, que se trate de cargos y funciones públicos".

La Sentencia continua diciendo que dentro del ámbito protegido por el derecho fundamental habrá que establecer las oportunas distinciones entre el

---

<sup>442</sup> PALOMAR OLMEDA destaca como novedad interpretativa la inclusión de la función pública profesional en el ámbito de aplicación del citado artículo: "Esta inclusión ha permitido, prácticamente desde el principio, llenar la insuficiencia que en lo referente a la protección constitucional se había colocado a la función pública profesional con su ubicación en el artículo 103.3 de la Constitución." ("La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 25, 1992, pp. 85-132).

contenido de tal derecho cuando se predica de cargos no representativos del que ofrece cuando se trata de cargos representativos<sup>443</sup>. Pues bien, en este epígrafe vamos a intentar resumir la doctrina constitucional sobre el acceso a los cargos funcionariales "no representativos".

El dedicar a este tipo de cargos un epígrafe, dentro de una obra dedicada a la idea de la democracia tiene su sentido en que precisamente la configuración de la función pública, como ya dejo dicho Weber, está íntimamente ligada con el sistema político como un todo y más en concreto con su legitimidad. Para Weber<sup>444</sup>, a la legitimidad racional-democrática le corresponde una configuración de la función pública burocrática, una de cuyas características es, precisamente que el acceso a la misma esté abierto a todos mediante unos procedimientos de selección donde sólo se valoren el mérito y la capacidad. De acuerdo con estas coordenadas, la Constitución española, en su artículo 103.3 establece que "la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones". Pues bien, veamos que nos dice nuestra jurisprudencia.

La Sentencia 50/1986, de 23 de abril, refiriéndose a los cargos y funciones públicas no representativas configurará el derecho del artículo 23.2 en lo que se refiere a los mismos. En ese sentido nos dirá:

"El artículo 23.2 de la Constitución garantiza a todos los ciudadanos (y sólo a ellos) el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. No nace de este precepto, como es obvio, derecho alguno a la ocupación de los cargos o al desempeño de funciones determinados, y ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras. El derecho a tomar parte en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y *a fortiori* el derecho a esta misma, sólo nace de las normas legales o reglamentarias que disciplinan, en cada caso, el acceso al cargo o función en concreto. Lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el artículo 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad. La remisión que el propio precepto hace a las

---

<sup>443</sup> Dice la Sentencia: "Esta extensión del ámbito protegido por el derecho fundamental no implica, sin embargo, en modo alguno, que dentro de él no hayan de establecerse distinciones, pues no es el mismo el contenido de tal derecho cuando se predica de cargos funcionariales o, más ampliamente, no representativos, que cuando hace referencia a cargos que se alcanzan a través de la elección popular y tienen, por tanto, naturaleza representativa".

<sup>444</sup> WEBER, M. *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992, pp. 173-180.

leyes obliga a entender, en consonancia con los datos que ofrece la experiencia, que la igualdad se predica sólo de las condiciones establecidas para el acceso a cada cargo o función, no a todos ellos, y que, por lo tanto, pueden ser distintos los requisitos o condiciones que los ciudadanos deben reunir para aspirar a los distintos cargos o funciones, sin que tales diferencias (posesión de determinadas titulaciones, edades mínimas o máximas, antigüedad máxima en otro empleo o función, etc.) puedan ser consideradas lesivas de la igualdad. La exigencia que así considerada en sus propios términos derivada del artículo 23.2 de la Constitución Española es la de que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas y, entre tales reglas, las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas como ya dijimos en nuestra Sentencia 42/1981, de 22 de diciembre, pues tales referencias son incompatibles con la igualdad".

Por tanto, podemos resumir diciendo que el derecho en cuestión:

-Es un derecho de configuración legal, esto es, los derechos materiales de acceso y ejercicio de los cargos quedan configurados por las leyes y los reglamentos, que son los que señalan los requisitos de ejercicio.

-Es un derecho de carácter puramente reaccional, esto es, un auténtico derecho subjetivo consistente esencialmente en la posibilidad atribuida por el ordenamiento al individuo de realizar una acción impugnatoria dirigida a anular un acto anticonstitucional de los poderes públicos que ha vulnerado su derecho y a restablecer en su integridad el derecho.

-De él se predica la igualdad (según nuestra tesis, los criterios de igualdad) para el acceso a cada cargo o función, no a todos ellos en general. Esto quiere decir que se podrán establecer tratamientos diferenciados cuando existan elementos relevantes que los justifiquen.

Es lógico pensar que habrá que estar a la caracterización de cada cargo en concreto. Pero, al margen de ello, la propia Constitución establece un elemento relevante a tener en cuenta en la generalidad de los casos que implica un tratamiento diferenciado, esto es, el mérito y la capacidad<sup>445</sup>. Como la propia Sentencia establece

"aunque esta exigencia figura en el artículo 103.3 y no en el 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o

---

<sup>445</sup> Sobre el tema son interesantes las reflexiones del señor Fajardo Spinola en el debate constituyente sobre la inclusión o no del mérito y la capacidad en el artículo 23. 2 (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 1115-1117).

condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles".<sup>446</sup>

A nosotros esta conclusión no nos parece tan clara. Pensamos que parte de un error -el cual consideraremos posteriormente- esto es, entender que el artículo 23.2 es una concreción del artículo 14 de la Constitución. Para nosotros esto no es así como trataremos de demostrar. En realidad, la lectura debe ser distinta: en principio, en el acceso a la función pública sólo se podrán establecer diferencias en función del mérito y la capacidad, pero, después, sobre esta regla general de un derecho constitucional concreto habrá que aplicar el principio o criterios de justicia del artículo 14, al igual que hemos visto que se hace sobre los restantes derechos constitucionales, lo cual ha de permitir otros tipos de diferenciaciones. Si no es así, el Tribunal se verá costreñido a realizar "juegos malabares" para reconducir diferencias justificadas al mérito y a la capacidad, como de hecho ha ocurrido. Lo veremos.

En el sentido anterior, también insiste la Sentencia 193/1987, de 9 de diciembre, que diferencia las decisiones políticas tomadas en el ámbito de la autonomía local de las decisiones tomadas en orden a resolver un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante de funcionario, en cuyo caso el criterio es estrictamente técnico, valorándose exclusivamente el mérito y la capacidad de los aspirantes. Dicho de otro modo, en la provisión de plazas de funcionarios públicos profesionales o no representativos sólo se podrán tener en cuenta criterios técnicos a la hora de establecer tratamientos diferenciados<sup>447</sup>:

---

<sup>446</sup> En el mismo sentido insiste la reciente Sentencia 27/1991, de 14 de febrero, según la cual "como concreción del principio de igualdad (el art 23.2) actúa en dos planos distintos: como igualdad ante la Ley o en la aplicación de la Ley, de una parte, y de la otra, como igualdad en la Ley. En este segundo aspecto -y esto es lo que explica la especificación en este caso del principio general de igualdad-, la igualdad en la Ley, implica para el legislador no sólo la prohibición de establecer diferencias que carezcan de una fundamentación razonable y objetiva, sino más precisamente aún y en conexión con el artículo 103.3 CE, la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y la capacidad".

<sup>447</sup> Es así que en el caso concreto "al permitir la reglamentación aplicable al mencionado concurso elaborar por parte de la Corporación Local una terna con un orden distinto del que se deducía de la puntuación otorgada estrictamente con base al baremo determinado reglamentariamente -orden que, en este caso, se reveló justamente inverso a este último- y nombrar precisamente, el Ministerio al aspirante que figuraba en primer lugar en la terna propuesta por la Corporación Municipal, vino a consagrar una desigualdad en el trato con base en la propia normativa reguladora del tan repetido

"El artículo 23.2 introduce, así un criterio igualatorio que constituye una garantía, reforzada por tratarse de un derecho fundamental, del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos proclamado en el artículo 103.3, inherente por esencia al Estado de Derecho que la Constitución consagra."

Es interesante la cita, aunque en algún aspecto reiterativa, porque hace referencia a la finalidad, entre otras, que justifica la relevancia que conduce al tratamiento diferenciado entre los españoles por razón únicamente de mérito y capacidad, esto es, la imparcialidad de la Administración, elemento por lo demás ya señalado por Weber<sup>448</sup>.

Sobre los elementos relevantes que justifican un tratamiento diferenciado encontramos un buen ejemplo en la Sentencia 207/1988, de 8 de noviembre, que hace referencia a la variedad de Administraciones y de sistemas o procedimientos de provisión de puestos de trabajo entre funcionarios. Dice la Sentencia:

"en nuestro ordenamiento, y en las diversas Administraciones Públicas, no existe un solo sistema o procedimiento para la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios, ni existe tampoco homogeneidad entre las situaciones de permanencia y estabilidad correspondientes a los diversos puestos. Pero, dada la variedad de Administraciones, de las tareas a desarrollar y de las diversas circunstancias de los puestos de trabajo en ellas existentes, no resulta irrazonable, sino incluso fácilmente comprensible esa multiplicidad de procedimientos y régimen de permanencia. Ello se traduce en la existencia de diferencias entre las diversas Administraciones respecto del margen de actuación de que disponen para la provisión de puestos de trabajo, aun cuando ello no pueda significar que tal margen sea absoluto, y que pueda convertirse en arbitrariedad, pues los límites jurídicos generales y los concretos que en cada puesto se establezcan siguen en estos casos encuadrando la acción administrativa."

Quizá, para terminar, convenga referirse a dos temas que se presentan, al menos, delicados: la edad y la cooficialidad de las lenguas como elementos de

---

concurso. Desigualdad que se produce al romperse la necesaria relación recíproca entre el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, y los principios de mérito y capacidad que deben regir dicho acceso, tal como se afirma en el artículo 103.3 del mismo texto constitucional, según han declarado, entre otras, las SSTC 75/1983 y 50 y 148 de 1986. Relación recíproca que una interpretación sistemática no puede desconocer y que autoriza a concluir que el artículo 23.2 "impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquéllos que, sin esa referencia, establezcan una desigualdad entre los españoles" (STC 50/1986).

<sup>448</sup> Dice la Sentencia: "no debe entenderse la exigencia del conocimiento del catalán como un requisito *ad extra*, independiente del mérito y capacidad acreditadas, sino al igual que cualquier otro conocimiento o condición exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales, en la medida en que se trata de una capacidad y de un mérito que, según el artículo 34 de la Ley catalana 17/1985 ha de acreditarse y valorarse en relación con la función a desempeñar".

diferenciación. En cuanto a la primera hay que recordar la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, que abordó la cuestión de si el establecimiento de la edad máxima de sesenta años para el acceso, mediante concurso, al cargo de Interventor en los municipios de régimen especial de Madrid y Barcelona violaba el artículo 14 y el artículo 23.2 de la Constitución. La respuesta, por parte del Tribunal fue negativa con un voto particular firmado por cinco de sus miembros. Dice el Tribunal que el derecho a la igualdad tiene un carácter general y comprende así a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública. La edad, dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública, es una de las circunstancias comprendidas en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios. Sin embargo, dice la Sentencia, será legítimo una decisión legislativa que, atendiendo a la edad y las características del puesto de que se trate, fije efectivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos. Por tanto, la sentencia en definitiva aplica los criterios de igualdad considerando en el caso tratado que la edad puede ser relevante para establecer tratamientos diferenciados. Como se observa, el Tribunal ha tenido que acudir al artículo 14 para justificar tal decisión, pero su razonamiento es contradictorio con la afirmación del mismo según la cual el artículo 23.2 es una concreción del artículo 14. Volveremos sobre la cuestión.

En cuanto al tema de la cooficialidad de las lenguas y su repercusión en el acceso a la función pública en el territorio de determinadas Comunidades Autónomas nos interesa aquí sólo por la justificación de la decisión final que da el Tribunal en sus últimas sentencias<sup>449</sup>. En la Sentencia 46/1991, de 28 de febrero, el Tribunal va a modificar su anterior postura doctrinal en el sentido de entender que el conocimiento de la lengua cooficial propia de la Comunidad Autónoma es un requisito de capacidad y no sólo de mérito como había entendido hasta el momento. Pero lo que nos interesa resaltar es la justificación de tal decisión. La Sentencia dice, entre otras cosas, que se trata de

"un requisito justificado y equitativo también en función de la propia eficacia de la propia Administración autónoma (art. 103.1 C.E.), por lo que resulta constitucionalmente lícito exigir, en todo caso, un cierto nivel del conocimiento de la lengua que resulta imprescindible para que

---

<sup>449</sup> Sobre el tema se pueden consultar otras Sentencias como las 82, 83 y 84/1986, de 26 de junio, la 123/1988, de 23 de junio y la 74/1989, de 21 de abril.



el funcionario pueda ejercer adecuadamente su trabajo en la Administración autonómica dado el carácter cooficial del idioma catalán y dada también la extensión del uso del catalán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma".

Por tanto, se destaca la eficacia de la Administración (podríamos decir "del Estado") para valorar la relevancia y la razonabilidad de una medida como la que se deduce de la decisión del Tribunal, elemento, por otra parte, destacado por la propia Constitución en el artículo 103.1 como principio de acuerdo con el cual ha de actuar la Administración Pública.

### **8.3.- ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PUBLICAS REPRESENTATIVOS**

Hasta aquí las líneas maestras de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a cargos y funciones públicas no representativas. Despejado este ámbito del artículo 23 pasamos a estudiar el tratamiento constitucional del acceso a cargos y funciones representativas. Previamente conviene advertir que en esta sede no se puede ni se pretende abordar toda la rica problemática en relación al artículo 23. Nos limitaremos a destacar los aspectos más íntimamente relacionados con nuestros propósitos sin, desde luego, agotar la materia.

Pues bien, entrando en la cuestión, si hasta el momento nos hemos venido refiriendo al artículo 23 únicamente en su apartado 2, ahora, al tratar de los cargos representativos tenemos que ampliar nuestro campo de mira y abordar conjuntamente los dos apartados del artículo 23 en la medida que, como indicábamos al inicio, es el precepto constitucional donde, a primera vista, parece que se condensa el significado de la participación política que es el que nos interesa. Por ello, es preciso, en primer lugar, abordar el alcance del artículo 23. Aunque la jurisprudencia sobre el particular es amplia, vamos a tratar de utilizar aquellas sentencias que más claramente abordan los temas que sucesivamente tratemos.

#### **a) El alcance del artículo 23.**

Hechas estas precisiones podemos empezar diciendo que el enunciado del apartado primero del artículo 23 ("Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal") conectado con el

enunciado del artículo 9.2 ("Corresponde a los poderes públicos... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política") podría llevarnos a entender que se está configurando ampliamente por nuestra Constitución un derecho de participación política de los ciudadanos<sup>450</sup>. Así parece entenderlo Martínez Sospedra<sup>451</sup> cuando afirma que la Constitución viene a articular un derecho a la participación "cuyo objeto no se limita a tener parte en el sistema de poderes públicos, o en estos en singular, sino que radica en el conjunto de los asuntos públicos, expresión que comprende no sólo a dichos poderes públicos y al sistema que conforman, sino también a las instituciones y entidades publicadas y a las actividades sociales que tienen a unos y otras y a su actuación como centro de referencia"<sup>452</sup>.

---

<sup>450</sup> Así parece entenderlo BIGLINO CAMPOS, P. cuando dice que "podríamos distinguir en el mismo (art.23.1) tres formas distintas de participación. En primer lugar, las instituciones de democracia representativa, al reconocer a los ciudadanos el derecho a elegir libremente, en elecciones periódicas y por sufragio universal, los representantes que deberán actuar en su nombre. En segundo lugar, y dentro del derecho de los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos, podemos incluir los otros dos tipos de instituciones" (op. cit., p. 92), esto es, las instituciones de democracia participativa y de democracia directa. Para distinguirlas la autora hace uso de la distinción de PIZORRUSSO, A. ("Democrazia partecipativa e attività parlamentare" en *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, varios autores, Milán, 1980, pp. 133 y ss.) que entiende por democracia participativa "aquellas actividades que son desarrolladas por ciudadanos, en cuanto individuos o como representantes de formaciones sociales, con la finalidad de influir sobre la gestión de los poderes públicos, sin que por ello se traduzcan directamente en actos jurídicos que concluyan un procedimiento".

<sup>451</sup> MARTINEZ SOSPEDRA, M. *Libertades Públicas*, CEU San Pablo, Valencia, 1993, vol. I, p. 317. Ahora bien, para este mismo autor, del contenido del derecho caben dos interpretaciones: "una lectura expansiva que entendiera como objeto del mismo todo tipo de actos ordenados a condicionar la acción o influir en la formación de la voluntad de los poderes públicos, en cuyo caso comprendería como especificaciones a determinadas modalidades del derecho de asociación y al ejercicio de los derechos de petición, reunión y manifestación, e incluso de las libertades de palabra. Pero permite también una interpretación estricta, probablemente la más acorde con el texto y la sistemática de la Constitución que, sin desconocer las virtualidades participativas del ejercicio de otros derechos fundamentales, refiere el presente a la participación en los procesos de formación de la voluntad de los poderes e instituciones públicas" (op. cit., p. 323). En el mismo sentido ya se había pronunciado AGUIAR DE LUQUE, L. "Comentario al artículo 23" en ALZAGA, O. *Comentarios...*, op. cit., pp. 659-660.

<sup>452</sup> En el debate constituyente se presentó una enmienda por el señor Ollero en cuya justificación se decía que "la expresión 'en los asuntos públicos' es demasiado genérica y hay asuntos que puedan ser considerados 'públicos' que están atribuidos a entidades o instituciones que, de acuerdo con su naturaleza y a tenor de normas específicas, permitan modalidades de gestión y representación que no se ajusten exactamente ni a la participación directa ni a elecciones periódicas por sufragio universal". Proponía eliminar 'libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal' y consignar en su lugar 'en la forma que para cada nivel determinen las leyes' (*Constitución...*, op. cit., pp. 3292-3293). Por desgracia, ni él estaba presente para defender la enmienda en Comisión, ni nadie respondió a la misma, lo que hace difícil interpretar su rechazo.

Sin embargo, en la realidad, los hechos son muy otros. El Tribunal Constitucional entenderá de forma restrictiva el ámbito del artículo 23. En la Sentencia 51/1984, de 25 de abril, ante la pretensión del "Sindicato Libre de Farmacéuticos de Valencia" de anular un convenio firmado por el Instituto Nacional de la Salud y el Consejo General del Consejo Nacional de Farmacéuticos, el Tribunal nos dirá que tal derecho:

"se trata del derecho fundamental, en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el artículo 1 y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español. Por eso la participación en los asuntos públicos a que se refiere el artículo 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el artículo 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución. Por ello no se trata como es manifiesto, de un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado, que la ley puede, en tal caso, organizar".

Sin entrar en el tema de la legitimación procesal en el caso concreto, parece claro que se pueden extraer una serie de conclusiones de la sentencia:

-En primer lugar, parece que el Tribunal circunscribe el ámbito del derecho a la participación electoral para seleccionar élites, en línea con los modelos de democracia elitista o pluralista.

-En segundo lugar, parece destacable el hecho de que se olvide de las formas de participación directa a las que tan claramente se refiere el artículo 23 y que en otros artículos aparecen constitucionalizadas (referéndums, concejo abierto)<sup>453</sup>. Puede ser la razón el hecho de que el propio legislador haya establecido el listón tan alto para ejercerlas, con excepción de los casos obligatorios que el Tribunal, *motu proprio*, entienda que son inejercitables.

-En tercer lugar, parece claro, que según el Tribunal, cualquier otra forma de participación dependerá de un "especial" llamamiento de la ley, la cual, en este caso, no está limitada por ningún contenido esencial que deba respetar, ni mucho

---

<sup>453</sup> Algunos autores entienden que hay una referencia implícita a estas otras formas de participación en la expresión "en primera línea" (FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, p. 60).

menos querida por el artículo 9.2 de la Constitución.

-En cuarto lugar, desplaza de esta forma el Tribunal del ámbito protegido por el recurso de amparo, todas aquellas otras formas de participación que recogíamos en la *Introducción* de este Capítulo (en la Administración, en la Administración de Justicia, etc..).

Desde luego que el problema que suscita la posibilidad de entender protegidas por el artículo 23 todas estas formas de participación es grande (en algún caso, la misma calificación de "participación en asuntos públicos" se vuelve problemática) y difícilmente podemos resolver aquí<sup>454</sup>. Pero lo que parece claro es que nuestro Tribunal Constitucional ha asumido una postura restrictiva en lo que se refiere a la participación política de los ciudadanos que queda reducida a la elección de representantes ("selección de élites") fundamentalmente por dos razones: la primera, porque cualquier otra forma de entender la participación política queda desprotegida por el artículo 23; y la segunda, porque cualquier otra forma de participación política queda en manos de las élites mismas que, de hecho, la pueden obstaculizar hasta casi hacerlas desaparecer<sup>455</sup>.

Aún establecido lo anterior, creemos que sería precipitado concluir que el "modelo de democracia" en la jurisprudencia constitucional española es claramente elitista o pluralista. No hay que olvidar por un lado que alguna otra forma de participación está también protegida por el recurso de amparo en nuestra Constitución y, por otro lado, que los rasgos definitorios de los "modelos de democracia" son diversos por lo que habrá que estar al conjunto de todos ellos.

Salvada esta última precisión, es claro que disponemos de abundante jurisprudencia en torno a la participación política electoral, mientras que por el

---

<sup>454</sup> La doctrina española se encontraba dividida al respecto antes del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Autores como SANCHEZ BLANCO y, en menor medida, SANTAMARIA, J. A. eran partidarios de una interpretación amplia de los "asuntos públicos". Por contra, autores como AGUIAR DE LUQUE o SANCHEZ MORON los reducían a "los procesos de formación de la voluntad del Estado y no del pueblo". Sobre el tema se puede consultar FOSSAS ESPADALER, E., op. cit., pp. 54 y ss.

<sup>455</sup> Quede claro que con lo dicho no se está haciendo ninguna valoración sobre el *deber ser* democrático ni siquiera sobre la *oportunidad* de tales formas de participación. Se trata únicamente de identificar en la jurisprudencia española el "modelo de democracia" entre los diferentes que existen en el "mercado teórico".

contrario es escasa la referida a otras formas de participación política. Vamos a dejar esta última para el final y centraremos ahora en los aspectos más relevantes de la primera, siempre a nuestros efectos.

#### **b) La configuración del cargo representativo.**

Lo primero que llama poderosamente la atención es la configuración que realiza nuestro Tribunal Constitucional del cargo representativo. Al respecto disponemos de las importantes sentencias 5/1983, de 4 de febrero, y de la sentencia 10/1983, de 21 de febrero, que abren una línea doctrinal mantenida hasta la más reciente Sentencia 167/1991, de 19 de julio. Como es sabido, ambas sentencias se producen como consecuencia de casos similares en los que se trataba de decidir si el cese de concejales de su cargo por expulsión del partido al que pertenecían y bajo cuyas siglas se habían presentado a las elecciones que habían posibilitado su nombramiento se ajustaba a la Constitución o no. Y esto era debido al enunciado del artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales, según el cual "tratándose de listas que representen a Partidos Políticos, Federaciones o Coaliciones de Partidos, si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al Partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior. El que así accediere ocupará el puesto por el tiempo que restare de mandato". El Tribunal se enfrenta a la cuestión realizando unas precisiones previas:

"La interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos, que es el que ahora interesa, ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática. Hecha esta precisión inicial resulta ya posible entrar en el examen del precepto señalando, en primer lugar, que el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho a permanecer en los mismos, porque de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido; derecho a permanecer en condiciones de igualdad, "con los requisitos que señalen las leyes", que será susceptible de amparo en la medida en que las leyes establezcan una causa de remoción que viole un derecho fundamental diferente, dentro de los comprendidos en el ámbito del recurso, o que no se ajuste a las condiciones de igualdad que preceptúa el propio artículo 23.2".

Hechas estas precisiones, el Tribunal entiende que el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales plantea dos cuestiones: la primera, la relativa a si la expulsión de un partido político puede producir el cese en el cargo público de concejal o si tal causa de remoción es contraria a algún derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo; la segunda, si el prever una causa

específica de cese para unos miembros de la Corporación se ajusta o no a las condiciones de igualdad en la permanencia en el cargo público. Veámoslas por separado.

Sobre la primera, el Tribunal después de precisar, como por otro lado va de suyo, que adoptará una perspectiva estrictamente jurídica nos dirá que el artículo 23.1 de la Constitución

*"consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas, lo que evidencia a nuestro juicio que los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar -y no de ninguna organización como el partido político-, y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de Derecho, y no de la voluntad del partido político. En definitiva, y sin perjuicio de las incompatibilidades que pueda regular la Ley, el cese en el cargo público representativo no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, y eventualmente a la del elegido".*

Para el Tribunal es cierto que los partidos políticos, en virtud del artículo 6 de la Constitución, ejercen funciones de trascendental importancia en el Estado actual, en cuanto expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política, pero, con todo, el derecho a participar corresponde a los ciudadanos, no a los partidos, y por tanto los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos. De esta forma, según el Tribunal, la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos sino de la expresada por los electores a través del sufragio en las elecciones periódicas.

Estas reflexiones le conducen a la siguiente conclusión:

*"Lo dispuesto en el artículo 23.1 es, sin duda alguna, aplicable a los Concejales ..., por lo que debe afirmarse que el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, en cuanto otorga a los partidos políticos la posibilidad de crear por su voluntad -mediante la expulsión- el presupuesto de hecho que da lugar al cese en el cargo público va contra la Constitución y, en concreto, contra el derecho a permanecer en el cargo público de su artículo 23.2, al prever una causa de extinción o cese contraria a un derecho fundamental susceptible de amparo como es el regulado en el artículo 23.1 de la misma".*

Aunque volveremos sobre ello más tarde al analizar los votos particulares, podemos adelantar una serie de dudas que se nos plantean. De entrada no vemos claro que "la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores". Las palabras nunca son neutras y mal utilizadas pueden conducir a errores. En una democracia y hasta que no se diga lo contrario el soberano es el

"pueblo"<sup>456</sup> y no los "electores". Es el "pueblo" el que soberanamente decidirá que "la permanencia de los representantes dependa de la voluntad de los electores". De momento podemos decir que el "pueblo" ha decidido limitar en el tiempo la "permanencia de los representantes", es el "pueblo" el que ha decidido que la "permanencia de los representantes" dependa de "una voluntad ajena a la de los electores" como puede ser la del Presidente del Gobierno (artículo 115 de la Constitución) y es el "pueblo" el que ha permitido que, en el marco de la Constitución, sea el legislativo el que regule, entre otras cosas, el régimen electoral general (artículo 81 CE). Lo que creemos que debería plantearse propiamente en este caso es, pues, si la "voluntad del pueblo" ha limitado a la "voluntad de los electores" la permanencia de los representantes (salvo el caso ya visto) o no.

Desde esta perspectiva, el razonamiento del Tribunal nos produce una segunda duda: Leamos como leamos el artículo 23 es cierto que "el derecho a participar corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos", pero ya no nos resulta tan claro "que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos" pues supondría "una causa de extinción o cese contraria a un derecho fundamental susceptible de amparo como es el regulado en el artículo 23.1 de la misma". Y decimos que no nos parece tan claro a no ser que se entienda que no puede haber otra causa de extinción o cese que la "voluntad de los electores" (entre otras, la muerte del representante estaría proscrita). De esta forma el legislador no podría prever ninguna causa de extinción o cese salvo la propia "voluntad de los electores". Nos da la impresión de que, en primer lugar, el artículo 23.1 sólo acoge un derecho de los ciudadanos a participar y no un "presunto" derecho de los representantes y, en segundo lugar, que el derecho de éstos viene recogido en el apartado 2 de ese mismo artículo donde se dice que tienen derecho (todos) a acceder (y, por tanto, a permanecer-los

---

<sup>456</sup> Problema distinto es precisar el concepto "pueblo" o el de "soberanía popular". Al respecto se puede consultar BALAGUER CALLEJON, F. "Soberanía popular y democracia en el Constitución española de 1978" en *Revista de Derecho Político*, nº 27-28, 1988, pp. 99-112; artículo en el que dice: "Estado democrático no es hoy (como en el primer constitucionalismo) aquel en el que el pueblo es soberano (a través de sus representantes), sino aquel en el que el pueblo ha renunciado al poder soberano y ha aceptado el poder constitucional", esto es, el pueblo pasa a ser también poder constituido y de ahí la necesaria articulación democrática del Estado constitucional. También es recomendable la lectura de BASTIDA FREIJEDO, F. J. "Constitución, soberanía y democracia" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, 1991, pp. 9-26 y de VARELA SUANZES "Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 36, 1992, pp. 71-104.

representantes-) "con los requisitos que señalen las leyes". Si la ley ha permitido que en un caso concreto, entre otras causas, la expulsión del partido político suponga el cese del representante<sup>457</sup>, no creo que haya ninguna tacha constitucional desde la perspectiva adoptada (otra cosa es que la medida sea conveniente o no, pero esto ya es una cuestión de oportunidad política y no de constitucionalidad)<sup>458</sup>.

La segunda cuestión que se plantea el Tribunal era determinar si el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, al prever una causa específica de cese para unos determinados miembros de la Corporación, se ajusta o no a las condiciones de igualdad en la permanencia en el cargo público que exige el artículo 23.2 de la Constitución. Al respecto, el Tribunal empieza recordando que la Ley de Elecciones Locales regula la elección de concejales por un sistema de listas cerradas y bloqueadas, de forma tal que cada elector ha de dar su voto a una sola lista, sin poder introducir en ella modificación alguna ni alterar el orden de colocación de los candidatos. Asimismo, el artículo 14 de la Ley regula la presentación de las candidaturas o listas. Estas pueden ser propuestas por los partidos y federaciones, por las coaliciones de los mismos con fines electorales y por los electores de cada municipio en número no inferior al establecido en el precepto. Además, se prevé en él la posibilidad de que las listas incluyan nombres de candidatos independientes.

Pues bien, si esto es así, para el Tribunal el artículo 11.7 establece una desigualdad en la permanencia en el cargo de concejal según la lista en la que se encontraran los elegidos y el carácter con el que estuvieran: Los candidatos propuestos -y elegidos- en listas presentadas por los electores, no cesarían en su

---

<sup>457</sup> Detrás de este tipo de cese parece que está la idea de *responsiveness* del representante (PITKIN) tal y como expresa BASTIDA FREJEIDO, esto es, "una condición permanente de disposición potencial o a actuar de acuerdo con su mandato, cuyas líneas maestras se hallan en el programa electoral por él defendido en la campaña electoral" ("Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 21, 1987, p. 216). En el mismo sentido, aunque con matices distintos, CHUECA RODRIGUEZ afirma que "en su fase democrática actual no cabe duda que la representatividad como reflejo -no sólo ni principalmente electoral- juega un papel central" ("La representación como posibilidad en el Estado de partidos (Mandato libre *versus* mandato de partido)" en *Revista de Derecho Político*, nº 27-28, 1988, pp. 25-44.

<sup>458</sup> No está de más señalar que la construcción del Tribunal Constitucional se resentiría todavía más si la enfrentamos con el caso de los Senadores designados por las Comunidades Autónomas o con el de los Diputados Provinciales. Se pueden ver las reflexiones sobre el tema en FOSSAS ESPADALES, E., op. cit., pp. 121-124.



cargo cualquiera que fuese la relación de los proponentes con el elegido, y cualquiera que fuese la voluntad de los primeros; los independientes que figurasen en las listas propuestas por los partidos, federaciones o coaliciones, constara o no tal condición y, por tanto, conocida o no por los electores, no perderían tampoco el cargo cualquiera que fuese su relación con las coaliciones, federaciones o partidos que los presentaron y la voluntad de éstos. El cese en el cargo sólo se produciría si el elegido pertenece a algún partido, es propuesto por el mismo en la correspondiente lista y posteriormente deja de pertenecer al mismo:

"se llega a la conclusión de que el artículo 11.7 establece una desigualdad en la permanencia en el cargo, especialmente reflejada en el propio artículo 11.7 en cuanto a los candidatos que figuran en las listas presentadas por el partido, según sean o no independientes, circunstancia que puede o no ser conocida por los electores. Por lo que hemos de preguntarnos si esta desigualdad está justificada por no ser contraria a la Constitución y, en caso negativo, decidir por cuál de los dos términos de la desigualdad hay que optar para conseguir que la permanencia en el cargo público se haga en condiciones de igualdad, tal y como exige el artículo 23.2 de la Constitución. La respuesta a estos dos interrogantes aparece ya clara en el momento actual. En el caso concreto planteado, y sin hacer afirmación alguna del carácter general aplicable a otros supuestos, es lo cierto que como ya hemos visto la desigualdad que introduce el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, en cuanto la expulsión del partido provoca el cese en el cargo de concejal, es contraria a derechos fundamentales reconocidos por la norma fundamental susceptibles de amparo y, por tanto, la igualación no puede producirse más que por la vía de entender derogado en tal extremo el mencionado precepto por ser incompatible en este punto con el artículo 23.2 de la Constitución".

Sobre toda esta argumentación es claro que, de acuerdo con las tesis sobre la aplicación de los criterios de igualdad, habría que estar al caso concreto y analizar si existe un elemento relevante que justifique la diferenciación de trato. El Tribunal entiende que no, nosotros aquí simplemente nos remitimos a los votos particulares de la sentencia, para constatar que la cuestión deja de estar clara.

Como también es sabido, en la sentencia hay un voto particular de los Magistrados Latorre Segura y Díez Picazo y Ponce de León. Creemos que resulta muy sintomática su expresión inicial: "Con todo el respeto a esta opinión tememos que zanje en forma un tanto expeditiva problemas muy delicados relativos a la representación política en las democracias actuales"<sup>459</sup>. Pues bien,

---

<sup>459</sup> Se hace también complejo cualquier intento de remisión a la producción científica sobre el tema, pero no por ello renunciamos a mencionar algunos de los trabajos de obligada consulta sobre la cuestión: AGUIAR, L. *Democracia directa y Estado Constitucional*, Edersa, Madrid, 1977; AGUILERA, C. "Problemas de la democracia y de los partidos políticos en el Estado Social", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 67, 1990; COTTA, M. "Parlamentos y representación", en PASQUINO, G. (comp.) *Manual de Ciencia Política*, Alianza Editorial, Madrid, 1988; FISICHELLA, D. (ed.) *La rappresentanza politica*, Giuffrè, Milán, 1983; GARRORENA MORALES, A. *Representación política y Constitución Democrática*, Civitas, Madrid, 1991; LEIBHOLZ, G.

parece igualmente necesario transcribir su opinión sobre las dos cuestiones planteadas.

#### Sobre la primera dicen:

"El precepto en cuestión (art. 23) consagra el derecho de los ciudadanos a elegir representantes, pero nada dice del derecho de éstos. Y ello es congruente con su origen y significación que no hace más que consagrar un principio básico de la democracia, según el cual la soberanía pertenece al pueblo que la ejerce directamente (por medio de referéndum, por ejemplo, o en el ámbito municipal en concejo abierto) o mediante representantes libremente elegidos y renovables en elecciones periódicas. Que a diferencia de otras Constituciones la nuestra configura este principio como un derecho fundamental, siguiendo el ejemplo del artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y del artículo 48.1 de la Constitución portuguesa, supone que los ciudadanos podrán exigir su protección por la vía de amparo: pero no cambia sustancialmente el alcance del principio. Otros problemas, como son los que provoca la incidencia que en el sistema tradicional de la democracia representativa tiene el actual "Estado de partidos", el papel de éstos en el funcionamiento de la actual democracia, reconocido expresamente en el artículo 6 de nuestra Constitución, como advierte también la Sentencia, nos parecen demasiado complejos y delicados para ser resueltos por medio de una interpretación extensiva de un precepto como el 23, cuyo texto no da base suficiente para que un representante (en este caso un Concejal) alegue como propio un derecho fundamental sólo reconocido explícitamente para los electores".

#### Sobre la segunda dicen:

"conviene recordar que el principio de igualdad se vulnera cuando se trata desigualmente a personas que se encuentran en situaciones iguales, pero en este caso la situación de los dos tipos de Concejales no es igual. El que se ha presentado como miembro de un partido lo ha sido teniendo en cuenta, aparte de sus aptitudes personales, su pertenencia al partido, conociendo tanto éste como el candidato las consecuencias que ello podía acarrear en caso de que dejase de pertenecer a él; el independiente, aunque sea propuesto por un partido y figure en sus listas, es propuesto sólo por sus aptitudes personales y tanto el partido como el candidato saben que las futuras relaciones entre ambos no afectarán a su permanencia en el cargo. Que los electores pueden desconocer si un candidato es o no independiente es un hecho que atañe a los ciudadanos y no a los concejales, que conocían perfectamente su propia situación y las condiciones de ella."

Como fácilmente se observa, al fin y al cabo, lo que se está haciendo es aplicar los criterios de igualdad del artículo 14 sobre el derecho de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos.

---

*Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971; LUCAS VERDU, P. "Problemas actuales de la institución parlamentaria" en *Revista de Política Comparada*, nº 9, 1982; PITKIN, H. F. *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; RUBIO LLORENTE, F. "El Parlamento y la representación política", en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985; SANTAMARIA, J. "Participación política y democracia directa" en OLLERO, P. *Estudios de Ciencia Política y Sociología*, Madrid, 1972; TORRES DEL MORAL, A. "Crisis del mandato representativo en el Estado de Partidos", en *Revista de Derecho Político*, nº 14, 1982.

Hasta aquí la Sentencia 5/1983 y sabemos que el caso planteado es similar en la Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, pero la argumentación del Tribunal presenta en este caso alguna novedad que merece la pena comentar. El Tribunal en esta ocasión parte del entendimiento de que el problema nuclear es el de cuál sea el contenido concreto del derecho a participar mediante representantes o, en otros términos, cuáles son, en cuanto hayan de ser tenidas en cuenta para la decisión de este recurso, las notas esenciales del concepto de representación política<sup>460</sup>. Pues bien, inmediatamente dice:

"El sentido democrático que en nuestra Constitución (art. 1.2) reviste el principio del origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos sólo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas, sólo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos".

Conviene detenerse un momento aquí. El Tribunal acude a la idea de legitimación democrática y nosotros nos servimos para enlazar con ella de las reflexiones realizadas más arriba sobre la diferencia entre "voluntad de los electores" y "voluntad del pueblo"<sup>461</sup>. En este sentido es claro que la legitimidad democrática se refiere "de manera mediata o inmediata" a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. De ahí deduce el Tribunal que todos los cargos y funciones públicas pueden estar legitimados democráticamente y que dentro de ellos podemos distinguir a los "representantes" por ser aquellos cuya designación

---

<sup>460</sup> Sobre el tema es conveniente consultar el artículo de SOLOZABAL ECHEVARRIA "Representación y pluralismo territorial (La representación territorial como respuesta a la crisis del concepto jurídico moderno de representación).", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 50, 1986, pp. 69-99. Tras constatar la crisis de la teoría clásica de la representación, razona de la siguiente forma: "En la nueva situación no sólo cambia el carácter del sujeto a representar sino el tipo de relación que se establece entre representante y representado. El representante no constituye la voluntad del representado sino que la expresa, aunque ello suponga proceder a una articulación a la que incluso hay que reconocer una cierta trascendencia creativa. Por ello pasa a un primer plano la articulación de la relación entre representante y representado y los instrumentos a través de los que tiene lugar -partidos políticos-, así como las ocasiones en que se manifiesta -elecciones, disolución parlamentaria- como modo de comprobar la congruencia entre cuerpo electoral y diputados"; y continúa más adelante, "el carácter instrumental del Parlamento pone de relieve la importancia del aseguramiento de la conexión entre la opinión popular y los diputados a cargo de los partidos, y la pérdida de independencia del parlamentario cuya función deja de ser contribuir a la formación de la voluntad nacional para expresar la opinión del electorado a través de los partidos" (p. 96).

<sup>461</sup> Tal distinción es plasmada de forma brillante por VARELA SUANZES que aboga por la soberanía del Estado y por una interpretación de la soberanía popular del artículo 1.2 de la Constitución en el sentido democrático de soberanía nacional (op. cit.).

resulta directamente de la elección popular<sup>462</sup>. Quisieramos hacer notar que la legitimidad democrática del representante se produce directamente en el momento de la designación y que ello no empaña para que siga siendo legitimado democráticamente de forma mediata en el momento posterior, que de hecho es lo que sucede. Rousseau ya lo decía<sup>463</sup>.

En cualquier caso, continua diciendo el Tribunal:

"La función de representante puede revestir, ciertamente, muy distintas formas y aunque en el entendimiento común y en la opción política de nuestra Constitución (art. 1.3) la idea de representación va unida a la del mandato libre, no es teóricamente inimaginable un sistema de democracia mediata e indirecta en la que los representantes estén vinculados al mandato imperativo de los representados".

Correcto, pero como el mismo Tribunal añade "no es éste, sin embargo, el problema que aquí se nos plantea, pues en el presente caso no se discute la legitimidad o ilegitimidad constitucional de una norma que sujete los representantes al mandato de los representados de la forma que con referencia a los miembros de las Cortes Generales prohíbe expresamente el artículo 67.2 de nuestra Constitución". El problema, como sabemos, es otro y a él trata de dar respuesta el Tribunal.

En primer lugar, se va a enfrentar con la necesidad de argumentar más inequívocamente que en la Sentencia anterior que el representante tiene un derecho fundamental a permanecer en el cargo salvo que otra cosa diga la "voluntad de los electores". Con este motivo realiza una larga argumentación:

"Si todos los poderes del Estado emanan del pueblo, podrá discutirse la conveniencia o, dentro de un sistema representativo concreto, la licitud de la facultad de revocación concedida a los electores, o la oportunidad o la justicia de aquellas normas jurídicas que, de modo general, establezcan, como consecuencia necesaria de ciertos supuestos de hecho, el cese del representante en las funciones que el pueblo le ha conferido. No es, por el contrario, constitucionalmente legítimo otorgar a una instancia que no reúne todas las notas necesarias para ser considerada como un poder público, la facultad de determinar por sí misma ese cese sujetándose sólo a las normas que libremente haya dictado para sí.

---

<sup>462</sup> Como acertadamente apunta FOSSAS ESPADALER, "mediante esta argumentación, el ámbito de los 'cargos públicos' se reduce de tal forma que el derecho del artículo 23.2 CE, en lo que no es función pública, se convierte casi en una específica garantía constitucional del derecho electoral pasivo o del 'derecho de sufragio pasivo'" (op. cit., p. 62).

<sup>463</sup> "El pueblo inglés se piensa libre, se equivoca mucho; sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; en cuanto han sido elegidos, es esclavo, no es nada" (*El Contrato Social*, Alianza, Madrid, 1988, p. 98).

El derecho que la Constitución (art. 23.1) garantiza a todos los ciudadanos de participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos, es un derecho que corresponde a cada ciudadano y que puede ser vulnerado por actos que sólo afecten a cada uno de éstos en particular. La vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función les afecta sin embargo a todos simultáneamente y es también una vulneración del derecho del representante a ejercer la función que le es propia, derecho sin el que, como es obvio, se vería vaciado de contenido el de los representados. Lo propio de la representación, de cualquier modo que ésta se construya, tanto basada en el mandato libre como en el mandato imperativo, es el establecimiento de la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a éstos en su conjunto y no sólo a quienes votaron en su favor o formaron la mayoría, los actos de aquél. El desconocimiento o la ruptura de esa relación de imputación destruye la naturaleza misma de la institución representativa y vulnera, en consecuencia, un derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que son parte de ella. Al reaccionar contra el acto que lo expulsa de su función, el representante no defiende, por tanto, sólo un derecho propio, pero tampoco, en modo alguno, un derecho ajeno, pues la finalidad que persigue es justamente la de restaurar la unidad de voluntad en que la representación consiste.

En su segundo apartado, el artículo 23 de nuestra Constitución consagra el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. En lo que aquí importa este derecho (que protege a los titulares de cargos y funciones públicos de cualquier género y no sólo, como el antes considerado, a los titulares de funciones representativas) implica también el de no ser removidos de los cargos o funciones públicos a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos. El legislador puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, pero su libertad tiene limitaciones que son, de una parte, las generales que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y, de la otra, cuando se trata de cargos o funciones cuya naturaleza esencial aparece definida por la propia Constitución, las que resultan de la necesidad de salvaguardar esta naturaleza. En el caso de los cargos y funciones públicos de carácter representativo, una regulación legal que sea contraria a la naturaleza de la representación violará también por ello el derecho del representante a permanecer en el cargo.

Cuando esa violación se produce porque la regulación legal cuya aplicación origina el cese en el cargo lesiona el principio de igualdad o derechos fundamentales del propio representante como simple ciudadano, tal violación afectará también sin duda al cuerpo electoral, cuya voluntad representa pero, a diferencia de los que ocurre en el caso anteriormente estudiado, el daño que los ciudadanos, como representados, padezcan, no es lesión de un derecho propio, sino reflejo de la vulneración de un derecho ajeno, pues el trato discriminatorio de que pueden ser objeto el representante o la perturbación que eventualmente sufra en el uso legítimo de sus derechos fundamentales y libertades públicas afecta en primer término a su propio ámbito protegido y sólo indirectamente, y en la medida en que lo desplace de su cargo o función, cuya naturaleza no ha sido desfigurada, a la situación jurídica de los representados."

Toda esta argumentación<sup>464</sup>, aparte de saltos lógicos que el voto particular que analizaremos desvela, se limita a afirmar algo que, por lo demás, ya sabíamos, esto es, que el legislador está limitado por los derechos fundamentales que le corresponden al representante que no son otros que acceder y permanecer

---

<sup>464</sup> Sabido es que el Tribunal Constitucional está utilizando la técnica de la "intercambiabilidad de cláusulas constitucionales". Sobre el tema se pueden consultar CAAMAÑO, F. "Mandato parlamentario y derechos fundamentales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 36, 1992, pp 134 y ss; o ALONSO GARCIA, E. *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 362 y ss.

"en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes". Lo que todavía no se ha demostrado es que hayan sido vulnerados.

Más interesante es una segunda reflexión que el Tribunal realiza sobre los partidos políticos:

"En razón de la función constitucionalmente atribuida de servir de cauce fundamental para la participación política, la legislación electoral (...) otorga a los partidos la facultad de presentar candidaturas en las que, junto con el nombre de los candidatos, figura la denominación del partido que los propone. La decisión del elector es así producto de una motivación compleja que sólo el análisis sociológico concreto permitiría, con mayor o menor precisión, establecer en cada caso. De acuerdo con la Constitución (arts 6, 23, 68, 69, 70 y 140) es inequívoco, sin embargo, que la elección de los ciudadanos sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado. El procedimiento legalmente establecido para la sustitución de candidatos antes de la proclamación de los electos y para cubrir las vacantes producidas en los órganos representativos puede quizás enturbiar para algunos esta evidencia, pero ese enturbamiento debe quedar disipado con la simple reflexión de que tal procedimiento es una consecuencia técnica del sistema proporcional, dentro del cual no cabe la celebración de elecciones parciales para cubrir una sola vacante y opera por ello con referencia a la lista propuesta a los electores, con independencia de que la propuesta haya sido presentada por un partido político, que preexiste y subsiste a la elección, o por una simple agrupación electoral que, en cuanto tal, desaparece con la celebración de aquélla."

Interesa realizar un pequeño alto para comentar la referencia que hace el Tribunal a que "la decisión del elector es así producto de una motivación compleja". Creemos que esta referencia de pasada da más de sí de lo que el Tribunal entiende. Ciertamente que jurídicamente es inequívoco "que la elección de los ciudadanos sólo puede recaer sobre personas determinadas"; habría que añadir que su permanencia en el cargo es "con los requisitos que señalen las leyes". Pero interesa más ahora lo primero, cuando el concepto de representación se liga a la voluntad no cabe duda que la motivación de ésta en todos los casos es compleja. Ahora bien, pensamos que no está de más señalar que la voluntad (no jurídica, desde luego) de la mayor parte de los electores en algunas elecciones (no todas), como pueden ser las del Congreso de los Diputados o las municipales de los grandes Ayuntamientos, se caracteriza por ir dirigida a votar a un partido o, todo lo más, al líder político de un partido y no, desde luego, a los integrantes concretos de una lista<sup>465</sup>. Repetimos que se trata de una voluntad no jurídica,

---

<sup>465</sup> De hecho, el Tribunal ha reconocido en otras ocasiones este hecho. Así, por ejemplo, en la reciente Sentencia 185/1993, de 31 de mayo, se reconoce que el protagonismo básico en nuestro sistema electoral "corresponde a unas candidaturas que son colectivas o colegiadas".

pero podríamos decir que es la "voluntad política"<sup>466</sup>. No está de más recordar que hablar de democracia o de representación democrática de la voluntad es hablar de la "voluntad política" del pueblo<sup>467</sup>. Si el Derecho le da la espalda a esa "voluntad política", mal favor le hace el Derecho a la democracia<sup>468</sup>. Pero éste es otro problema.

### El Tribunal continua argumentando:

"Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa de su propio seno, como en el presente caso ocurre, el precepto infringe sin embargo, de manera absolutamente frontal, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes lo votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término. Pero aunque se entendiera, violentando el ordenamiento, que representaban sólo la voluntad de sus propios electores y que éstos quisieron otorgar su representación a todos y cada uno de los integrantes de la lista propuesta, de tal modo que la sustitución operaría siempre en favor de personas a quien también los votantes de la lista desearon conceder su representación, seguiría siendo cierto que ésta implica la necesidad de que fueran personas concretas las elegidas y que lo fueran para el desempeño de una función que exige la libre voluntad del representante y por ende su permanencia en el cargo no quede subordinada a ningún poder que no emane también de la voluntad popular".

---

<sup>466</sup> Un autor como GARRORENA MORALES entiende que la relación partido-elector, aunque los textos constitucionales no se atrevan a decirlo "es hoy la auténtica relación representativa" (op. cit., p. 67).

<sup>467</sup> En ese sentido apunta BASTIDA FREJEIDO cuando dice "El principio de 'identidad', típico de la teoría radical de la soberanía democrática o fraccionada, incompatible con la existencia del Estado, se sustituye en el Estado democrático por el de lealtad del representante con los ciudadanos, que expresan su voluntad a través del sufragio. La representación democrática se configura de este modo como una institución y un proceso al servicio de aquella representatividad, prefigurada en la oferta electoral de los grupos políticos y seleccionada por los electores con su sufragio. *Tanto las limitaciones que sufra el derecho del representante en su libertad de mandato como las funciones que el ordenamiento atribuya a los partidos políticos, para ser legítimas deben inspirarse en ese principio democrático de lealtad del representante a la representatividad que porta.*" ("Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 21, 1987, p. 213).

<sup>468</sup> GARRORENA MORALES en el mismo sentido dirá: "va siendo hora asimismo de que nuestro Derecho deje definitivamente de considerar al diputado, y no al partido, como el referente efectivo de nuestro acto electoral; cuando hoy decidimos desplazar a otros nuestras responsabilidades en la gestión de los asuntos públicos, sabemos perfectamente que en nuestros días es el partido, nunca el diputado, el único sujeto con entidad para ejercer los contenidos de tal representación-poder; consiguientemente, lograr que el Derecho diga lo que está en la vida (...) es algo que puede ayudar, y mucho a despejar el camino ... Dejar atrás esta ficción no sólo clarificaría quién es el efectivo titular del estatuto así creado, premiando de este modo esclarecer un buen número de cuestiones jurídicas hoy mal o insuficientemente resueltas, sino que además facilitaría el poder remitir por fin al partido, como directo referente de nuestra representación, determinadas exigencias bastantes entendibles desde la óptica de los electores, que, dirigidas todavía al diputado, yerran su destinatario y pierden lógicamente todo su sentido y entidad". (op. cit., pp. 99-100).

Antes de pasar al análisis de los votos particulares, obsérvese las dificultades lógicas que presenta toda la construcción: el precepto, según el Tribunal, infringe el derecho de los ciudadanos a participar ..., pero una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes lo votaron, sino de todo el cuerpo electoral... Nos resulta imposible compaginar jurídicamente ambas frases<sup>469</sup>. La Constitución establece un derecho subjetivo a participar mediante representantes, los cuales dejan de existir como representantes del sujeto ciudadano en el mismo momento de la elección para pasar a ser representantes de un sujeto, el cuerpo electoral, que no tiene reconocido por la Constitución derecho fundamental alguno, con lo cual mal lo pueden tener sus representantes<sup>470</sup>. En fin, veamos que nos dicen los votos particulares.

El Voto particular que formulan Latorre Segura, Díez de Velasco Vallejo y Díez-Picazo y Ponce de León a la Sentencia que venimos analizando creemos que no tiene desperdicio. Veámoslo:

"Dejando aparte aquí un conjunto de problemas que plantea este precepto (art 23.1) y que son ajenos a la cuestión aquí propuesta, la opinión mayoritaria entiende que existe una vulneración de los derechos de los representados (los ciudadanos) que supone también una vulneración del derecho de los representantes (los concejales) los cuales son los recurrentes en amparo, en cuanto al ordenar el cese de éstos por causa de la expulsión del partido en cuyas listas concurrieron a las elecciones y al ser dicha causa ajena a la voluntad de aquéllos, rompe la "unidad de voluntad" que constituye, siempre según la opinión mayoritaria, la esencia de toda representación. Dicho sea con todos los respetos, esta afirmación no nos parece convincente.

De todos son conocidas las dificultades doctrinales que ofrece el concepto de representación política y no es éste el lugar de discutirla: pero algunos puntos pueden afirmarse sobre ella que son a nuestro juicio relevantes para el presente recurso.

La representación política en su aplicación moderna deriva de la Revolución Francesa y

---

<sup>469</sup> En realidad el problema es otro. Como dice CHUECA RODRIGUEZ "no hay posibilidad, ..., de establecer una relación causal rigurosa entre elección y representación". Para él ni siquiera la teoría clásica de la representación se contruyó con tal intención. ("Sobre la irreductible dificultad de la representación política", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 21, 1987, p. 182).

<sup>470</sup> La cuestión podría analizarse desde una perspectiva más general. Como es sabido KELSEN mantuvo que en los sistemas representativos de las democracias liberales no existe representación, que estamos en presencia de una ficción (*Teoría general del Estado*, Guadarrama, Barcelona, 1979, pp. 397 y ss). Sin sostener una posición tan radical, parece convincente el planteamiento de GARRORENA MORALES para el cual "entender que el acto de voluntad que realiza el elector, unido al de otros ciudadanos, tiene evidente relevancia en el mundo del Derecho; pero no porque cree o constituya a una relación jurídico-pública, la cual a todas luces no nace donde no surgen entre las partes posiciones correlativas de derecho y de deber, sino porque constituye en el elegido (lo que es perfectamente válido en Teoría General del Derecho) una 'situación jurídica', esto es, una posición a la que corresponde un estatuto específico tutelado por el ordenamiento" (op. cit., pp. 92-93).



alcanza su primera plasmación constitucional en la Constitución del vecino país de 1791 y se aplica en primer término a la nación entendida como un todo.

Los representantes que lo son de la Nación, no de ciudadanos determinados, o de clases o estamentos o de las circunscripciones que los elige o de sus mismos votantes. Que de la Nación se pase en Constituciones más recientes al "pueblo" como titular de la soberanía tiene por supuesto su significación, pero para lo que aquí nos interesa es la misma. Con arreglo a la idea tradicional de la democracia representativa todos los representantes los son conjuntamente de todo el pueblo también considerado en su conjunto. Nuestra Constitución ratifica aún más enérgicamente esta idea al referirse no a los "diputados" como ocurre en otras Constituciones, sino a las Cortes Generales como representantes del pueblo español (art 66.1) y al decir que las reuniones de parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios (art 67.3). De todo ello se infiere, a nuestro entender, que en el ámbito de la representación nacional, no se trata de que todos y cada uno de los representantes lo sean de todos y cada uno de los ciudadanos, sino que como se ha dicho es el conjunto de representantes reunidos en las cámaras reglamentariamente convocadas lo que representa al conjunto de los ciudadanos.

Sería discutible en qué medida esa concepción de la representación es totalmente aplicable a otras entidades y concretamente a los municipios; pero aún aceptando esa trasposición, nos encontraríamos con las mismas consecuencias. Cada concejal no representa a todos y cada uno de los vecinos sino que es el conjunto de concejales el que representa al conjunto de los vecinos. Ahora bien, y en el caso que aquí interesa, de ello se deduce que a efectos de un recurso de amparo, un concejal (o varios concejales) no puede ostentar la representación de los vecinos ...".

El Voto particular continua refiriéndose al carácter de instrumento fundamental para la participación política de los partidos políticos:

"Pero la forma en que se ejerce esa intervención "fundamental" (es decir que sirve de fundamento o es lo principal de ella, según el Diccionario de la Real Academia) está determinado por la Ley, en este caso precisamente la Ley de Elecciones Locales, por lo que siguiendo el hilo del argumento de la Sentencia las "funciones" públicas asignadas a los partidos por la Constitución derivan "mediatamente", a través de la Ley de la voluntad popular. Desde este punto nos parece, por tanto, difícil tachar de inconstitucional el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales en lo relativo al cese por expulsión de los concejales y que es a lo que se circunscribe exclusivamente la sentencia y dejando al lado el juicio que desde otras perspectivas puede merecer. En todo caso entendemos que no puede ignorarse ateniéndose incluso al puro texto constitucional, para no hablar de la realidad política de las democracias actuales, el papel "fundamental" que tienen los partidos políticos para su funcionamiento y aún más si cabe para su consolidación, por lo que hemos querido hacer especial hincapié en ello"<sup>471</sup>.

Pues bien, a pesar del contenido del voto particular, hasta el momento es la opinión mayoritaria del Tribunal la que se ha impuesto, si bien con ciertas matizaciones que estudiaremos más adelante<sup>472</sup>. En la doctrina destaca al

---

<sup>471</sup> Sobre el tema GARCIA PELAYO, M. *El Estado de partidos*, op. cit.

<sup>472</sup> GARRORENA MORALES reconoce en la última jurisprudencia constitucional al respecto una brecha "a fin de reconocer el referido efecto modificador del 'principio democrático' sobre la comprensión clásica del mandato representativo", particularmente en las SSTC 32/1985, 141/1990 y 163/1991 (*Representación política, elecciones generales y procesos de confianza en la España actual*,

respecto la opinión de Pedro de Vega al afirmar que "en el supuesto de confrontación entre diputado y partido es evidente que la lógica de la democracia partidista y del principio de proporcionalidad, tienen que ceder por obligación a la lógica del principio clásico de representación por ser el único constitucionalmente regulado. Proceder de otra manera equivaldría a consagrar auténticas rupturas y violaciones constitucionales"<sup>473</sup>. La reciente Sentencia 167/1991, de 19 de julio, así nos lo indica expresamente para otro supuesto<sup>474</sup>, pero además añade algo de interés:

"con independencia de lo que queda dicho, la democracia participativa que la Constitución establece no queda realizada, como bien se comprende, con un sufragio irreflexivo o de otro modo desatento a la identidad de las personas que figuran como candidatos en las distintas listas electorales. El ordenamiento no puede reconocer eficacia a tales actitudes".

Creemos que conviene señalar al margen de la reflexión que venimos

---

Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1991, pp. 31-32).

<sup>473</sup> VEGA, P. De "Significado constitucional de la representación política" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 44, 1985, p. 41. Ahora bien, para nosotros tal afirmación deja de estar clara desde el momento en que cuando se cuestiona la homogeneidad de la sociedad en razón de la inexorable presión de los conflictos sociales y territoriales, se hace "insostenible el mantenimiento de los postulados de la teoría liberal de la representación" (SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. "Representación y pluralismo territorial", op. cit., p. 99). Coincidimos con VEGA, P. De en la "nítida configuración en nuestro ordenamiento constitucionalidad de la titularidad del mandato en el diputado, y no en el partido" (op. cit., pp. 44-45) si se entiende "mandato" en el sentido de "escaño", pero por las razones aducidas, no creemos que según la Constitución "no se pueda exigir al parlamentario que abandona o es expulsado de un partido, que abandone también su condición de parlamentario" (op. cit., p. 45), como tampoco creemos que la Constitución exija lo contrario. Es más, incluso resulta discutible la referencia al "principio clásico de representación". Como apunta BASTIDA FREIJEDO "el Tribunal Constitucional no recurre a un discurso liberal para resolver el asunto,... su razonamiento parte del principio constitucional del Estado *democrático* de Derecho y de su presupuesto lógico, la *soberanía popular*, y carga el peso del juicio en la idea de representación como instrumento de los ciudadanos para ejercer su derecho de participación en los asuntos públicos. ("Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 21, 1987, p. 201).

<sup>474</sup> Dice en esta ocasión el Tribunal: "Dijimos en nuestra STC 10/1983 que, aunque la decisión del elector es producto de una motivación compleja que sólo el análisis sociológico puede llegar a determinar en cada caso, de acuerdo con la Constitución (arts. 6, 23, 68, 69, 70 y 140) es inequívoco, sin embargo, que la elección de los ciudadanos recae sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado (f. j. 3º), conclusión que es preciso reiterar ahora y que no queda empañada, como no lo quedó entonces, por el hecho de que la elección se produzca hoy en España, en los comicios municipales y en otros, entre listas cerradas y bloqueadas, pues una cosa es que el elector no pueda realizar cambios en las candidaturas y otra, bien distinta, que los nombres que en ellas figuren sean irrelevantes para la definición que cada cual ha de hacer ante las urnas. La elección es, pues, de personas (de candidatos presentados por partidos políticos, coaliciones electorales o agrupaciones de electores, debidamente proclamados como tales) y cualquier otra concepción pugna con la Constitución y con la misma dignidad de posición de electores y elegibles, porque ni los primeros prestan, al votar, una adhesión incondicional a determinadas siglas partidarias ni los segundos pierden su individualidad al recabar el voto desde listas de partido."

realizando la expresión "la democracia participativa que la Constitución establece". Obviamente, en este caso no se refiere el Tribunal al "modelo de democracia participativa" dado que está hablando únicamente de la participación electoral en democracia. Pero es de las pocas veces que califica la democracia. Recordemos que los otros calificativos utilizados, también en escasas ocasiones, son los de democracia pluralista y democracia social (sic.).

Por lo demás, resulta cuestionable la rotundidad con la que aquí el Tribunal se expresa, tanto al afirmar que el ordenamiento jurídico no puede reconocer eficacia al voto irreflexivo (cosa distinta son "las papeletas introducidas por error") como a la identidad que parece derivarse entre democracia participativa y voto reflexivo. Es éste un ejemplo claro de las dificultades a la hora de trazar una frontera entre el Derecho, especialmente el constitucional, y la teoría política, entre los ideales y la realidad.

### c) Consecuencias restrictivas.

Las consecuencias del planteamiento anterior se van a dejar notar inmediatamente<sup>475</sup>. El Tribunal va a atenerse a la interpretación más restrictiva del artículo 23, pero también más acorde con el texto constitucional. La razón la resume claramente el propio Tribunal en la reciente Sentencia 212/1993, de 28 de junio

"en nuestro Derecho, sobre la base del artículo 23.1 CE, no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental. Los límites objetivos del derecho enunciado en este precepto vienen dados por dos de los elementos del poder jurídico en él configurado. En primer lugar, por sus titulares ('los ciudadanos'), de tal modo que la situación subjetiva así reconocida lo es *uti cives* y no en favor de cualesquiera categorías de personas (profesionalmente delimitadas, por ejemplo). En segundo lugar, complementariamente, por el contenido del mismo de la situación jurídica jurídica subjetiva enunciada que dejando de lado la participación 'directa', irrelevante para el supuesto actual, se anuncia como derecho a

---

<sup>475</sup> FOSSAS ESPADALER, después de afirmar que el Tribunal Constitucional parte de una determinada construcción del derecho constitucional de participación política para recrear una doctrina de la representación política, resume ésta en las siguientes notas: a) La representación política es en nuestro orden constitucional un instrumento para hacer efectivo el derecho de participación política de los ciudadanos; b) La representación descansa sobre una 'unidad de voluntad' entre representante y representados; c) La relación representativa se presenta conectada de forma inmediata a la relación electiva tanto en cuanto a la atribución de una situación representativa como a la permanencia y cese de tal relación. Para este autor "de tal concepción se desprenden consecuencias determinantes para definir elementos como la titularidad, el objeto o el ejercicio del derecho de acceso a los cargos públicos" (op. cit. pp. 69-80).

participar 'por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal' (ATC 942/1985)".

Este criterio restrictivo con el que entiende el ámbito del precepto del artículo 23 le lleva a excluir del mismo a las Corporaciones Públicas no territoriales<sup>476</sup> cuando, sea cual sea la forma en que se mire, al realizar funciones públicas nos encontramos inmersos en los "asuntos públicos" de los que habla el artículo 23. Pero, como ya sabemos el Tribunal no lo entiende así.

La Sentencia 23/1984, de 20 de febrero, ya citada, extrae la siguiente conclusión: "Consecuencia lógica de este principio es el derecho fundamental que examinamos, cuyo ámbito ha de delimitarse en función del mismo, sin que la existencia de Corporaciones públicas no territoriales pueda dar lugar a reconocerles un significado constitucional del mismo nivel". El Tribunal explica su postura acudiendo a una problemática que estudiaremos en su momento, esto es, la configuración del Estado como social. Reconoce de modo genérico que la interacción entre Estado y Sociedad, destacada por la doctrina, produce consecuencias muy diversas en el mundo del Derecho, pero creemos que zanja quizá precipitadamente la cuestión al decir que aquí sólo puede aludirse a las consecuencias "que interesan a los efectos de la mejor comprensión y solución del caso planteado".

Entiende el Tribunal que en el campo de la organización, la interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado, como en una ordenación por el Estado de Entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante, dejando los grados de intensidad de esta ordenación e intervención del Estado a la libertad de que dispone el legislador en el marco constitucional, lo que a su vez se explica por la confluencia de diversos principios como el de pluralismo político en relación a los partidos políticos, dado su carácter de organizaciones sociales con relevancia constitucional (art. 5 de la Constitución), o el derecho de libertad sindical en cuanto se traduce en la creación de sindicatos (art. 28). Por último alude a esos otros entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos a los que la Constitución se refiere (arts. 36, 52), los cuales podrían llegar a ser configurados como

---

<sup>476</sup> En la Sentencia anterior, 212/1993, de 28 de junio, le servía para excluir del ámbito del artículo 23.1 por no tratarse de un cargo público de representación política la condición de miembros de la Junta de Gobierno de la Facultad de Derecho.

Corporaciones de Derecho Público en determinados supuestos. En concreto, dice, por lo que respecta a los Colegios Profesionales, la Constitución:

"remite a la Ley la regulación de las peculiaridades propias de los Colegios Profesionales, en los términos vistos, pero no los configura directamente como Corporaciones de Derecho Público ni les atribuye funciones relativas al ejercicio de las profesiones, limitándose a señalar -al igual que sucede con los partidos políticos, sindicales y organizaciones empresariales (art 6 y 7)- que "la estructura interna y el funcionamiento deberán ser democráticos". Por ello, este precepto no puede interpretarse en el sentido de que la Constitución comprenda dentro del derecho fundamental del artículo 23.2 el derecho de los ciudadanos a ocupar cargos en estas organizaciones, con el carácter de fundamental, pues tal derecho deriva de la estructura democrática que deben tener, es decir, de otros preceptos constitucionales que toman en cuenta la relevancia social de estas organizaciones con independencia del carácter de los cargos. La configuración por la Ley de los Colegios Profesionales como Corporaciones de Derecho Público, y la naturaleza de los cargos de la Corporación, no produce el efecto de comprenderlos entre los de carácter público a que se refiere el artículo 23.2, dado el sentido y alcance del precepto, según ha quedado ya justificado".

Un claro ejemplo de las consecuencias restrictivas de tal planteamiento lo encontramos en la reciente Sentencia 189/1993, de 14 de junio. El Tribunal en esta ocasión se enfrenta al problema de si el cómputo como absentismo, a efectos de incentivos contra este último en un Convenio Colectivo, del tiempo utilizado por los trabajadores en elecciones atenta al derecho garantizado en el artículo 23.1. Pues bien, el Tribunal distingue entre elecciones sindicales y elecciones políticas e identifica las segundas con los "asuntos públicos" del artículo 23.1. De esta forma, a éstas les brinda toda su protección al entender que "la importancia que el derecho de sufragio tiene en el sistema democrático justifica que los poderes públicos traten de favorecer la participación de quienes tienen mayores dificultades para votar, concretamente los trabajadores por cuenta ajena, mediante el establecimiento de un permiso retribuido para ejercerlo, sin que ello sea arbitrario o discriminatorio (ATC 346/1991)" y, por tanto, "no se compadece bien con la índole de este derecho que por Convenio Colectivo, contrato de trabajo o decisión unilateral se establezcan incentivos tendentes a contrarrestar o enervar la finalidad de la ventaja reconocida a los trabajadores.

Ahora bien, cosa distinta es la consideración de la participación de los trabajadores en la elección de sus representantes *en el seno de la empresa*, "pues el ejercicio de tal derecho no está amparado por el mencionado derecho al sufragio (art. 23.1 CE), encontrando sólo una indirecta vinculación en el artículo 129.2 de la CE, como una manifestación de las 'diversas formas de participación en la empresa". Y es que como dice el Tribunal

"Ha de tenerse en cuenta que los órganos de representación unitaria y electiva en la empresa no

son estructuras de participación de los ciudadanos en la vida política, sino instancias organizativas de los trabajadores en los asuntos de empresa".

No es necesario extenderse en los interrogantes que suscita la facilidad con la que se utilizan términos como lo *público*, lo *político*. Ya hemos dicho que, a nuestro entender, una interpretación más amplia de la "participación en los asuntos públicos del artículo 23" acompañada de las oportunas diferenciaciones en virtud de los "asuntos concretos" públicos de que se trate permitiría una doctrina constitucional más *razonable*. Y es que difícilmente se entiende que una Constitución que pretende "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (art. 9.2) o la promoción eficaz de "las diversas formas de participación en la empresa", permita que se considere *absentismo* de la empresa la participación en unas elecciones *en el seno de la empresa*<sup>477</sup>.

#### d) Sobre los titulares del derecho.

En cuanto a los titulares del derecho conviene recordar que el artículo 23 se refiere únicamente a los ciudadanos, por lo que los extranjeros quedan excluidos (a salvo la matización del artículo 13.2, *in fine*)<sup>478</sup>. Al respecto me remito a lo ya dicho en el capítulo correspondiente, simplemente recordando lo establecido en la Sentencia 107/1984, de 30 de noviembre:

"La precisión (contenida en el artículo 13.1 CE) no supone la desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros "pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la ley". De modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos

---

<sup>477</sup> Por otro lado, el Tribunal en la Sentencia 208/1993, de 28 de junio, al referirse a las representaciones sindicales a nivel de centro de trabajo consagradas por la Ley Orgánica de Libertad Sindical y el reconocimiento a las mismas de determinadas competencias y facultades, dice que "responde también a un propósito legislativo de profundización en la democracia sindical a través de la descentralización de las representaciones sindicales y de la toma de decisiones sindicales a nivel de centro de trabajo". La referencia a una específica *democracia sindical* nos da a entender la parcelación con la que el Tribunal entiende las distintas manifestaciones de la democracia, donde *democracia política* es algo conceptualmente distinto y separable en su realidad práctica a "otras democracias" como la *sindical, social, empresarial, etc...*

<sup>478</sup> Es interesante consultar el trabajo de ARNALDO ALCUBILLA, E. "El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, 1992, pp. 67-97, donde analiza el artículo 13.2 de la Constitución y en *post-scriptum* su necesaria modificación debido a la redacción del Tratado de la Unión Europea.

constitucionales y, por tanto, dotados de protección constitucional".

Y la precisión de la Sentencia 115/1987, de 7 de julio :

"el artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condiciones adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero en el marco de las prescripciones constitucionales".

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en la Declaración de 1 de julio de 1992<sup>479</sup> va a introducir una matización de gran importancia a la primera afirmación realizada. El Tribunal recuerda que el artículo 23, y más concretamente su apartado segundo, en forma de elipsis, confiere a los ciudadanos el derecho de acceder a los cargos públicos, en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes. Pues bien,

"el artículo 23.2 no contiene, ... , ninguna norma que excluya a los extranjeros del acceso a cargos y funciones públicas. En efecto, no es el artículo 23 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 la capacidad, no es el artículo 23, sino el artículo 13, en cuyo primer párrafo se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas 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 artículo 13.2 que excluye de ella determinados derechos reconocidos en el artículo 23, restringidos, en consecuencia únicamente a los españoles. Pero esa exclusión no deriva, por tanto, de las previsiones del artículo 23, que por sí mismos no prohíbe que los derechos allí reconocidos puedan extenderse, por Ley o por Tratado, a los ciudadanos de la Unión Europea. No cabe, por tanto, estimar que la previsión del futuro artículo 8B,1, de TCE contradiga el artículo 23 CE, haciendo necesario recurrir al procedimiento del artículo 168 CE."

"Siendo cierto que la Constitución no define quiénes son los españoles (tarea que defiere al legislador en su artículo 11.1) y resultando, asimismo, indiscutible que no existe un régimen jurídico uniforme para todos los nacionales, y que puede ser diverso también el de unos y otros extranjeros, es patente, sin embargo, que la Constitución, en su artículo 13, ha introducido reglas imperativas e insoslayables para todos los poderes públicos españoles (art 9.1 de la Norma Fundamental), en orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de los no nacionales. Se cuenta entre tales reglas, según venimos recordando, la que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales que no pueden ser atribuidos, ni por Ley ni por tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es, que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución. Pues bien, ese límite constitucional desaparecería - y con él la propia fuerza de obligar de la Constitución- si tomara forma jurídica y fuera aceptada la interpretación que el Gobierno ha expuesto, según la cual pudiera el legislador acuñar o troquelar nacionalidades *ad hoc* con la única y exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el artículo 13.2".

---

<sup>479</sup> Pronunciada a requerimiento del Gobierno a propósito de la posible contradicción entre el artículo 13.2 de la Constitución y el artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del artículo G B 10 del Tratado de la Unión Europea adoptado por el Consejo Europeo en Maastricht los días 9 y 10 de diciembre de 1991.

Dicho esto, creemos conveniente aclarar que de la interpretación conjunta del artículo 23 y de la actual redacción del artículo 13.2, cabe suponer que los extranjeros en el marco de los tratados y la ley en las elecciones municipales gozan de un derecho fundamental protegible en amparo.

Sobre otros posibles titulares del artículo 23, que no sean los ciudadanos y la excepción vista en algún caso para los extranjeros, en principio debieramos entender que el Tribunal descartará cualquier otra posibilidad. Y así parece en un primer momento, por ejemplo, referida a los grupos o minorías dentro de un órgano colegiado (ya sea de concejales o de parlamentarios). En la Sentencia 32/1985, de 6 de marzo, el Tribunal establece que

"parece necesario precisar que tales derechos (arts. 23.2 y 14 CE) los ostentan sólo las personas físicas o jurídicas, no los grupos políticos carentes de personalidad, como son las fracciones políticas presentes en un órgano colegiado y que, en consecuencia, la minoría de uno de tales órganos no puede, en cuanto tal, invocar su infracción, ni acudir para remediarlo ante la jurisdicción ordinaria y en consecuencia tampoco ante nosotros en la vía del amparo".

Pues bien, en Sentencias más recientes como la 36/1990 de 1 de marzo, matiza su anterior doctrina y establece que

"ostentan la titularidad del derecho fundamental comprendido en el artículo 23.2 CE los propios ciudadanos, primero como candidatos y luego como parlamentarios y, en su caso, incluso los Grupos parlamentarios en que éstos se integran y que ellos mismos constituyen, en la medida que resulten menoscabados sus derechos".

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 81/1991, de 22 de abril, aunque en este caso se hable de capacidad procesal. Aún reconociendo los efectos positivos que en la práctica tiene este reconocimiento, me resulta difícil salvar las incongruencias a las que conduce, desde el punto de vista de la doctrina constitucional, en relación con el artículo 23, no así con el artículo 14 de la Constitución<sup>480</sup>. Ya hemos visto que el Tribunal excluye a los partidos políticos del ámbito de titulares del artículo 23 (STCs 5/1983, 10/1983 o 63/1987), pero sin embargo no lo hace, por ejemplo, en el proceso electoral cuando le otorga un derecho reaccional para defender el derecho de sufragio o la identidad de la

---

<sup>480</sup> Otra cosa diferente es que se salve la incongruencia recurriendo a la diferenciación entre titularidad del derecho y capacidad procesal para activar un proceso en garantía de ese derecho en virtud de interés legítimo (art 162.1.b) de la Constitución), como hace el Tribunal en la Sentencia 47/1990, de 20 de marzo.



candidatura del partido, como veremos. Igualmente ocurre con los Sindicatos, también excluidos del ámbito del artículo 23 (STC 53/1982, entre otras). Analicemos, pues, más detenidamente el funcionamiento del artículo 23 en el marco de las elecciones según la jurisprudencia constitucional, para luego analizar la doctrina constitucional sobre el marco parlamentario.

#### 8.4.- EL MARCO ELECTORAL

Insistimos de nuevo que en esta sede no pretendemos agotar toda la problemática en esta materia por lo que vamos a referirnos a aquellos aspectos que guardan una íntima relación con el objeto de nuestro trabajo<sup>481</sup>. Para enmarcar los temas a tratar en este epígrafe recogemos, en primer lugar, la afirmación del Tribunal Constitucional en la Sentencia 72/1984, de 14 de junio, según la cual "para que una Ley merezca el calificativo de electoral es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial." Y, aunque lo dice refiriéndose al derecho de sufragio pasivo, la Sentencia 71/1989, de 20 de abril, nos indica que se trata de "asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos".

---

<sup>481</sup> RODRIGUEZ DIAZ, por ejemplo, analiza la incidencia que la constitucionalización de los partidos políticos tiene en el régimen electoral vigente, fundamentalmente en la LOREG. Véase "El Estado de partidos y algunas cuestiones de derecho electoral" en *Revista de Derecho Político*, nº 31, 1990, pp. 89-122. Más reciente resulta el trabajo de ALVAREZ CONDE, E. "Los principios del derecho electoral" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, 1991, pp. 9-37, donde analiza tres principios claves de nuestra jurisprudencia constitucional en materia electoral: el impedimento del falseamiento de la voluntad popular, la conservación del acto electoral y el principio de unidad del acto electoral.

## **a) La elegibilidad.**

Sobre la primera cuestión, quiénes pueden elegir, ya nos hemos referido en el epígrafe anterior. En cuanto a la segunda cuestión, a quiénes se puede elegir, el Tribunal se pronuncia sobre esta materia en una de sus primeras sentencias en relación a la designación de senadores en representación de la Comunidad Autónoma por el Parlamento vasco. La Sentencia 40/1981, de 18 de diciembre, decía:

"no vemos una razón suficiente para interpretar aquí la fórmula del artículo 28 b) del Estatuto Vasco en un sentido limitativo. Antes bien, exigir la condición política de vascos para dichos Senadores está en conexión directa con su carácter de Senadores designados por el Parlamento de la Comunidad Autónoma Vasca."

El Tribunal entiende que la limitación, impuesta por la Ley impugnada en su artículo 2.1 a los candidatos a Senadores del País Vasco, de tener la condición política de vascos, es razonable y lógica y, por tanto, se trata de una diferenciación no discriminatoria. La razonabilidad de la medida la sitúa el Tribunal en que si bien las Cortes Generales, y por consiguiente el Senado, representa al pueblo español (art. 66.1 de la C.E.), en quien reside la soberanía nacional y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2. de la misma), el Senado, por su parte, lo hace específicamente como "Cámara de representación territorial" (art. 69.1 de la C.E.), integrada por miembros directamente elegidos por el cuerpo electoral de las provincias y por miembros designados por las Comunidades Autónomas en cuanto tales.

En sentido muy parecido al anterior se pronuncia la Sentencia 69/1987, de 20 de mayo, esta vez en referencia a la diferenciación en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo para la formación de la Asamblea Legislativa de Extremadura, entre quienes tienen la condición de extremeños y el resto de los ciudadanos españoles que no la ostente:

"tal diferenciación no puede hacerse equivaler a la discriminación que la Constitución prohíbe en su artículo 23.2, pues, de conformidad con la costante doctrina de este Tribunal, las singularizaciones normativas no merecen tal reproche cuando muestran un fundamento razonable, atendido al criterio adoptado para la diferenciación y la finalidad perseguida."

Para el Tribunal en este caso la exigencia de que quienes aspiran a acceder a cargo público de Diputado de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Extremadura tengan la condición política de extremeño resulta justificada teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Ley 2/1987, de procurar una

cierta homogeneidad de intereses en el ámbito de la Comunidad Autónoma entre el Cuerpo Electoral y aquellos que ante él se proponen como candidatos. Entiende, pues, que estamos en presencia de un fin constitucionalmente lícito para el Legislador que convierte en no discriminatoria la medida adoptada.

Sobre las inelegibilidades también ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal. En la Sentencia 45/1983, de 25 de mayo dice que

"la elegibilidad es a tenor del artículo 70.1 de la Constitución Española un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad, que se inserta en el marco del artículo 23.2, de modo que, desde este parámetro, no podrá negarse a quien estando en el pleno uso de sus derechos políticos, no esté incurso en causas de inelegibilidad, definidas en la C.E. y por remisión, en la Ley Electoral, interpretadas dentro del marco constitucional".

Según la Sentencia 28/1986, de 20 de febrero, en el sentido, primero de que el derecho de sufragio pasivo podrá ser configurado por la ley, delimitándolo negativamente, mediante la fijación de causas de inelegibilidad, siempre que se respete el contenido esencial del derecho; y, segundo, que las causas de inelegibilidad han de ser expresamente establecidas y no cabe una interpretación analógica de las mismas, ni cabe la posibilidad de interpretar extensivamente la formulación legal de las mismas, aplicando a la Administración autonómica las que no han sido establecidas expresamente en relación con ella.

Por último, la Sentencia 80/1987, de 27 de mayo, añade sobre el tema que el que el artículo 6 de la LOREG, en su apartado segundo, mencione sólo algunas causas de inelegibilidad derivadas de sanciones penales, no significa que hayan quedado derogadas las restantes previstas en el Código Penal que integran el contenido de determinadas penas, como son la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio u otras<sup>482</sup>.

---

<sup>482</sup> En el caso mencionado: "Tal es el cargo de la pena de suspensión de cargo público, cuyos propios efectos, regulados por el artículo 38 del Código Penal, implican la imposibilidad de obtener otro de funciones análogas durante el tiempo de la condena, por lo que constituye una causa de inelegibilidad para cualquier cargo de funciones análogas a aquel cuyo ejercicio se haya suspendido al penado. Resulta pues evidente que la anulación de la proclamación que se impugna tiene su expresa y suficiente base legal en el citado precepto del Código Penal, sin que se haya vulnerado, por tanto, el derecho a acceder a cargos públicos."

## **b) Los aspectos procedimentales de las elecciones.**

Bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial es algo de lo que disponemos de una abundante doctrina constitucional. Nos vamos a limitar a señalar las líneas maestras y puntos más problemáticos.

Es claro, como indica la Sentencia 21/1984, de 16 de febrero, que

"en el ámbito del artículo 23.1 de la C.E., y como garantía del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos, ha de comprenderse la exigencia de un sistema electoral democrático y libre, que cuente con mecanismos que aseguren el correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los preferidos por el cuerpo electoral. En este cuadro garantizador ocupa una posición final el proceso contencioso electoral que, obviamente, debe ajustarse tanto en su ordenación como en su desarrollo a las garantías que desde la supremacía de la C.E. proclama el artículo 24."

En esa misma línea, entiende el Tribunal que el artículo 23.2 de la Constitución consagra el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes, precepto que cuando se trata de cargos representativos, libremente elegidos en elecciones periódicas, se conecta con el artículo 23.1:

"La igualdad y con ella otros valores que se integran en la sustancia de un sistema democrático y libre, precisan del cumplimiento escrupuloso de las reglas de la elección de modo que se excluya toda manipulación alteradora de la voluntad del cuerpo electoral."

Para ello se han establecido una serie de garantías de la elección: unas son simultáneas a las secuencias del procedimiento electoral y comportan junto a unos deberes de cuantos intervienen en él, ciertas cargas dirigidas a posibilitar un eficaz control jurisdiccional; otras son jurisdiccionales y están a disposición de los que intervienen en el proceso electoral, constituyendo, también garantías para el cumplimiento de las reglas que ordenan la elección. Ambas tienen que considerarse encadenadas al objetivo de la legalidad del sistema electoral.

Ahora bien, si esto es claro, las dudas se presentan en los procedimientos concretos de conversión de los votos electorales en escaños o puestos representativos atribuidos. Ya, tempranamente en la Sentencia 38/1983, de 16 de mayo, el Tribunal se enfrentaba a este problema en el caso de los Diputados provinciales. Argumentaba de la siguiente forma el Tribunal:

"Nos hallamos, pues, frente a la necesidad de determinar cuáles han de ser los criterios rectores de la distribución del número de Diputados entre los Partidos Judiciales integrantes de una provincia, o, mejor dicho, obligados a dilucidar si el criterio adoptado en el texto que se impugna vulnera o no determinados preceptos constitucionales, para lo cual conviene reconocer que ante la realidad de una distribución irregular de la población -en concreto del censo electoral- entre los varios Partidos Judiciales de una provincia, así como ante la necesidad de no menospreciar -por obvias razones- las exigencias de los menores numéricamente en tal censo, coonestándolo con la permanente presencia de problemas de índole provincial general en cuya resolución no pueden primar criterios puramente aritméticos, el legislador puede disponer de una variada gama de soluciones, ya que en un Estado de Derecho, organizado en un sistema de competencias, cada órgano puede actuar libremente, sin extravasar la suya propia, cuidando de no contrariar los límites impuestos por el ordenamiento constitucional, como sucedería en aquellos supuestos de excepción en los que excesos constatables lleven aparejados la desnaturalización de alguna institución constitucionalmente garantizada, o la vulneración de derechos o principios de similar modo protegidos."

Como vemos, en este caso, el Tribunal renuncia a que el procedimiento de elección de los Diputados exija una aplicación de una igualdad aritmética y entiende que hay que tener en cuenta otros criterios como el del peso de cada territorio. Esto que contradice una regla (por lo demás nunca aplicada) según la cual el valor del voto ha de ser igual<sup>483</sup>, encuentra su justificación en un elemento relevante que permite un tratamiento diferenciado del voto de cada ciudadano. Intimamente relacionada con este punto se encuentra la doctrina constitucional en materia de barreras legales en un sistema electoral de tipo proporcional que pasamos a examinar.

Sobre esta última cuestión, el Tribunal se pronuncia en la Sentencia 75/1985, de 21 de junio. Se trata de resolver la conformidad con la Constitución de la exigencia legal de un mínimo del 3 por 100 de los votos para participar en el reparto de escaños establecida en el Real Decreto-Ley 20/1977, de 28 de marzo. Es claro que el Tribunal para dilucidar esta cuestión debía partir de lo establecido en el artículo 23.2 de la Constitución, una de cuyas características es, según el Tribunal y como ya hemos visto, el muy amplio margen de libertad que confiere al legislador para regular el ejercicio del derecho, esto es, para configurar el sistema mediante el que se produce en la práctica el acceso a tales cargos y funciones públicas, y, más concretamente, al tratarse de cargos directamente elegidos por los ciudadanos, para configurar el correspondiente sistema electoral.

---

<sup>483</sup> Sobre el tema hay abundantes referencias bibliográficas. Entre otras muchas y en relación al caso español, FERNANDEZ SEGADO, F. "Las distorsiones de los principios de igualdad de voto y proporcionalidad en el Decreto-Ley de normas electorales" en *Revista de Derecho Público*, nº 102, pp. 17-86; MARTINEZ SOSPEDRA, M. "Desigualdad y representación en la Constitución Española de 1978: el caso de las Cortes Generales" en APARICIO, M. A. (coord.) *Parlamento y sociedad civil*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980.

Pues bien,

"resulta, en efecto, del artículo 23.2 de la C.E., que el derecho a ser elegido se adquiere "con los requisitos que señalen las leyes", de manera que no puede afirmarse que del precepto, en sí sólo considerado, derive la exigencia de un determinado sistema electoral o, dentro de lo que un sistema electoral abarca, de un determinado mecanismo para la atribución de los cargos representativos objeto de la elección, en función de los votos que en la misma se emiten. Es bien conocida la existencia en los ordenamientos democráticos de una considerable diversidad de tales mecanismos, que han tendido, por vía doctrinal, a agruparse en dos criterios polares, el mayoritario y el proporcional, aunque existen casos también en que la coexistencia de elementos procedentes de uno o de otro criterio conduce a verdaderas fórmulas mixtas en que no resulta fácil la conceptualización final del sistema. Lo importante aquí es señalar que, en cualquier caso, el artículo 23 de nuestra Constitución, que es el que da fundamento a las actuales pretensiones de amparo, no impone, por sí mismo, al legislador ninguna de las modalidades ya existentes en el derecho comparado ni cualquier otro nuevo sistema."

Y es que el problema al que se tiene que enfrentar el Tribunal es más bien si la exigencia de "acceder en condiciones de igualdad" se identifica con una proporcionalidad absoluta en la que no quepa ninguna excepción. Por ello, al enfrentarse con la cláusula de barrera del 3 por 100 de los votos válidos emitidos en cada circunscripción, dirá:

"Es cierto que el mandato constitucional, junto a esa libertad de configuración normativa que viene a reconocer al legislador, también señala a éste de modo expreso la necesidad de que el derecho que proclama sea ejercido "en condiciones de igualdad", y es, justamente, en esta exigencia en la que no cabe ver sino una concreción del principio, que, con carácter general, se reconoce en el artículo 14 de nuestra Constitución,..."

Ahora bien, tal afirmación no implica que la aplicación de la regla del 3 por 100 sea discriminatoria. Si esto fuera así, el Tribunal se vería obligado a concluir que al principio de igualdad se oponen no sólo límites a la proporcionalidad del mismo tipo que el de la cláusula de barrera del 3 por 100, sino en consecuencia, límites que pudieran suponer una restricción mayor respecto a la aplicación del criterio proporcional y, por tanto, cualquier modalidad del sistema electoral mayoritario. Sería "internamente anticonstitucional", añadiríamos nosotros, en ese caso, la distribución de escaños provincial, establecida en el artículo 68 de la Constitución en la medida que implica una valoración desigual del voto de los ciudadanos dependiendo de la provincia en que se encuentren censados. Pero esta conclusión no es de recibo, por lo que el Tribunal continua diciendo:

"Semejante conclusión arranca, en realidad, de una rechazable identificación entre la exigencia del trato igualitario y el criterio electoral de la proporcionalidad, de modo que cualquier desviación de lo que, en abstracto, puede concebirse como aplicación pura de tal criterio por parte del legislador, llegaría en último término, a ser considerada discriminatoria, de no contar con una expresa apoyatura constitucional. Debe afirmarse, por el contrario, que el principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas

electorales más diversas, y ello porque se trata de una igualdad en la Ley, o, como el mismo artículo 23.2 de la Constitución establece, de una igualdad referida a las "condiciones" legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla, por lo que la igualdad, por tanto, no prefigura un sistema electoral y excluye otros, sino que ha de verificarse dentro del sistema electoral que sea libremente determinado por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas de tal sistema, y no por referencia a cualquier otro."

Para el Tribunal, pues, lo significativo es que, desde la perspectiva del artículo 23.2 de la Constitución, puesto en relación con el artículo 14, la cláusula de barrera del 3 por 100 se aplica a todas las candidaturas por igual, sin que conste la existencia de obstáculos para que todas ellas concurren a unas mismas elecciones, y en unos mismos distritos o circunscripciones en las mismas condiciones legales y sin que conste, tampoco, la existencia de diferencias injustificadas o irrazonables en la aplicación de esa concreta regla, que es, a su entender, por su intrínseca naturaleza enteramente justificada, y fundada.

Parece, en definitiva, que se trata de aplicar los criterios de igualdad del artículo 14 sobre el derecho reconocido en el artículo 23.2. Si esto es así, es difícil entender que el artículo 23 sea una concreción del artículo 14, más bien, como defendíamos más arriba una cosa es el derecho reconocido en el artículo 23, donde las condiciones de igualdad implicarían la proporcionalidad y otra cosa es que aplicándole los criterios del artículo 14 quepan tratamientos diferenciados cuando existan causas relevantes que lo justifiquen. Parece que, aún inconscientemente, es lo que entiende el Tribunal, a través de una larga argumentación<sup>484</sup>. Ya lo hemos señalado, la alteración de la proporcionalidad que no se deduce directamente de la Constitución:

"en nuestro ordenamiento corresponde por entero al legislador, es la que deriva de la necesidad de instrumentar una fórmula matemática para la atribución de escaños en función de los votos obtenidos. ...En la aplicación de esta regla de Hondt es donde ... ha introducido la exigencia aquí cuestionada, de contar, al menos, con el 3 por 100 de los votos en escaños, existiendo, por tanto, un evidente propósito del legislador de restringir, para los partidos o grupos políticos cuyo soporte electoral es más reducido, el acceso al Congreso de Diputados, así como a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, en la medida de la exigencia se ha extendido a su formación, lo que, si se pone en conexión con los efectos

---

<sup>484</sup> En la misma Sentencia el Tribunal especificará qué es lo que debemos entender por proporcionalidad en materia electoral: "La proporcionalidad es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa "pureza" de la proporcionalidad abstractamente considerada. En nuestro ordenamiento, algunos de esos recortes ya aparecen impuestos por la propia Constitución".

ventajosos ya mencionados para los partidos o grupos más votados, confirma la finalidad, que subyace en este conjunto de reglas, de procurar, combinando incentivos y límites, que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en tales Cámaras no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada a formaciones políticas de cierta relevancia.

La finalidad constitucional de esta finalidad es lo que justifica, en último término, el límite del 3 por 100 impuesto por el legislador, y esa validez se aprecia si tenemos en cuenta que el proceso electoral, en su conjunto, no es sólo un canal para ejercer derechos individuales (personales o de grupo) reconocidos por el artículo 23 de la Constitución, sino que es también, a través de esta manifestación de estos derechos subjetivos, un medio para dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático y proporcionar centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general a la acción de aquél."

Es interesante detenerse un momento en lo dicho por el Tribunal, pues de ello se deducen diversas conclusiones:

-La primera es que el voto no es sólo un derecho, sino también una función: "dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático".

-La segunda es que el tratamiento diferenciado del valor del voto de los ciudadanos es posible porque existe una causa relevante que lo justifica, esto es, la "eficacia" de los centros de decisión política y la "aptitud" de los mismos para imprimir una orientación general a la acción de aquél<sup>485</sup>. Una concreción de esa búsqueda de la eficacia ("seguridad" en términos de Danilo Zolo) serían las barreras electorales en la medida que su objetivo es que "la representación de los electores en tales Cámaras no sea en exceso fragmentaria". En este sentido hace la siguiente referencia:

"La experiencia de algunos períodos de nuestra historia contemporánea y la de algunos otros regímenes parlamentarios enseñan, sin embargo, el riesgo que, en relación a tales objetivos institucionales, supone la atomización de la representación política, por lo que no es, por lo tanto, ilegítimo que el ordenamiento electoral intente conjugar el valor supremo que, según el artículo 1.1 de la C.E., representa el pluralismo -y su expresión, en este caso, en el criterio de proporcionalidad- con la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos, por lo que la posibilidad de tal limitación de la proporcionalidad electoral resulta tanto más justificada cuanto que, según hemos visto, no cabe, en rigor, hablar de un

---

<sup>485</sup> BASTIDA FREJEIDO en contra de ello dice: "habría que señalar que nuestra CE no se inspira en un *principio racionalizador* que ponga en pie de igualdad 'democracia' y 'efectividad del sistema', 'principio democrático' y 'principio racionalizador'. La Constitución contempla *elementos* racionalizadores como los citados en la sentencia y, en lo que respecta al sistema electoral, prevé otros, como un límite mínimo y máximo en el número de diputados del Congreso y el establecimiento de la provincia como circunscripción electoral. Pero la Constitución no menciona la barrera legal como límite a la proporcionalidad, como *elemento* racionalizador del sistema electoral y, por tanto, debiera estimarse contraria al principio democrático proclamado en nuestra norma fundamental". ("Derecho de participación...", op. cit., p. 223).



derecho subjetivo a la misma sobre la base estricta del artículo 23.2 de la C.E..

Importa recordar, a estos efectos, que son varios los preceptos constitucionales (arts. 99.3 *in fine* y 113.1 básicamente) que pueden comprenderse como expresión de una exigencia racionalizadora en la forma de gobierno, y así lo ha entendido este mismo Tribunal en su Sentencia 16/1984, de 6 de febrero, al afirmar que "junto al principio de legitimidad democrática, de acuerdo con el cual todos los poderes emanan del pueblo y a la forma parlamentaria de gobierno, nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de esta forma"; por lo que, al servicio de esta experiencia o principio puede perfectamente considerarse que se encuentran también las cláusulas limitativas del escrutinio proporcional del mismo tipo que la que examinamos".

El Tribunal no sólo va a acudir al derecho comparado ("No es difícil, en efecto, percibir que esta cláusula se ha inspirado de modo muy directo, igual que varios de los elementos racionalizadores a que acabamos de hacer referencia, en el precedente de la República Federal de Alemania..."), sino que además va a apoyarse también en la eficacia, no ya del Estado, sino de los partidos políticos:

"en su misma razón de ser tienen inscrita tales asociaciones la tarea de ir agregando diversidad de intereses individuales y sectoriales en proyectos y actuaciones de alcance político, esto es, generales, pues de esta manera, sobre la base de que sean reflejo del esencial principio pluralista, no resulta incongruente con la funcionalidad misma de los partidos : exigir, para su acceso a órganos en que también ha de manifestarse la participación, que cumplan por encima de cierto límite esa tarea agregativa."

Antes de extraer las conclusiones correspondientes conviene referirse a otras dos sentencias donde se enfrenta con el problema de las barreras legales. La primera es la Sentencia 72/1989, de 20 de abril, según la cual la cláusula de barrera del 20 por 100 establecida por su Estatuto en las Islas Canarias tampoco es discriminatoria<sup>486</sup>. Aquí, el criterio de relevancia que justifica de forma

---

<sup>486</sup> Se argumenta en la Sentencia: "la regla del porcentaje mínimo del 20 por 100 de los votos emitidos en la circunscripción electoral, establecida en el artículo 8.2 del Estatuto Canario, no merece, en modo alguno, las calificaciones de exorbitante o contrario al sistema electoral, sino muy claramente la de plenamente razonable y adecuada a las peculiaridades geográficas y poblaciones del archipiélago canario, e incluso de pieza necesaria de su régimen electoral, puesto que, organizado éste sobre las circunscripciones de las islas de Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife- art 8.4 del Estatuto-, con la indudable finalidad de conformar el Parlamento con representaciones políticas de los ciudadanos de cada una de esas islas, dicho porcentaje del 20 por 100 insular asegura tal finalidad legal al actuar como correctivo del 3 por 100 regional, ya que de no estar así previsto algunas de dichas circunscripciones electorales no podrían alcanzar representación parlamentaria, dado que su número de votantes, e incluso de electores, no es suficiente para superar el 3 por 100 de los votos válidos emitidos en la Región, como así se comprueba con los datos contenidos en el acta remitida por la Junta Electoral, conforme a la cual dicho 3 por 100 en las elecciones aquí contempladas fue equivalente a 20.068 votos válidos, siendo que la isla de Hierro tiene 5.197 electores; la de Fuerteventura, 20.459, de los cuales votaron 15.251, y la de Gomera, 12.389. Todo ello hace evidente que la regla de un porcentaje mínimo, además de no vulnerar el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, en conexión con el 14 del propio texto fundamental, constituye previsión legal, no sólo razonable, sino imprescindible para asegurar que las diversas zonas del

plenamente razonable y adecuada tal medida es la posibilidad de que zonas territoriales diferenciadas estén representadas, pese a su mínima población.

Aunque con matices es el mismo criterio que se utiliza en la Sentencia 193/1989, de 16 de noviembre, en la que se plantea la exigencia de superar un mínimo del 5 por 100 de los votos válidos en el conjunto de la Región de Murcia para poder tener acceso a la distribución de escaños en su Asamblea Regional<sup>487</sup>.

Como conclusión podemos decir que es un error plantear las elecciones desde la perspectiva del voto igual. Como hemos visto, la igualdad de voto sólo se cumple en el sentido de que es atribuido a todos los ciudadanos. El valor igual del voto tendencialmente es importante, pero sobre él se pueden aplicar los criterios de igualdad y, por tanto, establecer diferencias en el valor del voto siempre que existan causas relevantes que lo justifiquen. Hemos visto que en la misma Constitución que propugna el voto igual, se establecen reglas que hacen imposible su valor igual y que, pese a todo, son en sí mismas constitucionales. Esto sólo se puede entender desde la perspectiva de que la propia Constitución tuvo ya en cuenta elementos relevantes para establecer tratamientos diferenciados del valor del voto. Por lo demás, la causa relevante fundamental, junto a la necesidad de asegurar la representación de los habitantes de las zonas más despobladas, es la eficacia y estabilidad del sistema<sup>488</sup>.

Por tanto, podemos entender que, para el Tribunal, desde una perspectiva

---

territorio de las Comunidades Autónomas tengan representación en sus Asambleas Legislativas -art 152.2 de la Constitución."

<sup>487</sup> Dice la Sentencia: "dicha desigualdad no puede estimarse constitutiva de discriminación, ya que no se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable: la necesidad de asegurar, según el legislador autonómico, una suficiente presencia de las fuerzas políticas parlamentarias en el ámbito de toda la región. Cláusulas de este tipo no pueden estimarse transgresoras del derecho de acceso de un candidato a un cargo representativo, en condiciones de igualdad, porque este derecho viene consagrado en el mismo artículo 23.2 de la Constitución según "los requisitos que marquen las leyes"."

<sup>488</sup> Para BASTIDA FREJEIDO, "el TC, en su deseo de armonizar el principio democrático con el necesario funcionamiento del Estado, mantiene una concepción heterogénea de la representación política y de la posición de los partidos ante ella, que, en determinadas sentencias, no es muy ajustada a los preceptos constitucionales y que en algunos supuestos, si no se corrige, puede favorecer un cambio en la legitimación del Estado constitucional, mediante el aderezo del principio democrático con el funcional-integrador". ("Derecho de participación...", op. cit., p. 227). Coincidimos con él en la primera parte de la reflexión, no tanto en la segunda, pues consideramos que tal cambio de legitimación no es tanto un cambio como la constatación de un criterio de legitimación vigente.

democrática se admite cualquier sistema electoral en cuanto que el pueblo como soberano ha admitido someterse a unas reglas de juego, aunque éstas no se deriven de una igualdad de voto *strictu sensu*, dado que el pueblo puede entender tan valorable la voluntad "igual" de los electores como la propia eficacia y estabilidad del sistema. Será válido y también legítimo cualquier sistema electoral<sup>489</sup> que trate de forma diferenciada el valor de los votos siempre que éste suficientemente justificado y en la medida que no contradiga el valor libertad. Dicho de otra manera, se nos dice que la democracia no únicamente exige la consideración igual de todas y cada una de las voluntades políticas de los individuos, sino que esta consideración está en función, entre otras cosas, de la eficacia del sistema.

Por lo demás, a estas alturas no nos caben dudas de que el artículo 23 no es una concreción del artículo 14, a no ser que se entienda que todos los derechos constitucionales son una concreción del artículo 14<sup>490</sup>. Más bien, la igualdad del artículo 14 es un principio del ordenamiento jurídico que actúa sobre todos los derechos reconocidos constitucionalmente.

### c) La fuerza expansiva de los derechos fundamentales en el proceso electoral.

---

<sup>489</sup> Un ejemplo en este sentido es el de la circunscripción única en el caso de las elecciones europeas, que nos ofrece la Sentencia 28/1991, de 14 de febrero: "dentro de las legítimas preferencias por uno u otro modelo de circunscripción electoral, la configuración del territorio nacional como circunscripción única en las elecciones al Parlamento Europeo es, al menos, una opción tan lícita constitucionalmente como pueda serlo la que aquellos Diputados autonómicos defienden, esto es, la del territorio de las diferentes Comunidades Autónomas, sin que esta segunda opción haya de ser necesariamente adoptada por exigencias de la estructura autonómica del Estado que reconoce y garantiza el artículo 2 de la Constitución, interpretado en función del valor superior del pluralismo a que alude el artículo 1.1 del propio texto constitucional, en contra de lo que creen tales Diputados. Por ello, aunque nada impediría, en principio, que el legislador estatal, en uso de su libertad de apreciación, pudiera disponer en el futuro la organización territorial del cuerpo electoral en los comicios europeos - mientras subsista la autonomía institucional de que ahora disfrutaban los Estados miembros de la Comunidad Europea (art. 7 del Acta Electoral Europea)- atendiendo al diseño autonómico, debemos reiterar que tal medida no sería algo constitucionalmente obligado, sino el fruto de una decisión política cuya oportunidad y acierto no corresponde enjuiciar a este Tribunal."

<sup>490</sup> Tal interpretación salvaría las dudas que le produce a FOSSAS ESPALDER la construcción del Tribunal Constitucional que recurre al principio democrático para permitir un trato diferente en el acceso efectivo a, la permanencia en y el ejercicio de los cargos de representación política: "expresamos nuestras dudas sobre la pertinencia de basar el 'contenido esencial' del derecho sólo en la lógica democrática, éste, en el caso del artículo 23.2 CE, se centra en la igualdad para poder acceder. El acceso de los elegidos por los ciudadanos, más que de la esencialidad del derecho ex artículo 23.2 CE, es fruto de su conexión con el derecho del artículo 23.1" (op. cit., p. 105). Lógicamente, nosotros no compartimos la última frase.

El Tribunal Constitucional, por otro lado y con buen tino, ha interpretado el derecho o derechos fundamentales del artículo 23 con toda su fuerza expansiva sobre todas las etapas del proceso electoral. Disponemos de multitud de ejemplos, por lo que nos limitaremos a citar algunos.

La Sentencia 73/1986, de 3 de junio, por ejemplo, establece que el hecho de que la Ley no prevea el trámite de subsanación, sino con carácter previo a la proclamación de las candidaturas, "no puede en modo alguno llevar a la conclusión de que los defectos, en su día, subsanables devengan definitivos e irreparables tan sólo por el irregular funcionamiento de la Administración electoral, que pudo evitarlos y no lo hizo, en el momento que la Ley prevé para ello, ya que no puede pesar sobre los ciudadanos un resultado, gravoso para sus derechos fundamentales, que se originó en la falta de la diligencia debida por los poderes públicos en la garantía debida de su plena efectividad".

O también por ejemplo, la Sentencia 59/1987, de 19 de mayo que reitera doctrina de la sentencia 73/1986 en el sentido de que la legalidad aplicable se ha de entender en los términos más favorables a la plena efectividad del derecho fundamental.

También, la consideración de la Sentencia 67/1987, de 21 de mayo, según la cual el proceso electoral es por su propia naturaleza un procedimiento extremadamente rápido, con plazos perentorios en todas sus fases y tanto en su vertiente administrativa como en la jurisdiccional: "Tal naturaleza requiere en todos los partícipes una extremada diligencia, cuya falta determina la imposibilidad de alegar con éxito supuestas vulneraciones de derechos derivados del artículo 23 de la Constitución, que no habría existido de mediar esa activa diligencia".

Ahora bien, el artículo 23.2 de la Constitución consagra y protege el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, pero, según entre otras la Sentencia 72/1987, de 23 de mayo, "no el acceso indiscriminado, sino que, como se ha dicho, 'con los requisitos que señalen las leyes', entre los que está la presentación de las candidaturas dentro del plazo señalado para ello". Para el Tribunal, la exigencia de los plazos legales no puede tenerse por exigencia irrazonable, y más aún en los procesos electorales.

La Sentencia 76/1987, de 25 de mayo, es más clara:

"Como reiteradamente ha indicado este Tribunal, la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y, muy especialmente, por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las Leyes. Esta consideración general es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar a la base de la legitimación democrática del ordenamiento político han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable, sin perjuicio del necesario respeto a la legislación electoral y de la diligencia que los partícipes activos en las elecciones han de tener en su actuación para posibilitar un ordenado y fluido proceso electoral."<sup>491</sup>

De ahí que, entre otras cosas, el Tribunal entienda en la Sentencia 81/1987, de 27 de mayo, que al no prescribir la Ley Electoral ninguna forma concreta de autenticación que pudiera resultar esencial para la corrección del proceso electoral, "basta a todos los efectos que por parte de quien está legalmente autorizado para ello (Notario o Secretario de Ayuntamiento) se dé fe de la veracidad de las firmas e identidades".

Ahora bien, según la Sentencia 82/1987, de 27 de mayo, la igualdad que puede ser invocada ante los Tribunales -y, en su caso, en el proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional- es sólo "la que, restablecida permitiría abrir las vías que el ordenamiento dispone para el acceso a los cargos y funciones públicas en favor de aquel para quien antes dichas vías se cerraron de forma irregular". No cabe, pues, esgrimir esta garantía constitucional para oponerse al reconocimiento público del derecho fundamental ajeno, lo que entrañaría no sólo una desnaturalización de la garantía misma, entre otras razones porque la igualdad que en este caso la Constitución preserva "es sólo la que existe en el seno

---

<sup>491</sup> De esta doctrina, el Tribunal sacará, entre otras, las siguientes conclusiones: "la necesaria actuación de los partidos y demás sujetos electorales por medio de representantes acreditados ante la administración electoral y la previsión de plazos para la designación y presentación de los mismos, no pueden interpretarse en su sentido más restrictivo, como hacen las resoluciones impugnadas, considerando dichos plazos como preclusivos y sin posibilidad alguna de cumplimentación de aquellos trámites una vez finalizados. Ello constituiría una interpretación formalista con consecuencias irrazonables y desproporcionadas respecto al objetivo a que sirven tales plazos, la ordenación del proceso electoral. Esta ordenación no resulta perjudicada por la interpretación mantenida por la Junta Electoral Central, comunicada a su debido tiempo a instancias del partido recurrente a la administración electoral de La Coruña, y que es sin duda plenamente respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23.2 C.E.. La interpretación consistente en aceptar la validez *pro futuro* de la acreditación tardía de representantes, sin retroacción de actuaciones del procedimiento electoral, pero aceptando que puedan ejercer cuantos actos sean todavía legalmente posibles, permite que los partidos y demás organizaciones electorales que hayan incurrido en semejante retraso participen en el proceso electoral sin perjudicar el curso del mismo, por lo que es más favorable para los derechos constitucionales en juego".

de la libre concurrencia entre opciones diferentes, sin que por esa misma competencia, como es obvio, se menoscabe derecho fundamental alguno de todos cuantos pretendan, reclamando para ello el apoyo electoral de sus conciudadanos, de acceder al cargo público".

En este mismo ámbito, la Sentencia 154/1988, de 21 de julio, se refiere a la inscripción censal como requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio<sup>492</sup>.

Es interesante la Sentencia 79/1989, de 4 de mayo, que sobre los límites de la competencia del Tribunal refiriéndose al recurso de amparo en materia electoral, precisa que si la Sentencia recaída en el contencioso electoral ha sido respetuosa con el derecho a una tutela judicial efectiva y no contiene un error manifiesto del que pueda deducirse una lesión de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE -que la haría irrazonable y contraria a la obligada interpretación de la legalidad favorable a los derechos fundamentales-, "no puede este Tribunal entrar a revisar la calificación de los hechos o la interpretación de la legalidad electoral efectuada por la jurisdicción ordinaria"<sup>493</sup>.

---

<sup>492</sup> Dice la Sentencia: "debe de ponerse ante todo de manifiesto la conexión inescindible existente entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal, pues, dado que sólo tendrán la condición de electores, y podrán ser elegibles, los ciudadanos que figuren inscritos en el censo -...-, la inclusión en éste constituye un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio. Es cierto que se trata de dos derechos de naturaleza distinta -la inscripción censal es de naturaleza declarativa de la titularidad del derecho de voto y no constitutiva de la misma-, pero no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y éste comprende el de ser inscrito en el censo. Por ello resulta perfectamente congruente con la protección especial que la Constitución dispensa al derecho fundamental proclamado en su artículo 23.1, que el artículo 38.4 de la vigente Ley Orgánica electoral disponga la aplicación del procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 C.E. a los recursos jurisdiccionales que se deduzcan frente a las decisiones de la Oficina del Censo Electoral, fuera del período electoral, en materia de listas electorales. Y que quepa también, por la vía configurada en el artículo 43 de la LOTC, recurso de amparo frente a una exclusión indebida en las mencionadas listas, del mismo modo que respecto al sufragio pasivo aparece expresamente previsto en el artículo 49 de aquella Ley Orgánica electoral."

<sup>493</sup> La Sentencia continua: "De todo lo anterior deriva que no todo vicio procedimental en el *iter* que lleva a la final atribución de un cierto cargo público electivo, supondrá el menoscabo del derecho proclamado en el artículo 23.2 de la Constitución, de forma que no todas y cada una de las secuencias del procedimiento son igualmente relevantes para el proceso constitucional. No nos corresponde, por tanto, entrar a fiscalizar, sin límites, el control realizado por los Jueces ordinarios sobre la pulcritud del procedimiento electoral y los efectos de los vicios en él acotados sobre el resultado proclamado por la Junta Electoral, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113.3 de la Ley Orgánica 5/1985. El control constitucional en amparo sobre la regularidad del procedimiento electoral -verificada ya una revisión del proceso electoral por los Tribunales ordinarios- debe ceñirse a la indagación relativa a si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, los vicios procedimentales así constatados pudieron afectar al resultado de la elección misma y, a través de éste, a la integridad

Quizá, siguiendo esta tónica uno de los principios más invocados por el Tribunal Constitucional en este campo sea el de la conservación de los actos jurídicos consistentes en el ejercicio de derechos fundamentales<sup>494</sup>.

Resulta de especial interés la Sentencia 24/1990, de 15 de febrero<sup>495</sup>, que después de reiterar la doctrina analizada, nos brinda la oportunidad de leer en los fundamentos jurídicos de las Sentencias del Tribunal un nuevo calificativo de la democracia al afirmar que

"el derecho de sufragio activo y el pasivo son aspectos indisolubles de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: El sufragio universal, libre, igual, directo y secreto (arts. 68.1 y 69.1 CE), conforme al cual se realizan las elecciones generales para las dos Cámaras de las que se componen las Cortes Generales (art. 66.1 CE), que en su doble condición de

---

del derecho fundamental aquí comprometido (art 23.2 C.E.)."

<sup>494</sup> Se puede consultar la reciente Sentencia 24/1990, de 15 de febrero, según la cual "la interpretación literal y aislada del 113.2.d) de la LOREG da a entender que, decretada la nulidad, la nueva convocatoria ha de efectuarse en la "circunscripción correspondiente", porque la nulidad debe extenderse a toda la elección celebrada, y ello aunque el vicio invalidante y relevante está costreñido a una sola mesa y ponga en cuestión la adjudicación de un solo escaño. La interpretación sistemática, finalista y con dimensión constitucional conduce por el contrario a una lectura distinta del precepto, integrándolo en la voluntad manifiestamente conservadora de los actos electorales válidamente celebrados, acogida en el inciso final del 113.3 LOREG, y en la necesidad de conservar el ejercicio de los derechos fundamentales de los electores (art 23.1 CE) en todos aquellos casos que no se vean afectados por las supuestas o reales irregularidades apreciadas, es decir, conservando todos aquellos actos jurídicos válidos, que aquí implican el ejercicio de otros tantos derechos de sufragio activo (art. 23.1 CE) de los electores respectivos, que no habrían variado con o sin infracción electoral. Esta necesaria interpretación conservadora o restrictiva del artículo 113 LOREG en su conjunto viene impuesta por exigencias constitucionales derivadas no sólo del tan invocado principio de conservación de actos jurídicos consistentes en el ejercicio de derechos fundamentales, sino también por otros concurrentes criterios hermeneúticos...". En contra de esta postura habría que anotar el Voto particular del Magistrado Rubio LLorente: "El artículo 113.2.d) y e) LOREG ordena inequívocamente que cuando el número de votos invalidados pudiera alterar el resultado final, procede la anulación de la elección y la convocatoria de nuevas elecciones en la totalidad de la circunscripción. Si la norma es constitucional (y nadie ha cuestionado su constitucionalidad), su aplicación no puede considerarse antijurídica, salvo si se basa en una interpretación contraria a la Constitución y no lo es la que hace el Tribunal Superior de Murcia, ni cabe, a mi juicio, otra interpretación que la que él ha hecho. Me parece evidente que la actual regulación del contencioso electoral es manifiestamente inadecuada, pero no es tarea de este Tribunal corregirla y menos aún imponiendo una interpretación que, sobre ser difícilmente compatible con la literalidad del precepto es también, a mi juicio, contradictoria en el sistema electoral que impone el artículo 68.3 de la Constitución."

<sup>495</sup> Esta sentencia, junto con las Sentencias 25 y 26/1990, de 19 de febrero, tiene una singular importancia en la definición de algunos aspectos de la doctrina constitucional en materia electoral cuyo tratamiento en esta sede escaparía de nuestras intenciones. Sobre el tema, se puede consultar BIGLINO SANTOS, P. "La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 29, pp. 291 y ss.; o SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. "Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, 1990, pp. 133-147.

representantes del pueblo español (art. 66.1 CE) en quien reside la soberanía (art. 1.2 CE), y de titulares de la potestad legislativa (art. 66.2 CE) hacen realidad el principio de toda *democracia representativa*, a saber, que los sujetos a las normas sean, por vía de la representación parlamentaria, los autores de las normas, o dicho de otro modo, que los ciudadanos sean actores y autores del ordenamiento jurídico.<sup>496</sup>

Nos gustaría anotar un comentario sobre la expresión "los electores, en quien reside la soberanía popular"<sup>497</sup>, frase quizá excesivamente sencilla para la complejidad que encierra. Si hiciéramos un análisis teórico de la misma, su complejidad sobrepasaría estas páginas<sup>498</sup>, por lo que me limitaré a una breve reflexión jurídica. Según el artículo 1.2 de la Constitución "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado" y según el artículo 66 "las Cortes Generales representan al pueblo español". La Constitución no dice más y creo que no se debe decir más. Los electores son, en todo caso, desde un punto de vista jurídico un poder constituido por el pueblo español para conformar determinados órganos con potestad de imperio.

#### d) Una nota sobre el concepto de representación.<sup>499</sup>

Hemos dejado para terminar este epígrafe un caso a caballo entre el Derecho electoral, el Derecho parlamentario y la libertad de comunicación. Es el que se le presenta al Tribunal Constitucional como consecuencia de un recurso de amparo en el que ha de resolver la queja de la *Mesa para la Unidad de los Comunistas* contra un acuerdo de la Junta Electoral Central que le excluía de la Comisión prevista por la Ley Orgánica 5/1985 para realizar la correspondiente propuesta para distribuir los espacios gratuitos de propaganda en los medios de comunicación de titularidad pública a lo largo de la campaña del referéndum sobre la OTAN. La Junta basaba su decisión en que la Mesa para la Unidad de los Comunistas no era un grupo "con representación parlamentaria", mientras que

---

<sup>496</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>497</sup> Reiterada en diversas ocasiones por el Tribunal. Sirva como ejemplo la Sentencia 27/1990, de 22 de febrero.

<sup>498</sup> Coincidimos a grandes rasgos con la postura manifestada al respecto por VARELA SUANZES o por BASTIDA FREJEIDO. Véase cita anterior.

<sup>499</sup> Cabe apuntar especialmente en este epígrafe que nuestro objetivo no es teórico. No entramos, por tanto, a debatir sobre las distintas formas de entender un concepto tan resbaladizo como el de la representación. Para ello remitimos a la bibliografía recomendada.



ésta argumentaba que dos parlamentarios pertenecían a tal grupo y, en consecuencia, alegaba la vulneración de los artículos 20.1.a) y 23 de la Constitución. En Sentencia 63/1987, de 20 de mayo, el Tribunal, como continuación de la doctrina que viene manteniendo sobre el artículo 23.1, dirá que el derecho a participar en los asuntos públicos lo ostentan sólo los ciudadanos y no otros entes como puedan ser los partidos<sup>500</sup>. Dicho esto es lógico que se plantee la vulneración del artículo 20. Sobre él también reitera su anterior doctrina haciendo especial hincapié en que el artículo en su apartado 3 impone una exigencia en orden al respeto del pluralismo social y político en el acceso a estos medios, con la consecuencia de que, existente medio de titularidad pública y reglado su modo de utilización, "habrá de reconocerse a los grupos sociales y políticos 'significativos' a los que alude el precepto constitucional el derecho, cuando menos, a que no se les impida dicho acceso"<sup>501</sup>. Ahora bien, tal derecho que ha de ser articulado por el Legislador será vulnerado cuando se deniegue el acceso a un grupo de forma discriminatoria o arbitraria por carente de fundamento legal. Con esta precisiones iniciales, el Tribunal pasa a delimitar el objeto de su examen:

"Tanto la Junta Electoral Central como, al conocer del recurso frente a su Acuerdo, la Audiencia Territorial de Madrid, consideraron que la Mesa para la Unidad de los Comunistas no ostentaba la condición de grupo político "con representación parlamentaria", con "representación en las Cortes Generales", a tenor del repetido artículo 14.1 de la Ley Orgánica 2/1980, a efectos de su incorporación a la Comisión de Radio y Televisión (art 65 de la Ley Orgánica 5/1985) y de su acceso a los medios de titularidad pública, porque dicho grupo -no obstante contar entre sus asociados con dos personas que eran entonces, respectivamente, Diputado y Senador- no concurrió, como tal formación política, a las elecciones legislativas inmediatamente anteriores a la consulta popular convocada, advertencia ésta a la que añadieron, en la Sentencia de la Audiencia, otras consideraciones aparentemente dirigidas a identificar el concepto de grupo "con representación parlamentaria" con el "grupo parlamentario", constituido como tal con arreglo a los reglamentos internos de las Cámaras. A nosotros ahora no nos importa tanto determinar la posible justeza de todas y cada una de estas consideraciones cuanto apreciar si el resultado al cabo de ellas obtenido -la exclusión de la Asociación demandante del acceso a los medios públicos de difusión- se atemperó a las previsiones legislativas al respecto, que aquí no han sido objeto de tacha alguna por la recurrente."

---

<sup>500</sup> Dice en concreto: "Este derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, lo ostentan sólo, según el dictado del propio precepto constitucional "los ciudadanos", y así ha venido a reconocerlo una muy reiterada doctrina de este Tribunal, de conformidad con la cual no son titulares de la situación jurídica así garantizada otras personas o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos (SSTC 53/1982, de 22 de julio; 5/1983, de 4 de febrero; 23/1983, de 25 de marzo, y 51/1984, de 25 de abril)."

<sup>501</sup> Ver al respecto la Sentencia 6/1981, de 16 de marzo.

Pues bien, el Tribunal denegará la pretensión con base en que la Ley Orgánica 2/1980 determina, en su artículo 14.1, que 'sólo tendrán derecho al uso de espacios gratuitos los grupos políticos con representación en las Cortes Generales', de conformidad con los criterios allí fijados, entre los que para el Tribunal, haciendo uso de una interpretación teleológica, se encuentra el del inciso final 2º del artículo 14.1.a) de la Ley Orgánica: haber concurrido -en solitario o federadas o coligadas con otros grupos- a las "últimas elecciones generales".

"Que esto sea así en la previsión legislativa, que la "representación" parlamentaria de los grupos políticos que se toma como criterio a estos efectos sea la "obtenida" como la propia Ley dice, en las "últimas elecciones generales" -no, por lo tanto, la que después haya podido adquirirse en virtud de actos individuales de afiliación-, tiene, por otro lado, un sólido fundamento en la *ratio* misma de la regulación legislativa, orientada a actualizar, en este punto, la previsión genérica que, como vimos, se recoge en el artículo 20.3 de la Constitución. Pretende allí la Norma fundamental que por la Ley se asegure a los grupos sociales y políticos "significativos" su acceso a los medios públicos de los que ahora se trata y es de todo punto claro que esa cualificación constitucional -la "significación" por la "representación" en las Cámaras- no la muestran los grupos políticos sino cuando los mismos se hallen presentes en el Parlamento a resultas de los sufragios que en su día recabaron ante el cuerpo electoral, porque sólo en tal caso esa presencia parlamentaria que la Ley exige será indicativa -"significativa" en la expresión constitucional- del arraigo o implantación del grupo en cuestión entre el electorado. Fuera de esta hipótesis, que es la común, la ulterior integración de parlamentarios en un grupo político que no presentó candidatos propios en las anteriores elecciones, o que no logró conseguir para ellos el apoyo del cuerpo electoral, podrá ser relevante a efectos de la organización y del funcionamiento interno de las Cámaras, según dispongan sus Reglamentos, pero no en lo relativo a la determinación de la significación del grupo mismo, que no recabó o no obtuvo de los ciudadanos los sufragios que hubieran podido llevarle como organización en la que se hubieran encuadrado candidatos electos, hasta las instituciones públicas representativas".

Pues bien, pensamos que lo anterior merece algún comentario. De acuerdo con que una interpretación sistemática de la Ley Orgánica 2/1980 conduzca a interpretar que los grupos "con representación parlamentaria" a los que se refiere sean aquellos que se presentaron en las últimas elecciones y obtuvieron escaños. Ahora bien, no nos parece tan claro que el tenor del artículo 20 al referirse a los grupos sociales y políticos "significativos" se reduzca únicamente a éstos. Lógicamente unas elecciones son un indicador "cualificado" de la "significatividad" de un grupo, pero estar a este único factor creemos que es un flaco favor a la interpretación extensiva del alcance y eficacia de los derechos fundamentales tan argumentada por el propio Tribunal. Además, se podría argumentar también que existe una ligera modificación en el concepto de representación que viene manejando el Tribunal<sup>502</sup>. Obsérvese que el Tribunal se

---

<sup>502</sup> Dice el Tribunal: "Sea cual sea, en suma, la corrección de la expresión empleada por la Ley al

apoya en que los grupos políticos "se hallen presentes en el Parlamento a resultas de los sufragios que en su día recabaron ante el cuerpo electoral". Baste recordar que en las Sentencias 5/1983 y 10/1983, el Tribunal había mantenido que los ciudadanos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, "sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado". Si el Tribunal hubiera sido fiel a su propia doctrina<sup>503</sup>, debiera haber entendido que la significación de un grupo político estriba más bien en contar entre sus miembros con personas que han gozado de la confianza popular en las últimas elecciones y éste era el caso de la Mesa para la Unidad de los Comunistas.

Al no entenderlo así el Tribunal continua diciendo:

Se desprende de todo ello, en definitiva, que el acto entonces impugnado no vulneró el derecho de acceso a los medios de comunicación de titularidad pública cuya garantía encomienda a la Ley la Constitución (art. 23.3) ni, a través de él, el derecho a la libre expresión de quien recurre. De conformidad con la regulación legislativa que era aquí de aplicar -regulación que, ciertamente, no es la única concebible dentro del marco constitucional-, la Mesa para la Unidad de los Comunistas no era entonces grupo político que hubiera obtenido "representación" parlamentaria y que mereciera, por lo mismo, el acceso gratuito a

---

referirse, para medir esta significación de los grupos políticos, a su "representación" en las Cortes (y sobre este punto ya hicimos unas consideraciones, aquí trasladables, en la STC 10/1983, de 21 de febrero), resulta claro que el mismo tenor literal de los preceptos aplicables -relativos como se ha observado, a la representación "obtenida" por el grupo en las últimas elecciones- se compadece adecuadamente con la medida objetiva de la "significación" del grupo por la que aquí ha optado el legislador, apreciando su entidad efectiva como asociación a través de la que adquiere realidad la representación (STC 75/1985, de 21 de junio), promoviendo candidaturas en las elecciones y recabando, para ellas, el apoyo de los ciudadanos. Adquiere entonces relevancia jurídica -no sólo política- la adscripción partidaria de los representantes (STC 32/1985, de 6 de marzo), justificándose así la atención por la Ley misma a la implantación electoral o a la presencia parlamentaria del grupo o del partido a efectos de reconocerle este derecho de acceso, en la campaña previa al Referéndum, a los medios de comunicación de titularidad pública. Es obvio que aquella adscripción política de los representantes podrá modificarse, como aquí ocurrió, a lo largo de una legislatura, y que tales cambios podrán llegar a tener relevancia, según se ha dicho, en la vida interna de las asambleas. Mas la Ley ha optado, para identificar lo que llama "representación" parlamentaria del grupo, por referirse a la que consiguieron ante las urnas los candidatos por él presentados."

<sup>503</sup> Las contradicciones del propio Tribunal en relación al concepto de representación han sido también puestas de manifiesto por CHUECA RODRIGUEZ, R. L. en "La irreductible dificultad de la representación política", op. cit., pp. 189 y ss. Este autor repara en la de la STC 75/85, de 21 de junio cuando se dice "Y es que, en un sistema de listas como el vigente en nuestro ordenamiento electoral, no cabe hablar de votos recibidos por candidatos singularmente considerados, sino, en relación a éstos, de cocientes, que son resultados de la operación prevista para determinar, entre las listas que han superado el límite legal, los escaños que corresponden a cada una de ellas"; y la STC 101/83 cuando se afirma "los diputados, en cuanto integrantes de las Cortes Generales, representan el conjunto del pueblo español, de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución, sin perjuicio del pluralismo político ... Otra cosa sería abrir el camino a la disolución de la unidad de la representación y con ello de la unidad del Estado", sentencias a las que ya nos hemos referido en esta sede anteriormente.

aquellos medios que la Ley reserva para las formaciones que así estima "significativas". También en cuanto a este alegato, por lo tanto, el recurso debe ser rechazado."

## 8.5.- EN EL MARCO DEL PARLAMENTO

En el marco del Parlamento podemos destacar tres grandes temas en relación a la participación política sobre los que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones: el primero se referiría al alcance del acatamiento a la Constitución ya no sólo de los parlamentarios en especial, sino también de los ciudadanos en general; el segundo sería el alcance de la exigencia de proporcionalidad en el marco democrático para cubrir una serie de órganos o puestos; y el tercer gran tema sería el de las condiciones del ejercicio de cargos políticos representativos en un marco democrático (acceso a información, condiciones económicas, etc...). Vamos a intentar recoger las decisiones emblemáticas del Tribunal Constitucional en este campo.

### a) El acatamiento de la Constitución.

Sobre el alcance del acatamiento a la Constitución, el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones. Es natural que la perspectiva adoptada sea la jurídica, pero con esta limitación y a nuestros efectos, la respuesta dada nos puede permitir realizar una aproximación a los límites de la democracia. Nos estamos refiriendo al problema que se plantea cuando dentro de un régimen democrático la mayoría de los electores prefieren un régimen no democrático y, también, como problema previo, a la tolerancia dentro de un régimen democrático en cuanto a las posibilidades de participación política de ciudadanos y grupos que mantengan expresa o veladamente posturas antidemocráticas<sup>504</sup>.

---

<sup>504</sup> Un partidario de la democracia moderna como MANSILLA, H. C. F. se muestra rotundo al respecto. Desde una perspectiva normativista afirma tajantemente que "en un régimen democrático debe existir un dispositivo constitucional que prive del ejercicio de los derechos y las libertades políticas a aquéllos que tratan de derribar o anular el orden democrático y que impida modificaciones legales tendentes a eliminar el carácter mismo de esos derechos y libertades. Se trataría de una defensa del sistema democrático contra aquéllos que utilizan esos derechos con el fin ulterior de regir un orden totalitario donde serían inmediatamente anulados" ("Conflicto, pluralismo y mercado como elementos de la democracia moderna" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 39, 1984, p. 43).

Una de las primeras sentencias sobre la necesidad del acatamiento de la Constitución para el ejercicio del cargo de Diputado es la Sentencia 101/1983, de 18 de noviembre. Para el Tribunal

"la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido 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 por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes de la Norma Fundamental. Entendido así el acatamiento ... constituye un deber inherente al cargo público, una condición, en el sentido de requisito, con independencia de que se exteriorice o no en un acto formal".

Al margen, de momento, de la distinción entre la situación de los ciudadanos en general y de los titulares de los poderes públicos en concreto, es concluyente el Tribunal en algunos puntos:

-Jurídicamente, todos los ciudadanos están sujetos a la Constitución, lo que implica su respeto en cuanto sometimiento a las reglas establecidas en la misma.

-Jurídicamente, es posible exigir la abstención de cualquier actuación que vulnere la Constitución.

-Jurídicamente, en ningún caso es exigible la adhesión ideológica a la Constitución ni la total o parcial conformidad con su contenido.

-Jurídicamente, por tanto, está permitida la participación política de ciudadanos y grupos que mantengan posturas antidemocráticas, siempre que la defensa de éstas se haga a través de las reglas de juego establecidas democráticamente.

-A nuestros efectos, la traducción sería entender que una democracia exige el sometimiento a las reglas de juego establecidas mayoritariamente y que legítimamente se puede imponer desde la democracia el cumplimiento de las mismas y, desde otra perspectiva, excluir toda otra manifestación de voluntad

popular realizada al margen de esas reglas de juego<sup>505</sup>.

Por lo demás, los titulares de los poderes públicos tienen un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, deber que la misma Constitución exige:

"Cuando los electores ejercitan un derecho fundamental establecido por la Constitución, al amparo de la misma, tal ejercicio ha de efectuarse dentro del marco constitucional y con el alcance previsto en la propia Constitución, que no comprende el de obtener un resultado prohibido por la misma como es que los titulares de los poderes públicos accedan a los cargos sin el deber positivo de actuar con sujeción a la Constitución, es decir en el debido acatamiento a la misma. Por ello la exigencia del acatamiento no vulnera el derecho fundamental del artículo 23, que no comprende el de participar en los asuntos públicos por medio de representantes que no acaten formalmente la Constitución, por lo que es claro que el artículo 23.1 no ha sido vulnerado."<sup>506</sup>

Sobre el mismo tema se pronuncia la Sentencia 122/1983, de 16 de diciembre, que reitera la doctrina anterior, en especial en lo que se refiere al acatamiento como objeto del juramento o promesa de los diputados electos. La diferencia estriba en que el Reglamento del Parlamento Gallego, al regular la cuestión, dice no sólo "acatar" sino también "guardar fidelidad" a la Constitución. El Tribunal entenderá que

---

<sup>505</sup> Una consideración especial requieren los casos de desobediencia civil.

<sup>506</sup> El Tribunal se detiene todavía más en la explicación de su postura: "Por otra parte, a mayor abundamiento, no puede tampoco deducirse una posición contraria al acatamiento del hecho posible de que los electores de los recurrentes votaran en sentido negativo en el referéndum constitucional, en el ejercicio de su derecho, como afirman los actores, aparte de que tal referéndum fuera distinto de la elección de Diputados posterior, pues como ya hemos indicado el acatamiento no implica una adhesión ideológica, sino la exteriorización del deber positivo de respeto a la Constitución, inherente al cargo público. Además, la Constitución, una vez promulgada, tiene validez y obliga a todos los ciudadanos españoles por haber sido ratificada -entre otros requisitos- por la mayoría del pueblo español, con independencia de cuál fuera el voto de ésta o aquella persona, de éste o de aquel grupo de electores, pues de no ser así, ninguna norma aprobada por una mayoría con el voto en contra o la abstención de una minoría podría pretender obligatoriedad general, lo que no sólo sería un absurdo sino también contrario al artículo 9.1 de la Constitución y al principio de seguridad jurídica establecido por el artículo 9.3 de la misma. Por otra parte, los Diputados, en cuanto integrantes de las Cortes Generales, representan al conjunto del pueblo español, de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución, sin perjuicio del pluralismo político, que como valor superior del Ordenamiento reconoce el artículo 1 de la propia Constitución, y de que la voluntad popular resulta de la concurrencia de los distintos partidos, tal como lo establece el artículo 6 de la Constitución. Otra cosa sería abrir el camino a la disolución de la unidad de la representación y con ello de la unidad del Estado". Es conveniente retener esta última afirmación. La democracia siempre es una forma de gobierno de algo previo: una sociedad que se reconoce en un Estado. La disolución de ese "algo previo" nos sitúa fuera no sólo del marco del Derecho, sino también fuera de la Democracia. La Democracia no puede dar respuesta a este problema.

"la fidelidad a la Constitución y al Estatuto de Galicia pueden entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales. La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución y Estatuto, siempre que se respeten aquellas reglas de juego; y no supone, por tanto, una renuncia a las libertades individuales consagradas por la Constitución, ni a la libre crítica del ordenamiento jurídico existente, ni de los actos políticos que se realicen, ni a la libre proposición de nuevas leyes, ni a procurar la reforma de la Constitución o el Estatuto, tanto más, conviene subrayarlo, cuanto el contenido de la actual Constitución Española es reformable, aunque el procedimiento para llevar a cabo esa reforma sea más o menos rígido, según la materia y al ámbito que afecte, como lo es el Estatuto de Galicia."

Esta doctrina se reiteraría en las Sentencias 8/1985, 119/1990 y 74/1991, de 8 de abril. En esta última, después de afirmar que la obligación de prestar juramento o promesa de actuar la Constitución se limita a ser un requisito formal que condiciona la posibilidad del ejercicio del cargo en plenitud de disfrute de prerrogativas y funciones, añade que "la naturaleza misma de la función representativa, con un evidente substrato democrático producto de las elecciones, refuerza la idea de interpretación flexible de los requisitos formales, haciendo prevalecer, pues, los derechos de participación y representación sobre una exigencia formalista o rigorista de los requisitos, que no guarde proporción alguna con la finalidad perseguida al establecerlos y con la trascendencia misma del requisito"<sup>507</sup>.

## b) La proporcionalidad en el Parlamento.

El segundo gran tema al que no referíamos era el alcance de la exigencia de proporcionalidad en el marco democrático para cubrir una serie de órganos y puestos. El Tribunal se enfrenta con la cuestión, por primera vez, en la Sentencia 40/1981, de 18 de diciembre, al respecto del nombramiento de los Senadores de designación por las Comunidades Autónomas y la exigencia constitucional del artículo 69 de asegurar la "adecuada representación proporcional". Pues bien, el Tribunal nos recordará que

"la representación proporcional es la que persigue atribuir a cada partido o a cada grupo de opinión un número de mandatos en relación con su fuerza numérica. Cualesquiera que sean sus

---

<sup>507</sup> Y es que como señala GARRORENA MORALES "la relación representativa se constituye de forma exclusiva en función de la voluntad de los electores libremente expresada a través del sufragio" por lo que difícilmente se puede sostener que el acatamiento pertenezca al momento constitutivo del mandato (*Representación política, elecciones generales...*, op. cit., pp. 25-29).

modalidades concretas, su idea fundamental es la de asegurar a cada partido político o grupo de opinión una representación, si no matemática, cuando menos sensiblemente ajustada a su importancia real. Ahora bien, es sabido asimismo que la proporcionalidad en la representación, difícil de alcanzar de suyo, lo es tanto más cuanto menor sea el abanico de posibilidades dado por el número de puestos a cubrir en relación con el de las fuerzas concurrentes. Si ello es así en las elecciones parlamentarias o municipales, las dificultades de alcanzar la mayor proporcionalidad posible se incrementarán en elecciones internas de asambleas restrictas que han de designar un número muy reducido de representantes, como es el caso del Parlamento Vasco y en general de las asambleas legislativas o en su defecto de los órganos colegiados superiores de las Comunidades Autónomas. Consecuencia de ello es que la "adecuada representación proporcional" exigida sólo podrá serlo imperfectamente en el margen de la discrecionalidad que la hagan flexible, siempre que no altere su esencia. Será preciso, en todo caso, evitar la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección".

Ahora bien, la Sentencia donde el Tribunal saca todas las consecuencias posibles de la regla de la proporcionalidad es la Sentencia 32/1985, de 6 de marzo<sup>508</sup>, en la cual, pese a la falta de exigencia expresa, ya sea constitucional ya sea legal, de composición proporcional de las Comisiones Informativas Municipales, el Tribunal mantendrá que ésta se deriva claramente en un régimen democrático basado en el pluralismo político, donde las decisiones son de la mayoría, pero en la que el proceso de toma de las mismas no puede ignorar lo que el Tribunal llama, en esta ocasión, derechos de las minorías y que no es otra cosa que la exigencia democrática de participación efectiva (aunque sea a través de representantes) de todos los afectados en la argumentación pública que ha de llevar a la toma de una decisión. El Tribunal argumenta de la siguiente forma:

"Es claro, en efecto, que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 C.E.) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6), dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes y que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en el que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía. Estas decisiones, que son, por definición, decisiones de la mayoría, no pueden ignorar lo que en este momento, sin mayor precisión, podemos llamar derechos de las minorías".

Como se observa, el Tribunal Constitucional relativiza la doctrina mantenida en las Sentencias 5/1983 y 10/1983 para "dotar de relevancia jurídica a

---

<sup>508</sup> Sobre esta Sentencia es interesante consultar la obra de ARAGON REYES, M. *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989 donde expresa la necesidad de una reconstrucción de la Teoría Constitucional desde el primado del principio democrático.



la adscripción política de los representantes".

"Siendo ello así, la composición no proporcional de las Comisiones informativas resulta constitucionalmente inaceptable... En cuanto partes del Pleno deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política de éste, pues, de otro modo, en efecto, no sólo se eliminaría toda participación de los Concejales de la minoría en un estadio importante del proceso de decisión (...), sino que se hurtaría a la minoría incluso la posibilidad de participar con plena eficacia en el estadio final de la decisión, privándola del tiempo necesario para el estudio en detalle de los asuntos, o de la documentación que ello requiere, o de ambas cosas".

La conclusión que obtiene el Tribunal de tal planteamiento es clara:

"La vinculación de todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 C.E.) obliga en consecuencia a los Ayuntamientos al respecto de esta proporcionalidad que, naturalmente, no implica la necesidad de que cada una de las Comisiones sea reproducción exacta, a escala menor, del Pleno Municipal, sino sólo la de que, en cuanto la diferencia cuantitativa y y otras consideraciones objetivas lo hagan posible, al fijar la composición de las Comisiones se procure dotar de presencia en ellas a las fuerzas políticas presentes en el Pleno".

La Sentencia continua:

"Que el trato ha sido diferente y peor es cosa que ya queda dicha, y todo ello lleva a creer que efectivamente la razón de la diferencia está precisamente en el hecho de que expresan opciones distintas a las que mantienen los miembros de la mayoría. Aunque ello fuera así, no podría concluirse, sin embargo, que ese trato diferencial implica una violación del artículo 14 de la Constitución, sin probar antes que éste exige que a los titulares de cargos representativos se les dé siempre el mismo trato, prescindiendo de las opciones que expresen, y tal demostración es, sencillamente, imposible, pues pertenece a la esencia de la democracia representativa la distinción entre mayoría y minoría (que es simple proyección de las preferencias manifestadas por la voluntad popular) y la ocupación por la primera de los puestos de dirección política".

Ahora bien,

"es evidente que las dos desviaciones de la proporcionalidad en las que el acuerdo municipal incurre lesionan el derecho de los recurrentes (art. 23.2 C.E.), colocando el ejercicio de sus funciones representativas en una situación notablemente desventajosa en relación con la atribuida a los Concejales de la mayoría. En la que llamábamos desviación cuantitativa, esta lesión se patentiza con la simple comparación de las cifras, pues, si, como indicábamos en este punto primero de estos fundamentos, la proporcionalidad exigía que se atribuyeran a la mayoría doce puestos en las Comisiones y ocho a la minoría, la relación abstracta entre cada miembro de la minoría y cada miembro de la mayoría habría de ser, desde el punto de vista, la de dos a tres y no, como ahora sucede, la de uno a dos. Es evidente que, como ya dijimos, la proporcionalidad que aquí consideramos no puede ser entendida en forma matemática, pero, de una parte, la amplitud de la desviación matemática, generalizada además a todos los Concejales de la minoría, y de otra, la ausencia de todo intento de razonamiento para justificarla, obligan a considerarla ilegítima y lesiva.

Evidente resulta también la lesión que, en el derecho fundamental al ejercicio de la función representativa en términos de igualdad (aquí proporcionalidad) con el resto de los integrantes del órgano representativo, resulta de la que denominábamos desviación cualitativa. Los representantes miembros de la minoría tienen derecho a que la opinión de ésta

(que es el instrumento de participación en los asuntos públicos de quienes fueron sus electores) sea oída sobre todos los asuntos que el órgano de que forman parte ha de conocer y resolver y lo sea, además, en los diferentes estadios del proceso de decisión. Con la composición dada a las Comisiones informativas, todos y cada uno de los recurrentes, si bien podrán hacerse oír en el momento final de resolver sobre todos los asuntos que sean competencia del Pleno Municipal y podrán incluso determinar el sentido del informe de Comisión en todo cuanto se relacione con la Sanidad y la Beneficiencia, se ven privados de toda posibilidad de participar, incluso salvando su voto, en los informes y propuestas relativos a la Hacienda municipal, a las Obras, el Gobierno y Régimen Interior del Ayuntamiento, o la Enseñanza, Cultura, Festejos, Deportes y Turismo."

De esta sentencia se obtienen, pues, dos consecuencias claras a nuestros efectos. Para el Tribunal Constitucional:

-Pertenece a la esencia de la democracia representativa la distinción entre mayoría y minoría (que es simple proyección de las preferencias manifestadas por la voluntad popular) y la ocupación por la primera de los puestos de dirección política<sup>509</sup>.

-Pertenece a la esencia de la democracia la participación de todos los potenciales afectados por las decisiones políticas en el proceso (argumentación pública) de toma de decisiones políticas, directamente o por medio de sus representantes, a los que no se les puede hurtar tal participación.

Ahora bien, tales conclusiones no van a ser mantenidas hasta sus últimas consecuencias por el Tribunal Constitucional en todos los casos<sup>510</sup>. En la Sentencia 160/1990, de 18 de octubre, se plantea un caso similar, aunque no igual -lo veremos-, donde el problema es "si las elecciones por el Pleno del

---

<sup>509</sup> En otro sentido, ya la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, había señalado que "nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías". En esta Sentencia el Tribunal rechaza la concepción formal de la Ley Orgánica por entender que "podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado" por lo que deduce que la Constitución sólo preve "para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificada o reforzadas". Coincidiendo en el rechazo a la concepción formal de la ley orgánica, pensamos que lo que está en juego no es tanto el «carácter democrático» del Estado como la tensión de las dos piezas claves de todo régimen democrático: el gobierno de la mayoría y el respeto de los derechos de las minorías; y a su vez, de éstas con la racionalización que se impone en un sistema de decisión que se desenvuelve en el tiempo, no siendo, por tanto, estático.

<sup>510</sup> Sí que se reitera tal doctrina en la Sentencia 30/1993, de 25 de enero o en la Sentencia 141/1990, de 20 de septiembre, según la cual "la elección del criterio de representación proporcional para asegurar el pluralismo ha de encontrar también reflejo en la estructura de los órganos del Parlamento".

Ayuntamiento para la designación entre los Concejales de los que han de representar como consejeros al Ayuntamiento en la Asamblea de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, ha de ser proporcional como entiende el recurrente en razón de lo establecido por los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, o es válido el criterio mayoritario que respalda el Acuerdo impugnado..." que comporta la exclusión de la minoría, si así lo decide la mayoría, de tal representación. El Tribunal argumentará que

"no existe precepto alguno impeditivo o restrictivo del principio de las mayorías para la elección de los cargos en litigio. Siendo esto así, como expresamente reconoce el recurrente, es de perfecta aplicación al caso la doctrina contenida en la STC 32/1985, en cuyo fundamento jurídico 3º, después de señalar que "pertenece a la esencia de la democracia representativa la distinción entre mayoría y minoría (que es simple proyección de las preferencias manifestadas por la voluntad popular)", añade que, por ello, si ninguna norma lo impide, "no hay discriminación ideológica en el hecho de que, al proveer cargos públicos de naturaleza política (...), se dé preferencia a los correligionarios, de manera que lo decisivo será siempre la existencia de esa otra norma impeditiva". Si esto se predica respecto de los cargos públicos de naturaleza política, tanto más será aplicable a cargos que, no teniendo naturaleza pública, no existe para su nombramiento norma impeditiva alguna del sistema mayoritario para su designación. Y aunque ciertamente en esta Sentencia se llega al resultado que patrocina el recurrente, no es razón de haberse vulnerado la discriminación prohibida por el artículo 14 de la CE, sino por el carácter de cargos públicos y funciones de esta naturaleza que desempeñan los Concejales en las diversas Comisiones de los Ayuntamientos y que, por ello, hacía aplicable al caso el artículo 23.2 de la Constitución y el sistema proporcional en la designación de los componentes de dichas Comisiones". Y es que "el artículo 23.2 de la Constitución garantiza el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones o cargos públicos. Dada la literalidad y finalidad del precepto, para que en tales supuestos pueda actuarse el principio de igualdad, es preciso que el mismo se relacione con el acceso a un determinado cargo o función pública. Y aquel carácter público que es el presupuesto para la aplicación del precepto, es precisamente el que no concurre en el supuesto enjuiciado.

Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal (SSTC 18/1984, 48/1988 y 49/1988, entre otras), que las Cajas de Ahorro de fundación privada, aunque por su finalidad social y pública, requieran intervención de esta naturaleza, no son entes públicos sino personas jurídicas privadas y sus miembros no tienen, por tanto, la consideración de titulares de cargos públicos a los efectos del artículo 23.2 de la Constitución."

Pues bien, no habría nada que objetar al razonamiento del Tribunal si no fuera señalar que sus conclusiones resultan mediatizadas por el entendimiento, ya analizado, de lo que signifique el artículo 23 (y también el olvido del artículo 9.2 en lo que toca a participación política efectiva). Es cierto que las Cajas de Ahorro no son entes públicos, sino fundaciones privadas, pero no es menos cierto que desde un punto de vista político, que no jurídico, el control de las mismas supone poder, esto es, que estamos hablando de un centro de toma de decisiones que podemos enmarcar dentro de los asuntos públicos de los pocos en los que en el mundo de las empresas y, sobre todo, de las finanzas, los ciudadanos pueden participar (aunque sea a través de representantes) en el proceso de la toma de decisiones. La normativa que prescribe que los Ayuntamientos puedan

elegir representantes en la Asamblea de una Caja de Ahorros tiene como finalidad que en la toma de decisiones de esa Asamblea estén presentes los intereses sociales. Una efectiva participación de los mismos implicaría la presencia de la pluralidad de intereses sociales que pueden representar, por un lado, la mayoría y, por otro, las minorías. Posiblemente, un entendimiento menos restringido del artículo 23, junto con el mandato establecido en el artículo 9.2 a los poderes públicos de facilitar la participación efectiva hubiera implicado la exigencia de la proporcionalidad también para elecciones como la presente.

### c) El ejercicio del cargo político representativo.

En cuanto al tercer gran tema al que nos referíamos en el ámbito parlamentario es el de las condiciones en que éstos ejercitan sus funciones. Una de sus concreciones son las condiciones económicas mínimas que han de garantizar la efectividad de tal ejercicio. En este sentido, y relacionado con la aplicación del criterio de la proporcionalidad en un ámbito como la subvenciones a los grupos dentro de un órgano representativo, disponemos de la Sentencia 214/1990, de 20 de diciembre, según la cual

"la graduación de la cuantía de las subvenciones exclusivamente en atención al carácter más o menos numeroso de los Grupos constituye una exigencia de equidad, si bien cabe que la proporcionalidad del reparto de las cantidades destinadas a este objeto sufra las correcciones que se estimen precisas para garantizar el funcionamiento adecuado de los Grupos más pequeños".

La Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, nos proporciona un ejemplo del especial cuidado con el que el Tribunal Constitucional ha considerado las facultades de los parlamentarios y de los grupos en los que se integran a efectos del ejercicio efectivo de sus funciones<sup>511</sup>. Después de reiterar la doctrina de las Sentencias 118/1988, 10/1983 y 32/1985, nos dice

"la atribución al órgano parlamentario, como tal colegio, de la potestad de "controlar la acción ejecutiva del Consejo de Gobierno" del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha

---

<sup>511</sup> No podemos desarrollar aquí todas las facultades de los parlamentarios. Sobre esta cuestión se puede consultar, entre otros: SILVA OCHOA, J. C. Da "El derecho de los parlamentarios a la documentación", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 19, 1990, pp. 7-42; MORENO GARCIA, A. "Los derechos de las minorías en la ordenación del trabajo parlamentario", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 25, 1992, pp. 47-83; PAU VALL, F. "La admisibilidad de las proposiciones de ley y otras iniciativas parlamentarias en relación con la vulneración del derecho de participación política" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 26, 1992, pp. 21-41.

no empaña ni el sentido institucional ni la eficacia de la facultad singular que el artículo 12.2 del Reglamento de las Cortes confiere a los parlamentarios para dar ocasión al control mismo a través de una exigencia de información al órgano ejecutivo, puesto que las atribuciones del órgano representativo se pueden actuar, sin quiebra lógica alguna, por sus miembros individuales o por los grupos o fracciones que éstos formen, cuando tales atribuciones no hayan de expresarse mediante una decisión imputable al órgano mismo y hasta es preciso decir que semejante posibilidad -o su respeto, al menos, cuando exista- deviene un imperativo constitucional en el marco de la democracia pluralista que la Constitución consagra en su artículo 1.1."

Es claro que el Tribunal entiende que las atribuciones del órgano parlamentario exigen en democracia que las mismas impliquen en determinados casos atribuciones a sus miembros, ya sean los parlamentarios, ya los grupos, para hacerlas efectivas. De esta forma, el control parlamentario del ejecutivo devendría carente de sentido si se dejara en manos de la mayoría que, a su vez, es la que apoya y respalda al ejecutivo, por lo cual ha de garantizarse a las minorías, a través de sus parlamentarios o de los grupos en los que se integran, la posibilidad de ejercer la función de control mediante las atribuciones necesarias que en principio, y con carácter general se venían predicando del órgano parlamentario en su totalidad<sup>512</sup>. Por ello, debe

"considerarse que el ámbito propio del control por parte de la Mesa para "declarar la admisibilidad o inadmisibilidad" de escritos como los que aquí se dedujeron es el examen de la viabilidad formal de esas peticiones de información, que habrán de ser admitidas y trasladadas al Consejo de Gobierno cuando no se aprecien carencias o deficiencias relevantes en su presentación o redacción."

Al fin y al cabo, de otra forma se privaría al cargo representativo de ejercer sus funciones, vaciando de contenido el cargo y, por consiguiente, dejando sin efecto la propia representación y, con ello, el gobierno democrático. Ahora bien, eso no obsta para que el Tribunal apunte inmediatamente después

"Podría, acaso, estimarse que tampoco es contrario a la finalidad de ese control que la Mesa rechace escritos en los que se planteen cuestiones entera y manifiestamente ajenas a las atribuciones de la Cámara, pero no corresponde aquí concebir hipótesis ..."

Las hipótesis, aunque no referidas a la petición de información, se harán

---

<sup>512</sup> Todo ello no obsta para entender, como lo hace EMBID IRUJO, A. que lo esencial del control parlamentario reside en última instancia en la mayoría parlamentaria, "por cuanto en un sistema democrático y por medio de una votación, sólo la mayoría es capaz de alcanzar una propia decisión". Ahora bien, "ese control parlamentario y su atribución a la mayoría tiene limitaciones normativas que tienden a la protección de la minoría parlamentaria que, dinámicamente también se forme en cada momento" ("El control parlamentario del Gobierno y el principio de la mayoría parlamentaria. Algunas reflexiones" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 25, 1992, pp. 8 y ss.).

realidad en las Sentencias 23/1990, de 15 de febrero y la 205/1990, de 13 de diciembre. La primera es clara al aceptar la desestimación de la Mesa de las Cortes Valencianas de la tramitación de una enmienda entrando en el contenido material de la misma

"se desvirtúa lo que es una auténtica enmienda y se convierte el escrito, en el que se contiene, en otro proyecto de modificación del Estatuto de mucha mayor envergadura en cuanto se pretende modificar otros preceptos estatutarios que no son objeto del proyecto de Ley y, al tiempo, intentar con ello una iniciativa de reforma del Estatuto sin los requisitos de legitimación precisos para ello..."

Cosa distinta de la tramitación de un escrito solicitando al ejecutivo información, es la valoración de la denegación o de la dación insuficiente de información por parte del ejecutivo a la solicitud realizada. El Tribunal en Sentencia 196/1990, de 29 de noviembre dirá que

"Tales actos producidos en el seno de las citadas relaciones entre Gobierno y Parlamento agotan por lo general sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, dando lugar, en su caso, al funcionamiento de instrumentos de control político. Se trata, pues, de actuaciones que tienen su marco de desenvolvimiento institucional en el terreno parlamentario. A los miembros de los órganos legislativos y a estas instituciones en su conjunto, corresponde la tarea de dar vida a esas relaciones entre ejecutivo y legislativo, agotando para ello los instrumentos que el ordenamiento parlamentario les ofrece al establecer el régimen jurídico de esas relaciones".

La efectividad del principio democrático en este campo, en definitiva, parece respalda por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 163/1991, de 18 de julio, al decir que el legislador "no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que se vacíe de contenido la función que ha de desempeñarse, o se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales, o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros, pues si es necesario que el órgano representativo decida siempre en el sentido querido por la mayoría, no lo es menos que... se ha de valorar a todos los votantes en iguales condiciones de acceso al conocimiento de los asuntos y de participación en los distintos estados del proceso de decisión".

## 8.6.- INMUNIDAD E INVIOLEABILIDAD

La importancia de estas prerrogativas parlamentarias justifican un tratamiento diferenciado de las mismas. No está de más recordar que ambas tienen su fundamento en un objetivo común: la libertad e independencia de la institución parlamentaria<sup>513</sup>. También sobre ellas disponemos de una amplia doctrina constitucional. Doctrina que en los últimos tiempos ha suscitado una gran polémica entre los constitucionalistas, la clase política y el mismo Tribunal Constitucional<sup>514</sup>.

La primera Sentencia en la que se aborda el tema es la Sentencia 36/1981, de 12 de noviembre, recaída sobre un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco número 2/1981, de 12 de febrero, sobre "reconocimiento de derechos de inviolabilidad e inmunidad de los miembros del Parlamento Vasco", en la que el Tribunal Constitucional adopta un punto de vista formal-procedimental. El Estatuto de Autonomía del País Vasco en su artículo 26.6.2 garantiza exclusivamente en relación con el *status* de los miembros del Parlamento de dicha Comunidad que "no podrán ser detenidos ni retenidos, sino en el caso de flagrante delito", lo que supone el reconocimiento de una inmunidad parcial o limitada en relación con los actos delictivos cometidos por aquéllos. La cuestión que aborda la Sentencia se deriva del hecho de que la Ley 2/1981 de la Comunidad Autónoma del País Vasco amplía esta prerrogativa al decir, en su artículo 2.1, que los miembros del Parlamento Vasco "no podrán ser inculcados ni procesados, sin la previa autorización del Parlamento Vasco". Para el Tribunal Constitucional tal ampliación de la inmunidad por una Ley de la Comunidad Autónoma Vasca supone la modificación del Estatuto de Autonomía por un cauce distinto del previsto tanto en la Constitución de 1978 - art 147.3-, como en el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 -arts

---

<sup>513</sup> Sobre el tema, entre otros, se puede consultar FERNANDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. "Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984, pp. 9-21.

<sup>514</sup> No en vano tal polémica viene precedida de lo que GARCIA, E. describe como la "unánime constatación crítica de la crisis por la que actualmente atraviesa la institución, 'comunis opinio' doctrinal que, en buena medida, coincide con una extendida convicción social que ve en la inmunidad, y más concretamente en la segunda de las figuras que la integran, la llamada 'inmunidad *strictu sensu*', una sorprendente patente de curso para delinquir que injustificadamente vulnera la más sagrada conquista del espíritu revolucionario burgués: la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley." ("Crisis jurídica y crisis política de la inmunidad parlamentaria" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 18, 1989, p. 68).

46 y 47-. En la medida en que la Comunidad Autónoma del País Vasco ha dictado una Ley sin acudir al trámite de la modificación del Estatuto de Autonomía, el Tribunal entenderá que se ha vulnerado tanto la Constitución como el propio Estatuto.

Pero, quizá, a nuestros efectos, lo que más nos interesa de la Sentencia es que de su texto podemos deducir que el Tribunal entiende que las instituciones de la inmunidad e inviolabilidad son consustanciales a un régimen constitucional-representativo en cuanto que:

"La inviolabilidad así entendida y con dicha terminología la encontramos recogida ya en la Constitución de 1812 en su artículo 128 referido a los diputados. La distinción entre inviolabilidad e inmunidad aparece ya nítidamente en la Constitución de 1837, tratándose en artículos separados y se contiene así en las Constituciones de 1845, 1869, en el Proyecto de 1873, 1876 y 1931...".<sup>515</sup>

---

<sup>515</sup> Un resumen de la configuración por el Tribunal de estas instituciones se encuentra en la Sentencia 243/1988, de 19 de diciembre, en la que se dice: "Entre las resoluciones dictadas por este Tribunal en materia de inviolabilidad e inmunidad parlamentarias, consagradas en el artículo 71.1 y 2 de la Constitución, merecen especial mención las SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, 51/1985, de 10 de abril, y 90/1985, de 22 de julio, y los AATC 147/1982, de 22 de abril, y 526/1986, de 18 de junio, cuyas líneas doctrinales deben aquí ser seguidas en orden a establecer las consideraciones previas de tipo general que requiere la resolución del presente recurso y que son las siguientes: A) La inviolabilidad e inmunidad parlamentarias son prerrogativas que, en lo que aquí interesa y al margen del principio de igualdad, aunque aludido, no controvertido en el debate procesal, inciden negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial, pues la primera de ella impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad a los Diputados o Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones y la segunda somete determinados procesos al requisito de la autorización de la Cámara legislativa respectiva, el cual actúa como presupuesto de procedibilidad determinante, caso de ser denegada la autorización, del cierre del proceso con su consiguiente archivo. Estas dos prerrogativas, aunque tienen distinto contenido objetivo y finalidad específica, como más adelante expondremos, encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, y en tal sentido son complementarias-. Al servicio de este objetivo se confieren los privilegios, no como derechos personales, sino como derechos reflejos de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo se justifican en cuanto son condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución -ATC 526/1986- y que, en la medida en que son privilegios obstaculizadores del derecho fundamental citado, sólo consienten una interpretación estricta -STC 51/1985-, tanto en el sentido lógico de sujeción a los límites objetivos que les impone la Constitución, como en el teleológico de razonable proporcionalidad al fin al que responden, debiendo rechazarse en su consecuencia, todo criterio hermeneútico permisivo de una utilización injustificada de los privilegios, que conduzca a un resultado de privación, constitucionalmente ilícita, de la vía procesal pertinente prevista en la Ley. B) El objetivo común a ambas prerrogativas no impide que sean instituciones distintas con características propias. La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose por tales aquéllas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la



Más interés tiene la Sentencia 51/1985, de 10 de abril, en la cual se abre un interrogante que el Tribunal formula de la siguiente forma: El ejercicio de la función senatorial o parlamentaria en general ¿se circunscribe a la actividad oficial o, por el contrario, puede el representante parlamentario ejercitar la función que le ha sido conferida por cualquier cauce abierto a los demás ciudadanos, sin perder por ello su función el carácter que le corresponda por razón de la materia y objeto de la actividad, continuando, por ende, cubierto por la inviolabilidad? La argumentación del Tribunal es la siguiente: El artículo 71.1 de la Constitución dispone que "los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones". Con ello se trata de garantizar la *freedom of speech* de los parlamentarios y, con un carácter más finalista, el proceso de libre formación de voluntad del órgano. Ahora bien, tal garantía requiere una correcta delimitación material y funcional.

En cuanto a la concreción funcional del ámbito de la prerrogativa, se presenta la duda sobre "si la inviolabilidad cubre toda la actuación de 'relevancia política' del parlamentario o si, más estrictamente, la protección dispensada por esta garantía no alcanza sino a la conducta de su titular en tanto que miembro del órgano colegiado, cesando, por lo tanto, cuando el sujeto desplegara ya su conducta -incluso con trascendencia "política"- al margen de las funciones parlamentarias". Pues bien, el Tribunal entiende que la doctrina tanto española como extranjera comparte la comprensión más estricta de tal prerrogativa y apoya tal punto de vista en diversos argumentos:

"El nexo entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición de parlamentario está claramente expuesto en el propio artículo 71.1 de la Constitución. A no ser que la expresión "funciones" que recoge esta norma se entendiera en un sentido inespecífico (de corte sociológico y no jurídico), las mismas debieran identificarse en las que son propias del Diputado o Senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El Diputado o Senador ejercitaría, pues, sus funciones sólo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes

---

libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan -STC 36/1981. La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento -STC 90/1985. Al servicio de este objetivo se establece la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros, que es un instrumento propio y característico de la inmunidad, cuyo campo de actuación, por su finalidad, se limita al proceso penal, una vez desaparecida de nuestro ordenamiento jurídico la prisión por deudas y la privación de libertad derivada de actos administrativos."

Generales."

Es más,

"desde una interpretación finalista de la garantía que se considera, la interpretación no puede ser muy distinta. Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros (en este caso, por ejemplo, los reconocidos por el artículo 24.1 de la Constitución)...

El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias (...), decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de "político" incluso), fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario".

De esta Sentencia podemos extraer ya algunas conclusiones:

-Las instituciones de la inviolabilidad e inmunidad son consustanciales a un régimen democrático en cuanto que garantía de la libre formación de la voluntad del órgano que representa la voluntad popular<sup>516</sup>.

-Tales instituciones en la medida que pueden entrar en tensión con otras o con los derechos fundamentales que son fundamento del orden político exigen una interpretación estricta de tal forma que no se desvirtue su finalidad, dando origen a verdaderos "privilegios" que puedan vulnerar esas otras instituciones o derechos<sup>517</sup>.

Esta doctrina la mantendrá ya ininterrumpidamente el Tribunal, pero es en la Sentencia 90/1985, de 22 de julio donde se inicia la actual polémica sobre el alcance de la revisión que hace el mismo Tribunal Constitucional sobre la inmunidad decidida en sede parlamentaria. En esta Sentencia, el Tribunal dirá que

"ciertamente, el artículo 71.2 de la Constitución Española atribuye a las Cámaras

---

<sup>516</sup> GARCIA, E. entiende además que "en nuestros días la doctrina de la división de poderes continúa proporcionando a la inmunidad una cobertura suficiente como para justificar su inclusión en los textos constitucionales de la democracia, al atribuirle dos concretos cometidos: el de servir como mecanismo jurídico de defensa de las intenciones del poder constituyente frente a las previsibles inclinaciones expansivas de los poderes constituidos; y la de actuar como instrumento de garantía de los derechos de la oposición." (op. cit., p 102).

<sup>517</sup> GARCIA, E. califica de "singular circunstancia, del todo insólita en el estado constitucional" el hecho "de que los componentes de un órgano actúen a la vez como juez y parte de sus propios comportamientos" (op. cit., p. 95).

parlamentarias una facultad consistente en conceder o no la autorización para encausar por vía penal a sus miembros, y no puede discutirse que ésta sea una facultad de la que las Cámaras disponen libremente... Ello no supone, sin embargo, que el libre ejercicio de una facultad así atribuida quede exento del principio de sometimiento a la C.E., que, con carácter general, impone su artículo 9.1 de la misma a los poderes públicos...

El T.C., como intérprete supremo de la Constitución, entre sus distintas funciones, garantiza la conformidad a ésta de los actos parlamentarios mediante diversos instrumentos procesales. En un caso como el que nos ocupa, en que una Cámara ejerce la facultad que deriva del artículo 71.2 de la C.E. mediante actos o acuerdos singulares sin fuerza de ley, no cabe rechazar, por principio, la posibilidad de que los mismos lleguen a vulnerar los derechos y libertades que, según el apartado 1 del artículo 53 de la C.E., vinculan a todos los poderes públicos, y para cuya protección queda abierta, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo 53, en el artículo 161.1 b) de la misma C.E. y en los artículos 2.1 b) y 42 de la LOTC, la vía del recurso de amparo para que este TC examine las eventuales vulneraciones.

Es, por todo ello, posible revisar, desde la perspectiva constitucional, los actos del Congreso de los Diputados o del Senado por los que, en libre ejercicio de la prerrogativa de la inmunidad que les reconoce el artículo 71.2 de la C.E., se resuelve acerca de la solicitud para procesar a alguno de sus miembros, y es al T.C. a quien corresponde, cuando sea requerido para ello, por la vía y con los requisitos de amparo constitucional, llevar a cabo esa revisión mediante el examen del caso concreto."

Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional establece los límites de esa revisión al decir que

"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 artículo 117.1 de la C.E. 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.

El control que a este TC corresponde, según hemos indicado antes, acerca de la conformidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la inmunidad respecto al artículo 24.1 de la C.E., no puede llevarnos a revisar o a sustituir esa valoración, 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."

Así pues, de la existencia o inexistencia de semejante juicio depende que la decisión parlamentaria vulnere el derecho a la tutela jurisdiccional. Por tanto, y según esta Sentencia, la revisión del Tribunal se limita a constatar que las Cámaras han llevado a cabo el juicio de oportunidad en ejercicio de la inmunidad en términos razonables o argumentales, sin entrar en la valoración

de tal oportunidad. Ahora bien, como apunta Martínez Sospedra<sup>518</sup>, "estima el TC que como la autorización para proceder es requisito de la acción penal, su denegación puede lesionar el derecho del artículo 24.1 CE. En consecuencia el suplicatorio sólo estará rectamente denegado cuando la facultad de autorizar se ejerza de conformidad con el fin propio de la institución, que es el fin político de procurar mantener libre de perturbación el funcionamiento de la Asamblea y su composición política, el juicio de oportunidad correspondiente es susceptible de fiscalización en tanto en cuanto el mismo sea conducente a dicho fin, y para ello el acuerdo parlamentario debe ser motivado. En pocas palabras, se opera una suerte de asimilación de la Cámara al juez en un análisis que reposa en un entendimiento del posible concurso en términos de conflicto entre derecho fundamental e instituto de garantía del Parlamento, entendido éste como mero órgano colegial".

En esta misma línea de interpretación se sitúan Sentencias como la 92/1985, 243/1988, 186/1989 o la Sentencia 9/1990, de 18 de enero<sup>519</sup>. Pero el verdadero problema se presentará más tarde cuando el Tribunal entre a valorar el juicio de oportunidad de las Cámaras. Podemos adelantar que para nosotros el problema se remite al ya tratado aquí sobre la revisión del juicio de relevancia efectuado por el Parlamento sobre la justificación de un tratamiento diferenciado en materia de igualdad o sobre la solución en el caso concreto cuando existe una colisión entre derechos. También aquí se produce una colisión de "derechos" como puede ser el derecho a la participación en los asuntos públicos del artículo 23 de la Constitución -del cual la prerrogativa parlamentaria no sería sino una expresión- y el establecido en el artículo 24 de la Constitución, ambos fundamentos del orden político por distintas razones que exigen una ponderación en cada caso.

Desde esta perspectiva, no encontramos razón por la que el Tribunal no

---

<sup>518</sup> MARTINEZ SOSPEDRA, M. "Inmunidad y derecho al proceso: la inmunidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista General de Derecho*. Este trabajo se encuentra en curso de publicación en el momento de redactar estas líneas.

<sup>519</sup> Esta sentencia declarará inconstitucional la LO 3/1985 que modificaba el artículo 2.2 de la LO 1/1982 de protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen, al extender el ámbito material de la inmunidad a determinados procedimientos civiles: "Es incuestionable que el requisito de la previa autorización parlamentaria que la LO 3/1985, de 29 de mayo introduce en el art. 2.2 de la LO 1/1982, de 3 de mayo ... constituye una grave y excepcional limitación del derecho a acceder al proceso que esta ley regula".

pueda revisar el juicio de oportunidad del Parlamento con todas las precisiones que en su momento efectuamos al hablar de la igualdad o de la colisión de derechos. Pero es claro que el Tribunal Constitucional no puede compartir tal interpretación. En primer lugar, porque, como vimos, realiza una interpretación cicatera del artículo 23 con lo que difícilmente podrá proteger determinadas expresiones de la participación política como derechos fundamentales, de la que la inmunidad parlamentaria sería un buen ejemplo<sup>520</sup>. En segundo lugar, porque también ha realizado una interpretación restrictiva de esta prerrogativa.

Las consecuencias son patentes en la Sentencia 206/1992, de 27 de noviembre, en la cual después que su propia exigencia doctrinal de motivación para denegar el suplicatorio tenía "un sentido predominantemente material", dice el Tribunal

"si bien es evidente que las manifestaciones del Senador se produjeron en un contexto político y en uso -correcto o no- de su libertad de expresión, resulta claro que el instituto de la inmunidad no tiene como finalidad garantizar la libertad de expresión, ni aun cuando ésta viene ejercida por un representante del pueblo español. Pues, en segundo lugar, resulta forzoso coincidir con el Ministerio Fiscal en que la argumentación según la cual el Senador actúo en su calidad de Senador" nos sitúa en un instituto procesalmente previo, siendo así que, con arreglo a nuestra reiterada doctrina, la inviolabilidad sólo cubre la participación en actos parlamentarios y en cualquiera de las articulaciones orgánicas de las Cámaras 'o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario (STC 243/1988) ...

En suma, hay que concluir con el Ministerio Fiscal en su apreciación de que "salta a la vista la omisión en el Acuerdo del Senado de cualquier incidencia de la concesión o no del suplicatorio en la composición de la Cámara o a su normal funcionamiento"; no hay nada en el mismo que pueda considerarse relevante para el sentido constitucionalmente perseguido a través de la prerrogativa parlamentaria."

Las reacciones no se hicieron esperar. La misma Sentencia se acompaña de los Votos particulares de Rodríguez Bereijo, Gimeno Sendra y García Mon y González-Regueral que, con matices en su fundamentación, coinciden en señalar que no es tarea del Tribunal sustituir una valoración o juicio de oportunidad por otro y que tal doctrina hace imposible la denegación de la autorización para inculpar o procesar a un parlamentario y, por tanto, ilusoria la institución de la

---

<sup>520</sup> MARTINEZ SOSPEDRA, op. cit., coincide en que "el planteamiento constitucionalmente correcto de la posible colisión entre inmunidad y derecho a la tutela judicial efectiva es el que corresponde a un concurso entre dos derechos fundamentales" pues el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas del artículo 23 "implica también, necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto por la ley", tal y como el propio Tribunal ha venido manteniendo en diversas ocasiones (STC 32/85, por ejemplo).

inmunidad parlamentaria. Entre la doctrina, Martínez Sospedra<sup>521</sup> critica la doctrina mayoritaria del Tribunal apoyándose, fundamentalmente, por un lado, en la concepción reduccionista mantenida por el propio Tribunal sobre los fines de la prerrogativa en la medida en que se excluyen finalidades que en principio caben dentro del enunciado del artículo 71.2 de la Constitución y, por otro lado, en el vaciamiento del instituto al que conduce una definición defectuosa del estatuto constitucional de la inmunidad.

## 8.7.- OTRAS FORMAS DE PARTICIPACION

Al principio de este Capítulo hacíamos referencia a otras formas de participación. Entre ellas destacábamos por su presencia, de una u otra forma, en la Constitución, al margen de la participación a través de asociaciones (partidos políticos, sindicatos, asociaciones de empresarios u otras) y del ejercicio de derechos como el de reunión o el de petición, las que configuraban los artículos 27.5 y 7 (educación), artículo 48 (juventud), artículo 51.2 (consumidores), artículo 105 (en la Administración), artículo 125 (el Jurado), artículo 129.1 (en la Seguridad Social), artículo 129.2 (en las empresas) y artículo 131.1 (en la planificación económica general). Es lógico pensar que la diferente protección que garantiza esta participación en función del artículo 53 de la Constitución conduce a que el Tribunal se haya pronunciado de distinta forma sobre cada una de ellas, lo que hace imposible caracterizar de forma general estas "otras formas de participación". Vamos aquí, por tanto, a proceder a un análisis separado de las mismas en función de la jurisprudencia constitucional disponible<sup>522</sup>.

### a) En el ámbito educativo.

Una de estas formas de participación "más protegidas" por el Tribunal Constitucional es la participación establecida en el artículo 27 en relación al ámbito educativo. No podía ser de otra forma en la medida que el artículo 27 configura un derecho fundamental entre los comprendidos en la Sección primera

---

<sup>521</sup> Op. cit..

<sup>522</sup> Un estudio sistemático de todas ellas las encontramos en RAMIREZ, M. *La participación política*, op. cit., pp. 80 y siguientes.

del Capítulo primero del Título I referido a los derechos y deberes fundamentales. Conviene recordar el enunciado del artículo 27 en su apartado 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".

La primera Sentencia en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre esta forma de participación es la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, que se produce como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley Orgánica sobre el Estatuto de Centros Escolares (LOECE). Sobre el alcance de lo establecido en el artículo 27.7, el Tribunal dice:

"La fórmula 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 artículo 53.1 de la Constitución de respetar el contenido esencial del derecho garantizado, y el que deriva de las reservas de Ley contenidas tanto en dicho precepto como en el del artículo 81.1".

Por tanto, el contenido esencial de tal participación está garantizado, pero el Tribunal no entra en el contenido esencial del derecho y declara inconstitucionales los artículos correspondientes de la LOECE por remitir al reglamento de régimen interior materias reservadas a la Ley.

Por otro lado, parece más interesante la referencia al artículo 18 de la LOECE en la misma Sentencia, pues, de forma indirecta, aclara algo el alcance del procedimiento de tal participación. Este precepto establecía imperativamente la necesidad de que en cada centro hubiese una asociación de padres de alumnos "a través de la que (éstos) ejercerán su participación en los órganos colegiados". Para el Tribunal es cierto que la Ley no imponía expresamente a los padres el deber de asociarse, pero estaba condicionando el ejercicio del derecho fundamental del artículo 27.7 de la Constitución a la pertenencia a dicha asociación. De esta manera la pregunta es: ¿Hasta qué punto es constitucional exigir el cauce asociativo cuando el derecho de asociación, reconocido por nuestra Constitución en su artículo 22.1, comprende no sólo el derecho de asociarse, sino también el derecho de no asociarse?

"el derecho de participación reconocido por la Constitución en el artículo 27.7 está formulado sin restricciones ni condicionamientos y que la remisión a la Ley que haya de desarrollarlo

(que es la presente Ley Orgánica) no puede en modo alguno entenderse como una autorización para que ésta pueda restringirlo o limitarlo innecesariamente, y como esto es lo que indebidamente hace el artículo 18.1 de la LOECE al exigir el cauce asociativo, hay que declarar que tal precepto es inconstitucional, y que los padres podrán elegir a sus representantes y ser ellos mismos elegidos en los órganos colegiados de gobierno del centro por medio de elecciones directas sin que tal elección haya de realizarse a través del cauce asociativo"

Por tanto, al margen de la participación en los asuntos públicos que de forma voluntaria se puede realizar a través del cauce asociativo, en el caso de la participación en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos la participación de los padres (habrá que entender que también la de los profesores y, en su caso, de los alumnos) ha de realizarse a través de representantes elegidos directamente por los padres, que tienen garantizado, como veíamos más arriba, un contenido mínimo esencial en esa participación.

En esta participación y, de nuevo aproximándonos a la configuración del contenido esencial, insistirá la Sentencia 77/1985, de 27 de junio, que se produce como consecuencia del recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación. Aquí se perfila el contenido esencial de esa participación al resolver la colisión del mismo con el derecho del titular del centro en el caso de ser éste de titularidad privada pero concertado y, por tanto, sostenido, entre otros, con fondos públicos. Nos dice el Tribunal al referirse al "derecho 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, que reconoce en favor de padres, Profesores y, en su caso, los alumnos, el artículo 27.7 de la C.E." que

"este derecho a la intervención debe considerarse como una variedad del de participación,.. Por ello, este derecho puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros. Se deja así por la C.E. a la libertad de configuración del legislador la extensión de esta participación, con los límites consistentes en el respeto esencial del derecho garantizado (STC 5/1981, F.J. 15...) y de otros mandatos constitucionales. Más concretamente, el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los Centros sostenidos con fondos públicos estaría, en lo que aquí nos concierne, en el respeto al contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en este caso, del derecho del titular a la creación y dirección del Centro docente."

Lo que queda claro del texto citado es que la participación que se predica en la Constitución, no es sólo en sus modalidades informativa, consultiva o de



iniciativa, sino que abarca también la modalidad decisoria. Claramente el Tribunal entiende en sentido amplio esa participación en el control y gestión de los centros educativos sostenidos con fondos públicos.

Cabe mencionar, aunque desde otra perspectiva, lo establecido en la Sentencia 137/1986, de 6 de noviembre, en la que como consecuencia de un conflicto de competencias, el Tribunal dice que

"en orden al desarrollo de los derechos de intervención de la Comunidad escolar en el control y gestión de los centros (art. 27.7), es básica la regulación que exprese las dos determinaciones esenciales que, omitidas en este precepto constitucional, han de dar vida a aquellos títulos de intervención: El carácter de la participación que se reconozca a profesores, padres y, en su caso, alumnos y, de otra parte, la determinación genérica -y general para todo el territorio- del sistema de órganos en que esa participación haya de expresarse."

De esta forma se está garantizando un mínimo común de este derecho en todo el territorio nacional.

Por último, en cuanto a la participación en el ámbito de la educación, cabe mencionar la Sentencia 47/1990, de 20 de marzo, en la que el Tribunal para perfilar el contenido esencial de tal derecho se ve obligado a recurrir al artículo 23.2 de la Constitución. En la Sentencia se entiende que

"la prohibición a los Profesores de Religión de presentarse como candidatos al cargo de Director del Centro no podría considerarse como discriminatoria, puesto que, como observa el Ministerio Fiscal, el artículo 23.2 de la Constitución 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. Estos requisitos, sin embargo, por imperativo del principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, que el propio artículo 23.2 especifica, han de tener una justificación objetiva y razonable, pues lo que este último precepto ordena es que no se produzcan acepciones o pretericiones *ad personam* en el acceso a las funciones públicas (SSTC 8/1985, 148/1986 y 18/1987). Sin duda, la condición objetiva del destino definitivo en el Centro, de la que deriva directamente la imposibilidad de que los Profesores de religión accedan al cargo de director, no es, en sí misma, una exigencia discriminatoria, pues 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".

Es interesante resaltar el hecho de que el Tribunal haya acudido, en esta ocasión, al artículo 23.2 de la Constitución para resolver un problema de participación que en principio se localizaba en el artículo 27 de la misma. En su momento vimos como el Tribunal entendía restrictivamente el ámbito del artículo 23. Es cierto que, posteriormente, reconoce dos derechos diferenciados: el de los cargos públicos representativos (políticos) y el de los no representativos. En

el caso presente la alusión al artículo 23.2 no especifica a qué tipo de cargo se refiere el Tribunal, pero parece claro que lo hace en el sentido de cargo público no representativo. Esto no obvia para entender que se trata de asuntos públicos en los que participa la comunidad afectada, pudiéndose entender, por tanto, que el artículo 23 también protege esta participación y que quizá hubiera sido más conforme con el espíritu del artículo 9.2 de la Constitución entender de forma amplia el artículo 23 y a través de la necesaria diferenciación de ámbitos y de modalidades de participación por causas relevantes que justifiquen distintos tratamientos, establecer una doctrina constitucional general sobre la participación política en los asuntos públicos no sólo limitada a la participación electoral. Podríamos aventurar que el sentido de las resoluciones del Tribunal no tendrían por qué ser muy diferentes en la gran mayoría de los casos, pero la legitimación de una decisión donde se tiene como norte el establecido en el artículo 9.2 según la cual se ha de facilitar la participación efectiva sería mucho mayor, sin necesidad de recurrir a "rodeos" como, por ejemplo, el que claramente se establece en la Sentencia 53/1982, de 22 de julio, según la cual

"entiende el recurrente que el derecho a participar en los organismos institucionales debe reconocerse a todos los grupos significativos en aquellos ámbitos territoriales en que desenvuelven su actividad y que, así lo manda, sin duda, la Constitución en su artículo 23.1, por lo cual al excluirse de la CEP (Comisión Ejecutiva Provincial) de Baleares al representante de USO se le ha negado en la práctica el derecho constitucional de participación. Ocurre, sin embargo, que los destinatarios del derecho de participación del 23.1 de la C.E. son los ciudadanos y que tal precepto no reconoce a los sindicatos el derecho a ser consultados por organismos institucionales del Estado para tratar de asuntos públicos como el del empleo u otros semejantes, por todo lo cual hay que concluir que no es el derecho de participación el que está en juego en este caso. Si lo están el de libertad sindical (28.1 de la CE) y el de igualdad (art 14 de la CE) y ambos de modo tan inseparable que deben ser examinados conjuntamente, como por cierto lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando en sus Sentencias de 27 de octubre de 1975 y de 6 de febrero de 1976 examinó conjuntamente ..."

También es posible que de esta forma fueran más claras construcciones argumentativas como la realizada en la Sentencia 165/1987, de 27 de octubre, que afirma que

"las Asociaciones de Vecinos constituyen un instrumento de participación de los ciudadanos en la vida pública, especialmente la local, que nuestro ordenamiento jurídico, ..., trata de fomentar como manifestación asociativa democrática dirigida a procurar la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos, asumiendo, entre otras, la función de informar y concienciar a la opinión pública sobre situaciones que consideren injustas o lesivas al colectivo ciudadano o a alguno de sus miembros, siendo, por tanto, agrupaciones que se constituyen en ejercicio del derecho fundamental de asociación que garantiza el artículo 22.1 de la Constitución, cuyo contenido positivo reside en el derecho de fundar y participar en la asociación, desarrollando la actividad necesaria o conveniente al logro de los fines lícitos en atención a los cuales se constituye, mediante el empleo de medios igualmente lícitos".

Parece claro, en esta ocasión, que una asociación de vecinos, tiene como finalidad el que los ciudadanos participen en los asuntos públicos, derecho garantizado en el artículo 23.1 del cual el derecho de asociación del artículo 22 no sería más que la garantía de un instrumento para la efectividad del primero. Lógicamente la participación en este caso no es la misma que la participación electoral, pues la finalidad es distinta, pero también creemos que una buena construcción doctrinal sobre los distintos ámbitos y modalidades de participación solucionaría los problemas que quiere evitar el Tribunal con una configuración restrictiva del ámbito del artículo 23 y, por otro lado, se obtendría una mayor protección del derecho de participación política, derecho esencial en una democracia, y como consecuencia de ello, una mayor legitimación de sus decisiones.

#### **b) La participación institucional.**

Prestamos ahora una mayor atención a otros casos concretos de esas "otras formas de participación" como puede ser el caso de la "participación institucional". En relación a ella se pronuncia la Sentencia 39/1986, de 31 de marzo, en la que el Tribunal presta especial atención al análisis de la siguiente afirmación de la recurrente: "La participación de la Confederación sindical demandante en las Comisiones creadas en el Acuerdo Económico y Social es 'participación institucional' y, por tanto, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical". Para el Tribunal esta es la argumentación nuclear de la recurrente y para apreciar hasta qué punto es admisible o no, expone muy sintéticamente las líneas maestras de alcance de la libertad sindical, tal como ha venido siendo configurado por anteriores Resoluciones. Incluiría ésta, por un lado, los medios lícitos de acción para que el sindicato desenvuelva su acción legítima<sup>523</sup> y, por otro lado, las facultades y derechos que en el marco

---

<sup>523</sup> Dice el Tribunal al respecto: "La enumeración de derechos comprendidos en el de libertad sindical que contiene el artículo 28.1 de la Constitución no debe considerarse exhaustiva, sino meramente indicativa pues, aunque dicho precepto no se refiere expresamente a derechos "de actividad", la conexión con el artículo 7 de la Constitución y los Tratados internacionales suscritos por España en la materia evidencian que la libertad sindical comprende también "el derecho a que los sindicatos fundados (...) realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer" (STC 70/1982). Así, profundizando en esta línea, que reconoce a los sindicatos una capacidad general para representar a los trabajadores se ha afirmado que "la libertad sindical implica la libertad para el

constitucional el legislador les otorgue<sup>524</sup>. De ello el Tribunal deduce que la participación institucional no forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, sino que es creación de la ley y a ella hay que remitirse.

En el caso concreto se trataría de precisar la naturaleza de las Comisiones creadas en el Acuerdo Económico y Social, dado que el sindicato recurrente, que no había firmado el Acuerdo, pretendía que se reconociera su derecho a estar presente en una serie de comisiones surgidas todas ellas de acuerdos plasmados en el Acuerdo Económico y Social. El Tribunal entiende que para valorar el significado de estas Comisiones debe partirse de la propia licitud del Acuerdo Económico y Social como acuerdo. En ese sentido, las citadas Comisiones operarían como instancias para prolongar en el tiempo el propio proceso de intercambio que condujo al pacto, esto es, serían "un resultado más del pacto, en cuya mecánica cambial aparecen como una contrapartida, especialmente cualificada, que se equilibra con los deberes que las partes asumen en otros aspectos". Entendidas así, se presenta necesario valorarlas en el seno del acuerdo en que se crean y en la dinámica de intercambios que está en su base:

---

ejercicio de la acción sindical comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los tratados internacionales ratificados por España y, especialmente, los Convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo y las resoluciones interpretativas de las mismas dictadas por su Comité de Libertad Sindical (...) incluyen la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse también a la incoación de conflictos colectivos" (STC 37/1983). La libertad sindical, pues comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a que está llamado desde el propio Texto constitucional."

<sup>524</sup> Sobre ello: "debe tenerse en cuenta que, hablando en términos generales, los derechos citados con anterioridad son un núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería "reconocible". Es perfectamente claro que los sindicatos pueden recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del artículo 28.1 de la Constitución y que no contradicen el texto constitucional. Y también es perfectamente claro que en ocasiones, es posible introducir diferencias entre los sindicatos, para asegurar la efectividad de la propia actividad que a aquéllos se les encomienda, siempre que las diferencias se introduzcan con arreglo a "criterios objetivos", que aseguran que en la selección no se van a introducir diferenciaciones caprichosas o arbitrarias porque, en ese caso, la propia diferenciación contradiría el principio de igualdad de trato y quebraría, sin justificación o con justificación insuficiente, el libre e igual disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos. En la medida en que esos derechos adicionales, concedidos a unos sindicatos sí y a otros no, sobrepasan el núcleo esencial de la libertad sindical -que debe ser garantizada a todos-, tampoco se vulnera el artículo 28.1 de la Constitución. Entre estos últimos se encuentra el derecho de participación institucional, como quiera que se entienda ésta, y que esto es así se deriva, también de las resoluciones interpretativas del Comité de Libertad Sindical, que admite la diferenciación de trato implícita en todo sistema de mayor representatividad sindical si ésta no excede de otorgar privilegios "en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los Gobiernos o, incluso, en materia de designación de delegados ante organismos internacionales" (Comité de Libertad Sindical, citado en Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1982, de 22 de julio, f.j. 3º)."

"Analizando globalmente las Comisiones y órganos diversos creados en el Acuerdo Económico y Social, se evidencia que existe una estrecha conexión entre ellas y la ejecución del propio Acuerdo Económico y Social como acuerdo; con ello, quedaría descartada la alegada relación con este caso de la doctrina sentada en la STC 73/1984 en torno a la no disponibilidad por las partes de la legitimación negocial; en primer lugar, porque no estamos ante un verdadero y propio Convenio Colectivo -tal como el regulado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores-, y, sobre todo, porque no se trata de negociar cuestiones nuevas, distintas del pacto mismo, sino propiamente de ejecutarlo".

Ahora bien, el verdadero problema se sitúa para el sindicato recurrente en la posible vulneración de su derecho a influir con su participación en la normación futura en la medida en que entiende que tales comisiones van más allá de un mero acuerdo y se sitúan en el terreno de una verdadera 'participación institucional', pese a que tales órganos no se inserten en el seno de la Administración Pública. Para el Tribunal,

"para resolver este problema es altamente improcedente partir de conceptos apriorísticos. A semejanza de lo sucedido con otros derechos, no existe un concepto preciso de "participación institucional", externo a la Constitución, y al que deba entenderse que ésta remite. Por el contrario, en la medida de lo posible, debe tratar de precisarse su alcance directamente, con los datos que proporciona el Texto constitucional."

Es precisamente a partir de aquí donde el propio Tribunal en su argumentación pone de manifiesto las dificultades que encontraría una *democracia participativa* para su realización efectiva a partir de la propia doctrina del Tribunal. En el caso, el sindicato recurrente acude a diversos preceptos de la Constitución para fundamentar su pretensión. El Tribunal los va a ir rechazando uno a uno y ya no por no ser susceptibles de ser defendidos por vía de amparo -que, también-(arts 9, 41, 50, 129 y 131 de la Constitución en concreto) sino que, incluso siéndolos, para el Tribunal, tampoco podría encontrar apoyo en ellos la pretensión "participativa" de la recurrente:

-El artículo 9.2 de la Constitución Española, porque es un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social, del que, por tanto, no se deriva concretamente el derecho a formar parte de órganos de la Administración pública, pues es ésta una medida más entre las posibles que corresponderá decidir a los "poderes públicos", sin que pueda deducirse un derecho concreto a participar que se imponga a la elección por aquéllos de las medidas más adecuadas.

-El artículo 9.1 de la Constitución, porque cuando impone la necesaria

sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, no añade nada sustantivo a la alegada vulneración del artículo 28.1 de la Constitución.

-El artículo 23 de la Constitución, porque se refiere al acceso a "funciones y cargos públicos" y no cabe calificar así a las comisiones creadas al amparo del Acuerdo Económico y Social; además, dicho precepto "tiene como único destinatario de los derechos en él consagrados a los ciudadanos, y no a otros entes o sujetos como, en este caso, los sindicatos.

-Los artículos 41 y 50 de la Constitución, porque consagran derechos de los ciudadanos, sin menoscabar en nada la participación de éstos en la gestión de las entidades que los procuran que, en su caso, habría de deducir de otros preceptos constitucionales;

-Por último, el artículo 131 de la Constitución, porque en principio, el Acuerdo Económico y Social no tiene como objetivos fijar un marco para la planificación económica, que es concepto más amplio e intenso, pero, además, aunque en él se prevea la necesaria colaboración y asesoramiento de las asociaciones sindicales a la hora de planificar la economía con carácter general, esta participación deberá tener lugar a través de un órgano específico (un "Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley"), al que evidentemente no se pueden reconducir los órganos creados en cumplimiento del Acuerdo Económico y Social.

"Así resulta que el único precepto clave para determinar el alcance que cabe dar a la expresión "participación institucional" en el marco constitucional es el artículo 129 de la Constitución, al que también hace referencia la recurrente. Pues bien, dicho precepto entiende por participación la desarrollada en el seno de "organismos públicos", fuera de la cual, otras formas de participación no están prohibidas por la Constitución, pero tampoco reguladas por ella. De la misma manera, la Ley Orgánica de Libertad Sindical, siguiendo la pauta marcada por algunos instrumentos internacionales, reconoce a los sindicatos que tengan la consideración de más representativos la capacidad para "ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista" (art 6.3 a). Esto es, existe una estrecha vinculación entre la participación prevista en el artículo 129 de la Constitución y la estructura organizativa de la Administración pública, o de "entidades" y "organismos" de naturaleza pública que se cualifican por su naturaleza y su adscripción orgánica, y no tanto por la mayor o menor trascendencia que puedan tener, por ello, cabe concluir que las mencionadas comisiones no constituyen manifestaciones de participación institucional en el sentido constitucional del término. Sobre todo lo anterior debe, además, tenerse en cuenta que todas las fórmulas de participación -incluso las que pueden reconducirse al artículo 129 de la Constitución (SsTC 37/1983, de 11 de mayo, f.j. 2º y 118/1983, de 13 de diciembre, f.j. 4º)-, quedan remitidas por el propio texto constitucional a la normativa legal y a la norma que la crea quedan confiadas sus condiciones de funcionamiento. Por lo anterior, es posible que queden fijadas por ella condiciones razonablemente estrictas para integrarse en los órganos de representación porque

la Constitución le habilita para hacerlo, sin fijar un cuadro de derecho indisponible en esta materia."

Creemos que era necesario citar con toda su amplitud el discurso del Tribunal dado que en esta Sentencia se enfrenta a uno de los grandes temas que giran en torno a las actuales democracias y que en el mundo de la Ciencia Política ha recibido el nombre de "neocorporatismo". El neocorporatismo supone para muchos autores que las grandes decisiones en un país se toman al margen de los mecanismos tradicionales de representación, esto es, por las cúpulas de las grandes asociaciones de empresarios, de las de los sindicatos y por el gobierno. Más allá de una consideración global positiva o negativa del fenómeno, lo que demuestra la doctrina del Tribunal es que el mundo del Derecho y de la Teoría Constitucional todavía está apegado a concepciones tradicionales y no tiene respuestas fáciles para este fenómeno<sup>525</sup>. Desde esta perspectiva los razonamientos del Tribunal Constitucional son impecables, pero con todos los riesgos que supone afirmar esto, creo que la ocasión era "ideal" para intentar profundizar más en esa forma de participación que tanto peso tiene en la vida política y tan ajena al Derecho resulta. Cualquier propuesta que se pueda hacer aquí pecará de ingenua, por ello nos limitamos a señalar las posibilidades que una distinta configuración del artículo 23 hubiera dado de sí, cómo desde la doctrina constitucional se puede configurar el entramado de derechos y obligaciones que supone para los participantes en estas negociaciones la misma participación, cómo desde una perspectiva democrática hay que tener en cuenta esta realidad e intentar juridificar los trazos esenciales de esa zona brumosa entre lo público y lo privado, pero que tantas repercusiones tiene en el ámbito de lo público.

El Tribunal, por otra parte, ha tenido oportunidad de enfrentarse con ejemplos claros de lo que se viene denominando "participación institucional". Así, la Sentencia 184/1987, de 18 de noviembre, que se refiere al ámbito específico de los órganos de gobierno y representación de una entidad pública como

---

<sup>525</sup> Un buen resumen de las experiencias en formas de coordinación entre el sistema político y la representación de intereses profesionales y económicos se encuentra en RIVERO LAMAS, J., *op. cit.*, pp. 140-155. Para este autor, además, el artículo 129.1 de la Constitución, en conjunción con los artículos 1 y 9.2, "son el punto de apoyo inmediato para articular un régimen de democracia social que materialice el significado del Estado social y democrático de Derecho en la esfera de la actividad pública, complementando la participación prevista en el artículo 131.2 de los sindicatos junto a otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas, en el Consejo que se ha de crear para asesorar y colaborar en la elaboración de los proyectos de planificación económica" (pp. 160-161).

MUFACE, lo que le da pie para recordarnos que toda fórmula de participación queda remitida por la Constitución a la normativa legal o, en su caso, reglamentaria que la crea así como que la participación institucional constituye un derecho o facultad adicional, que los sindicatos pueden recibir del legislador, sin ser parte del núcleo mismo e indispensable de la libertad sindical pero que engrosa su núcleo esencial (STC 39/1986, de 31 de marzo).

En sentido negativo, podemos mencionar la Sentencia 7/1990, de 18 de enero, según la cual

"en las Comisiones Provinciales de Elecciones Sindicales los Sindicatos más representativos no están desarrollando estrictamente funciones de representación de los intereses de los trabajadores o de la población asalariada en el seno de entidades u organismos que formen parte de la estructura organizativa de la Administración Pública (lo que es, en rigor, lo que constituye la participación institucional). Más bien, esa participación se produce en un órgano de mero control y seguimiento electoral, que adopta decisiones sobre el cómputo e imputación de resultados electorales respecto de los distintos Sindicatos, a efectos de determinar cuáles de ellos han alcanzado la condición de mayor representatividad. Pues bien, es precisamente la evidente conexión de las funciones de las mencionadas Comisiones Provinciales con la obtención de la condición de "Sindicato más representativo", la que viene a convertir en lesiva de los derechos reconocidos en los artículos 28.1 y 14 CE a la disposición que se impugna, y sus actos de aplicación. Tratándose de órganos que imputan resultados electorales a los sindicatos a efectos de medir su representatividad y que forman parte de un engranaje encaminado todo él a proclamar cuáles son los sindicatos que han obtenido la condición de más representativos en el ámbito estatal y de la Comunidad Autónoma, no es razonable, ni objetivo, ni tampoco proporcionado a la finalidad y funciones de dichos órganos electorales, que únicamente formen parte de las mismas, y precisamente en proporción a su representatividad, los sindicatos que de conformidad con los últimos resultados disponibles hayan alcanzado la condición de sindicatos más representativos en el ámbito estatal y de la Comunidad Autónoma. Ello no garantiza adecuadamente la imparcialidad necesariamente exigible a un órgano de control electoral,..."

### **c) Participación en las empresas.**

En cuanto a otras formas de participación destaca la referencia constitucional a la promoción de las diversas formas de participación en la empresa y el fomento de las sociedades cooperativas del artículo 129.2. Una aplicación concreta de tal artículo y, por tanto, de tal promoción y fomento, lo encontramos en la Sentencia 77/1985, de 27 de junio, según la cual

"Los recurrentes estiman asimismo discriminatoria la preferencia que el artículo 48.3 (LODE), al regular los criterios generales de prelación en el establecimiento de conciertos, instituye en favor de Centros docentes constituidos bajo la fórmula de la sociedad cooperativa. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que tal preferencia es, por así decirlo, de segundo grado, ya que actuará sólo en segundo lugar, tras haberse aplicado el primer criterio señalado en el mismo artículo, esto es, la satisfacción de las necesidades de escolarización, que atiendan a poblaciones



escolares de condiciones socioeconómicas desfavorables o que, además, realicen experiencias de interés pedagógico. La preferencia en favor de los Centros en régimen de cooperativa se producirá sólo entre los que cumplan con las finalidades señaladas, y no fuera de éstas. Y ello no es más que el desarrollo del mandato contenido en el artículo 129.2 de la C.E., que compromete al legislador a fomentar, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas, con lo que la diferencia de trato introducida tiene un fundamento constitucional expreso, por lo que no debe ser tachada de irrazonable."

La Sentencia 48/1988, de 22 de marzo, nos proporciona un claro ejemplo de las dificultades de una aproximación a la idea de democracia sin tener en cuenta ningún otro valor reivindicable. Se trata en este caso de la democratización de las Cajas de Ahorro:

"son dos los principios básicos que informan el modelo organizativo contenido en dicha Ley: el carácter representativo de las Cajas de Ahorro y la eficacia de su gestión, que debe cumplirse con criterios estrictamente profesionales. De una parte, las Cajas son instituciones que, por su finalidad y naturaleza, se hallan directamente insertas en el entorno social que constituye la base de su desarrollo, y ello -según se afirma- implica el que, en aplicación del principio de democratización, deban estar representados en sus órganos rectores todos los intereses genuinos de las zonas sobre las que operan. Pero, al mismo tiempo, esta democratización no ha de resultar incompatible con una mayor profesionalización, indispensable para que tales Entidades -que, si bien son ajenas al lucro mercantil, deben operar en unos mercados financieros cada vez más competitivos- puedan prestar con la máxima eficacia sus servicios a la economía nacional. El principio democrático y el carácter representativo de las Cajas de Ahorro ha de reflejarse necesariamente en las normas que determinan los órganos de gobierno, sus funciones y composición, pero también en aquellas que garantizan la renovación de los mismos así como la autonomía de los grupos representados y la independencia de sus miembros. Por otra parte, la eficacia en la actuación de las Cajas exige asegurar la estabilidad de sus órganos y la profesionalización de éstos que resulte compatible con su carácter representativo."

No se renuncia en este campo tampoco y aquí más claramente a la conjugación de dos valores, el democrático y el de la eficacia.

Participación, sin duda, también es el derecho a la negociación colectiva del artículo 37 y en ella se plasma como en ningún sitio la tensión entre la representación individual de los ciudadanos y la representación de intereses, entre los derechos individuales y los derechos colectivos, o mejor, el bienestar general o incluso, el bien común. Esa tensión como en muchos otros casos, el Tribunal la resuelve mediante el recurso a la ponderación de los bienes en conflicto. La Sentencia 58/1985, de 30 de abril es un buen ejemplo:

"La Constitución Española ha reconocido a los "representantes de los trabajadores y empresarios" un poder de regulación afectado a un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto, que actúa en un sistema de negociación colectiva como el instituido por el Estatuto de los Trabajadores, a través de la representación institucional que ostentan los Sindicatos y Comités de Empresa, de un lado, y las asociaciones empresariales, de otro. Como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, la representación que los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores otorgan a las partes negociadoras de los Convenios

**Colectivos de eficacia general es una representación institucional y por tanto representación de intereses y no de voluntades."**

**De esta forma, hay que tener en cuenta que**

**"el tema de la regulación por la negociación colectiva de los derechos individuales constituye, de seguro, una de las cuestiones más complejas y delicadas en el Derecho del Trabajo y que no es dable resolver aduciendo meramente la imposibilidad de la disposición de derechos personalísimos por sujetos ajenos a su titular. Semejante conclusión está implícita en la propia definición del derecho como personalísimo, y lo que importa es precisar si un concreto derecho es o no susceptible de ordenación por la negociación colectiva.**

**Desde un punto de vista general, los problemas derivados de las relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual han de solventarse mediante la conjunción de dos principios básicos: Primero, que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad individual, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la Empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes; y segundo, que no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del Convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, y contradiría el propio significado del Convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones preciso la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos. Incluso más aún. En un sistema constitucional de relaciones laborales como el español, asentado sobre el pluralismo social, la libertad sindical y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, la satisfacción de una serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva, la cual no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura, actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general. Entre otros dos principios básicos, la solución de cada problema dudoso planteado es cuestión a realizar caso por caso valorando y ponderando la totalidad de circunstancias concurrentes."**

**En ese mismo sentido incide la más reciente Sentencia 142/1993, de 22 de abril que recuerda la anterior cuando afirma que "es constitucionalmente justificable el virtual sacrificio de la esfera de lo individual en función de los intereses colectivos tutelados por la representación del personal" siempre, claro está que la medida "no exija sacrificios de aquél que resulten desproporcionados a la finalidad perseguida". Pues bien, además de otras razones, el Tribunal entiende que "los representantes legales no son estrictamente terceros respecto de los trabajadores. Por el contrario, son una manifestación de la participación de los trabajadores en la empresa a la que alude el artículo 129.2 de la Constitución Española. Desde esta perspectiva corresponde a los representantes legales de los trabajadores velar por el cumplimiento de la normativa laboral en el seno de la empresa. Y desde esta perspectiva también, no es irrazonable ni desproporcionado que el legislador acuerde determinados derechos de**

información...".

#### **d) El derecho de petición.**

Una forma de participación poco citada por su escasa repercusión, pero muy utilizada por los ciudadanos es el derecho de petición del artículo 29.1 de la Constitución. La Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, lo define de la siguiente forma:

"El artículo 29.1 de la Constitución, al establecer que "todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determina la ley", reconoce un derecho *uti cives* del que disfrutaban por igual todos los españoles en su condición de tales, que les permite dirigir, con arreglo a la ley a que se remite la Constitución, peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado."

Por lo demás, no está de más recordar que el artículo 77 de la Constitución abunda en el derecho de petición en relación con las Cortes al decir, en su apartado 1º, que las Cámaras pueden recibir peticiones, individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas y, en su apartado 2º, que las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban, estando el Gobierno obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las Cámaras lo exijan<sup>526</sup>.

#### **e) La publicidad como condición y garantía de participación.**

Para no reiterar referencias a Sentencias y contenidos ya examinados vamos a terminar refiriéndonos, aunque brevemente a la exigencia de publicidad como condición y garantía de participación. Tratado desde otras perspectivas nos hemos referido ya a distintos aspectos de la privatización de la política y sus repercusiones para la democracia<sup>527</sup>, por lo que no vamos a incidir en ello.

---

<sup>526</sup> La doctrina se ha encargado de poner de manifiesto el tono restrictivo de tal regulación (Véase RAMIREZ, M. *La participación política*, op. cit., pp. 118-121).

<sup>527</sup> Recogido por distintos analistas como uno de los riesgos de las actuales de las democracias (BOBBIO) y asociado al fenómeno del neocorporativismo (SCHMITTER), es interesante consultar el análisis de AGUILA, R. Del sobre el fenómeno en España por su arraigo inmediato durante la transición ("Partidos, democracia y apatía: una interpretación" en *Revista de Estudios Políticos*, nº

No basta, en cualquier caso, con la publicidad en el proceso de argumentación pública sobre las decisiones políticas en una sociedad. Es el caso de la exigencia constitucional de publicidad para las asociaciones (arts. 22.3 y 5 C.E.). Además, también, la publicidad ha de extenderse al funcionamiento interno del aparato del Estado, siempre con los límites razonables que otros principios imponen en la materia.

Con el antecedente importante de la Sentencia 55/1987, de 13 de mayo, el Tribunal Constitucional incide, por ejemplo, en la necesidad de la publicidad en la aplicación del Derecho para garantizar el control público de jueces y Tribunales en la Sentencia 96/1987, de 10 de junio:

"el principio de publicidad, estatuido por el artículo 120.1 de la Constitución, tiene una doble finalidad: Por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. El artículo 24.2 de la Constitución ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo. En los mismos términos se encuentra reconocido el derecho a un proceso público en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, habiendo sostenido al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en idéntica dirección que la que acabamos de señalar, que "la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el artículo 6.1 del referido Convenio, protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; por lo que constituye uno de los medios de preservar la confianza en los Jueces y Tribunales" (...). De acuerdo con ello, la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia. El principio de publicidad, por otra parte, tiene un carácter eminentemente formal, pues de otro modo no podría satisfacer las finalidades que se derivan de sus elementos esenciales: El control público de la justicia y la confianza en los Tribunales."

Condición de legitimidad constitucional, habríamos de añadir "condición de legitimidad democrática". Pues bien, disponemos de un caso claro de hurto al debate público a través de medios formalmente ajustados a Derecho en la Sentencia 163/1991, de 18 de julio. El Pleno de una Diputación provincial había resuelto que el grupo mayoritario de la Corporación fijara los criterios por los que se regiría la designación de los representantes de tal Corporación en una Caja de Ahorros siendo en su totalidad miembros del partido mayoritario. Para el Tribunal

"No cabe, pues, afirmar que la fijación de los criterios y la designación de las personas fuesen adoptadas en un debate abierto y libre, determinada por la relación de fuerzas políticas

representadas en la Corporación, sino que resultaban claramente impuestas por esa previa decisión de remitirse a la voluntad del grupo mayoritario, y por ello al recurrente, del proceso de toma de decisión y de la posibilidad de elegir y ser elegido representante como miembro de la Corporación."

En consecuencia, el Tribunal estimara que tal decisión no se ajusta a la Constitución pues constituye una diferencia injustificada e irrazonable desde la perspectiva del artículo 23.2 y una mediatización o exclusión ilegítima y arbitraria del ejercicio del cargo público representativo, impedimento que de forma indirecta afecta también al derecho de los electores a participar a través de sus representantes.

## **8.8.- CONCLUSIONES ESPECIFICAS**

-Se configura la Administración Pública con base en las ideas weberianas, donde el acceso depende únicamente del mérito y de la capacidad para garantizar la imparcialidad y la eficacia. Ello no obsta para atender a causas relevantes que justifiquen tratamientos diferenciados dentro de la común igualdad de acceso.

-La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos es entendida por nuestro Tribunal Constitucional en términos restrictivos, al reducirla a los efectos del artículo 23 de la Constitución prácticamente a la participación electoral para la elección de representantes (selección de élites políticas), al margen de las pocas expresiones de democracia directa recogidas en la Constitución. Cualquier otra forma de participación dependerá de un "especial" llamamiento de la Ley.

-En cuanto a la participación electoral podemos señalar las siguientes conclusiones:

a) El Tribunal apuesta por un concepto de representación y de voluntad popular eminentemente jurídico, abandonándose la posibilidad de "conocer" qué contenido tenga la voluntad popular por la más manejable del respeto de las "reglas del juego". Se adopta una perspectiva formalista de acuerdo con la cual la voluntad popular es la que resulta de las reglas de juego imperantes, precisamente por la misma razón de que son las imperantes.

b) El voto no es únicamente un derecho, sino también una función: dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático. Por

otro lado, la igualdad no se puede predicar del valor del voto mas que imperfectamente. Hay causas relevantes que justifican una valoración desigual, fundamentalmente la representación de la población de territorios escasamente poblados y la eficacia y estabilidad del sistema político.

c) En todo lo demás, el Tribunal tiende a interpretar el derecho o derechos fundamentales (del artículo 23) con toda su fuerza expansiva sobre todas las etapas del proceso electoral, salvo alguna somera excepción en la que opta por una postura más elitista precisamente por el entendimiento restrictivo del artículo 23.

-En el ámbito parlamentario podríamos destacar las siguientes conclusiones:

a) La democracia exige el sometimiento a las reglas de juego establecidas mayoritariamente. Legítimamente se puede imponer desde la democracia el cumplimiento de las mismas y, desde otra perspectiva, excluir toda otra manifestación de voluntad popular realizada al margen de esas reglas de juego. Ahora bien, en una democracia está permitida la participación política de ciudadanos y grupos que mantengan posturas antidemocráticas, siempre que la defensa de éstas se hagan a través de las reglas de juego establecidas democráticamente.

b) Pertenece a la esencia de la democracia representativa la distinción entre mayoría y minoría (que es simple proyección de las preferencias manifestadas por la voluntad popular) y la ocupación por la primera de los puestos de dirección política.

c) Pertenece a la esencia de la democracia la participación de todos los potenciales afectados por las decisiones políticas en el proceso (argumentación pública) de toma de decisiones políticas, directamente o por medio de representantes, a los que no se puede hurtar tal participación.

d) Por lo demás, el Tribunal entiende con la mayor amplitud la exigencia de las condiciones que permiten el ejercicio efectivo de sus funciones por parte de los parlamentarios.

e) Las instituciones de la inmunidad e inviolabilidad son

consustanciales a un régimen democrático en cuanto garantía de la libre formación de la voluntad del órgano que representa la voluntad popular. Ahora bien, tales instituciones en la medida que pueden entrar en conflicto con otras o con los derechos fundamentales que también son fundamento del orden político exigen una interpretación estricta de tal forma que no se desvirtue su finalidad, dando origen a verdaderos "privilegios" que puedan vulnerar otras instituciones o derechos.

-Sobre otras formas de participación no podemos dar una caracterización general y encontramos:

a) desde la participación en el control y gestión de los centros de educación sostenidos con fondos públicos que es máximamente protegida en todas sus modalidades (informativa, consultiva, de iniciativa y decisoria),

b) a un reconocimiento del fenómeno del neocorporatismo, sin poder "juridificarlo" por estar anclado el Tribunal en categorías tradicionales del Derecho constitucional.

-Podríamos concluir que al Tribunal Constitucional le falta una construcción doctrinal de la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos con carácter general que arrancando del primado democrático pudiera dar respuesta a muchos de los problemas con los que en la actualidad se enfrentan las categorías tradicionales de la Teoría Constitucional y que el Tribunal ha resuelto hasta el momento mediante la aplicación de la prudencia. No sería justo no reseñar los esfuerzos realizados en ese camino en las sentencias 32/1985, 141/1991 y 163/1991 en las cuales obtiene consecuencias jurídicas de la aplicación del principio democrático.

## 9.- DESCENTRALIZACION

### 9.1.- INTRODUCCION

Como vimos en el Capítulo dedicado a las asociaciones, éstas como la descentralización han supuesto para diversos autores bien requisitos, bien consecuencias necesarias de la democracia, ya sea en su faceta de reducción/división del poder (la liberal), bien sea en la faceta de permitir una mayor participación y, por tanto, más posibilidades de desenvolvimiento de las potencialidades del hombre y de su dignidad (la democracia participativa)<sup>528</sup>. Pues bien, es claro que nuestro actual régimen político en lo que se refiere a su configuración como "Estado de las Autonomías"<sup>529</sup>, ha supuesto una gran descentralización del poder político, y esto, en primera instancia, permite pensar, siguiendo a los autores citados, que si se puede hablar de grados de democracia, nuestra Constitución admite y permite un "mayor grado" de democracia. Pero, antes de analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional conviene precisar algunos puntos.

En primer lugar, la descentralización operada con el Estado de las Autonomías puede ser considerada una manifestación más del pluralismo. Más concretamente, del pluralismo político que, así pues, no se limitaría a la existencia de una pluralidad de partidos políticos con posibilidades de acceder al poder y proceder a la tan anhelada alternancia en el poder. De esta forma lo entiende la mayor parte de la doctrina. Sirva de ejemplo, Torres del Moral, cuando dice: "El Estado autonómico es una manifestación más del pluralismo. El

---

<sup>528</sup> GARCIA DE ENTERRIA afirma tajantemente que "el sistema de autonomías territoriales es un sistema de participación de los ciudadanos en el gobierno de los asuntos que le conciernen" y esto al margen de las interpretaciones nacionalistas que de las mismas se puedan hacer: "es evidente que lo mismo conciernen los asuntos colectivos de su propia región a quien pueda exhibir un *curriculum* histórico especialmente identificador e individualizador que a quienes provengan del común de la estirpe" ("La Constitución y las autonomías territoriales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, p. 20.)

<sup>529</sup> En cuanto a su naturaleza federal o regional, podemos limitarnos a afirmar con AJA, E. que "la autonomía estructura un tipo de Estado compuesto caracterizado por la existencia de una doble instancia de poder político, la central y la autonómica, de forma semejante a como lo hace el federalismo o el regionalismo" ("La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989, p. 237).



pluralismo autonómico es de base geohistórica, política y jurídica en algunos casos, aunque no en todos ha quedado después adecuadamente definido. A ello se añade, a veces, el factor cultural y, en otras ocasiones, también el lingüístico. Y el problema se complica aún más con el factor económico, nunca ausente de los fenómenos políticos, por no hablar de las razones de oportunidad personal o partidista de esta o aquella operación autonómica"<sup>530</sup>. Pues bien, no hay duda de que si la descentralización política es una manifestación del pluralismo y éste un valor que deriva directamente de la libertad, entroncamos nuevamente con ésta para entender qué sea la democracia.

Una segunda precisión nos permite dejar de lado el plano teórico y situarnos en el plano histórico que, por otro lado, hemos defendido como necesario para entender la configuración real de la democracia en un lugar y momento dado. Pues bien, siguiendo al autor citado conviene hacer ciertas precisiones históricas sobre el ligámen entre democracia y descentralización en el mundo occidental y en España en particular. Dice Torres del Moral que "en los últimos cien años, la idea autonómica ha gozado de un acentuado prestigio político, unida a la de democracia, debido a que, efectivamente, en la lucha contra las autocracias ambas aparecieron unidas bajo la misma bandera"<sup>531</sup>. Es claro, por tanto, que aunque teórica y conceptualmente se pueden distinguir, en el plano histórico las dos han caminado juntas durante el último siglo. Y este camino no es baladí. Como continua diciendo el autor citado "para que autonomía conecte conceptualmente con democracia es preciso no sólo la existencia de potestades exentas frente a los poderes centrales del Estado, sino también que la titularidad de esas potestades de las entidades territoriales menores sean del pueblo, y su ejercicio también de éste o de sus representantes. Así fue entendida y propugnada en España por la oposición clandestina al centralismo autocrático franquista y fue presentada, durante el proceso constituyente, como un *requisito de la democracia* o, con palabras de González Encinar, como un principio de legitimación del Estado"<sup>532</sup>. Por tanto, en la conciencia del constituyente español y, por qué no, de los españoles, la descentralización o autonomía se presenta como un "requisito de la democracia. Pues bien, esta idea nos permite esperar una jurisprudencia

---

<sup>530</sup> TORRES DEL MORAL, A. *Principios de Derecho Constitucional Español*, ATOMO, Madrid, 1986, vol. 2, p. 306.

<sup>531</sup> Op. cit., p. 310.

<sup>532</sup> Op. cit., p. 310. La cursiva es mía.

favorable a desarrollar "en positivo" la autonomía en España en la medida en que ésta se conecta directamente con la idea de democracia.

Ahora bien, no conviene olvidar que partimos de donde partimos. Sólo así se pueden explicar frases de Magistrados del Tribunal Constitucional como la de Tomás y Valiente que en 1984, después de afirmar que la doctrina del Tribunal Constitucional en este campo se puede calificar de equilibrada "por haber seguido una línea equidistante entre dos opciones posibles -centralista y autonomista-"<sup>533</sup>, dice que "en la fase actual de dar realidad normativa a un modelo de Estado prefigurado, pero no definitiva y conclusivamente configurado por la Constitución, una línea jurisprudencial abiertamente autonomista hubiera podido poner en peligro un Estado que, antes de autonómico, ha de continuar siendo un Estado"<sup>534</sup>. Si bien estimamos que se equivoca al individuar el problema<sup>535</sup>, pues no se trata de seguir una línea más centralista o más autonomista dado que la línea es la que admite la Constitución<sup>536</sup>, la frase sí puede explicar ciertas cautelas -que estudiaremos- del Tribunal en cuanto que la afirmación realizada, mudable lo mudable, se puede aplicar a la idea de democracia ahorrándonos muchas matizaciones a ciertas posturas más políticas

---

<sup>533</sup> De la misma opinión parece SOLOZABAL, J. J. cuando afirma que "el Tribunal parte de una idea equilibrada del ordenamiento constitucional, que reposa en la conjugación adecuada de la soberanía y autonomía, como poderes pertenecientes, respectivamente al Estado central y a las Comunidades Autónomas" o subraya "que la insistencia por parte del Tribunal Constitucional de las exigencias del principio de unidad del ordenamiento ha venido acompañada asimismo de una defensa igualmente acérrima de los rasgos pluralistas de nuestro sistema jurídico" ("Sobre el Estado autonómico español" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 78, 1992, pp. 116-117).

<sup>534</sup> TOMAS Y VALIENTE, F. *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 146.

<sup>535</sup> Como apunta PEREZ ROYO, la dirección apuntada por la Constitución carece "de la concreción no ya deseable, sino exigible; que está abierta a modelos de Estado notablemente diferentes, aunque todos con un reconocimiento de la distribución territorial del poder" ("Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 49, 1986, p. 8).

<sup>536</sup> ELIZALDE, J. lo expresa diciendo que "el problema no es ya que la función arbitral de nuestro Tribunal Constitucional sea territorialmente 'federalista' o bien 'unitario-generalizadora' o un híbrido de ambos modelos, sino la muy dudosa posibilidad de definir criterios territorializados de control de constitucionalidad más allá de la obvia constatación inicial de una convergencia histórica entre Estado federal y control constitucional". Ahora bien, ello no le impide propugnar la utilidad de una interpretación 'federante'. ("Observaciones sobre el papel del Tribunal Constitucional en la delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas" en *Revista de Derecho Político*, nº 16, 1982-83, p. 145)

que democráticas<sup>537</sup>. Y es que a la hora de entender qué sea la democracia muchas veces se olvida que la democracia, se quiera o no, es una forma de gobierno (entiéndase en sentido amplio) de un Estado, Estado que antes que democrático es un Estado. Sólo a partir de aquí se pueden entender determinados límites a la democracia<sup>538</sup>.

## 9.2.- LA JURISPRUDENCIA

Sobre la jurisprudencia constitucional en la materia conviene aclarar desde un principio que, siendo ésta bastísima y, en su mayor parte, limitándose a ser aplicación de los principios que se deducen de la Constitución para "ordenar" el Estado de las Autonomías<sup>539</sup>, aquí nos limitaremos a hacer hincapié en los puntos de la doctrina constitucional que más directamente están relacionados con el problema que nos ocupa.

En primer lugar, la idea que mencionábamos en la *Introducción* sobre la relación entre descentralización (entiéndase autonomía) y pluralismo. Resulta curioso que sea precisamente en una Sentencia que recae sobre un asunto relacionado con la descentralización donde el Tribunal se haya aproximado a la noción de qué sea el pluralismo político. En la Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, nos dice:

"En un sistema de pluralismo político (art. 1 de la Constitución) la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo. Aplicado este criterio al principio de autonomía de municipios y provincias, se traduce en que la función del Tribunal consiste en fijar unos límites

---

<sup>537</sup> No está de más añadir con RUIPEREZ ALAMILLO "que la realización efectiva de la combinación entre centralización y descentralización no depende tanto de que se prevea en la Constitución como, por el contrario, del sistema de partidos operantes en ese Estado ("La división de competencias en el llamado "Estado de las Autonomías" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 59, 1988).

<sup>538</sup> Esta idea también coincide con la plasmada por la teoría postempirista de ZOLO, D. en el sentido que la democracia se configura como equilibrio entre la idea de seguridad/eficacia y la de diferenciación social/libertad (*Il principato democratico*, op. cit., p. 83).

<sup>539</sup> Lo cual no es óbice para reconocer que la construcción del sistema autonómico dada la parquedad de la Constitución ha sido elaborada prácticamente por entero por el Tribunal Constitucional que ha contado para ello con el inestimable apoyo de la doctrina. (Véase GARCIA DE ENTERRIA, op. cit., p. 25).

cuya inobservancia constituiría una negación del principio de autonomía, pero dentro de los cuales las diversas opciones políticas pueden moverse libremente".

Como se observa, en este caso la noción se restringe básicamente a la pluralidad de opciones políticas (entiéndase representadas por los distintos partidos) y no tanto al pluralismo que puede representar la existencia de diversas instancias de poder político (que sería representada por la división de poderes tanto vertical como horizontal). Parece que el Tribunal engarza la descentralización con la división de poderes -que, como hemos visto, se deduce del valor libertad directamente-, sin necesidad de derivar del pluralismo político del que sólo lo haría la pluralidad de partidos con opción de poder, siempre según el Tribunal. Esta impresión se confirma cuando inmediatamente leemos en la misma Sentencia lo siguiente:

"Pues bien, la Constitución (arts. 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización -el Estado- para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades de distinto rango, tal como se expresa en el artículo 137 de la Constitución al decir que "el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses".

Ahora bien, se entienda la descentralización como manifestación del valor pluralismo político o como manifestación del valor libertad -que, como en reiteradas ocasiones hemos reiterado, para nosotros es el verdadero valor superior-, el problema que se plantea inmediatamente es el de qué entender por autonomía. Y aquí inmediatamente surgen los problemas.

#### a) La "autonomía" de los entes locales.

El primero es la configuración que realiza el Tribunal de las diferentes autonomías de los entes locales y de las Comunidades Autónomas. Al respecto, la misma Sentencia define el ámbito de cada cual, doctrina que se ha reiterado posteriormente:

"la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus 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",

A partir de esta doctrina -ya comentada en la *Introducción*- el Tribunal entiende que el artículo 137 de la Constitución delimita los poderes autonómicos, circunscribiéndolos a la "gestión de sus respectivos intereses", lo que exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo. De acuerdo pues con la Constitución, para el Tribunal, la autonomía que se garantiza para cada entidad "lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del Municipio, de la Provincia, de la Comunidad Autónoma".

Ahora bien, surge el problema cuando el Tribunal después de afirmar que este poder *para la gestión de sus respectivos intereses* se ejerce -por lo demás- en el marco del Ordenamiento (es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución), añade

"y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad -como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación- de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (arts. 150.3 y 155, entre otros), como a los entes locales (art. 148.1.2º)."

Y decimos que surge el primer problema, no por la posición de superioridad del Estado<sup>540</sup> (debemos entender órganos centrales) de la que también hablaremos, sino por la configuración de la autonomía de los entes locales como meramente administrativa. En este sentido es más clara la Sentencia 25/1981, de 14 de julio, cuando afirma que las Comunidades Autónomas

"gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los entes locales, ya que se añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política, cualquiera que sea el ámbito autonómico".<sup>541</sup>

---

<sup>540</sup> Tal superioridad no es óbice para que se pueda afirmar que "la posición constitucional de los entes locales, fundada según los artículos 137 y 140 CE en el carácter representativo de sus órganos de gobierno, y en la gestión autónoma de sus propios intereses, conlleva su separación y sustantivación respecto de las Administraciones del Estado y de su respectiva Comunidad Autónoma" (Sentencia 148/1991, de 4 de julio).

<sup>541</sup> En la Sentencia 37/1987 precisará: "La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto".

Bien que la autonomía de las Comunidades Autónomas sea cualitativamente superior a la de los entes locales al disponer de potestades legislativas; no obstante, creemos que yerra el Tribunal al considerar a los entes locales como meros órganos administrativos y no políticos. Error que sólo se entiende si se reduce lo político a lo legislativo que no a lo normativo, pues los entes locales sí tienen capacidad normativa<sup>542</sup>. Por otro lado, supone una contradicción con otros aspectos de la doctrina del Tribunal como cuando dice, en la primera Sentencia citada, que

"las Corporaciones locales son de carácter representativo, y su gobierno y administración tienen el carácter de autónomos para -artículo 137 de la Constitución- la gestión de sus respectivos intereses. De aquí que deba sostenerse la inconstitucionalidad de cualquier disposición que establezca la posibilidad de suspensión o destitución de los miembros de estas Corporaciones -o la disolución de la propia Corporación- por razón de la gestión inadecuada de los intereses peculiares de la Provincia o Municipio".

No se nos ocurre otra forma de interpretar esto último que no sea como capacidad de autogobierno y, por tanto, política. Es más, pasando al terreno de lo fáctico, creemos que los municipios, esencialmente, están hoy más cerca del ciudadano y deben responder con más urgencia a los problemas del "día a día", permitiendo además una mayor participación del mismo, todo lo cual trae una indudable conexión con la democracia entendida como participación, con lo que no sería difícil prever la necesidad de un mayor ámbito de poder político para los mismos en un inmediato futuro.

Se podrá argumentar que, al decir esto, nos situamos en el campo de lo normativo, pero con ello pretendíamos destacar una idea que también pone de manifiesto Tomás y Valiente cuando dice que a su 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

---

<sup>542</sup> Sobre la distinción entre autonomía administrativa y autonomía política u otros modelos de autonomía se puede consultar VIVER I PI-SUNYER, C. *Las autonomías políticas*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, pp. 19-32. Sobre la distinción entre autonomía política y autonomía administrativa dice el autor que "puede llegar a ser análoga en la práctica e incluso, según se configuren ambas categorías, puede llegar a tener mayor capacidad de incidencia sobre la realidad social -es decir, mayor poder político- un ente dotado de autonomía administrativa que otro que tenga atribuida autonomía política". Ahora bien, esto "no debe llevarnos a negar la utilidad de distinguir teóricamente ambas categorías" aunque "debe incitar, ciertamente, a elaborar nuevos conceptos de descentralización política" (pp. 21-22).

impuesta a la misma"<sup>543</sup>. Participación decisoria que, como es obvio, se resuelve de distinta forma en el caso de los entes locales y en el caso de las Comunidades Autónomas, siendo que en la primera sólo interviene el legislador nacional y en la segunda, aunque en último caso siempre es suya la decisión, también interviene el legislador autonómico.

Esta última idea se corresponde también con lo establecido en la Sentencia 32/1981, de 28 de julio, donde el Tribunal afirma que

"el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la *preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*.<sup>544</sup>".

Pues bien, respecto a las entidades locales, es claro que es el legislador ordinario el que en última instancia decide sus competencias, pero ni esto es disconforme con su "autonomía política" cuyo carácter esencial siempre habrá de respetar, ni puede haber duda que para la conciencia social de nuestra época los entes locales suponen una instancia de participación política de primera magnitud, aunque no posean facultad legislativa. Sólo así se puede entender la misma doctrina constitucional que en la misma Sentencia también afirma

"la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto las atañen, los órganos representativos de la Comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible."

---

<sup>543</sup> Op. cit., pp. 48-49.

<sup>544</sup> La cursiva es mía.

**b) Qué entender por "intereses respectivos".**

Dicho lo anterior y afirmado el carácter restrictivo con el que el Tribunal en línea de principio afirma la autonomía de los entes locales, cabe pasar a analizar el segundo gran problema con el que nos enfrentamos: el de cómo ha resuelto el Tribunal la noción de los respectivos intereses de las distintas instancias de poder político vertical que, como era de esperar, entran en conflicto en multitud de ocasiones y, en concreto, qué ha entendido por interés general. Pues bien, es la Sentencia 25/1981, de 14 de julio, la que pone las bases<sup>545</sup> de lo que después se ha convertido en doctrina del Tribunal en la materia con algunas matizaciones. En esta Sentencia, el Tribunal afirma que

"aunque las Comunidades Autónomas no son ni pueden ser ajenas al interés general del Estado, la defensa específica de éste es atribuida por la Constitución al Gobierno (arts. 97, 155), llamado así mismo prioritariamente a velar por la efectiva realización del principio de solidaridad (art. 138), junto a las Cortes Generales (art. 158.2). Sin dejar, como es obvio, de participar en la vida general del Estado, cuyo ordenamiento jurídico reconoce y ampara sus Estatutos como parte integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147.1), 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 que les son propios, mientras que la tutela de los intereses públicos generales compete por definición a los órganos estatales. En función de ello, es coherente que la legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad frente a cualquier clase de leyes o disposiciones con valor de ley corresponda sólo a aquellos órganos o fracciones de órganos que por su naturaleza tienen encomendada la tutela de los intereses públicos generales (art. 32.1) y 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 las afecten (art. 32.2)".

Creemos que en este punto la jurisprudencia del Tribunal vuelve a ser excesivamente restrictiva. Una cosa es que la Constitución, efectivamente, haya dispuesto que los intereses generales del Estado deban ser tutelados y defendidos obligatoriamente por los órganos centrales del mismo y otra cosa distinta que las Comunidades Autónomas o, también los municipios, no deban tutelar y defender esos intereses generales que también les afectan y del que forman parte siempre con arreglo a la distribución competencial que se deduce de la Constitución. En este sentido, en la Constitución se ha dispuesto que los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas puedan interponer recurso de inconstitucionalidad (art. 162).

---

<sup>545</sup> La misma idea ya aparece expuesta en la Sentencia 4/1981, de 2 de febrero y reiterada posteriormente en la Sentencia 25/1981, de 14 de julio.



Por otro lado, el que el artículo 137 de la misma establezca que gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, no creemos que limite el papel de las mismas únicamente a la gestión de los mismos, sino que, más bien, es la propia Constitución la que le otorga otras funciones por el hecho mismo de su existencia, cual es la contribución dentro de un todo global al interés general.

Así pues, entendemos que se pueden interpretar de forma independiente los artículos 137 y 162 que, según esta tesis, se refieren a funciones distintas de las Comunidades Autónomas. Es más, pensamos que en una línea parecida se sitúa el voto particular formulado por los Magistrados Latorre Segura, Díez de Velasco Vallejo, Tomás y Valiente y Fernández Viagas que estiman, en el caso concreto, que el Parlamento vasco está legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad: 1º) por entender el término "afectar" en sentido amplio; 2º) por que las Comunidades Autónomas estarían actuando no en defensa de una competencia suya sino en defensa del orden constitucional; y 3º) por que la ley en cuestión afecta a los intereses propios y al "ámbito de autonomía". Nosotros nos quedaríamos con la segunda razón, pues entendemos restrictivas en el planteamiento las otras dos razones.

Además, estimamos que se corresponde perfectamente con lo que venimos diciendo el sentido con el que el Tribunal entendió el artículo 150.3 de la Constitución. Este consagra la posibilidad de que el legislador nacional pueda establecer leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. En la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, con el antecedente de la Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, dirá:

"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 y que es la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos lo que explica que la propia Constitución haya previsto la posibilidad de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, por razones de interés general, a través de la técnica armonizadora contenida en el artículo 150.3. Desde esta perspectiva, el artículo 150.3 constituye una norma 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, pues en otro caso el interés que se pretende tutelar y que justificaría la utilización de la técnica armonizadora se confunde con el mismo interés general que ya fue tenido en cuenta por el poder constituyente al fijar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las Leyes de armonización vienen a completar, no a suplantar,

las demás previsiones constitucionales".

Creemos que en esta ocasión<sup>546</sup> el Tribunal sí ha entendido en toda su amplitud la autonomía como integrante del interés general del Estado<sup>547</sup>. Todavía más, recientemente, en la Sentencia 75/1989, de 21 de abril, que se hace eco de una anterior 146/1986, de 25 de noviembre, se dice claramente que "no cabe justificar una competencia estatal por la mera razonabilidad de la medida, ni por la conveniencia de adoptar estas medidas a nivel "supraautonómico", ya que la persecución del "interés general" que representa el Estado "se ha de materializar "a través de", no "a pesar de" los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución"<sup>548</sup>.

Por lo demás no es ésta la sede para describir todos los principios que informan el Estado de las Autonomías en España ni la aplicación que de los mismos ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional<sup>549</sup>. Nos limitaremos al hilo de esta materia a comentar algunos aspectos directa o indirectamente relacionados con la democracia ya sea por su alcance, ya sea entendida como principio de legitimación.

---

<sup>546</sup> La Sentencia conocida como Sentencia LOAPA es, por lo demás, importante porque sienta el principio de que el legislador estatal no puede imponer una determinada interpretación de los preceptos de la Constitución.

<sup>547</sup> En realidad el criterio empieza a rectificarse ya en el mismo año 1981 a partir de la Sentencia 37/1981 donde se resalta la necesaria o posible concurrencia del Estado y de las Comunidades Autónomas a la hora de hacer frente a un "interés general". Aún así, como pone de manifiesto PEREZ ROYO, "alguna que otra vez aparece como corolario, sin importancia práctica" (SSTC 1/1982, 11/1984, 24/1985, 35/1982, 123/1984) Véase "Reflexiones sobre...", op. cit., p. 20).

<sup>548</sup> El mismo AJA, E. después de constatar que el Tribunal Constitucional corrigió pronto los inconvenientes de la anterior doctrina, advierte que conviene "realizar un rechazo más general de esta teoría porque también las Comunidades Autónomas contribuyen al interés general en la medida que la propia autonomía contiene el principio de unidad" (op. cit., p. 248). Desde otro punto de vista, SOLOZABAL ECHEVARRIA afirma que "el Estado autonómico es un verdadero Estado, esto es, una auténtica unidad de acción y decisión políticas, y ello no sólo de cara al exterior, sino también *ad intra*, de modo que el reconocimiento de la pluralidad de centros políticos no impide la unidad - compleja- de la organización política total" ("Sobre los supuestos jurídicos de cobertura institucional del pluralismo territorial en el Estado autonómico español" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 46-47, 1985, p. 14) y cita a ARAGON REYES según el cual "las comunidades autónomas pueden y deben hacer política nacional desde la política regional" (op. cit., p. 29)

<sup>549</sup> Entre otras razones, es conocido que la doctrina constitucional en la materia presenta un alto carácter casuístico -un buen ejemplo es la Sentencia 13/1992, de 6 de febrero- y predominio de soluciones de corto alcance. Sobre el tema, véase AJA, E. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989, p. 224.

### c) Sobre los límites de la autonomía.

Sobre los límites de la autonomía nos limitaremos a recoger una doctrina clara y reiterada del Tribunal, expuesta , entre otras, en la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, según la cual, las Comunidades Autónomas

"son iguales en cuanto a su subordinación al orden constitucional; en cuanto a los principios de representación en el Senado (art. 69.5); en cuanto a su legitimación ante el Tribunal Constitucional (art. 162.1); o en cuanto que las diferencias entre los distintos Estatutos no podrán implicar privilegios económicos o sociales (art. 138); pero, en cambio, pueden ser desiguales en lo que respecta al procedimiento de acceso a la autonomía y a la determinación concreta del contenido autonómico, es decir, de su Estatuto y, por tanto, en cuanto a su complejo competencial. Precisamente el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y diversidad del *status* jurídico público de 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 las autonomías."

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, al valorar la función del principio de igualdad en el marco de las autonomías, precisa que la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento<sup>550</sup>. No se trata de igualar los derechos de las Comunidades, sino de garantizar la igualdad de derechos de los ciudadanos. La necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos es lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas -según el Tribunal-, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas. Y es que, como afirma Sanchez Ferriz, la tensión entre unidad y pluralidad de ordenamientos deviene, de esta suerte, y en lo que al ciudadano más directamente afecta (sus derechos y deberes), tensión entre la igualdad y la diversidad<sup>551</sup>.

En torno a la problemática que suscitan los artículos 139.1 y 149.1.1 de la Constitución -sobre la que existe una amplia bibliografía- el Tribunal

---

<sup>550</sup> Sentencia de 16 de noviembre de 1981.

<sup>551</sup> SANCHEZ FERRIZ, R. "Los derechos constitucionales y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana" en FERRANDO BADIA, J. (coord.) *Estudio sobre el Estatuto Valenciano*, Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1993, p. 7.

Constitucional, después de una doctrina ciertamente vacilante<sup>552</sup> parece optar por una consideración de la "igualdad" a la que se refieren estos artículos en los términos del artículo 14 de la misma Constitución. Solución que, entendido el artículo 14 en los términos vistos en su momento, nos parece esencialmente correcta<sup>553</sup>. Sirva como ejemplo la Sentencia 136/1991, de 20 de junio, que al respecto afirma:

"aquí no se está tanto ante la clásica relación ley básica estatal-ley autonómica, sino ante una relación distinta, cercana al juicio de igualdad del artículo 14 CE, de modo que en la comparación entre la norma estatal y la norma autonómica debe hacerse un doble juicio, el de equivalencia para comprobar que se trate de situaciones comparables, y el de justificación en su caso de la desigualdad de trato, o sea si la misma tiene un fundamento razonable y proporcionado en relación al fin perseguido."

#### d) Los "derechos históricos" y la Constitución.

Uno de los aspectos que merecen una particular atención es cómo ha resuelto el Tribunal el tema de los "derechos históricos" de alguna parte del territorio español<sup>554</sup>. En una primera Sentencia 11/1984, de 2 de febrero, el Tribunal establece una tesis un tanto equívoca al sostener, por un lado, que los derechos históricos son fuente de competencias de los territorios donde han

---

<sup>552</sup> En esencia, la doctrina constitucional al respecto se resume en la Sentencia 37/1987 al decir que el principio de igualdad no impone ni que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún que tengan que ejercerlas de una determinada manera o con un contenido o resultados prácticamente idénticos o semejantes. Si como consecuencia del ejercicio de esas competencias surgen desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en las distintas Comunidades Autónomas, no por ello automáticamente resultarán infringidos, entre otros, los artículos 14, 139.1 ó 149.1.1 de la Constitución, ya que dichos preceptos constitucionales no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todas las materias y en todo el territorio del Estado. Lo que la Constitución impone es una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, pero no, desde luego, una absoluta identidad en las mismas.

<sup>553</sup> Sobre el tema se puede consultar, entre otros, SANCHEZ FERRIZ, R., op. cit., pp. 7-41; o, en contra, PEMAN GAVIN, J. *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, especialmente pp. 129-250.

<sup>554</sup> HERRERO DE MIÑON al preguntarse sobre los posibles titulares de los Derechos Históricos plantea, al menos, cuatro hipótesis a tener en cuenta: 1) los territorios que, en el pasado, hubieran sido titulares de una foralidad política; 2) aquellos donde subsista una foralidad civil; 3) aquellos territorios donde, en el pasado, se hubieran plebiscitado Estatutos de Autonomía, de acuerdo con lo previsto en la Transitoria Segunda de la Constitución; y, a su juicio la más acertada, 4) aquellos donde subsistía un residuo de la vieja foralidad política y aquellos otros a los que se refería la Derogatoria Segunda ("La titularidad de los derechos históricos vascos" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 58, 1987, pp. 192 y ss.).

regido y, por otro lado, sujetar estos derechos a su actualización en el marco de la Constitución. La Sentencia dice así:

"Las fuentes de las que nacen las competencias de los territorios históricos, por un lado, y de las Comunidades Autónomas, por otro, son necesariamente distintas. Los territorios forales son titulares de "derechos históricos" respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en virtud de lo dispuesto por la disposición adicional primera de la Constitución; por lo que la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales "derechos". Mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas, dentro del marco establecido por la Constitución, hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía; habrá que acudir, en consecuencia, a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a otras posibles normas delimitadoras de competencias dictadas en el marco de las anteriores, para saber cuáles sean las correspondientes a cada Comunidad".

Y decimos que tal doctrina es equívoca en función de cómo se entendiera que los "derechos históricos son fuentes". Es claro que en un régimen democrático, el soberano es el pueblo y que su legitimidad sólo puede ser una legitimidad democrática. En ese sentido parece apuntar la Sentencia 124/1984, de 18 de diciembre, al afirmar que la idea de Derechos Históricos de las Comunidades y Territorios Forales no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias<sup>555</sup>. Mal se conjugaría con el tipo de Estado democrático una legitimidad histórica del Derecho.

En cualquier caso, la equivocidad de la tesis se ha resuelto perfectamente en la Sentencia 76/1988, de 26 de abril, que refiriéndose a la Disposición Adicional Primera de la Constitución y la exigencia de actualización de dicho régimen foral en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, ha establecido que dicha actualización resulta consecuencia obligada del mismo carácter de norma suprema de la Constitución. Y ello, al menos, desde dos perspectivas:

"Primeramente, desde la necesaria adaptación a los mandatos constitucionales de esos derechos históricos que se amparan y respetan. El carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art 9) y que resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art 1.2 C.E.) imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales... será de la misma Disposición adicional primera C.E. y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia.

---

<sup>555</sup> Sobre el tema se puede consultar, entre otros, CORCUERA, J. "Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 46-47, 1985, pp. 55-89.

En segundo lugar, ha de destacarse que la Constitución da lugar a la formación de una nueva estructura territorial del Estado, basada en unas entidades anteriormente inexistentes: las Comunidades Autónomas. Aparecen así unos nuevos sujetos públicos a los que la Constitución otorga un "status" propio, y atribuye potencialmente la asunción de un elenco de competencias, reservando a sus respectivos Estatutos, como normas institucionales básicas de cada Comunidad, la definición y regulación tanto de su propia organización como de las competencias que asuman. Esta nueva realidad no puede por menos de suponer una inevitable incidencia en situaciones jurídicas preexistentes: Tanto en las competencias de las Instituciones centrales del Estado, como (en lo que aquí importa) en las de otras entidades territoriales, los territorios forales, cuyos "derechos históricos" habrán de acomodarse o adaptarse al nuevo orden territorial. La actualización, por tanto, y como la Constitución dispone, ha de llevarse a cabo también en el marco de los Estatutos de Autonomía, y ello puede suponer (contrariamente a lo señalado por los recurrentes) que determinados derechos históricos incompatibles con el hecho autonómico deban suprimirse, o que deban atribuirse a unos nuevos sujetos, las Comunidades Autónomas, aquellos que resulten imprescindibles para su misma configuración o funcionamiento"... lo que se viene a garantizar es la existencia de un régimen foral, es decir, de su "foralidad", pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado. La garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional."

Como queda claro detrás de esta larga cita lo que el Tribunal Constitucional está afirmando es que la única legitimidad sobre la que el Estado y el Derecho se pueden levantar es la legitimidad democrática.

#### e) Los principios de cooperación y coordinación.

Otro aspecto relevante es el de la imposibilidad de articular el Estado de las Autonomías sin la presencia, entre otros, de un principio como el de la cooperación entre las distintas instancias de poder político vertical. Lógicamente la cooperación, como dice Santolaya, sitúa a estas instancias en una "posición de paridad o de relativa equiparación" allí donde haya que acudir a este principio<sup>556</sup>. El Tribunal Constitucional en diversas ocasiones se refiere a este principio como en la Sentencia 77/1984, de 3 de julio, en la que dice que, en el caso concreto, "lo que sí parece aconsejable es que se busquen soluciones de cooperación dentro del respeto a las respectivas competencias, aunque es evidente que la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente". En todo caso, aquí interesa señalar que este principio implica participación de las instancias mencionadas en pos del interés general.

En ese mismo sentido podemos hablar del principio de coordinación

---

<sup>556</sup> En *Revista de Derecho Político*, nº 21, 1984, pp. 83-109.

también presente en nuestra Constitución y utilizado por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias. Entre ellas, por ejemplo, la Sentencia 27/1987, de 27 de febrero, según la cual

"dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, no cabe deducir de la Constitución que, en todo caso, corresponda a cada una de ellas un derecho o facultad que le permita ejercer las competencias que le son propias en régimen de estricta y absoluta separación. Por el contrario, la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que las diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa (art. 103.1 C.E.) que debe predicarse no sólo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen, al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les corresponda". Y habría que precisar que "la coordinación de las competencias propias de las entidades coordinadas no entraña su sustracción, sino que implica sólo un límite al ejercicio de las mismas. La coordinación implica "la fijación de sistemas de relación que hagan posible además de la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta" de las administraciones coordinadora y coordinada, evitando las disfunciones que produciría la gestión separada de los servicios públicos con incidencia en diversos ámbitos de intereses relacionados entre sí. Pero no puede traducirse en la enumeración de órdenes concretas que prefiguren exhaustivamente el contenido de la actividad del ente coordinado, agotando su propio ámbito de decisión autónoma; en todo caso, los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre decisión o discrecionalidad en favor de las Administraciones coordinadas, sin el cual no puede existir verdadera autonomía".

Se opta claramente por la filosofía de lo que se conoce por "federalismo cooperativo", entendido como sistema de descentralización basado en la especialización y colaboración en el rendimiento funcional de los diversos entes territoriales, frente a la del "federalismo dual", construido éste sobre la separación tajante de los dos niveles políticos.

Asimismo, es patente la necesidad de colaboración entre el Estado y las Comunidades a fin de resolver adecuadamente los complejos problemas que depara la integración de nuestro Estado autonómico en La Comunidad Europea<sup>557</sup>. El propio Tribunal en Sentencia 252/1988, de 20 de diciembre<sup>558</sup>, lo

---

<sup>557</sup> Sobre el tema se puede consultar SORIANO, J. E. "Comunidades Autónomas, Comunidades Europeas y Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho Político*, nº 29, 1989, pp. 9-36.

<sup>558</sup> Contamos ya con una considerable doctrina constitucional sobre el tema: Sentencias 252/1988, 64/1991, 115/1991, 236/1991... En ellas el Tribunal mantiene que "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 nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el artículo 9.1 de la Norma

expresaba diciendo que "tanto de la interpretación sistemática de la Constitución como de la supremacía de ésta sobre los Estatutos se deriva la necesidad de colaboración entre la Administración Central y las Administraciones Autonómicas, colaboración que pueda exigir en muchos casos, en relación sobre todo con nuestra incorporación a la CEE, formas de articulación (por ejemplo, realización por la Administración Autónoma de tareas de competencia estatal, con sumisión, en consecuencia y sólo en cuanto a ellas, a instrucciones y supervisión de la Administración central) que sólo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar".

#### f) La virtud de lo formal.

Como ejemplo de la evolución de la doctrina del Tribunal en pos de una mayor seguridad en el entendimiento del Estado de las Autonomías encontramos la Sentencia 69/1988, de 19 de abril en la que se nos dice que

"tenemos, por tanto, una doctrina constitucional consolidada que, construida sobre el núcleo esencial del concepto material de "norma básica", se complementa con elementos formales dirigidos a garantizar una definición clara y precisa de los marcos básicos delimitadores de las competencias autonómicas que, siendo fácilmente reconocibles, evite la incertidumbre jurídica que supone para las CC.AA. asumir, sin dato orientativo alguno, la responsabilidad de investigar e indagar, en la masa ingente de disposiciones legislativas y reglamentarias estatales, una definición que es al Estado a quien corresponde realizar por encargo directo de la Constitución.

En los primeros años de vigencia de la Constitución, en los que la tarea urgente que imponía la implantación del sistema de distribución de competencias consistía en adaptar la legislación anterior al nuevo orden constitucional y no le era posible al Estado desplegar una actividad legislativa tan intensa que pudiera, de manera inmediata, configurar todas las ordenaciones básicas que contemplan la Constitución y los Estatutos, resultaba inevitable que el concepto material de "norma básica" adquiriese excepcional relevancia al objeto de conseguir, de la manera más rápida y eficaz, la progresiva determinación de los espacios normativos estatal y autonómico, quedando, por consiguiente, en un segundo plano, el componente formal incluido en la referida doctrina constitucional.

Superada esa inicial situación por la realidad actual de un orden distributivo competencial en avanzado estado de construcción, este componente formal adquiere una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas, lo cual se manifiesta imprescindible en logro de una clara y segura delimitación de las mismas a través de instrumentos normativos que reduzcan, de manera inequívoca, la indeterminación formal de las normas básicas hasta el nivel que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica, que proclama el artículo 9.3 de la Constitución y cuya presencia efectiva en el ordenamiento jurídico, especialmente el tan complicado e importante de la organización y funcionamiento del Estado de las Autonomías, es esencial al Estado de Derecho que la propia Constitución consagra en su artículo 1.1.

En virtud de ello, manteniendo el concepto material de lo básico como núcleo sustancial de la doctrina de este Tribunal, procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la

---

Fundamental".



"norma básica" venga incluida en Ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma básica se introduzca por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento."

### g) El espíritu "autonomista" del Tribunal.

Quizá, para terminar y para que no quepan dudas sobre el espíritu "autonomista" con el que el Tribunal ha abordado el reparto competencial entre los órganos centrales del Estado y las Comunidades Autónomas sea preciso recoger una cita de la Sentencia 209/1990, de 17 de diciembre, en la que el Tribunal ante el manifiesto retraso en algún caso del traspaso de servicios desde los órganos centrales a alguna Comunidad Autónoma se deja llevar por este "espíritu" al decir que los mismos

"ponen de manifiesto la existencia de una situación altamente insatisfactoria en orden a la construcción y consolidación del Estado de las Autonomías configurado por nuestra Constitución, cuyo acabado diseño no se alcanzará mientras el Gobierno de la Nación no haya transferido a las Comunidades Autónomas (en este caso a Galicia) los medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de competencias estatutariamente asumidas por aquéllas. Es cierto que los correspondientes Reales Decretos tienen como presupuesto necesario los oportunos acuerdos adoptados en el seno de las Comisiones Mixtas, órganos de composición paritaria. También lo es que cuando en reuniones de la Comisión o no se alcanzan acuerdos o se plasman éstos en términos tan poco claros como los concernientes al caso que nos ocupa (...) es difícil determinar a quién debe atribuirse el fracaso de la negociación. Pero todas estas cautelosas consideraciones no bastan para ocultar un hecho: Mientras no se hayan transferido los medios personales y materiales necesarios e imprescindibles para el ejercicio de una competencia estatutariamente asumida por una Comunidad, en este caso Galicia, el ejercicio de aquella competencia corresponderá todavía al Estado, pero es indudable que tal ejercicio debe reputarse anómalo porque es provisional, y lo provisional no puede seguir siéndolo indefinidamente. Por consiguiente cualquier retraso en el cumplimiento de las transferencias implicaría una prolongación indebida de aquella provisionalidad y un obstáculo grave a la plena efectividad del reparto de competencias. La lealtad constitucional obliga a todos, y en el campo que nos ocupa es el Gobierno, máximo responsable de la finalización efectiva del reparto de competencias, quien debe extremar el celo por llegar a acuerdos en la Comisión Mixta con Galicia, merced a los cuales puedan dictarse los correspondientes y obligados Reales Decretos de transferencias".

Por cierto, cabe prestar atención a la frase "la lealtad constitucional obliga a todos y en el campo que nos ocupa es el Gobierno, máximo responsable", pero no único habría que añadir para redondear las afirmaciones que más arriba realizábamos.

## **h) Breve incursión en la autonomía universitaria.**

Quién nos lea puede preguntarse qué relación tiene la autonomía universitaria con la distribución vertical del poder o autonomía de Comunidades Autónomas y de entes locales. Para nosotros, la relación estriba en sus fundamentos que, contrariamente a lo que entiende el Tribunal Constitucional, radicarían en la propia idea de democracia entendida bien en el sentido de división del poder (habría que aclarar en qué sentido la Universidad es poder y, más concretamente, poder político), bien en el sentido de participación de los afectados en el proceso de toma de decisiones que les afectan<sup>559</sup>. Creemos que éste y sólo éste puede ser el fundamento de la autonomía universitaria y, por tanto, discrepamos de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, en la que se afirma que

"el fundamento y justificación de la autonomía universitaria que el artículo 27.10 de la Constitución reconoce, está, y en ello hay conformidad de las partes, en el respeto a la libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza, estudio e investigación. La protección de esas libertades frente a injerencias externas constituye la razón de ser de la autonomía universitaria, la cual requiere, cualquiera que sea el modelo organizativo que se adopte, que la libertad de ciencia sea garantizada tanto en su vertiente individual cuanto en la colectiva de la institución, entendida ésta como la correspondiente a cada Universidad en particular y no al conjunto de las mismas, según resulta del tenor literal del artículo 27.10 (se reconoce la autonomía "de las Universidades") y del artículo 3.1 de la LRU ("Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre ellas")".

Nosotros, por el contrario, no encontramos ninguna razón para entender que la libertad académica entendida como libertad de enseñanza, estudio e investigación esté más protegida por existir autonomía universitaria que si ésta no existe. Creemos que la autonomía universitaria no está para proteger estas libertades, lo que se puede hacer de otras formas, sino por otros motivos o fundamentos. Y creemos que en ese mismo sentido lo ha entendido Díez-Picazo y Ponce de León cuando en Voto particular afirma que tampoco cree que

"la regla de la autonomía de las Universidades se encuentre, como regla instrumental, al servicio de otras libertades públicas, como la llamada libertad académica o libertad de cátedra. Esta última está en nuestra Constitución, establecida en el artículo 20, dentro del cuadro de las libertades de expresión, difusión de pensamientos e ideas y de producción y de creación literaria, artística, científica y técnica. La libertad de cátedra podría quedar

---

<sup>559</sup> En ese sentido cabría entender la afirmación de NIETO, A. cuando afirma que "el ansia autonomista de la Constitución -...- refleja una mentalidad social muy concreta, que ofrece un inequívoco sustrato común a todas sus manifestaciones" ("Autonomía política y autonomía universitaria" en *Revista de Derecho Político*, nº 5, 1980, p. 77.

perfectamente protegida en un sistema que no reconociera autonomía a las Universidades, cuando como es normal en un Estado democrático, las posibles interferencias de las Administraciones Públicas pueden sin dificultad suprimirse o, en su caso, residenciarse ante los órganos jurisdiccionales. Pienso además, que el hecho de que las Universidades estén gobernadas autónomamente no otorga, por ese solo hecho, a cada uno de sus miembros, *uti singulis* una mayor libertad de cátedra".

Por lo demás, es conocida la polémica sobre si la autonomía universitaria se configura como derecho o como garantía institucional<sup>560</sup>. Al respecto la opinión mayoritaria del Tribunal afirma que

"es preciso afirmar que ésta se configura en la Constitución como un derecho fundamental por su reconocimiento en la Sección 1 del Capítulo Segundo del Título I, por los términos utilizados en la redacción del precepto, por los antecedentes constituyentes del debate parlamentario que llevaron a esta conceptualización y por su fundamento en la libertad académica que proclama la propia LRU",

Oliver Araujo<sup>561</sup>, después de analizar los cuatro argumentos o consideraciones que permiten al Tribunal definir la autonomía universitaria como un derecho fundamental, esto es, a) el argumento del *locus*, ubicación o encuadramiento; b) el argumento gramatical; c) el argumento de la voluntad del constituyente; y d) el argumento teleológico o finalista; afirma que la opción por la tesis del derecho fundamental frente a la tesis de la garantía institucional comporta cinco consecuencias: a) hay un contenido esencial de la autonomía universitaria; b) la normativa de desarrollo deberá adoptar la forma de ley orgánica; c) existe la posibilidad de interponer el recurso de amparo<sup>562</sup>, ordinario y constitucional, para defender el derecho a la autonomía universitaria; d) se prohíben los decretos legislativos y los decretos-leyes en el ámbito de la autonomía universitaria; y e) deberá seguirse el procedimiento superrígido de reforma constitucional para modificar el precepto que reconoce el derecho a la autonomía universitaria. Ahora bien, el Tribunal en la misma sentencia y más

---

<sup>560</sup> Sobre el tema y las distintas corrientes doctrinales se puede consultar OLIVER ARAUJO, J. "Alcance y significado de la 'autonomía universitaria' según la doctrina del Tribunal Constitucional" en *Revista de Derecho Político*, nº 33, 1991, pp. 77-98.

<sup>561</sup> Op. cit., pp. 84-91.

<sup>562</sup> Al recurso de amparo interpuesto por la Universidad de Santiago de Compostela contra el Decreto 204/1985 de la Junta de Galicia, por el que se aprobaban los Estatutos de dicha Universidad responde la Sentencia 55/1989, de 23 de febrero, que se centra fundamentalmente en el alcance de la intervención del Gobierno a la hora de aprobar los Estatutos de una Universidad. Sobre el tema, en la doctrina y con anterioridad a la Sentencia se había pronunciado ALEGRE AVILA, J. M. "En torno al concepto de autonomía universitaria" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 51, 1986.

adelante precisa que

"esta conceptualización como derecho fundamental con que se configura la autonomía universitaria, no excluye las limitaciones que al mismo imponen otros derechos fundamentales (como es el de la igualdad de acceso al estudio, a la docencia y a la investigación) o la existencia de un sistema universitario nacional que exige instancias coordinadoras; ni tampoco las limitaciones propias del servicio público que desempeña y que pone de relieve el legislador en las primeras palabras del artículo 1 de la LRU. Más, aunque la doten de peculiaridades que han de proyectarse en su regulación, ni aquellas limitaciones ni su configuración como servicio público desvirtúan su carácter de derecho fundamental con que ha sido configurada en la Constitución para convertirla en una simple "garantía institucional".

Frente a esta idea se alzan las voces de los magistrados Díez-Picazo y Ponce de León y Rubio LLorente. El primero no comparte esta idea y se pronuncia a favor de la configuración de la autonomía universitaria como garantía institucional<sup>563</sup>, aunque deja claro que "los derechos fundamentales suponen siempre "garantías institucionales", si bien, como es lógico, no las agotan" y añade que le "resulta difícil concebir como derecho fundamental una regla de organización de corporaciones que en gran parte son personas jurídicas de Derecho público". El segundo es más "duro" en sus apreciaciones. Léase:

"No creo que una sentencia judicial sea el lugar adecuado para la elaboración teórica, pero cuando ésta se aborda ha de hacerse con un rigor del que, a mi juicio, carece el largo razonamiento en el que, ..., se pretende demostrar que la autonomía universitaria no es una garantía institucional, sino un derecho fundamental. Como es obvio, las instituciones jurídicas no cambian necesariamente de naturaleza en función de cuál sea su protección procesal y una garantía institucional no deja de serlo por el hecho de estar protegida por el recurso de amparo. Hasta donde sé, la doctrina alemana no ha cuestionado nunca que la autonomía municipal sea una garantía institucional, aunque esté protegida por el equivalente germánico de nuestro recurso de amparo. La idea que subyace a esta errada elaboración teórica es, aparentemente, la de que el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales, idea que no es desde luego ni evidente, ni de general aceptación, pues las garantías institucionales, como las de instituto, no son en la doctrina que establece estas distinciones, sino variedades de los derechos fundamentales como lo son, desde otro punto de vista, los derechos de libertad y los de igualdad o, en la terminología de nuestra Constitución, los derechos fundamentales y las libertades públicas. De hecho, sin embargo, la definición de la autonomía universitaria como derecho fundamental (que no impide calificarla también de dimensión "institucional" de la libertad académica, cuya dimensión "individual" estaría en la libertad de cátedra, que la mayor parte, al menos de la doctrina suele considerar también como garantía institucional) es utilizada para convertirla en una especie de proyección inconcreta de un derecho fundamental nuevo, el de "libertad académica", cuyo sujeto no es ya la Universidad, sino otra entidad

---

<sup>563</sup> En la doctrina, por ejemplo, SOLOZABAL ECHEVARRIA considera que "el Tribunal Constitucional perdió una buena oportunidad de retomar adecuadamente su rica doctrina de la garantía institucional en la sentencia 26/1987, de 27 de febrero, cuando caracteriza la 'autonomía universitaria' como derecho fundamental y no como (...) garantía institucional" ("Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 71, 1991, p. 107).

carente de personalidad jurídica, que es la llamada "comunidad universitaria" y para eludir el análisis de la remisión que el artículo 27.10 de la Constitución hace "a los términos que la ley establezca".

Pero creemos que, se entienda como derecho fundamental o como garantía institucional, ninguna de las dos concepciones afectan a lo que es el fondo del asunto y que anuncia el último voto particular citado. El problema reside en que la autonomía se "reconoce" en la Constitución a las Universidades y qué sea la Universidad o quiénes integren la Universidad, como dice el mismo artículo 27.10 es algo que la ley ha de determinar. A partir de aquí es claro advertir las contradicciones en que entra el mismo Tribunal -como veremos-. La opinión mayoritaria discurre del siguiente modo:

"La LRU, en cumplimiento de la participación que a otros sectores de la sociedad corresponde constitucionalmente en los centros docentes, diseña un modelo organizativo que comprende, entre otros órganos previstos en el artículo 13, el Consejo Social como "órgano de participación de la Sociedad en la Universidad" (art. 14.1). Su composición se determina en el núm. 3 del artículo 14, distinguiendo la representación de la comunidad universitaria, cuya participación será de dos quintas partes, de la correspondiente a los intereses sociales a la que se asignan las tres quintas partes restantes. Se establece, pues, el Consejo Social con una participación mayoritaria de los intereses sociales que queda expresamente garantizada al disponer el apartado b) del mismo precepto que "ninguno de los representantes a que alude este párrafo (de los intereses sociales) podrá ser miembro de la comunidad universitaria".

Hasta aquí todo parece correcto. Sólo habría que añadir que, en virtud de la Ley de Reforma Universitaria forman parte de la comunidad universitaria a estos efectos el profesorado, los estudiantes y el personal de administración y servicios. Pues bien, la opinión mayoritaria sigue diciendo:

"En principio nada puede objetarse a esta composición del Consejo Social, pues es la opción elegida por el legislador. Sin embargo la representación minoritaria que en su composición corresponde a la comunidad universitaria que queda por ello subordinada a la representación social impide que se atribuyan al Consejo Social decisiones propias de la autonomía universitaria. De ahí que, impugnados en el recurso los artículos 14.3 y 39.1 de la LRU, resultara procedente examinar y resolver la cuestión desde el ángulo de la autonomía universitaria. Porque, obviamente, si las funciones que se atribuyen al Consejo Social responden a la finalidad específica de ser el órgano de participación de la sociedad en las Universidades y no afectan al contenido esencial de la autonomía de éstas, la participación minoritaria de la comunidad universitaria no lesionará su autonomía. Pero si, pese a esa representación minoritaria, se atribuyen al Consejo Social funciones estrictamente académicas, entonces sí resultaría vulnerado el artículo 27.10 de la Constitución".

Como se observa, aquí ya se ha producido la confusión que ponen de manifiesto los votos particulares, esto es, la identificación de comunidad

universitaria y Universidad<sup>564</sup>. La argumentación en contrario es sencilla, el Consejo Social con la composición establecida en la ley es un órgano de la Universidad y, por tanto, forma parte de la Universidad. Otra cosa es que se hubiera entendido que esa composición es incompatible con la autonomía universitaria. Pero en cualquier caso las contradicciones no quedan ahí, la Sentencia continua diciendo:

"esto es lo que ocurre cabalmente con la función decisoria atribuida al Consejo Social por el núm. 1 del artículo 39. Las necesidades docentes e investigadoras de la Universidad en orden a "si procede o no la minoración o el cambio de denominación o categoría" de una plaza de Catedrático o Profesor titular cuando queden vacantes, es algo que afecta a la esencia de la autonomía universitaria reconocida en el artículo 27.10 de la Constitución que se fundamenta, como ya hemos visto y dice expresamente el artículo 2.1 de la LRU, "en el principio de la libertad académica que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio". Y si la protección de estas libertades en su vertiente individual de libertad de cátedra y de libertad de enseñanza está garantizada directamente por la Constitución en los artículos 20.1 c) y 27.1, respectivamente, lo está también en su vertiente colectiva o institucional a través de la autonomía universitaria, que no puede quedar desvirtuada mediante la atribución de facultades decisorias, en materia estrictamente académica, a un órgano con la composición que establece el artículo 14.3 de la LRU."

Y decíamos que las contradicciones no terminan ahí por que, siguiendo el razonamiento de la opinión mayoritaria, si la autonomía universitaria se fundamenta en la libertad académica y ésta es la libertad de enseñanza, estudio e investigación lo que se está protegiendo es la "libertad del profesorado" y, todo lo más, la libertad de estudio del estudiante, pero no la libertad académica del Personal de Administración y Servicios, por lo que de lógica es que el Tribunal, de acuerdo con sus presupuestos, hubiera tachado de inconstitucional toda la organización de la Universidad establecida por la ley, ya que este sector de la "comunidad universitaria" toma parte efectiva en numerosas decisiones que afectan directamente a la "libertad académica". Pero, el Tribunal no llega a estas conclusiones, quizás porque tampoco se lo han pedido o quizás porque en el fondo el problema tiene un mal planteamiento en el origen.

Por lo demás, la primera parte de la crítica que apuntábamos es puesta también de manifiesto por los votos particulares. El Magistrado Díez-Picazo y

---

<sup>564</sup> A favor de esa "identificación o hipóstasis de la Universidad como institución con su elemento personal indispensable o insustituible: su propia comunidad académica" se puede consultar OLIVER ARAUJO, op. cit., p. 93 que cita a LEGUINA VILLA, J. "La autonomía universitaria en las sentencias del Tribunal Constitucional", conferencia (fotocopiada) pronunciada en las *Jornadas sobre autonomía universitaria* organizadas por el Consejo de Universidades, Palma de Mallorca, septiembre, 1989, pp. 3-4.

Ponce de León dice que lo que le parece absolutamente claro es que

"si la autonomía de las Universidades se quiere pensar como derecho fundamental, tendrá que predicarse de la Universidad en su conjunto, considerada como persona jurídica, sin que pueda situarse dentro de ella, en un ámbito más reducido, como es el de la "comunidad universitaria" de la que en ocasiones habla la ley enjuiciada... En un sistema de autonomía universitaria puede rechazarse como inconstitucional la norma que establezca un órgano cuya sola existencia sea contraria a la autonomía, por suponer intromisión o injerencia de poderes extraños. Sin embargo, reconocida la legitimidad del órgano, como la Sentencia hace, no creo que puedan declararse inconstitucionales los preceptos que le atribuyen funciones, por el hecho de que éstas entren en colisión con un hipotético derecho de la "comunidad universitaria".

Por su parte, Rubio Llorente afirma:

"Es evidente que resulta ontológicamente imposible que la autonomía de una persona jurídica de Derecho público resulte vulnerada por las atribuciones conferidas a uno de sus órganos cuyos actos son, por definición, actos de la persona misma. Pero es que, además, las facultades que en estos preceptos se atribuyen al Consejo social son puramente organizativas, sin que ni de lejos ni de cerca interfieran con la libertad académica. El legislador habrá o no acertado al introducir en la composición de un órgano universitario una representación de la sociedad, pero al configurar así una persona de derecho público no ha lesionado, desde luego, la autonomía de esa persona."

Decir, para terminar, que posteriores Sentencias han ido precisando el contenido de la autonomía universitaria. Así, las Sentencia 130/1991, de 6 de junio; 187/1991, de 3 de octubre; 235/1991, de 12 de diciembre; o, de manera incidental, la Sentencia 217/1992, de 1 de diciembre. En todas ellas la resolución viene determinada por la consideración del Tribunal de la autonomía universitaria como un derecho fundamental de configuración legal. Ahora bien, la primera de ellas tiene un interés especial por aportar una definición procedimental de lo que pueda entender el Tribunal por democracia:

"En un Estado democrático de Derecho que proclama como valores superiores del ordenamiento la libertad y el pluralismo político, la vía natural de expresión de la idea y del contenido que la sociedad -en nuestro caso, la comunidad universitaria- tiene del interés público vigente en cada momento, cuando se trata de la adopción de Acuerdos que llevan consigo opciones de naturaleza primaria o prevalentemente política -como los adoptados por el Claustro Constituyente en representación de la comunidad universitaria y en ejercicio de su autonomía- lo constituye la voluntad mayoritaria de los órganos representativos, formada en debate público y a través de los procedimientos jurídicos establecidos, cuya observancia queda sujeta en todo caso al control de Jueces y Tribunales."

### **9.3.- CONCLUSIONES ESPECIFICAS**

**-El Tribunal Constitucional no relaciona directamente la descentralización del poder o el Estado de las Autonomías con el pluralismo político, sino con la división del poder, en este caso vertical y, por tanto, se convierte en una manifestación del valor libertad.**

**-Aunque nunca relaciona el Estado de Autonomías directamente con la democracia, de forma indirecta encontramos indicios de su relación.**

**-No existe otro Estado y otro Derecho que el legitimado democráticamente a través de la Constitución y su desarrollo posterior.**

**-Aunque en general se aprecia una postura del Tribunal favorable a entender en sentido amplio la autonomía encontramos en su doctrina dos elementos perturbadores:**

**a) El primero, es la consideración de los entes locales como meros órganos administrativos y no políticos, configuración indudablemente restrictiva de los mismos, como ya hemos apuntado.**

**b) El segundo, es la configuración que se realiza de la noción de los intereses respectivos en una Sentencia concreta para privar a las Comunidades Autónomas de una amplia legitimación positiva para interponer recursos de inconstitucionalidad, donde parece que el interés general sólo deba ser defendido por los órganos centrales del Estado, cuando, en realidad, según nuestro parecer, lo que la Constitución establece es un deber positivo, que no obsta para entender que también las Comunidades Autónomas y los entes locales contribuyen al interés general y están obligados a ello con arreglo a la distribución de competencias establecida en la Constitución. Así, las Comunidades Autónomas además de gestionar sus intereses respectivos realizan otras funciones que directa (legitimación para entablar recurso de inconstitucionalidad en todo caso) o indirectamente (contribuir al interés general) la Constitución les encomienda. En cualquier caso, interesa resaltar que esa configuración posteriormente queda diluida en sucesivas matizaciones que, en general, han sido adecuadas. Pero dejamos aquí el tema dado que de lo que sea el "interés general" trataremos en otro capítulo.**



Haciendo uso de la síntesis que nos ofrece de la cuestión Juan José Solozabal<sup>565</sup> podemos ver, por un lado, rasgos centrípetos<sup>566</sup> en:

1.-la reducción de las tendencias centrífugas de los poderes normativos de las Comunidades, lo que consigue: a) Recordándoles los límites de su actuación, el más importante de los cuales es el respeto de la igualdad básica de los españoles (STC 88/1986), pero también recortando el ámbito de vigencia de las normas de las Comunidades Autónomas<sup>567</sup>, por ejemplo.; b) Restringiendo, a pesar de las especificaciones estatutarias al respecto, el número y la importancia de las competencias exclusivas (SSTC 37/1981 y 5/1982).

2.-Atribuyendo una función estructuradora al derecho estatal en el ordenamiento general: a) Deduciendo títulos competenciales de principios constitucionales, explícitos o implícitos, como el de unidad de mercado nacional (STC 88/1986); b) Aprovechando la *vis* expansiva de algunas competencias estatales, como la del establecimiento de bases y coordinación de la planificación económica o la de la legislación civil o mercantil (STC 15/1989); c) Especialmente, a través de su idea de la legislación básica.

Por el contrario, el Tribunal hace una defensa acérrima de los rasgos autonómicos de nuestro sistema cuando:

1.-Refuerza la garantía constitucional de la autonomía, prohibiendo al legislador central proceder a una redefinición de hecho de la delimitación competencial, que queda reservada al poder constituyente o a los Estatutos de autonomía (STC 76/1983).

---

<sup>565</sup> SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. "Sobre el Estado ...", op. cit., pp. 116-117.

<sup>566</sup> VIVER I PI-SUNYER remarca estos rasgos centrípetos concluyendo que "la actividad primordial de las Comunidades Autónomas ha sido, pues, la actividad ejecutiva y de gestión, centrada sobre todo en actividades de fomento y de dotación de estructuras básicas", aunque "sin embargo, la administrativización de las Comunidades Autónomas no es completa" (*Las autonomías políticas*, op. cit., p. 43).

<sup>567</sup> Así lo pone de manifiesto PEREZ ROYO para quien "la interpretación del Tribunal Constitucional ha sido extraordinariamente restrictiva para las Comunidades Autónomas en este punto, atribuyendo la competencia al Estado en cuanto se supera, por mínimo que sea y desde cualquier perspectiva, el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma" como ponen de manifiesto Sentencias como la 48/1982, 85/1982, 12/1984 y otras, y aún con la excepción de otras más generosas como la 37/1981 ("Reflexiones sobre...", op. cit., p. 29).

**2.-Señala la cualidad especial del autogobierno que la autonomía comporta, y en concreto la disposición por parte de las comunidades territoriales españolas de su correspondiente poder político, que no está llamado tanto a especificar o aplicar decisiones del Estado como a adoptar verdaderas decisiones propias (STC 37/1987).**

**-El Tribunal Constitucional no ha visto en la autonomía universitaria un desarrollo de la idea democrática entendida ésta bien como división del poder bien como posibilidad de participación de los afectados en las decisiones que les afectan.**



## 10.- BIEN COMUN

### 10.1.- INTRODUCCION

Como es sabido, la idea de "Bien común" se ha convertido en central para cualquier teoría democrática, tanto si es para afirmarla como si es para negar su existencia. En este sentido resulta expresiva la afirmación de Robert Dahl, según la cual "hay una fuerte tradición de la vida política según la cual los miembros de cualquier sistema político que en verdad lo sea comparten un bien, y es obligación y función de los gobernantes proporcionárselo". Ahora bien, como el mismo Robert Dahl afirma, "el modo de interpretar esa obligación de los dirigentes de perseguir el bien común, ya sea en un sistema democrático o en uno no democrático, plantea problemas formidables, que siempre han desafiado toda solución simple y directa, rotunda y a la vez racionalmente justificada. Y se complican por obra del análisis escéptico de algunos críticos modernos que no le encuentran mucho sentido a la noción de bien común, así como por la diversidad de grupos, asociaciones e intereses presentes en los modernos países democráticos, todos los cuales tienen derecho a preguntarse si es que hay realmente un bien *común* de todos los ciudadanos, y en tal caso, cómo es dable descubrirlo y actuar sobre esa base"<sup>568</sup>.

Entre los críticos modernos que no le encuentran mucho sentido a la noción de bien común, se hace necesaria la referencia a la obra de Schumpeter. En su momento ya estudiamos como Schumpeter, influido por Weber, adoptó una definición pretendidamente empírica de la democracia: "La democracia es un método político, es decir, un cierto tipo de concierto constitucional para llegar a las decisiones políticas -legislativas y administrativas-, y por ello no puede constituir un fin en sí misma, independientemente de las decisiones a que dé lugar en condiciones históricas dadas"<sup>569</sup>. Con ello rechazaba todo intento normativo de definirla. Este propósito le llevó a localizar a su enemigo en lo que él denomina "la teoría clásica de la democracia": "el método democrático es aquel sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común, dejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante

---

<sup>568</sup> DAHL, R. *La democracia y sus críticos*, op. cit., p. 337.

<sup>569</sup> SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Barcelona, 1984, pp. 311-312.

la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad"<sup>570</sup>. Pues bien, vimos como esta "teoría clásica de la democracia" es refutada por Schumpeter con base en las siguientes razones:

-En primer lugar, niega la existencia de un bien común, unívocamente determinado, en el que todo el mundo pueda estar de acuerdo o pueda hacerse estar de acuerdo en virtud de una argumentación racional. Y esto en razón no sólo de que los individuos puedan querer cosas distintas del bien común como puede ser el bien privado o individual, sino también y fundamentalmente porque el bien común no ha de significar necesariamente lo mismo para los distintos individuos o grupos.

-En segundo lugar, en razón a que si bien se podría llegar a un consenso sobre la definición del bien común, ese consenso se alcanzaría a costa de un alto nivel de abstracción, lo que no implicaría un acuerdo del mismo tipo en torno a las acciones concretas a ejecutar para alcanzar un bien común definido de esta forma.

-En tercer lugar, como consecuencia de las dos proposiciones anteriores, el concepto particular de la voluntad del pueblo deja de tener sentido pues este concepto presupone la existencia de un bien común claramente determinado y discernible por todos<sup>571</sup>. O, dicho de otro modo: "...aun cuando las opiniones y deseos de los ciudadanos individuales fuesen datos perfectamente definidos e independientes a elaborar por el proceso democrático, y aun cuando todo el mundo actuase respecto de ellos con racionalidad y rapidez ideales, no se seguiría necesariamente que las decisiones políticas producidas por ese proceso, partiendo de la materia prima de esas voliciones individuales, representase algo que, en un sentido convincente, pudiera ser denominado voluntad del pueblo"<sup>572</sup>.

La tradición iniciada por Schumpeter se compendia en lo que se ha dado en llamar "democracia pluralista" y es a ella a la que Dahl dedica la siguiente referencia: "la diversidad de grupos, asociaciones e intereses presentes en los

---

<sup>570</sup> Op. cit., p. 321.

<sup>571</sup> Op. cit., p. 322-323.

<sup>572</sup> Op. cit., p. 326.

modernos países democráticos,... tienen derecho a preguntarse si es que hay realmente un bien *común* de todos los ciudadanos"<sup>573</sup>. Pues bien, como veíamos al analizar los modelos de democracia en la obra de Held, dentro de esta tradición encontramos diversas posturas ante el bien común.

Dahl, quizá uno de los representantes más característicos de la corriente negadora de su existencia, parece admitirlo en su última obra<sup>574</sup> al mismo tiempo que reconoce las dificultades para definir qué sea el bien común. En este sentido considera decisivas tres preguntas: 1) Al determinar el bien común, ¿el bien *de quién* debemos tomar en cuenta?; 2) ¿cuál es la mejor manera de determinarlo en las decisiones colectivas?; 3) ¿qué es, como entidad sustantiva? Dahl se enfrenta a estas preguntas para concluir: "Nuestro bien común (el bien y los intereses que compartimos con los demás) rara vez consiste, pues, en objetos, actividades y relaciones específicos; de ordinario, consiste en las prácticas, procedimientos, instituciones y procesos que, ..., promueven el bienestar nuestro y de los demás". Con estos procedimientos se refiere el autor a las características generales del proceso democrático que para él incluye el *criterio de la comprensión esclarecida* ("cada ciudadano debe contar con oportunidades apropiadas e iguales para descubrir y convalidar la elección de los asuntos a ser debatidos que mejor sirvan los intereses de los ciudadanos") que, a su vez, implica que los derechos y oportunidades que brinda el proceso democrático son por ello elementos del bien común y, según Dahl, siendo las instituciones de la poliarquía necesarias para emplear el proceso democrático en gran escala, también éstas deben computarse entre los elementos del bien común.

Desde otro punto de vista, y alejado de la tradición iniciada por Schumpeter, encontramos que para un autor "post-empírico" como Danilo Zolo<sup>575</sup> la idea de bien común sería una de esas palabras vacías de contenido que convendría desterrar del vocabulario teórico-político. Para Zolo "la idea aristotélico-tomística de bien común que Rousseau hace implícitamente suya es una suerte de residuo ético-metafísico de la concepción organicista y solidaria de la polis clásica y de la ciudad medieval. Como Schumpeter lúcidamente ha

---

<sup>573</sup> *La democracia y sus críticos*, op. cit., p. 337.

<sup>574</sup> Véase op. cit., pp. 337-370.

<sup>575</sup> Véase ZOLO, D., *Il principato democratico*, op. cit., pp. 87-100. La traducción es nuestra.

sostenido, la idea de la existencia de un bien común como objeto de la voluntad popular (y, por tanto, como presupuesto esencial de la democracia participativa) supone que sea fácilmente accesible a todo ciudadano adulto y "normal" la comprensión de qué cosa es el bien para sí y para los otros. Y asume, como todavía hoy asumen Rawls, Apel o Habermas, que con los medios de razonamiento, de la persuasión racional sea posible conseguir, si no propiamente un consenso político general, al menos un acuerdo de naturaleza moral sobre los postulados fundamentales de la justicia o de la equidad social". Por el contrario, para Zolo, lo que está ausente en esta visión democrática radical es sobre todo "la percepción de la variedad, del particularismo y de la recíproca incompatibilidad de las expectativas sociales dentro de una sociedad no elemental. Está ausente la consideración del carácter estructuralmente escaso de los recursos sociales y de los instrumentos potestativos de localización de los recursos políticamente atribuibles". La realidad de la política coincide, por tanto, con "la esfera agonística del disenso, de los conflictos y de los antagonismos que no pueden ser resueltos por vía argumentativa, y tanto menos mediante criterios universales de imparcialidad o de justicia distributiva".

Pues bien, admitiendo los razonamientos de Zolo, creemos que la conclusión a la que llega es, cuando menos precipitada, y lo es, entre otras cosas, porque de sus planteamientos surge o puede surgir la misma idea de bien común. Su tesis realística le lleva a concluir que la función específica del sistema político es aquella de regular selectivamente la distribución de los riesgos sociales y, por tanto, de reducir el miedo a través de la asignación agonística de los valores de seguridad. Dicho de forma más sencilla, y quizá por ello simplista, el sistema político surge por la necesidad de los hombres de seguridad; esta misma necesidad de seguridad lleva a recortar su poder permitiendo la diferenciación y la complejidad social. Pues bien, si no nos equivocamos, esto equivale a decir que buscando la reducción del miedo, los hombres construyen el "Estado" que da seguridad, pero al mismo tiempo la acumulación de poder en el Estado supone la inseguridad de los hombres si no se establecen ciertos mecanismos de minoración y control de ese poder, esto es, mecanismos como la división del poder o derechos individuales que limiten el poder del Estado. Así se consigue "reducir el miedo". Pues bien, si esto es así, podemos deducir que el Estado y los mecanismos de limitación de su poder suponen un "bien común" de los hombres, que la Constitución, en sentido estricto, se convierte en un "bien común". Es un "bien común" precisamente porque facilita la seguridad del hombre (de todo hombre) en sociedades que se caracterizan por el disenso, el

conflicto y los antagonismos. Todos los mecanismos, y entre ellos el democrático, que permiten que el hombre viviendo en el disenso, en el conflicto y en el antagonismo se sienta seguro suponen un bien común.

Además, habría que añadir que estos mecanismos serán "bien común" en la medida que sean eficaces en la "reducción del miedo". En este sentido, precisamente todas las teorías de la ingobernabilidad de la democracia lo que ponen de manifiesto son las "fallas" de las democracias actuales en conseguir esa seguridad, esa "reducción del miedo". Otra cosa es reconocer, también realísticamente, que el hombre es incapaz de "conocer" de antemano qué decisiones concretas en el día a día contribuyen positivamente al bien común y cuáles no (aquí es donde yerran las teorías del bien común de la democracia). Es precisamente esta incapacidad la que hace necesario el establecimiento de mecanismos de corrección que permitan la eficacia del sistema.

En cualquier caso, en esta sede, más que hacer teoría, nos interesa analizar la jurisprudencia constitucional en torno a la idea de "bien común". Pero antes, conviene constatar que en los debates sobre el bien común suelen utilizarse sinónimos sustantivos como "bien", "bienestar", "interés" y otros, calificados por adjetivos como "común", "general", "público" y otros. Algunos autores, como Bruce Douglass<sup>576</sup> o Giovanni Sartori<sup>577</sup>, han puesto de manifiesto que estas expresiones no son equivalentes, pero dado que no existe una respuesta satisfactoria con carácter general, no entraremos en esta polémica y nos limitaremos a las respuestas que nos da nuestro Tribunal Constitucional, intentando extraer las correspondientes consecuencias.

---

<sup>576</sup> DOUGLASS, B. "The common Good and the Public Interest" en *Political Theory*, 1980, pp. 103-17 (citado por Dahl en Notas al Capítulo 20, op cit). Sobre la cuestión se pueden consultar las definiciones que se dan sobre estos términos en el *Diccionario de Política* de BOBBIO Y MATTEUCCI, donde se abunda en la cuestión.

<sup>577</sup> Véase SARTORI, G. *Partidos y sistemas de partidos*, op. cit., p. 54 en nota a pie 96.



## 10.2.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### a) El concepto "servicios esenciales".

Pues bien, el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, la 16/1981, de 17 de julio, nos pone en la pista adecuada al enfrentarse con la idea de "servicios esenciales" en relación con el derecho de huelga. En esta Sentencia, el Tribunal se plantea la existencia, dentro del debate actual en la doctrina sobre la cuestión, de dos conceptos, a los que se les puede denominar, aunque tal vez sin demasiada exactitud, amplio y estricto:

"De acuerdo con una primera idea, "servicios esenciales" son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales. De acuerdo con una segunda concepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes o intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionales protegidos."

A juicio del Tribunal es la segunda línea interpretativa la que debe ser mantenida por adecuarse mejor a los principios que inspira la Constitución, en la medida que pone el acento en los bienes y en los intereses de la persona y no se mantiene, como la primera, en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades. Es claro que, según esta línea de interpretación "servicios esenciales" o "bienes esenciales" son, al menos, los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos y ellos son "comunes" para todos los españoles. Por lo demás, la sentencia se pregunta ¿Cómo se traduce todo lo anterior en relación con el transporte ferroviario y las huelgas que le afecten? De acuerdo con sus premisas, el Tribunal entiende que para responder a tal cuestión habrá que estar al caso concreto examinando la extensión territorial de la huelga, su extensión personal y su duración<sup>578</sup>. Con esto último, creo que se está reconociendo la imposibilidad

---

<sup>578</sup> El Tribunal argumenta: "Los textos reglamentarios, los alegatos forenses y las resoluciones judiciales hasta ahora recaídas ofrecen un marco de ambigüedad respecto a si ha de considerarse como servicio esencial el transporte ferroviario en su totalidad o si lo esencial es sólo una parte o una cuota dentro de la total organización ferroviaria. Esta última era la óptica del Real Decreto de 8 de febrero de 1980, cuando decía que "en cualquier situación de huelga", sin distinción, ha de mantenerse

de conocer *a priori* para cada decisión concreta cuál sea el bien común por lo que se destaca la importancia del procedimiento a emplear.

## b) El concepto "orden público".

Otro concepto vecino al del bien común es indudablemente el de Orden Público. Sobre él, la Sentencia 33/1982, de 8 de junio, entiende que, sin necesidad de realizar un examen pormenorizado de lo que deba entenderse por tal,

"es lo cierto que en él pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad, para limitarse a lo que aquí interesa, que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad, dirigida a la protección de las personas y bienes (seguridad en el sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas".

Se pone de manifiesto, pues, la relación de orden público con la idea de seguridad entendida en sentido amplio, ya que el Tribunal añade que afirmar lo anterior

"no puede suponer negar que una crisis sanitaria puede amenazar la seguridad pública y justificar, en consecuencia, una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia. Incluso es de recordar que crisis sanitarias tales como epidemias y situaciones de contaminación graves pueden motivar la declaración del Estado de Alarma. Sin llegar a semejante extremo no cabe excluir la posibilidad de que, en aras de la protección de los ciudadanos, la Seguridad Pública requiera tomar medidas para atajar riesgos de la salud pública".

Creemos que la cita es expresiva de la necesidad de seguridad de los ciudadanos y, por tanto, del Estado que debe proporcionarla de forma eficaz. Podríamos pensar ya que, con estas dos sentencias y a través de conceptos como

---

el "transporte ferroviario esencial". Si se adopta, en cambio la postura que más arriba ha quedado anticipada, hay que considerar que lo esencial es el libre ejercicio de los derechos constitucionales y el libre disfrute de los bienes constitucionalmente protegidos, que, en el plano en el que ahora nos movemos, se traduce en la libertad de movimiento de las personas por el territorio nacional y en la distribución de las mercancías necesarias para la ordenada y organizada vida comunitaria. De esta manera no hay necesariamente un "transporte ferroviario esencial". Sólo en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes e intereses exija el funcionamiento del ferrocarril, podrá decirse que es éste esencial para aquel fin. La conclusión a la que las premisas anteriores nos tienen que llevar es que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, como decía el Real-Decreto-Ley 266/80, sino que será necesario examinar en cada caso la extensión territorial que la huelga alcanza, la extensión personal y la duración. No es obviamente lo mismo una huelga de unas horas y una huelga indefinida; una huelga que afecte a algunas líneas y otra que se extienda a la totalidad de la Red; una huelga de algunos miembros del personal y otra que sea general".

"bienes o servicios esenciales" y "orden público", el Tribunal Constitucional está haciendo referencia a dos manifestaciones de lo que en términos generales hemos denominado "Bien común". Pero, quizá, podamos profundizar algo más sobre qué sea el bien común para nuestro Tribunal Constitucional.

### c) El concepto "moral pública".

Otro concepto íntimamente relacionado con el de bien común es el de "moral pública". No está de más señalar que los críticos de la idea de bien común lo entienden como un concepto moral. Pues bien, expresiva de las dificultades con las que nos podemos encontrar al definir el bien común es la Sentencia 62/1982, que se enfrenta al problema de la moral pública como límite de la libertad de expresión. En ella, el Tribunal dice:

"Problema éste de difícil solución si se tiene en cuenta además que la moral pública -como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde la perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *mínimum* ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución)".

Destacar dos cosas: la primera es que para el Tribunal se trata de un elemento ético "común" y no hay duda de que si la Constitución lo protege es por entenderlo un "bien", por tanto, estaríamos en presencia de un "bien común"; la segunda es precisamente la dificultad de su definición *a priori* por ser "susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde la perspectiva social". Ahora bien, que sea difícil su definición, no implica negar su existencia. Si admite diferentes concreciones históricas, no hay duda que habrá que estar a la concreción del momento en que entra en juego como límite de la libertad de expresión. Si esto es así, lo que cobra importancia es el procedimiento para definir esa concreción histórica que supone un bien común, como los derechos y libertades fundamentales. Por lo demás, destacar la afirmación del Tribunal según la cual "es necesario un *mínimum* ético para la vida social".

#### **d) Afirmación y concreciones del "bien común".**

La existencia de un bien común que se puede concretar y que tiene indudables consecuencias jurídicas queda clara en la Sentencia 62/1983, de 11 de julio, en la que al enfrentarse con el derecho fundamental a la tutela judicial y la legitimidad del ciudadano en las acciones populares, dice el Tribunal que

"debe señalarse que dentro de los supuestos en atención a los cuales se establecen por el Derecho las acciones públicas se encuentran los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común. Esta solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual, se refleja en la concepción del Estado como social y democrático de derecho, que consagra la Constitución (art 1.1), en el que la idea de interés directo, particular como requisito de legitimación, queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal, que puede o no ser directo".

Es más, para el Tribunal la concreción del bien común desde un punto de vista jurídico es posible. Al respecto dice el Tribunal:

"entendemos que el bien jurídico protegido en los delitos de riesgo en general contra la salud pública es el *bien común* en el que la misma consiste, que se refleja en definitiva en la salud personal de los ciudadanos, por lo que estamos en un supuesto en el que la defensa del bien común es la forma de defender el interés personal, o, como antes decíamos, en que la defensa de este interés se hace sosteniendo el interés común, aun cuando en el caso de que se trata el interés de que se trata no sea directo."

Pues bien, ejemplos de concreciones de "bien común" encontramos a lo largo de la jurisprudencia constitucional de muy diverso tipo. Baste citar algunos:

-La Sentencia 65/1983, de 21 de julio: "lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que pone de manifiesto el destacado interés público que concurre en la tutela de los derechos fundamentales, razón por la cual establece que el Tribunal en cualquier momento anterior a la decisión puede 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 admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional. Y este mismo interés público explica por qué el Ministerio Fiscal es parte en el proceso de amparo, en atención a las funciones que le atribuye el artículo 124 de la Constitución".

-La Sentencia 109/1984, de 26 de noviembre: "El juicio razonado de prevalencia viene exigido por el propio artículo 228 de la Ley del Suelo, teniendo en cuenta que la inejecución de la Sentencia en sus propios términos sólo podrá acordarse si el interés público que impone seguir o conservar la obra -en todo o en parte- ha de calificarse de prevalente, valorando las razones ofrecidas al efecto, u otras, dentro de los límites indicados."

-La Sentencia 42/1985, de 15 de marzo: "Es doctrina pacífica a la que ya hicimos referencia, acogiéndola, en nuestra Sentencia 5/1981(fundamento 3), la de que la facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la alta cualificación política que resulta de su cometido constitucional. No se defiende mediante este recurso ningún interés o derecho propio, sino el interés general y la supremacía de la Constitución, de manera que el *ius agendi* en que tal facultad consiste, sin conexión alguna con los derechos de que es titular la persona que lo ejerce, forma parte de las competencias que corresponden al órgano que se ocupa, o del haz de facultades propias de la representación política que se ostenta". Doctrina que, por otro lado, levanta ciertas dudas sobre la negación de la legitimación a las Comunidades Autónomas para interponer recurso de inconstitucionalidad cuando no están en juego sus intereses propios, como ya analizamos.

-La Sentencia 39/1988, de 9 de marzo: "Ello es así por la poderosa razón de que la doctrina jurisprudencial sobre el carácter de orden público de todos los preceptos procesales y de la nulidad de todos los actos procesales no acomodados a la Ley, que nunca tuvo otro rango que el de una doctrina jurisprudencial, no encuentra hoy acomodo -y está necesitada de urgente revisión- a partir de la regla de la vinculación de los órganos jurisdiccionales del Estado a los derechos fundamentales de los ciudadanos y a las libertades públicas y sobre todos ante la limitación de las causas de nulidad de los actos judiciales".

-La Sentencia 74/1989, de 21 de abril: "La reserva al Estado de la ordenación de los instrumentos públicos tiende al aseguramiento de un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados, y, por tanto, de las escrituras públicas, uniformando a tal fin el régimen de su naturaleza y contenido, de sus requisitos internos y formales, de su validez y eficacia y, en general, de todos aquellos aspectos que comprometan la unidad de su disciplina jurídica, de modo que una nota definitoria de las reglas

ordenadoras de los instrumentos públicos y, por tanto, de las escrituras públicas, ha de ser la de servir, en relación de necesidad, al establecimiento y preservación de la uniformidad de su régimen jurídico".

-La Sentencia 122/1989, de 6 de julio: "Es así posible que, dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 de la Constitución), y como medio necesario para la protección de intereses generales, los poderes públicos intervengan el ejercicio de ciertas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud".

e) ¿Es necesaria una "religión civil"?

Otro aspecto de importancia, que aquí nos limitaremos a señalar, es la necesidad en una comunidad democrática de algo más que la regulación del poder desde esta perspectiva, esto es, elementos como la "religión civil" u otros aspectos simbólicos<sup>579</sup> que tanta importancia tienen para el modelo de democracia de los "comunitaristas"<sup>580</sup>. Pues bien, parece que el Tribunal reconoce la importancia de estos "otros" aspectos en un régimen democrático cuando en la Sentencia 94/1985, de 29 de julio afirma lo siguiente:

"Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posible".

No está de más señalar también que el Tribunal en Sentencia 119/1992, de

---

<sup>579</sup> Para constatar la importancia de las cuestiones simbólicas se puede consultar AGUILERA DE PRAT, C. R. y VERNER LLOBET, J. "Cuestiones simbólicas y Constitución española" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 79, 1993, pp. 139-160, donde critican el excesivo rigorismo del legislador y en cierta medida del Tribunal Constitucional de enfrentarse a una cuestión como la protección del respeto a la bandera de España, pues puede producir una desintonía entre el acuerdo político y la aceptación cívica, no adecuada para la práctica democrática y la socialización política pluralista.

<sup>580</sup> Véase, entre otros pero fundamentalmente en este aspecto, BELLAH, R. N. y OTROS *Hábitos del corazón*, Alianza, Madrid, 1989, especialmente pp. 300-303.

18 de septiembre, entendió que "siendo los principales símbolos de nuestro Estado la bandera de España y su escudo, también son símbolos del Estado español las banderas y enseñas previstas en el artículo 4 de la Constitución Española y reconocidas en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, en tanto en cuanto... éstas constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad y complejidad del Estado que configura".

#### f) Un ejemplo: la economía.

Podríamos seguir citando ejemplos de "concreciones" de lo que sea el "bien común", pero existe una materia donde su concreción puede ser, quizá, más interesante por la problemática que encierra. Nos estamos refiriendo a la economía. No hay duda de la importancia de la economía para la obtención del bienestar general en las sociedades contemporáneas y tampoco hay duda de las divergencias entre los economistas a la hora de considerar cuáles son las mejores medidas para alcanzar este bienestar general. Es más, en la actualidad, se ha puesto hasta en duda que el crecimiento económico sea un factor de bienestar general, llegando a afirmarse sus elementos perversos en relación a la calidad de vida debido a la progresiva degradación del medio ambiente. La pregunta que nos haríamos desde este planteamiento es si la economía o, mejor, el crecimiento económico es o no un bien común. Y aún en el caso de una respuesta afirmativa nos tendríamos que enfrentar a un sin fin de problemas, a los que por otra parte difícilmente en esta sede podemos prestar atención, como son qué medidas son las adecuadas para alcanzar tal bien, quién ha de adoptar esas medidas y qué procedimiento es el adecuado para adoptarlas. En cualquier caso, algo diremos sobre ellas.

Sobre la primera cuestión planteada, ¿es el crecimiento económico un bien común?, la Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, nos clarifica el panorama al mismo tiempo que nos permite relacionar la economía con otro presumible bien común cual es el medio ambiente. La sentencia mencionada, refiriéndose a la Constitución española, dice que su artículo 45 "recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales". Pues bien, "en su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la "utilización racional" de esos recursos con la

protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida". Ahora bien, "debe advertirse que la Constitución impone asimismo 'el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos'" y "ese desarrollo es igualmente necesario para lograr aquella mejora". De aquí que "la conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico". Por lo tanto, podemos extraer varias consecuencias: en primer lugar, que el desarrollo económico es un bien común; en segundo lugar, que este bien común puede entrar en colisión con otros bienes comunes, uno de los cuales es el medio ambiente; y, en tercer lugar, que es al legislador al que le corresponde compaginar ambos bienes.

La misma sentencia nos da la respuesta a cómo compaginar la colisión entre estos bienes. Nos da fundamentalmente dos pautas. La primera se colide de lo siguiente:

"con arreglo al artículo 128.1 de la Constitución "toda la riqueza del país en sus distintas formas y fuese cual fuese su titularidad está subordinada al interés general". En una de sus aplicaciones, este precepto supone que no puede substraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considere de interés general, aduciendo otras finalidades, como la protección del medio ambiente. Se trata de nuevo de armonizar la protección del medio ambiente con la explotación de los recursos económicos".

Y la segunda de lo siguiente:

"lo que puede plantearse en casos concretos es el conflicto entre los dos intereses cuya compaginación se propugna a lo largo de esta Sentencia: la protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero. Ello supone ponderar en cada caso la importancia para la economía nacional de la explotación minera de que se trata y del daño que pueda producir al medio ambiente, y requiere también entender que la restauración exigida podrá no ser siempre total y completa, sino que ha de interpretarse con criterio flexible como parece deducirse del mismo preámbulo de la Ley al decir que su finalidad es que la "zona afectada quede bien integrada en el conjunto natural que la rodea". Este criterio de ponderación de los intereses en presencia cobra particular relieve cuando el Estado en defensa de la economía nacional haya declarado o declare en cualquiera de las formas legalmente posibles la prioridad de determinadas actividades extractivas. En esta circunstancia es de presumir que el fomento de esas actividades declaradas prioritarias requiere considerarlas prioritarias respecto al medio ambiente en tanto el Estado no declare en forma expresa esta última prioridad y sin perjuicio de que se tengan en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. En esos supuestos el deber de restauración deberá ajustarse a las posibilidades de llevarlo acabo sin detrimento de la explotación".

La cita presenta varios aspectos relevantes para comentar. El primero es



que la solución de los conflictos se resuelve en una ponderación de los bienes que recuerda mucho a la aplicación de los criterios de igualdad o a la resolución de los conflictos entre derechos. Por ello es lógico pensar que la solución en cada caso concreto dependerá de los valores vigentes en nuestra sociedad y que, por tanto, en general, podemos prever que dada la mayor atención prestada a los problemas del medio ambiente en nuestras sociedades, éste adquirirá cada vez más una mayor relevancia. No obstante, conviene añadir que todavía hoy los factores económicos tienen una mayor presencia social.

En segundo lugar, cabe señalar que en la parte final de la cita realizada se apunta el problema del sujeto llamado a proveer por ese bien común que es el desarrollo económico. No es el momento de desarrollar aquí toda la rica problemática de la llamada Constitución económica<sup>581</sup>, pero sí podemos destacar dos de sus aspectos esenciales a través de dos sentencias del Tribunal Constitucional:

-La primera es la Sentencia 29/1986, de 20 de febrero<sup>582</sup>, según la cual

"corresponde al Estado la ordenación de la actuación económica general, lo cual ha de interpretarse como ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado con relación a ellos, es decir, de la propia intervención del Estado en materia económica. Esta actuación del Estado, por medio de sus órganos, no puede llegar sin embargo a un vaciamiento de las competencias asumidas por la Comunidad en materia de planificación, de donde se deduce la necesidad de articular la competencia del Estado y de la Comunidad.

Para determinar los criterios de acuerdo con los cuales puede producirse esta articulación debe recordarse también el principio constitucional de unidad económica, proyección en dicha esfera del principio de unidad del Estado (art. 2 de la Constitución), como ya ha expuesto el Tribunal en su Sentencia 1/1982, de 28 de enero, y que se refleja en diversos preceptos constitucionales; esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado, indica dicha Sentencia, es más imperiosa en aquellos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de la organización territorial (Título VIII de la C.E.); la unidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y

---

<sup>581</sup> Al respecto es interesante la obra de BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988.

<sup>582</sup> La importancia de esta Sentencia para el reparto competencial entre el Estado central y las Comunidades Autónomas es puesto de manifiesto por GARCIA TORRES, J. en "La 'ordenación general de la economía' título sustantivo de competencia estatal" (*Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986) en la medida que tal competencia "pasa de ser una designación abreviada del conjunto de las competencias económicas estatales -vistas desde el mirador de su función o del objetivo al que han de dirigirse- a convertirse en una nueva competencia económica estatal, acaso la esencial, la que puede *sustituir* a las competencias de planificación de los artículos 131 y 149.1.13 CE y ejercitarse, además, sin los gravámenes procedimentales del artículo 131.2 CE".

disgregadores.

Desde esta perspectiva parece claro que, cuando para conseguir objetivos de la política económica nacional, se precise una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, por la necesidad de asegurar un tratamiento uniforme de determinados problemas económicos o por la estrecha interdependencia de las actuaciones a realizar en distintas partes del territorio nacional, el Estado en el ejercicio de la competencia de la ordenación de la actuación económica general podrá efectuar una planificación de detalle, siempre, y sólo en tales supuestos, que la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y medidas de coordinación". Ahora bien, lo que debe quedar claro es "que, por la misma concurrencia competencial a ejercer en régimen de responsabilidad común, las Comunidades Autónomas afectadas con competencias para la ejecución de los planes no pueden quedar ausentes de los órganos de ejecución que el Estado en virtud de su competencia haya establecido. Parece necesario, pues, que el legislador estatal establezca expresamente la participación autonómica, cuando sea necesaria, y los criterios, siquiera generales, de articulación orgánica de la misma."<sup>583</sup>

-La segunda es la Sentencia 88/1986, de 1 de julio, según la cual

"el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste. Como ha tenido, en efecto, ocasión de señalar este Tribunal, la defensa de la competencia, en un aspecto normativo "comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado", siendo su objetivo la "defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia" (STC 71/1982). No debe, sin embargo, entenderse esta actuación como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino, más bien, la de prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo. Junto a esta forma de intervención del Estado en la regulación del mercado, que deriva de los mismos términos del artículo 38, pueden encontrarse otras, de relevancia para el caso que nos ocupa, que se fundan en preceptos constitucionales específicos, como el artículo 51, en sus apartados 1 y 3, en cuanto atribuye a los poderes públicos "la defensa de los consumidores y usuarios", y se prevé que, a tal efecto, "la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales". La defensa del consumidor aparece así como un principio rector de la política social y económica cuya garantía la Constitución impone a los poderes públicos."

---

<sup>583</sup> No está de más recordar con el profesor GARCIA DE ENTERRIA que el principio de unidad económica y la reserva de los poderes pertinentes al Estado central "fue entendido de manera especial por catalanes y también por vascos, que fueron los que en el siglo pasado crearon en España un sistema de economía nacional, el sistema de ruptura de las aduanas interiores y el sistema de protección del mercado interior conjunto mediante un arancel externo" ("La constitución y las autonomías territoriales", op. cit., p. 23). En cualquier caso, tal principio resulta problemático desde un punto de vista nacional con nuestra integración en Europa y la globalización de la economía.

Y es que como recuerda la Sentencia 64/1990, de 5 de abril, refiriéndose a una reiterada jurisprudencia, la Constitución económica ha de entenderse como "conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, resaltando la importancia que, especialmente en Estados como el nuestro, de estructura territorial compuesta, adquiere la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional, como proyección concreta del más general principio de unidad que el artículo 2º de la Constitución consagra".

Pero de todo lo dicho se desprende otra consecuencia clara, a proveer por el bien común "desarrollo económico" no sólo están llamados Estado y Comunidades Autónomas, sino también lo que podríamos llamar "sociedad civil" a través del ejercicio de la libertad de empresa o iniciativa privada de la economía. Pero es más, esto que parece claro en el caso de la economía debe ser aplicado a la consecución de cualquier bien común, y en este sentido creo que conviene realizar un breve *ex-cursus* sobre las relaciones Estado-sociedad.

#### g) *Ex-cursus* relaciones Estado-sociedad.

Mucho se ha escrito de la difuminación de la clásica frontera entre Estado y sociedad<sup>584</sup>. Esta realidad como no podía ser de otra manera tiene unas claras consecuencias en el campo del Derecho que, en definitiva repercuten en la comprensión del tema que estamos tratando. Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido que prestarle atención a esta cuestión en diversas sentencias, pero quizá sea la Sentencia 18/1984, de 7 de febrero, la que lo ha abordado de forma más frontal. Es cierto que esta sentencia se refiere a la cuestión de la calificación de un ente como público o no ante la ausencia de calificación legal, deteniéndose pues en este aspecto, pero indirectamente podemos establecer ciertas conclusiones a nuestros efectos.

Pues bien, en la Sentencia citada el Tribunal argumenta de la siguiente forma:

---

<sup>584</sup> Véase, entre otros, GARCIA PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1989, especialmente pp. 21-25 y 123-148.

"la interacción entre Estado y Sociedad, destacada por la doctrina, produce consecuencias muy diversas en el mundo del Derecho,... . El reconocimiento de los derechos de carácter económico y social -reflejado en diversos artículos de la Constitución- conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos -especialmente de los de contenido patrimonial, como el de propiedad- y al cumplimiento de determinados deberes -como los tributarios-. En el campo de la organización, que es el que aquí interesa, la interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto a su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes...

La interacción Estado-Sociedad y la interpenetración de lo público y lo privado, trasciende como hemos señalado al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la Sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución, cuyos límites es innecesario estudiar a los efectos del presente recurso. Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general.

La configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado, y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica".

La conclusión es claramente establecida por el Tribunal: la consecución de los intereses generales o bien común no sólo corresponde al Estado, sino también a la sociedad, pero es más, esta interacción Estado-sociedad obliga a una reconstrucción de muchas de las teorías jurídicas y no jurídicas que desde la base de una clara distinción entre Estado y sociedad se habían levantado, pero que actualmente resultan insuficientes para dar respuestas eficaces a los problemas de las sociedades actuales<sup>585</sup>.

---

<sup>585</sup> PORRAS NADALES en "El derecho intervencionista del Estado" (*Revista de Estudios Políticos*, nº 63, 1989) indica como el neocorporatismo de las sociedades actuales pone en entredicho el tradicional paradigma weberiano de la racionalidad en la esfera jurídica de las relaciones entre el Estado y el Derecho: "la presencia de impulsos fragmentarios de autorracionalidad reflexiva entre los distintos subsistemas" operan procesos limitados de integración racional del ordenamiento, a la que sólo limitadamente también puede responderse mediante el mecanismo de la jurisprudencia constitucional de la que resulta una *racionalización limitada a posteriori*. Ahora bien, para el mismo autor "si los mecanismos de democratización de la esfera intervencionista del derecho del Estado acaban operando realmente un proceso de desracionalización del sistema jurídico, ello no excluye la aparición de otro tipo de ventajas", esto es, la mayor *legitimación* derivada de una mayor participación a través de los cauces neocorporativos y el incremento de la cuota de *eficacia* final del sistema. Sobre este mismo tema, véase GARCIA PELAYO, op. cit., pp. 197-218.

### **10.3.- CONCLUSIONES ESPECIFICAS**

-Frente a las teorías que niegan la idea de "bien común" hemos de afirmar su existencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, existencia no como idea ética o metafísica, sino con concreciones que desenvuelven ciertas consecuencias jurídicas en el mundo fáctico.

-Entre las concreciones del "bien común" destacan dos: por un lado la demanda de eficacia al Estado en cuanto dador de seguridad a los ciudadanos que convierte al mismo Estado en un bien común; y, por otro lado, los derechos fundamentales, las libertades públicas y el resto de los bienes constitucionalmente garantizados.

-Como consecuencia de lo anterior, podemos considerar la Constitución, en sentido estricto, un "bien común".

-A partir de esta trilogía (Constitución, Estado, Derechos fundamentales y libertades públicas) se deducen como manifestaciones del "bien común" todos los mecanismos, procesos y bienes que contribuyan a su permanencia.

-La consecución del "bien común" no es tarea que corresponda únicamente al Estado, sino que corresponde tanto al Estado como a la sociedad, realidades que por otra parte comparten un gran espacio en común al haberse diluido la frontera que los separaba.

-De todo lo anterior posiblemente se deduzca una conclusión cautelar: cualquier teoría de la democracia que pretenda ya no prescribir, sino describir la democracia habrá de tener en cuenta el 'bien común'.

## 11.- CONCLUSIONES FINALES

### 11.1.- RECAPITULACION

Al inicio de este trabajo señalábamos que su objetivo era responder a interrogantes del siguiente tenor: ¿La Constitución española de 1978 nos ha brindado un modelo de democracia cerrado o, como ella misma, resulta abierto a distintos desarrollos dentro de un amplio marco? ¿Un modelo de democracia determinado puede convertirse en un pre-judicio para el intérprete? o, quizá, ¿los pre-judicios del intérprete pueden configurar un modelo de democracia? ¿De qué forma se relacionan los pre-judicios y el Derecho constitucional positivizado? Y, sobre todo, la pregunta que nos hacíamos y a la que pretendemos responder con este estudio es: ¿La doctrina del Tribunal Constitucional ha configurado (o se ha dejado configurar) por un modelo o teoría de la democracia concreto?

Tras el camino recorrido a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece que estamos en disposición de responder a alguno de los interrogantes anteriores.

En primer lugar, parece bastante claro que el modelo de democracia configurado por la Constitución de 1978<sup>586</sup> se asienta sobre unas bases democráticas cuyo núcleo esencial y no alterable por los poderes constituidos concuerda con los requisitos establecidos en las definiciones "mínimas" de democracia que estudiábamos. De esta forma se reconocen unos derechos civiles y políticos entre los cuales destacan la libertad de expresión y los derechos de reunión y asociación que permiten una mínima participación de los ciudadanos en la determinación de los gobernantes a través de unas elecciones libres e imparciales y, de esta forma, una cierta correspondencia de la política del

---

<sup>586</sup>MARTINEZ SOSPEDRA, después de señalar como la Constitución misma acoge el principio participativo con extensión mas allá del tradicional *status civitatis*, entiende que "la Constitución no acoge la concepción schumpeteriana de la democracia como conjunto de reglas que organizan el pluralismo social y como mecanismo de selección de gobernantes entre élites competitivas, sino más bien se inclina por la adopción de una filosofía participativa". Ahora bien, ello no le impide señalar que surge aquí "una cierta contradicción interna a la Constitución misma, en tanto en cuanto su texto viene a organizar una democracia esencialmente representativa que contempla de forma restrictiva a los supuestos de participación inmediata y directa de los ciudadanos en la vida política" (*Libertades Públicas*, Fundación San Pablo, Valencia, 1993, vol I, p. 316.).

gobierno con las preferencias manifestadas por los propios ciudadanos.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional -y por ello también del Tribunal Constitucional en virtud de su sometimiento a la Constitución como todo poder público- de estos mínimos no comporta, como hemos visto, un modelo cerrado de democracia. La propia Constitución ha dejado abiertos determinados cauces para que sean concretados o no posteriormente por el legislador y el resto de los poderes constituidos. Entre estos, claro está, se encuentra el Tribunal Constitucional y a su aportación a esa concreción hemos dedicado este estudio.

Quizá resulte más difícil responder, en segundo lugar, a la relación entre los posibles pre-juicios del Tribunal y la doctrina emanada de sus sentencias. La metodología empleada no ha sido enfocada a desentrañar esos pre-juicios que, por lo demás, tienen un difícil estudio utilizando únicamente como fuente de trabajo la jurisprudencia. Es fácil deducir los problemas que ello suscita y, por tanto, comprender nuestra renuncia a definir cualquier causalidad al respecto.

Ahora bien, y en tercer lugar, a nadie se le escapa que el Tribunal con sus sentencias ha contribuido a configurar un determinado tipo de democracia en nuestro país. Cada cual puede relacionarlo con un pre-juicio "colectivo" del Tribunal si así es su deseo o juzgarlo también desde los propios pre-juicios, como presumiblemente -y al igual que el que esto escribe- se habrá hecho al compás de la lectura de las páginas precedentes. Pues bien, al margen de pre-juicios, creemos poder dar una respuesta a la pregunta sobre el tipo de democracia que ha configurado el Tribunal Constitucional con su doctrina. Es más, creemos que las consideraciones que hagamos nos permitirán realizar un juicio crítico sobre los aspectos descriptivos de las teorías de la democracia. Al fin y al cabo, las respuestas desde el Derecho dadas por el Tribunal Constitucional a los problemas prácticos en el funcionamiento de un régimen democrático se convierten en material empírico de primer orden para enfrentar una definición descriptiva de democracia, aunque no agoten la cuestión.

En las líneas que siguen nos proponemos, pues, llevar a cabo:

-la descripción del modelo de democracia que *perfila* para España la doctrina del Tribunal Constitucional.

-una confrontación crítica con los aspectos descriptivos de las teorías de la democracia a partir del anterior modelo empírico.

## 11.2.- SOBRE LOS DOS MODELOS

Al inicio de este trabajo establecíamos distintas tipologías de modelos de democracia. Nos referíamos, en primer lugar, a la clásica distinción entre *democracia representativa* y *democracia directa*. La distinción, que se apoya esencialmente en los aspectos institucionales, en la actualidad ha perdido gran parte de su valor por las dificultades prácticas a las que se ve abocada la segunda una vez superados ciertos límites. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha de partir del marco establecido en la Constitución y este no es otro que el de la democracia representativa, por lo que va de suyo que es al que se ajusta su doctrina.

Entre los estudiosos de la democracia es usual también distinguir entre *democracia formal o procedimental* y *democracia sustancial o material*. Desde la primera lo importante son las reglas de juego. Sólo a partir de su consideración y únicamente ellas nos indican la cualidad democrática de un régimen. Por contra, desde la segunda, se nos dice que la democracia implica algo más. Ese algo más depende del autor que lo afirme, pero normalmente la referencia se hace a las condiciones sociales y económicas de igualdad que han de permitir que todos sin excepción puedan ser libres en el ejercicio de las reglas de juego democráticas. Obviamente, también están aquellos para los cuales lo único importante son las condiciones sociales y económicas, no obstante es comúnmente admitido por la doctrina que partiendo de estas bases el régimen político también puede ser no democrático. Así pues, nos da la impresión que la diferencia entre un tipo de democracia u otro radica no tanto en considerar esencial las reglas de juego (las dos las consideran esencial), sino más bien en considerar esencial o no ese *plus* de igualdad en las condiciones sociales y económicas que, en definitiva, han de permitir la libertad real de todos en el uso de las reglas de juego.

Pues bien, parece de lo estudiado en la doctrina del Tribunal Constitucional que éste se inclina por entender la democracia en su sentido no sólo formal y procedimental, sino además en su sentido sustancial o material. No podía ser de otra manera cuando la Constitución española de 1978 positiviza junto al valor libertad, el valor igualdad, y su artículo 9.2 establece que



corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; y, también, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Ahora bien, tal conclusión se nos antoja excesivamente simple si no ahondamos en la definición de ese "plus" en el que, como hemos visto, no coinciden los autores que lo reivindican. Pues bien, siempre manteniéndonos en un cierto nivel de abstracción, creemos que la solución a tal interrogante nos la da la respuesta que el Tribunal Constitucional ofrece a las preguntas en las que Bobbio resumía tal contencioso: ¿Qué es la libertad? ¿Qué es la igualdad? Como hemos visto y de acuerdo con nuestras conclusiones, en un plano normativo y partiendo de la positivación en el artículo 1.1 de nuestra Constitución tanto del valor libertad como del valor igualdad, sólo cabe una interpretación de los mismos que los hagan compatibles. Esto excluye, de entrada, determinadas concepciones de la libertad y determinadas concepciones de la igualdad. Decíamos que, para nosotros, la libertad se convierte en el valor preeminente entre los superiores que para ser efectiva (en el sentido de que la libertad se predique de todos) exige determinada igualdad y esa igualdad es la compatible con la libertad. Siguiendo la tipología de Sartori, decíamos que esta igualdad se concreta en los siguientes tipos: igualdad de derechos civiles y políticos, igualdad de reconocimiento social, igualdad de acceso, políticas redistributivas que posibiliten a todos unas condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad, quedando excluida la igualdad material *strictu sensu*. Creemos que de esta forma ha sido entendida por el Tribunal Constitucional la relación entre igualdad y libertad.

Otra cosa son los procedimientos concretos y decisiones sustantivas en que se desenvuelven estos valores. Así, hemos hecho un gran hincapié en la aplicación de los criterios de igualdad, observando que en ningún caso, entre otras cosas por imperativo constitucional, podemos entender que de un derecho concreto se aplique el criterio de igualdad "lo mismo para todos". De hecho, el reconocimiento general a "todos" de derechos civiles y políticos, de reconocimiento social, de oportunidades de acceso es matizado por la permisividad jurídica y social de establecer tratamientos diferenciados cuando factores relevantes lo justifiquen. Y también decíamos que ese tratamiento diferenciado depende en todos los casos de los valores vigentes en un momento dado en nuestra sociedad. Es más esos valores sólo legitimarán el tratamiento diferenciado cuando su plasmación se realice a través de los procedimientos

democráticos, esto es, fundamentalmente por el legislador representante de la voluntad popular y en última instancia por el Tribunal Constitucional en el marco de sus competencias, pero también por los jueces o incluso podríamos decir por la propia sociedad, de acuerdo con la distribución competencial que para cada caso ha establecido el propio pueblo democráticamente.

No está de más señalar que una de las grandes preocupaciones de los juristas en los últimos tiempos estriba en la posición de los Tribunales Constitucionales frente al legislador, pues siendo éste último el representante directo de la voluntad popular mal se puede explicar que otro órgano que no tiene esta legitimación, el Tribunal Constitucional, le enmende la plana en orden a la fijación de los valores vigentes. Aunque este otro órgano también ostenta la legitimidad democrática que el pueblo le ha concedido a través de la Constitución y la salvaguarda de la legitimidad indirecta al ser elegido por los representantes directos del pueblo hemos procurado definir con la mayor precisión posible los límites del Tribunal en la aplicación de los criterios de igualdad. Ello ha permitido constatar las limitaciones competenciales del Tribunal en pos de la igualdad real y efectiva.

En otro orden de cosas establecíamos que si los derechos civiles y políticos ni siquiera en una democracia se pueden predicar de todos, lo cierto es que un régimen democrático tiende a predicar de todos los derechos civiles y políticos, por lo que las excepciones no serían más que eso, excepciones.

De acuerdo con las anteriores reflexiones no tenemos más remedio que hacernos la siguiente pregunta: ¿Este sistema que comporta? Irremediamente comporta a que en las democracias siempre existan diferencias, rasgo consustancial a las mismas, lo cual a su vez significa:

1.-Que son los valores vigentes los que determinan en el tiempo cuando una diferencia es "injusta" y, por tanto, la necesidad de proceder mediante los mecanismos del sistema político a su desaparición.

2.-De esta manera los sistemas democráticos siempre se van a caracterizar por su inestabilidad, en la medida que siempre estarán obligados a enfrentarse con desigualdades. Este hecho explicaría, entre otras cosas, la amplia literatura sobre la "ingobernabilidad" de las democracias, expresión, por otra parte, que supone un "error expresivo" -valga la redundancia- porque no se trata de

ingobernabilidad, sino de que el gobierno democrático convive con la diferencia a la que continuamente ha de dar respuesta en una espiral infinita de actos de gobierno. El gobierno democrático se ha de caracterizar por fuerza siempre por estar en una "cuerda floja". El problema radica en atarla de la forma adecuada.

Diferente a la anterior, aunque parecida, es la contraposición entre *democracia elitista* y *democracia participativa*. Es difícil también en este caso hacer un pronunciamiento general sobre su diferencia. Podríamos decir que las distintas teorías funcionan sobre un *continuum* donde los dos polos serían aquéllas que radicalizan la característica en que se hace hincapié, esto es, la mayor o menor participación del común de los ciudadanos. Mientras que para las teorías elitistas la participación política es o deber ser una cosa de élites políticas, las teorías de la democracia participativa hacen un mayor hincapié en el deber ser de la participación ciudadana. Es difícil obtener, en este caso, conclusiones claras de la jurisprudencia constitucional.

Es claro que la participación electoral, esto es, la selección de élites resulta superprotegida por la doctrina constitucional, pero esto no implica por sí la renuncia a la protección de otros mecanismos de participación que también han sido establecidos constitucionalmente (derechos de reunión y asociación y todas las formas de participación vistas para diferentes ámbitos). Otra cosa es que la eficacia del sistema exija ciertas limitaciones, ya no sólo a estas otras formas de participación, sino incluso a la participación electoral. Ciertamente también el Tribunal ha interpretado restrictivamente el artículo 23, quizá por temor a abrir la "caja de los truenos", pero ello no obsta a decir que en líneas generales la democracia que se configura es en «cierto» grado participativa y no sólo consiste en la selección de élites.

Otro problema es hasta dónde se presenta participativa, punto que analizaremos posteriormente. Lo que sí cabe decir es que, en cualquier caso, la Constitución tiene mecanismos que posibilitan la apertura hacia nuevas formas de participación política o una mayor amplitud de las ya conocidas que no han sido totalmente desarrolladas por la doctrina constitucional. Son estos mecanismos, principalmente, la interpretación más amplia por el Tribunal Constitucional del artículo 23 y la llamada del artículo 9.2 a los poderes públicos, según la cual le corresponde a éstos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (también en la vida económica, cultural y social).

### **11.3.- SOBRE LOS TRES MODELOS**

Vimos también que Habermas distinguía entre tres modelos de democracia: el liberal, el republicano y el deliberativo. Resulta difícil atendiendo sólo a la jurisprudencia constitucional pronunciarse sobre la virtualidad de cada uno de los tres modelos, pero si atendemos a la diferenciación que entre ellos establece Habermas según el proceso de formación democrática de la opinión y de la voluntad común parece claro que tanto el modelo liberal como el modelo republicano parecen descartables.

De la jurisprudencia constitucional, desde luego, no parece que la voluntad democrática se forme únicamente como un compromiso de intereses. Otra cosa es que el Tribunal en el ejercicio de su función los tenga en cuenta y en algún caso concreto utilice como método de interpretación lo que en la doctrina se conoce como *balancing intereses*.

Tampoco se puede predicar de la doctrina constitucional la "autocomprensión ética" de la concepción republicana cuando el Tribunal Constitucional ha de decidir en el marco del pluralismo político. Quizá quepa conceder a esta concepción la función integradora que el Tribunal reconoce a los símbolos de una comunidad. Pero fuera de ello, parece que se ajusta más, en este punto y con las todas las salvedades necesarias, la concepción deliberativa del proceso de formación democrática de la opinión.

### **11.4.- SOBRE LOS MODELOS DE DAVID HELD**

Dejando de lado los modelos clásicos de democracia que señala Held (democracia griega, democracia protectora, democracia desarrollista y democracia directa), claramente superados en las condiciones históricas actuales, nos quedan los modelos contemporáneos de democracia, esto es,

- democracia elitista competitiva
- pluralismo clásico
- neopluralismo
- democracia legal
- democracia participativa
- autonomía democrática.

Pues bien, tampoco entraremos en el análisis de alguno de estos modelos por distintos motivos. Esto no quiere decir que no se reconozcan sus valiosas aportaciones. Veámoslos brevemente:

-La democracia elitista competitiva es el modelo de Schumpeter. Sus fallas son suficientemente conocidas. Entre ellas destaca que no tiene en cuenta la existencia de los múltiples grupos de interés y de sus interrelaciones con el sistema político.

-El pluralismo clásico, superador del modelo anterior, lo descartamos en la medida que sus mismos defensores han derivado hacia nuevas posturas que se condensan en lo que se conoce como neopluralismo.

-La democracia legal resulta incompatible con las prescripciones de nuestra Constitución a los poderes públicos, con lo que difícilmente puede tener reflejo en nuestra doctrina constitucional.

-La autonomía democrática nos parece una variante más de las existentes dentro del marco más genérico de lo que venimos dando en llamar democracia participativa, por lo que las estudiaremos conjuntamente.

Quedarían, pues, dos modelos a examinar: el neopluralismo y la democracia participativa.

Si tomamos el primero, lo primero que hay que señalar es que en él predominan los aspectos descriptivos. Si tomamos el segundo, destacarían los aspectos prescriptivos. Pero si atendemos a la evolución *-a grosso modo-* de ambos encontramos un cierto acercamiento que los termina por hacer compatibles. Nos explicamos. El pluralismo ha evolucionado desde posiciones que se definían como empiristas hasta terminar reconociendo que la escasa base de recursos de muchos grupos impide una participación política plena, que la distribución del poder socioeconómico establece límites para las opciones políticas (DAHL) o introduce en la descripción valores como la libertad y la igualdad (SARTORI). Por contra, los partidarios de la democracia participativa, aún manteniendo la prescripción de la necesidad de la participación de los ciudadanos, acaban reconociendo también la necesidad de las instituciones representativas (HELD o, desde otro punto de vista, HABERMAS). Indudablemente, al confrontar ambos

modelos con la jurisprudencia constitucional e indirectamente con la democracia española, ambos modelos presentan carencias:

-El modelo neopluralista en la medida en que no tiene en cuenta determinadas formas de participación que, de alguna forma, conforman la cultura política de un pueblo y, sobre todo, en la medida, que su planteamiento descriptivo difícilmente se ajusta a una democracia que se configura no sólo estática sino también dinámicamente, no sólo formal sino también materialmente, por los imperativos constitucionales del artículo 1.1 y 9.2.

-El modelo participativo en la medida que renuncia a la descripción por la prescripción. Poco nos sirve de esta forma aquí al carecer de la dimensión descriptiva. Otra cosa es en su dimensión prescriptiva, sobre la cual no tenemos en esta sede nada que objetar, antes bien resaltar la coincidencia en el objetivo con la propia Constitución española (democracia avanzada) y sus artículos 1.1 y 9.2. El problema se sitúa en el cómo llegar a este objetivo.

Entre esos modelos, ¿toma partido el Tribunal Constitucional en su doctrina? Podemos decir, después del estudio realizado sobre los indicadores obtenidos en los modelos de democracia, que el Tribunal Constitucional, a través de su doctrina y sin presuponerle ahora intencionalidad alguna, ha configurado un modelo de democracia peculiar o, al menos, ajeno a cualquier teoría democrática tomada en la totalidad de sus rasgos. Teoría peculiar, pues, cuyos rasgos más sobresalientes son:

-la concepción de la dignidad de la persona tanto como autodeterminación consciente y responsable de la propia vida como respeto debido a los demás;

-un elemento prescriptivo que posibilita la intervención de los poderes públicos en pos de la libertad e igualdad reales y efectivas;

-el reconocimiento y garantía de un máximo de derechos individuales, colectivos, civiles, políticos, económicos y sociales en la medida que sea posible;

-un sistema flexible de división de poderes horizontal y vertical, dentro del cual la potestad legislativa corresponde a los representantes del pueblo, si bien aquí habría que anotar los claroscuros que presenta el reparto competencial entre Comunidades Autónomas y órganos centrales del Estado mediante el juego del

principio de unidad o de la doctrina del interés general; y también, aunque en este caso es un límite constitucional -establece un sistema funcionarial-, el poco juego del principio democrático en la configuración del Poder Judicial en España;

-el derecho a la educación, el pluralismo educativo y la educación en los valores de la democracia como requisitos imprescindibles de la democracia;

-La consideración de la comunicación pública libre como fundamento de la democracia, anotando en el *debe* del Tribunal, la poca virtualidad del carácter institucional de las libertades de expresión y comunicación que favorece al reducido núcleo de los sujetos activos de la comunicación;

-un alto grado de pluralismo *plural* (político, sindical, cultural, educativo,...) mediante el reconocimiento de los derechos de reunión y asociación en el que las minorías tengan respetados sus derechos como tales;

-la consideración de los partidos políticos como elementos esenciales del régimen democrático, bien que habría que manifestar el bajo grado de control sobre los mismos que resulta de su doctrina;

-una consideración amplia de la libertad sindical junto con el favorecimiento de la doctrina de los «sindicatos más representativos» en pos de la eficacia del sistema;

-el máximo reconocimiento y protección de la participación electoral encaminada a la elección de representantes en los niveles territoriales de decisión política, frente a una escasa protección del resto de las formas de participación como consecuencia de una interpretación restrictiva del artículo 23, si bien hay que reconocer ciertos esfuerzos realizados en su última etapa en pos de una mayor virtualidad del principio democrático;

-el gobierno de la mayoría acompañado de la participación, bien directa o bien a través de representantes, de todos los potenciales afectados en el proceso de toma de decisiones públicas como esencia de la democracia;

-el reconocimiento de la existencia del Bien Común entre cuyas concreciones destacan dos: la eficacia del Estado en cuanto dador de seguridad a los ciudadanos y los derechos fundamentales, las libertades públicas y el resto de

los bienes constitucionalmente garantizados;

-por último, cabría destacar la existencia como principio legitimador junto al principio democrático del principio de eficacia en los asuntos públicos.

Cualquier lector avisado puede concluir que ninguna de las teorías de la democracia estudiadas en su momento pueden dar cuenta al mismo tiempo y sin contradicciones de todos los rasgos con que hemos caracterizado al modelo de democracia que se configura en la doctrina del Tribunal Constitucional. Es por ello que en el próximo epígrafe vamos a servirnos de una *novedad* en el campo de las teorías sobre la democracia.

#### 11.5.- UNA OPCION TEORICA REALISTA

Pues bien, desde las anteriores consideraciones nos parece especialmente sugerente la propuesta de una nueva teoría sobre la democracia, desde perspectivas que pretenden superar el empirismo nacido de la revolución behaviorista, que nos ofrece Danilo Zolo. Estimamos que, al margen de su componente realista desde una perspectiva sistemática, se adapta y explica en gran manera la doctrina del Tribunal Constitucional.

Danilo Zolo<sup>587</sup> sostiene la necesidad de una "reconstrucción" de la teoría democrática a partir de una reconsideración general de la noción de "democracia representativa". Para él, las modernas sociedades informáticas, dominadas de las altas tecnologías y del poder persuasivo de los *media*, no responden a la noción clásica de autonomía, racionalidad y responsabilidad moral de los ciudadanos. Zolo, frente a esta concepción, parte de la premisa general de que la noción de complejidad permite un análisis realista de las condiciones y del destino de la democracia en las sociedades postindustriales. Por complejidad se refiere a la situación cognitiva de un sujeto, sea un individuo o un grupo, según la cual, dadas ciertas condiciones, (más o menos) complejas serán las relaciones que "construye" y proyecta sobre el ambiente en el intento de orientarse en el interior de tal ambiente.

---

<sup>587</sup> ZOLO, D. *Il principato democratico*, op. cit.. Una aproximación a la obra de este autor se podrá encontrar en FELIP SARDA, J. M. y MARTIN CUBAS, J. "La teoría postempirista de la democracia de Danilo Zolo: una aproximación" en *Revista de Estudios Políticos*, en prensa.



Si esto es así, para Zolo, el sujeto no se encuentra en grado de definir aquello que le rodea en términos "objetivos" ni siquiera de definirse a sí mismo prescindiendo de la complejidad y de la turbulencia ambiental. Aparece como necesaria, pues, la instancia de una "epistemología reflexiva", fundada sobre el reconocimiento de la recíproca implicación cognitiva del sujeto y del ambiente en condiciones de elevada complejidad.

Haciendo uso de la metáfora de Otto Neurath nos recuerda que "somos como unos marineros que debe reparar su nave en el mar abierto, sin poder llevarla a tierra y, por tanto, sosteniéndose, mientras la reparan, sobre viejas estructuras amenazadas de un mar tempestuoso". Se trata de una situación cognitiva que impide toda posibilidad de certeza o de acercamiento a la verdad, a la Popper, en la medida que el sujeto mismo está dentro del ambiente que pretende hacer objeto de su propio conocimiento. El sujeto puede darse cuenta críticamente -reflexivamente- de la situación de circularidad en la que se encuentra, pero no puede sustraerse al propio horizonte histórico y social. En oposición al empirismo dogmático, la concepción epistemológica reflexiva sostiene que el punto de partida y el de llegada de todo proceso cognitivo son, circularmente las proposiciones de la comunicación lingüística y no los datos o los hechos de una supuesta objetividad ambiental, precedente y externa al lenguaje.

Para Zolo, el punto de vista de una epistemología reflexiva es incompatible con los paradigmas teórico-políticos sobre los cuales se fundan algunas de las más acreditadas concepciones de la democracia hoy en vigor en Occidente:

a) Contra la "racionalidad" de los actores sociales (Downs, Olson, Buchanan o Tullock), del *homo oeconomicus*, Zolo opone la variedad de las motivaciones, de las expectativas y de los objetivos sobre la base de los cuales operan los actores políticos efectivos en un régimen de democracia representativa.

b) Contra los cánones de la revolución comportamentística de los años cincuenta -esto es, explicación y previsión en base a leyes generales, verificabilidad empírica y objetiva, cuantificación y medición, sistematicidad, acumulatividad y avaloración- Zolo entiende que la exclusión de los valores del estudio de la política termina por no ser capaz de localizar *los problemas de la*

*política*, ni tanto menos de contribuir a resolverlos.

Para Zolo, una epistemología reflexiva tiende a refutar la contraposición entre una dimensión cognitiva, que miraría a los hechos, y una dimensión ético-valorativa que incluiría tanto las preferencias subjetivas como las prescripciones morales. Para Zolo, la pareja hechos-valores debe ser sustituida por la pareja lenguaje teórico-lenguaje prescriptivo, donde el primero incluiría necesariamente juicios de valor, pero excluiría las prescripciones en la medida que para Zolo, las doctrinas éticas no pueden reivindicar ningún fundamento ontológico ni ninguna específica racionalidad: "son unos sistemas de creencias, más o menos institucionalizados, que forman parte del complejo de los hábitos, de las reglas prácticas y de los códigos simbólicos que los individuos y grupos sociales ponen en la base de su vida social", pero no tienen "otro título para ser obedecidos que no sea la decisión, más o menos libre y consabida, de un sujeto individual de conformar la propia conducta a ciertas reglas generales". A los sistemas éticos les faltaría una "norma fundamental" que los convierta en obligatorios. En realidad, los grupos sociales justifican las propias estructuras políticas, pero lo hacen a partir de las condiciones históricas y sociológicas de distribución de los recursos, de las ventajas y de los *status* en su propio interior. La justificación, particularmente en las sociedades diferenciadas, tiene bien poco que ver con las categorías de una ética universalista: es una justificación particularista, contingente y altamente variable.

Zolo se sitúa, pues, en la tradición del realismo político, caracterizado éste por la oposición entre el carácter universalista de la idea de justicia y el particularismo de los intereses en juego en la arena política. La política, para los realistas, es el lugar de la "prudencia", no el de la "justicia". Ahora bien, frente a la tradición de la antropología pesimista del realismo, Zolo entiende que el realismo no necesita de ésta: "La historia es rica en ejemplos de generosidad y desinterés que llegan hasta el heroísmo, como de atrocidades de todo tipo, como muestra en particular nuestro siglo. No es necesario, pues, hacer profesión de nihilismo moral puesto que no hay razón para entender que el rechazo de la ética universalista comporte la negación de todo tipo de experiencia moral". Su opinión es que el realismo político encuentra fundamento, en las sociedades modernas, en el proceso de diferenciación funcional y en el consiguiente aumento de la complejidad social: "la moral y la política se expresan dentro de esferas diferenciadas y obedecen a "códigos" que no se pueden sobreponer sin que se comprometa el funcionamiento y el sentido general".

¿Cuál es el presupuesto antropológico, pues, de Zolo? Mantiene la tesis del carácter histórico, y no natural ni ontológico, de las facultades humanas, junto al reconocimiento de la elevada plasticidad de los sujetos humanos. Esta plasticidad la explica en la raíz biológica de la tensión entre la búsqueda de seguridad y la necesidad de libertad de la experiencia política del *homo sapiens*, puesto que la falta de especialización instintiva puede ser interpretada como la razón profunda tanto de su particular miedo como de su particular coraje en la búsqueda de experimentación libre y arriesgada. Su tentativa de respuesta es que en las sociedades modernas, la función específica del sistema político es la de *regular selectivamente la distribución de riesgos sociales, y por tanto de reducir el miedo, a través de la asignación agonística de valores de seguridad*. Entiende por miedo la "reacción del sujeto (o del grupo social) frente a la variedad no controlable de las posibilidades presentes en un ambiente complejo. El sujeto se esfuerza en introducir elementos de estabilidad y de orden en el flujo caótico de los fenómenos ambientales, pero advierte también que dentro del abanico de lo posible está también su propia extinción". Desde este punto de vista, la "regulación selectiva de los riesgos sociales", esto es, la determinación de qué riesgos deban ser políticamente atendidos y absorvidos por la estructura de poder, es la variable fundamental del sistema político; y los mecanismos políticos para producir seguridad, reduciendo la complejidad del ambiente, serían fundamentalmente dos:

1.- La definición de un confín interno/externo: "La delimitación de un "espacio político" proyecta más allá de los confines del grupo los factores del riesgo, mientras en el interior se organizan los factores de la seguridad. De este modo el grupo social incluye sujetos y comportamientos compatibles con la propia estabilidad y promueve, a través de lo que Schattschneider ha llamado "la movilización del prejuicio", la definición colectiva de los sujetos extraños y de los comportamientos desviantes que entiende contraproducentes para la propia supervivencia".

2.- La relación poder/subordinación: "está estrechamente ligada al proceso a través del cual el sistema político, para desarrollar su función reguladora, se concentra en específicas instituciones de autoridad. Este proceso de concentración institucional -y de distinción de roles y de funciones entre quienes gobiernan y quienes son gobernados- parece caracterizar sin excepciones los grupos sociales en grado de estabilizarse y de reproducirse, como constatan los resultados de la

investigación antropológica". La regla sería, *ceteris paribus*, que a un máximo de poder le corresponde un mínimo de inseguridad social, así como a un máximo de subordinación le corresponde también un mínimo de seguridad. Además, Zolo entiende, que las instituciones de seguridad desarrollan también una función de protección *simbólica* más allá de sus específicas prestaciones en cuanto aparato de regulación selectiva de los riesgos sociales.

De todo lo dicho, la conclusión es clara: en la relación poder/subordinación no operan criterios éticos universales, y no pueden operar: "no es necesario proclamar con Kant, con Apel o con Rawls que *pacta sunt servanda*, esto es, que existe una obligación moral de los ciudadanos de permanecer fieles a un pacto social originario. No es necesario sostener más, en general, que la obligación política tiene un fundamento ético. Es suficiente reconocer, po así decirlo, que *pacta sunt servata*. Es la cualidad de la vida de todos y cada uno la que resultaría comprometida si, superado un cierto umbral de tensiones sociales, la competición según reglas dejase el puesto a conflicto abierto, hasta el límite de la lucha armada y de la implícita renuncia a la función protectora del Leviatan".

Podemos avanzar ya que para Zolo es necesario dar una nueva interpretación del paso a la modernidad en las sociedades europeas. Sobre las bases anteriores, es necesario entender que "en línea de principio una forma de gobierno caracterizada de una *leadership* monocrática (o, al menos, oligárquica) absorbe las funciones protectoras del sistema político de forma más lineal y eficaz que un sistema democrático, donde por democracia se entienda, en una primera aproximación, una forma de gobierno que tiende a incluir en los propios circuitos decisionales una número tendencialmente más alto de sujetos". Si esto es así, ¿qué cosa hay detrás de la revuelta democrática de la modernidad, desde el punto de vista histórico, frente al código funcional de la política? Hay "la constatación de que las prestaciones protectoras del sistema político presentan unos costes elevados en términos de reducción de la complejidad social, y que estos costes pueden ser gravemente desproporcionados respecto a las prestaciones a que debieran corresponder". Ahora bien, si la regulación política del miedo requiere una reducción de la complejidad social ella misma presidida del miedo, y si a una elevada reducción de la complejidad corresponden grados elevados de peligrosidad del poder, lo que sujetos diferenciados -libres, iguales y propietarios- en las sociedades complejas requieren es "que el poder político, en cuanto factor de riesgo y fuente de miedo, se subordine a procesos de regulación colectiva de los riesgos sociales". De aquí derivará una limitación general de la intensidad y de los

ámbitos de intervención del poder estatal, un aumento de la complejidad "legítima" de las opciones individuales y, correlativamente, una contracción de las funciones protectoras del sistema político; en otros términos, la democracia significará "la conservación de más altos niveles de complejidad social y, al mismo tiempo, la aceptación colectiva de una cantidad mayor de riesgos sociales y de inseguridad". A partir de aquí se deduce la crítica a las teorías "clásica" y "neoclásica" de la democracia:

-Respecto a las teorías "clásicas" entiende por ellas tanto la participativa como la representativa, en el sentido de que, para Zolo, Schumpeter, al mezclarlas incorrectamente ha puesto de manifiesto un aspecto esencial que las comunica y que hace de la teoría clásica de la representación una simple variante institucional de la teoría participativa, esto es, "se trata de la idea de que la democracia no sólo implica necesariamente la noción de "bien común" y de "voluntad popular", sino que se realiza tanto más completamente cuanto más los sujetos, los contenidos y los criterios de la decisión política coinciden con los sujetos, los contenidos y los criterios de la voluntad popular". Pues bien, para Zolo, estas teorías se basan en el mito de la *polis* antigua y en el mito de la *ekklesia* como perfecta realización de la democracia, en definitiva, en la visión aristotélica de la centralidad, universalidad y total inclusividad del sistema político, la cual es incompatible con las sociedades complejas y diferenciadas del Occidente postindustrial, en las cuales el sistema político no ocupa una posición central en la estrategia de la reproducción social, sino que es un mero subsistema funcional al lado de otros subsistemas. En este sentido la idea de "bien común" es una suerte de "residuo ético-metafísico de la concepción organicista y solidaria de la *polis* clásica y de la ciudad medieval". En realidad, "la dimensión de la política coincide exactamente con la esfera agonística de los disensos, de los conflictos y de los antagonismos que no pueden ser reducidos por vía argumentativa y, tanto menos, en base a criterios universales de imparcialidad o de justicia distributiva". Al contrario, si es verdad que en las sociedades modernas el subsistema político es diferenciado y especializado respecto a los otros subsistemas, una estrategia de expansión de su ámbito funcional, más allá de ciertos límites puede causar disfuncionalidades tanto en el interior del propio subsistema político como respecto a los otros subsistemas.

-Por teorías "neoclásicas", Zolo entiende la reformulación de la democracia en Schumpeter y en sus seguidores Polsby, Kornhauser, Aron, Sartori, Dahrendorf e, incluso, el último Robert Dahl. Este modelo presenta, a ojos de

Zolo, junto a notables aprecio de lucidez y de realismo, aspectos de incongruencia teórica y de debilidad analítica que lo convierten en inidóneo para captar las efectivas condiciones de funcionamiento de los regímenes democráticos en las modernas sociedades complejas del área postindustrial. En particular, la teoría neoclásica construye un modelo de mercado político cuya racionalidad continua dependiendo de la racionalidad de los electores singulares, esto es, de su autonomía moral e intelectual, y no simplemente de su "libertad negativa", entendida como no-impedimento-y ausencia de coerción física. Para Zolo, un examen realista del funcionamiento de las instituciones representativas debería reconocer que el sistema de partidos opera según reglas incompatibles con las de una libre competición pluralista, que gran parte del poder político es ejercitado dentro de circuitos "invisibles" al margen de cualquier lógica de mercado, que los ciudadanos están en poder de fuerzas incontrolables, que son incapaces de volición política, apáticos y desinformados pese a ser física y jurídicamente libres. Por todo ello, Zolo entiende que, desde el punto de vista de la relación entre complejidad y democracia es necesaria una reconstrucción de la teoría democrática.

Un ejemplo meridianamente claro del hecho de que el modelo neoclásico de democracia pluralista necesite de una revisión es el análisis efectuado, desde sus presupuestos, de lo que se ha llamado "las promesas no mantenidas de la democracia". Se pregunta Zolo: "¿Cómo podemos estar seguros de que el contenido mínimo de la democracia esté firmemente garantizado cuando se admite todo aquello que el mismo Bobbio admite? En qué sentido se puede continuar hablando de tutela de los derechos de libertad cuando se reconoce que existe una inversión de la relación entre los controladores y los controlados, dado que a través de un uso desprejuiciado de los medios de comunicación de masa ahora los electos controlan a los electores. (...) . ¿Se puede seguir llamando democrático un régimen en el cual la autonomía de los ciudadanos es sacrificada a una elemental noción de libertad como ausencia de coerción física y como pluralidad de las fuentes de la persuasión multimedia?"

Para Zolo, es necesario abandonar categorías obsoletas ligadas a la idea clásica de representación como, entre ellas, la distinción entre el Estado, entendido como la esfera pública de los intereses generales, y la sociedad civil, concebida como el espacio de los intereses privados y particulares. Desde esta perspectiva deviene central el tema de los riesgos evolutivos de la democracia: "el aumento de la diferenciación y de la complejidad social arriesga hoy a

producir en las sociedades postindustriales una radical dispersión de la esfera pública, hasta el límite de la cancelación del horizonte mismo de la 'ciudad política' como espacio de la ciudadanía. En su lugar las funciones protectivas de prescripción e integración social son ejercitadas de un archipiélago de 'gobierno privados' -los partidos políticos y los otros sujetos de la poliarquía corporativa- siempre más autónomos, siempre menos representativos y 'responsables' y privados de una capacidad de solución eficiente y tempestiva de los problemas generales y complejos". Para Zolo, esta dispersión de la esfera pública asume una triple morfología: la *autoreferencia de los sistemas de partidos*, la *inflación del poder* y la *neutralización del consenso*.

-La autoreferencia de los sistemas de partidos. Para los teóricos del elitismo democrático, el pluralismo competitivo es la condición y la característica discriminante de la democracia entendida como régimen *elitista y liberal* que 'responde' según la lógica del mercado político a las expectativas de los 'consumidores políticos'. En la medida en la cual este circuito 'reflexivo' sea efectivamente operante, el mandato político es un mandato político democráticamente legitimado. Ahora bien, según Zolo este circuito se rompe en la medida en que aparecen los mecanismos de autoreferencia del sistema de partidos, esto es, que el sistema de partidos no se presenta como el mecanismo colector y propulsor de una voluntad política que emerge de las bases sociales, legitima preventivamente el proceso de la delegación representativa y aprueba (o desaprueba) 'consecutivamente' los éxitos del *decision-making* administrativo, sino que, más bien, el sistema de partidos es "la fuente, preventiva y consecutiva conjuntamente, sea de la propia (auto-) legitimación procesal e institucional, sea de la legitimación del *out-put* burocrático-administrativo", de tal forma que esta estructura autoreferencial se constituye en uno de los mayores riesgos evolutivos de las democracias en los países postindustriales.

-La inflación del poder. Cuanto más aumenta la complejidad del ambiente, aumenta la dificultad de producir y ejercitar un poder de signo positivo (y no meramente represivo o adaptativo) a causa de la heterogeneidad y la fragmentación de las expectativas sociales emergentes de una sociedad fuertemente diferenciada. Surge, pues, el problema de la gobernabilidad democrática de las sociedades postindustriales. Surgen, según Zolo, procesos decisionales segmentarios, percepciones rígidamente selectivas de los problemas, políticas incrementales y al margen, providimientos adaptativos, incoherentes y a breve tiempo que definen el contorno de los que Luhmann ha llamado "el

oportunismo decisional", esto es, una técnica de "gobierno débil" que se orienta conscientemente según valores entre sí incommensurables y mudables en el tiempo, que asume como variable independiente el equilibrio del sistema y como objetivo estratégico el aligeramiento de las presiones y de los riesgos que de cuando en cuando tienden a asumir carácter crítico. Se produce, pues, un triple déficit funcional: déficit de coherencia, déficit estructural y déficit temporal, a los cuales se puede añadir el déficit de la capacidad regulativa del aparato normativo del Estado de derecho. A este síndrome del gobierno débil y del déficit del poder está estrechamente asociado el fenómeno de la inflación del poder, en la medida en que a la cantidad creciente de problemas que requieren una decisión y, por tanto, el ejercicio de un 'poder positivo', corresponde una cantidad mayor de empeños programáticos suscritos y sistemáticamente desatendidos por los partidos.

-La neutralización del consenso. Frente a las tesis neoclásicas, donde el mercado político debe su funcionalidad democrática a la existencia de una opinión pública en grado de evaluar sus ofertas y de controlar su proceder, Zolo entiende que ni el parlamento ni ninguna otra institución constituyen un espacio público donde los ciudadanos se encuentren en grado de conocer y evaluar conscientemente las ofertas del mercado político y sus posibles alternativas, tanto más cuando los autores privados del *bargaining* se mueven como peones de un ajedrez internacional cuyas estrategias sobrepasan las políticas nacionales y se sustraen a los poderes de intervención de los parlamentos y de los gobiernos. Privatización, secreto, y fragmentación del mercado político constituyen los elementos de un cuadro institucional que prescinde en gran parte del consenso de la generalidad de los ciudadanos, dado que, al resguardo de la ficción institucional de la representación, los sujetos de la poliarquía pueden asumir por descontado el consenso de todos aquéllos que no están inmersos en una específica transacción y no están, por tanto, en grado ni de "ver", ni de "controlar", ni de "disentir". Es más, Zolo sostiene que "en las sociedades complejas la asunción de la 'neutralidad de los terceros' desarrolla un papel de legitimación política de carácter general y puede ser considerada un verdadero y propio subrogato funcional de la legitimación en base a un consenso efectivo". La *neutralización del consenso* se convierte, pues, en el tercer y quizá más grave riesgo evolutivo de la democracia, más si tenemos en cuenta la influencia de los 'multimedia' a largo plazo. Si definimos el poder en las sociedades informatizadas como un medio de comunicación a través del cual algunos sujetos "reducen complejidad por otros" estableciendo preventivamente



las alternativas de su decisión y restringiendo el horizonte de posibilidades, resulta claro ahora donde se encuentra el núcleo más profundo del poder: "Es claro que la democracia, en un contexto informático, coincide en gran parte con el margen de visibilidad de los procesos comunicativos y, simétricamente, con el grado de reducción de los *arcana communicationis*.

Así pues, los riesgos evolutivos de la democracia, ya en sí, constituyen elementos para dudar de la posible supervivencia de las instituciones democráticas, tal y como las conocemos, pero la situación se hace más delicada si a aquéllos les sumamos los riesgos externos, esto es: la explosión democrática, las imponentes ondas migratorias, el permanente riesgo militar, el terrorismo que se perfila como la alternativa 'pobre' a la hegemonía política y militar de las grandes potencias o el creciente desequilibrio ecológico. Para Zolo, este escenario de desorden se hace tanto más alarmante en cuanto no existe ni un pensamiento político, ni una capacidad de gobierno a este nivel de amplitud, complejidad e interdependencia de los problemas a resolver. Sin ser catastrófico, pone de manifiesto el grado de extrema incerteza de cualquier previsión de largo alcance sobre el futuro del planeta y se limita a enunciar lo que él llama "algunos puntos firmes" de su reflexión.

En primer lugar, cabe mencionar su propuesta de algunas soluciones institucionales que sostiene en el terreno de la ingeniería social en clave puramente conjetural para prevenir los riesgos evolutivos de la democracia. Destaca las siguientes:

1.- La constitucionalización de los partidos políticos. A su reconocimiento formal se debería acompañar una rigurosa definición (y limitación) de las funciones del partido, a realizarse en la forma de un "Estatuto público de los partidos y de los operadores políticos".

2.- Una nueva división del poder que tome acta del declive funcional de las asambleas legislativas. El poder de emanar las leyes ordinarias, según Zolo, debería ser atribuido al gobierno, mientras que a los órganos electivos deberían ser conferidos amplios poderes de inspección y de control sobre la actividad de la administración. Por otro lado, la elección directa del vértice de la administración podría contribuir a limitar el poder de intermediación de los partidos y a asegurar una mayor estabilidad de las funciones de gobierno.

3.- La promoción de una comunicación política democrática. Consciente de la extrema dificultad del empeño, Zolo cree necesario intentar liberar la comunicación multimedia de su subordinación sea al sistema político, sea al sistema productivo y liberarla del paradigma publicitario que siempre acompaña a estos dos subsistemas.

En segundo lugar, recapitula los "puntos firmes" de su reflexión. Estos serían:

1.-Abandono de la idea de representación. Para Zolo, la política debería ser restituida, aún en los proyectos de democracia más exigentes y radicales, a su función laica de organización de los intereses particulares, de mediación de los conflictos, de garantía de la seguridad y de tutela de las libertades civiles. El sistema político se presenta como una estructura social que desarrolla las funciones esenciales de 'reducir el miedo' regulando selectivamente los riesgos sociales, con lo cual hay que descartar la filosofía política aristotélica, el modelo orgánico y consensual de comunidad política que hoy es, una vez más, propuesto por los comunitaristas norteamericanos.

2.-Autocracia diferenciada y limitada. Para Zolo, los regímenes que hoy llamamos democráticos son propiamente unos *sistemas autocráticos diferenciados y limitados*, esto es, oligarquías liberales. En ellos, se ha realizado un nuevo equilibrio entre las instancias opuestas de la seguridad y de la complejidad/libertad. En él, la estructura oligárquica del poder es garantía del pluralismo de los 'gobiernos privados' y este pluralismo está funcionalmente conexo a la multiplicidad de los ámbitos sociales diferenciados y autónomos. A su vez, tanto la articulación interna de las funciones potestativas (la división del poder), como el reconocimiento constitucional de la libertad negativa (el Estado de derecho) se corresponden a la exigencia de conservar el nivel de diferenciación y de complejidad de las modernas sociedades industriales. Los derechos individuales de libertad son las instituciones y los procedimientos a través de los cuáles se realiza y viene formalmente sancionada la recíproca autonomía del subsistema político y de los otros subsistemas sociales. En este sentido, la conservación de la complejidad social contra la hegemonía funcional de un particular subsistema -el productivo, el científico tecnológico, el religioso, el sindical y, sobre todo, el mismo subsistema político- es la promesa que la democracia *debe* mantener si pretende distinguirse en términos no puramente formales de los regímenes despóticos o totalitarios.

3.-La libertad negativa contra la autonomía: el 'modelo Singapur'. El actual equilibrio entre protección política y complejidad social, entre seguridad y libertad parece hoy a punto de resquebrajarse y las oligarquías liberales apuntan a transformarse en oligarquías iliberales mediante una serie de imperceptibles deslizamientos funcionales que si producen en el interior de estructuras políticas inmóviles y sin alternativa. Por un lado, el proceso de diferenciación hace improbable la gestión democrática de las sociedades complejas dado que la variedad y la movilidad de los intereses diferenciados convierte en dificultosa la obtención de un consenso que no tenga en cuenta las singulares decisiones particulares. Por otro lado, es la creciente vulnerabilidad de los intereses de las sociedades informáticas la que parece requerir formas más drásticas y astutas de reducción de la complejidad social hasta el límite extremo de la persuasión subliminal promovida por los medios de comunicación de masa. De esta forma se amenaza la autonomía individual en su nivel más profundo al incidir sobre los procesos cognitivos y afectivos de formación de las preferencias y de la voluntad política. En las sociedades actuales se consigue el máximo de integración social mediante la destrucción de la esfera pública y la privatización-dispersión de los sujetos políticos. Se perfila, pues, una nueva y sofisticada forma de *guardianship*.

Zolo termina su nueva obra refiriéndose a la alternativa actual a los regímenes democráticos:

"No debería, por tanto, parecer fuera de lugar, llegados a este punto, la referencia al 'modelo Singapur'. Como es sabido, Singapur es hoy, después del Japón, el país más rico y tecnológicamente más avanzado del Sureste asiático. Esta moderna ciudad-estado ha sido gobernada en los últimos treinta años, y lo es de hecho todavía, de una suerte de rey-filósofo, Le Kuan Yew. Sin inspirarse en ninguna explícita ideología política, Le Kuan Yew ha proyectado y prescrito minuciosamente para sus tres millones de conciudadanos el ambiente, el ritmo de la vida, los intereses y los objetivos individuales y colectivos, incluida la prohibición de escupir en público y de fumar, A las puertas del tercer milenio Singapur se perfila como el modelo de la más perfecta *antípolis* moderna, caracterizada de una altísima eficiencia tecnológica, un gran uso de los instrumentos informáticos, bienestar difuso, excelentes servicios públicos (en particular la educación y los hospitales), ausencia de desocupación, burocracia eficiente e ilustrada, relaciones sociales asépticamente mediadas de exclusivas exigencias funcionales, total falta de ideologías políticas y de discusión pública."

## 11.6.- UNA REFLEXION FINAL

El lector, a estas alturas, imaginará porque hemos traído a colación a un autor como Zolo. El Tribunal Constitucional español, como el resto de los Tribunales constitucionales existentes tiene que enfrentarse continuamente con

conflictos producto de la mayor complejidad social en la que nos movemos. A lo largo del análisis de su doctrina hemos podido apreciar como ha tenido que dar respuesta a esa complejidad moviéndose entre esos dos polos de los que nos habla Zolo: la búsqueda de seguridad y el ansia de libertad, esto es, la eficacia general del sistema y los derechos y libertades fundamentales. Hemos visto que la doctrina constitucional se muestra en muchos caso tentativa y no duda en cambiar cuando las exigencias anteriores lo obligan a ello. Hemos visto también como no puede dar respuesta a algunos de los riesgos apuntados por Zolo:

-la autoreferencia del sistema de partidos políticos. No existen mecanismos jurídicos para controlar este fenómeno.

-la inflación de poder. Tampoco existen mecanismos para controlar los "verdaderos" centros de poder (neocorporatismo).

-neutralización del consenso. Los ciudadanos no tienen oportunidades de participación política directa, salvo en las "zonas no peligrosas".

-el papel de los medios de comunicación de masas. La comunicación pública libre puede quedar en lo que era la libertad en el XIX, la libertad de unos pocos.

Por último, hemos visto que el significado de conceptos como «representación» o «voluntad popular» distan de estar claros en la doctrina constitucional. Quizá sea también el caso de otros como el de «bien común», aunque sobre éste podríamos afirmar que la propia teoría postempirista de Zolo tiene en sí la definición de lo que es el «bien común»: la seguridad y la libertad; la eficacia y los derechos y libertades fundamentales. Y no otra cosa parece entender el Tribunal Constitucional por «bien común».

Quizá, con el objeto de no terminar, convenga citar a Albrecht Wellmer:

"El proyecto de la modernidad es, en algún sentido, el proyecto de reconciliación entre la libertad negativa y la comunal. Tiene que decirse contra Marx y Hegel, que este proyecto es un proyecto que continua sin soluciones definitivas, un proyecto que constantemente crea constelaciones de nuevos problemas y que ocasionalmente transforma las energías utópicas en nuevas soluciones concretas."<sup>588</sup>

---

<sup>588</sup> WELLMER, A. "Modelos de libertad en el mundo moderno" (Conferencia impartida en el

---

Departamento de Historia de la Filosofía de la Universidad de Valencia. Traducción de Manuel Jimenez Redondo).

## BIBLIOGRAFIA

-AA. VV. *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 2 tomos

-AGUIAR DE LUQUE, L. "Participación política y referéndum: aspectos teóricos y constitucionales" en *Revista de Derecho Público*, nº 102

\_\_\_\_\_ *Democracia directa y Estado constitucional*, Derecho Reunidas, Madrid, 1977

\_\_\_\_\_ "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión" en *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987

\_\_\_\_\_ "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión" en *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987

\_\_\_\_\_ *Democracia directa y Estado constitucional*, Edersa, Madrid, 1977

-AGUILA, R. Del "Partidos, democracia y apatía: una interpretación" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 30, 1982

-AGUILERA DE PRAT, C. R. y VERNER LLOBET, J. "Cuestiones simbólicas y Constitución española" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 79, 1993

-AGUILERA FERNANDEZ "La libertad de expresión y prensa política" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 21, 1990

-AGUILERA, C. "Problemas de democracia y de los partidos políticos en el Estado social" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 67, 1990

-AJA, E. (ed.) *Leyes Políticas del Estado*, Civitas, Madrid, 1992

\_\_\_\_\_ "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas" en *Revista del Centro de Estudios*

*Constitucionales*, nº 4, 1989

\_\_\_\_\_ "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989

-AJA, E. y OTROS *Manual de jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1990

-ALEGRE VILLA, J. M. "En torno al concepto de autonomía universitaria" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 51, 1986

-ALEMANN, U. von "Democracia de partidos y participación ciudadana" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 20, 1981

-ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989

\_\_\_\_\_ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

-ALONSO GARCIA, E. "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española" en *Revista de Administración Pública*, nº 100-101,

\_\_\_\_\_ *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984

-ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Civitas, Madrid, desde 1984

\_\_\_\_\_ "La Seguridad Social en la Constitución española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional" en *Documentación Laboral*, nº 30, 1990

-ALVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1992, vol I y 1993, vol. II

\_\_\_\_\_ "Los principios del derecho electoral" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, 1991

-ALZAGA, O. (dir.) *Comentario a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1988

- AMATO, G. y BARBERA, A. *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1991
- ANUARIO *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Madrid, 1982
- APARICIO, M. A. (coord.) *Parlamento y sociedad civil*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980
- APEL, CORTINA, DE ZAN y MICHELINI (eds.) *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991
- APEL, K. O. *La transformación de la filosofía*, Taurus, Madrid, 1985
- \_\_\_\_\_ *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona, 1991
- ARAGON REYES, M. *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989
- \_\_\_\_\_ *Gobierno y Cortes*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994
- \_\_\_\_\_ "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986
- ARBLASTER, A. *Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 1992
- ARBOS, X. *Notas sobre Política y Derecho*, PPU, Barcelona, 1993
- ARBOS, X. y GINER, S. *La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial, Siglo XXI*, Madrid, 1993
- ARISTOTELES *Constitución de los atenienses*, Gredos, Madrid, 1984
- \_\_\_\_\_ *Ética a Nicomaco*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989
- \_\_\_\_\_ *Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989
- ARNALDO ALCUBILLA, E. "El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, 1992
- ARON, R. *Democracia y totalitarismo*, Seix Barral, Barcelona, 1966



-ASHFORD, D. E. *La aparición de los Estados de Bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989

-ATIENZA, M. "Sobre lo razonable en el Derecho" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27, 1989

\_\_\_\_\_ *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

-ATTARD, E. *La Constitución por dentro*, Argos Vergara, Barcelona, 1983

-BACHRACH, P. *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973

-BACHRACH, P. y BARATZ, M. S. *Power and Poverty, Theory and Practice*, Oxford University Press, New York, 1970

-BALAGUER CALLEJON, F. *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991

\_\_\_\_\_ "Soberanía popular y democracia en la Constitución española de 1978" en *Revista de Derecho Político*, nº 27-28, 1988

-BALAGUER CALLEJON, M. L. "Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista de Derecho Político*, nº 33, 1991

-BAÑO LEON " principio de igualdad" en *Revista de Administración Pública*, nº 114, 1987

-BARCELLONA, P., *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid, 1992

-BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, A. *Teoría de la democracia*, Centro de Estudios Humanísticos, México D. F., 1963

-BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988

-BASTIDA FREIJEDO, F. J. *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994

\_\_\_\_\_ "Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos" en *Revista Española de Derecho*

*Constitucional*, nº 21, 1987

\_\_\_\_\_ "Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 21, 1987

\_\_\_\_\_ "Constitución, soberanía y democracia" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, 1991

\_\_\_\_\_ "Elecciones y Estado democrático de Derecho" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991

-BAUMAN, Z. *Libertad*, Alianza, Madrid, 1988

-BELTRAN, M. *Originalismo e interpretación*, Civitas, Madrid, 1989

-BELLAH, R. N. y OTROS *Hábitos del corazón*, Alianza, Madrid, 1989

-BENTHAM, J. *Antología*, Edición a cargo de Josep María Colomer, Edicions 62, Barcelona, 1991

\_\_\_\_\_ *Fragmento sobre el Gobierno*, Sarpe, Madrid, 1985

-BENTLEY, A. *Il processo di governo. Uno studio delle presioni sociali*, Giuffrè, Milán, 1983

-BERGER, S. (comp.) *La organización de los grupos de interés en Europa Occidental*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988

-BERLIN, I. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1988

-BERMUDO, J. M. *Eficacia y Justicia*, Horsori, Barcelona, 1992

-BEYME, K. *Teorías políticas contemporáneas. Una introducción*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977

-BIGLINO CAMPOS, P. "La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, 1987

-BIGLINO SANTOS, P. "La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 29

- BOBBIO, N. *Destra e sinistra*, Donzelli, Roma, 1994
- \_\_\_\_\_ *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986
- \_\_\_\_\_ *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993
- \_\_\_\_\_ *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1989
- BOBBIO, N. Y MATTEUCI, N. *Diccionario de Política*, Siglo XXI, Madrid, 1983, 2 vol.
- BOBBIO, N., PONTARA, G. y VECA, S. *Crisis de la democracia*, Ariel, Barcelona, 1985
- BOULDING, K. E. *Las tres caras del poder*, Paidós, Barcelona, 1990
- BUCHANAN, J. M. y TULLOCK, G. *El cálculo del consenso*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980
- BURKE, E. *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978
- CAAMAÑO, F. "Mandato parlamentario y derechos fundamentales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 36, 1992
- CAMPO, S. del (ed.) *Tratado de Sociología*, Taurus, Madrid, 1988
- CAMPS, V. *Paradojas del individualismo*, Crítica, Barcelona, 1993
- CANO BUESO, J. y PORRAS NADALES, A. *Parlamento y consolidación democrática*, Tecnos, Madrid, 1994
- CANOSA USERA, R. *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988
- CAPPELLETTI, M. "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986
- CARLYLE, A. J. *La libertad política*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1982

- CARNERO ARBAT, T. (ed) *Modernización, desarrollo político y cambio social*, Alianza, Madrid, 1992
- CARR, R. *España, de la Restauración a la democracia, 1875-1980*, Ariel, Barcelona, 1991
- CARRASCO PERRERA "El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11, 1984
- CARRERAS, M. "Elitismo y democracia: de Pareto a Schumpeter" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 73
- CICERON *La República y las leyes*, Akal, Madrid, 1989
- CIUFFOLETTI, Z. y NOIRET, S. *I modelli di democrazia in Europa e il caso italiano*, Ponte alle Grazie, Florencia, 1992
- COLOMER VIADEL, A. (coord.) *Sociedad solidaria y desarrollo alternativo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993
- COLOMER, J. M. *El arte de la manipulación política*, Anagrama, Barcelona, 1990
- CONSTANT, B. *Escritos políticos*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1989
- CONSTITUCION *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980
- CORCUERA, J. "Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 46-47
- CORTINA, A. *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993
- \_\_\_\_\_ *Ética mínima*, Tecnos, Madrid, 1992
- \_\_\_\_\_ *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 1992
- COTARELO, R. *En torno a la teoría de la democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990
- CRUZ VILLALON, P. "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992

-CHATELET, F., DUHAMEL, O. y PISIER-KOUCHNER, E. *Historia del pensamiento político*, Tecnos, Madrid, 1987

-CHOMSKY, N. *Ilusiones necesarias. Control del pensamiento en las sociedades democráticas*, Libertarias/Prodhufo, Madrid, 1992

-CHUECA RODRIGUEZ "La representación como posibilidad en el Estado de partidos (Mandato libre versus mandato de partido)" en *Revista de Derecho Político*, nº 27-28, 1988

\_\_\_\_\_ "Sobre la irreductible dificultad de la representación política" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 21, 1987

-DAHL, R. *A preface to democracy Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1956

\_\_\_\_\_ *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992

\_\_\_\_\_ *La Poliarquía. Participación y oposición*, Tecnos, Madrid, 1989

\_\_\_\_\_ *Who governs? Democracy and power in an American City*, Yale University Press, New Haven, 1961

-DALTON, R. J. y KUECHLER, M. (comps.) *Los nuevos movimientos sociales*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1992

-DAVIES, J. K. *La democracia y la Grecia clásica*, Taurus, Madrid, 1988

-DIAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1986

-DIAZ, E. *La transición a la democracia*, Eudema, Madrid, 1987

-DICCIONARIO *Diccionario de Política*, Siglo XXI, Madrid, 1983

-DIEZ-PICAZO, L. M. *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994

-DOWNS, A. *Teoría económica de la democracia*, Aguilar, Madrid, 1973

-DOWSE, R. E. y HUGHES, J. A. *Sociología política*, Alianza, Madrid, 1982

-DUBIEL, H. *¿Qué es neoconservadurismo?*, Anthropos, Barcelona, 1993

-DUVERGER, M. *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1988

-DUVERGER, M. *Partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987

-DWORKIN, R. *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986 (*El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988)

\_\_\_\_\_ *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984

-ELIZALDE, J. "Observaciones sobre el papel del Tribunal Constitucional en la delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas" en *Revista de Derecho Político*, nº 16, 1982-83

-EMBID IRUJO, A. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, 1985

\_\_\_\_\_ "El control parlamentario del Gobierno y el principio de mayoría parlamentaria. Algunas reflexiones" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 25, 1992

-ESCOHOTADO, A. *Filosofía y Metodología de las Ciencias*, U.N.E.D., Madrid, 1988

-ESPIN TEMPLADO, E. "Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 6, 1985

-ESSER, J. *Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961

-ESTEBAN, J. de y LOPEZ GUERRA, L. *Los partidos políticos en la España actual*, Planeta, Barcelona, 1982

-ESTEBAN, J. *De Por una comunicación democrática*, Fernando Torres, Valencia, 1976

-EZQUIAGA GANUZAS, F.J. *El voto particular*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

-FARELL, M. D. "Libertad negativa y libertad positiva" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 2, 1989

-FELIP SARDA, J. M. y MARTIN CUBAS, J. "La teoría postempirista de la democracia de Danilo Zolo: una aproximación" en *Revista de Estudios Políticos*, en prensa.

-FERNANDEZ SEGADO, F. "Las distorsiones de los principios de igualdad de voto y proporcionalidad en el Decreto-Ley de normas electorales" en *Revista de Derecho Público*, nº 102

-FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. "La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante" en *Revista de Derecho Político*, nº 26, 1988

\_\_\_\_\_ "La pretensión estatal de someter a normas jurídicas la actuación de los partidos políticos" en *Revista de Derecho Político*, nº 31, 1990

-FERNANDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. "Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984

-FERRANDO BADIA, J. (coord.) *Estudio sobre el Estatuto Valenciano*, Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1993

\_\_\_\_\_ *Democracia frente a autocracia*, Tecnos, Madrid, 1980

\_\_\_\_\_ *Estudios de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, 1982

-FINLEY, M. I. *Aspectos de la Antigüedad*, Ariel, Barcelona, 1975

-FISICHELLA, D. (ed.) *La rappresentanza politica*, Giuffrè, Milán, 1983

-FORREST, W. G. *Los orígenes de la democracia clásica*, Akal, Madrid, 1988

-FOSSAS ESPADALER, E. *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993

-FREIXES SAN JUAN y REMOTTI CARBONELL "Los valores y principios en la interpretación constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992

-GADAMER, H. G. *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 2 vols, 1977

-GARCIA CLAVO, A. *Contra la paz. Contra la democracia*, Virus, Barcelona y Orates, Madrid, 1993

-GARCIA COTARELO y PANIAGUA SOTO (comps.) *Introducción a la ciencia política*, U.N.E.D., Madrid, 1988

-GARCIA COTARELO, R. *Los partidos políticos*, Sistema, Madrid, 1985

-GARCIA DE ENTERRIA, E. "La Constitución y las autonomías territoriales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989

\_\_\_\_\_ "La posición jurídica del Tribunal Constitucional español: posibilidades y perspectivas" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1.

-GARCIA DE ENTERRIA, E. y OTROS *España: un presente para el futuro*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984, 2 vols.

-GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1986

-GARCIA FERRANDO (comp) *El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación*, Alianza, Madrid, 1989

-GARCIA GONZALEZ, J. A. "Constitución, vida y aborto, su formulación progresiva en el Estado social y democrático de Derecho" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 38, 1984

-GARCIA MARZA, V. D. *Ética de la Justicia*, Tecnos, Madrid, 1992

\_\_\_\_\_ *Teoría de la democracia*, Nau llibres, Valencia, 1993

-GARCIA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1991

\_\_\_\_\_ *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1984

\_\_\_\_\_ *Idea de la política y otros escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983

\_\_\_\_\_ *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1989



-GARCIA TORRES, J. "La «ordenación general de la economía» título sustantivo de competencia estatal" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986

-GARCIA, E. "Crisis jurídica y crisis política de la inmunidad parlamentaria" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 18, 1989

\_\_\_\_\_ "Crisis jurídica y crisis política de la inmunidad parlamentaria" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 18, 1989

\_\_\_\_\_ *Inmunidad parlamentaria y Estado de Partidos*, Tecnos, Madrid, 1989

-GARRIDO FALLA (dir.) *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980

-GARRORENA MORALES, A. *Representación política, elecciones generales y procesos de confianza en la España actual*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994

\_\_\_\_\_ *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988

\_\_\_\_\_ *Representación política y Constitución democrática*, Civitas, Madrid, 1991

-GIDDENS, TURNER y OTROS *La teoría social hoy*, Alianza, Madrid, 1990

-GINER, S. *Historia del pensamiento social*, Ariel, Barcelona, 1990

-GONZALEZ CASANOVA *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Vicens Vives, Barcelona, 1989

-GONZALEZ ENCINAR *El Estado unitario-federal. La autonomía como principio estructural del Estado*, Tecnos, Madrid, 1985

-GONZALEZ ENCINAR y OTROS *Autonomía y partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1984

-GONZALEZ TREVIJANO, P. J. *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992

-GONZALEZ, J. M. y QUESADA, F. (coords.) *Teorías de la democracia*,

Anthropos, Barcelona, 1988

-GUI MORI, T. *Jurisprudencia constitucional 1981-1991*, Civitas, Madrid, 1992

-GUNTHER, SANI y SHABAD *El sistema de partidos políticos en España. Génesis y evolución*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1986

-HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1989

\_\_\_\_\_ *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989

\_\_\_\_\_ *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990

\_\_\_\_\_ *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1992

\_\_\_\_\_ "Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa" en *Debats*, nº 39, Valencia, 1992

-HALL, J. A. y IKENBERRY, G. J. *El Estado*, Alianza, Madrid, 1993

-HAMILTON, A., JAY, J. y MADISON, J. *The federalist*, Random House, Nueva York, 1937

-HARO TECGLÉN, E. *La crisis de la democracia*, Miguel Castellote, Guadalajara, 1971

-HART, H. L. A. *The concept of law*, Oxford and the Clarendon Press, Oxford University Press, 1961

-HAYECK, F. A. *Camino de servidumbre*, Alianza, Barcelona, 1985

\_\_\_\_\_ *Los fundamentos de la libertad*, Unión, Madrid, 1991

-HELD, D. *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1991

-HERMOSA ANDUJAR, A. "El camino de Rousseau. De la democracia directa a la democracia representativa" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 50, 1986

-HERRERO DE MIÑÓN "La titularidad de los derechos históricos vascos" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 58, 1987

-HOBSBAWM, E. J. *La era del capitalismo*, Labor, Barcelona, 1989

-HONDERICH, T. *El conservadurismo. Un análisis de la tradición anglosajona*,

Edicions 62, Barcelona, 1992

-HUNTINGTON, S. P. *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1994

-JASAY, A. de *El Estado. La lógica del poder político*, Alianza, Madrid, 1993

-JENOFONTE *Helénicas*, Gredos, Madrid, 1985

-JIMENEZ CAMPO, J. "La igualdad jurídica como límite frente al legislador" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983

-JIMENEZ DE PARGA, M. *La ilusión política. ¿Hay que reinventar la democracia en España?*, Alianza, Madrid, 1993

-JORNADAS I *Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985

-KANT, E. *Filosofía de la Historia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1989

\_\_\_\_\_ *La paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1989

-KEANE, J. *Democracia y sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1992

-KELSEN, H. *Teoría General del Estado*, Guadarrama, 1979

\_\_\_\_\_ *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1979 (*Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1975)

\_\_\_\_\_ *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Barcelona, 1977

-LAFONTAINE, O. *La sociedad del futuro*, Sistema, Madrid, 1993

-LEIBHOLZ, G. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971

-LERMA, M. *Guía Nueva de Perplejos*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1992

-LINZ, J. J. *La quiebra de las democracias*, Alianza, Madrid, 1987

-LINZ, J. J. y MONTERO, J. R. *Crisis y cambio: electores y partidos en la España de los años ochenta*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986

-LINZ, J. J. y OTROS *España: un presente para el futuro*, Instituto de Estudios

Económicos, Madrid, 1984

-LOCKE, J. *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, Madrid, 1988

\_\_\_\_\_ *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991

-LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986

-LOMBARDI, G. "Corrientes y democracia interna de los partidos políticos" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 27, 1982

-LOPEZ CALERA, N. M. *Yo, el Estado*, Trotta, Madrid, 1992

-LOPEZ GUERRA, L. (coord.) *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, 2 vols.

-LOPEZ PINA, A. (ed.) *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987

-LOPEZ PINTOR, R. *La opinión pública española: del franquismo a la democracia*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982

-LOPEZ Y LOPEZ, A. M. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988

-LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1983

\_\_\_\_\_ "Problemas actuales de la institución parlamentaria" en *Revista de Política Comparada*, nº 9, 1982

-LUHMAN, N. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993

\_\_\_\_\_ *Potere e complessità sociale*, Il saggiatore, Milán, 1979

\_\_\_\_\_ *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983

-MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid, 1991

-MANSILLA, H. C. F. "Conflicto, pluralismo y mercado como elementos de la democracia moderna" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 39, 1984

-MAQUIAVELO *El Príncipe*, Alianza, Madrid, 1992

-MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. "De la separación y control de los poderes

en el sistema constitucional español" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989

-MARTINEZ EMPERADOR "La huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional" en *Documentación Laboral*, 1987

-MARTINEZ SOSPEDRA, M. *Derecho Constitucional*, Nomos, Valencia, 1992

\_\_\_\_\_ *Estado y Constitución*, CEU San Pablo, Valencia, 1991

\_\_\_\_\_ "Inmunidad y derecho al proceso: la inmunidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista General de Derecho*, en prensa.

\_\_\_\_\_ *Libertades públicas*, CEU San Pablo, Valencia, 1993

-MARX, ENGELS y LENIN *La Comuna de París*, Akal, Madrid, 1976

-MARX, K. y ENGELS, F. *Manifiesto Comunista*, Endymion, Madrid, 1987

-MASTELLONE, S. *Historia de la democracia en Europa. De Montesquieu a Kelsen*, EDERSA, Madrid, 1990

-McCARTHY, T. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Tecnos, Madrid, 1987

-MENY, I. y THOENIG, J-C. *Las políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 199

-MICHELS, R. *La sociología del partido político nella democrazia moderna*, Il Mulino, Bolonia, 1966

-MILIBAND, R., PANITCH, L. y SAVILLE, J. *El neoconservadurismo en Gran Bretaña y Estados Unidos*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1992

-MILL, J. S. *Del gobierno representativo*, Tecnos, Madrid, 1985

\_\_\_\_\_ *El utilitarismo*, Aguilar, Buenos Aires, 1980

\_\_\_\_\_ *Sobre la libertad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991

-MONTESQUIEU *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972

-MONZON ARRIBAS, C. *La opinión pública. Teoría, concepto y métodos*, Tecnos, Madrid, 1987

- MOORE, B. *Los orígenes sociales de la dictadura y de la democracia*, Edicions 62, Barcelona, 1991
- MORENO GARCIA, A. "Los derechos de las minorías en la ordenación del trabajo parlamentario" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 25, 1992
- MORLINO, I. *Cómo cambian los regímenes políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985
- MUELLER, D. C. *Elección pública*, Alianza, Madrid, 1984
- MUGUERZA, J. *Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1990
- NIETO, A. "Autonomía política y autonomía universitaria" en *Revista de Derecho Político*, nº 5, 1980
- NOZICK, R. *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988
- O'DONELL, G., SCHMITTER, P. H. y WHITEHEAD, L. *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Paidós, Barcelona, 1989, 4 tomos
- OFFE, C. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid, 1988
- \_\_\_\_\_ *Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales*, Sistema, Madrid, 1988
- OLIVER ARAUJO, J. "Alcance y significado de la «autonomía universitaria» según la doctrina del Tribunal Constitucional" en *Revista de Derecho Político*, nº 33, 1991
- OLLERO TASSARA, A. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989
- OLLERO, P. *Estudios de ciencia política y sociología*, Madrid, 1972
- ORY, P. *Nueva Historia de las ideas políticas*, Mondadori, Madrid, 1992
- OSTROGORSKI, M. *La démocratie et l'organisation des partis politiques*, Calman-lévy, París, 1906
- OTTO, I. *De Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985

- \_\_\_\_\_ *Lecciones de Derecho Constitucional*, Guiastur, Oviedo, 1980
- PAINE, T. *Derechos del hombre*, Alianza, Madrid, 1984
- \_\_\_\_\_ *El sentido común y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1990
- PALOMAR OLMEDA "La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 25, 1992
- PANEBIANCO, A. *L'analisi della politica*, Il Molino, Bolonia, 1989
- PARECH, B. *Pensadores políticos contemporáneos*, Alianza, Madrid, 1986
- PASQUINO, G. y OTROS *Manual de Ciencia Política*, Alianza, Madrid, 1988
- PATEMAN, C. *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, C. University Press, 1970
- PAU VALL, F. "La admisibilidad de las proposiciones de ley y otras iniciativas parlamentarias en relación con la vulneración del derecho de participación política" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 26, 1992
- PECES BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991
- \_\_\_\_\_ *La Constitución española de 1978*, Fernando Torres, Valencia, 1984
- \_\_\_\_\_ *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986
- PEMAN GAVIN, J. *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992
- PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979
- PEREZ FRANCESCH, J. L. *El gobierno*, Tecnos, Madrid, 1993
- PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991
- \_\_\_\_\_ *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988
- PEREZ ROYO, J. "Reflexiones sobre la construcción de la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico" en

*Revista de Estudios Políticos*, nº 49, 1986

\_\_\_\_\_ *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988

-PIA LARA, M. *La democracia como proyecto de identidad ética*, Anthropos, Barcelona, 1992

-PITKIN, H. F. *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985

-PLATON *La República*, Alianza, Madrid, 1990

\_\_\_\_\_ *Las Leyes*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 2 vols.

-POLIBIO *Historia Universal bajo la República Romana, Iberia*, Barcelona, 1968, 3 vols.

-POPPER, K. R. *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1992

-PORRAS NADALES, A. J. "El derecho intervencionista del Estado" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 63, 1989

\_\_\_\_\_ "Conflictos entre órganos constitucionales del Estado y principio de división de poderes" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 52, 1986

\_\_\_\_\_ "El Consejo General del Poder Judicial" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, 1987

-POULANTZAS, N. *Estado, poder y socialismo, Siglo XXI*, Madrid, 1979

-PRIETO SANCHIS, L. "Notas sobre la interpretación constitucional" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, 1991

\_\_\_\_\_ *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987

-PULIDO QUECEDO, M. "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, 1990

\_\_\_\_\_ *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992

-QUINTON, A. *Filosofía Política*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974



- RAE, D. y RAMIREZ, V. *El sistema electoral español. Quince años de experiencia*, McGRAW-HILL/Interamericana de España, Madrid, 1993
- RAMIREZ, M. *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985
- \_\_\_\_\_ "Los partidos políticos en la Constitución española de 1978" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, 1980
- RAPHAEL, D. D. *Problemas de filosofía política*, Alianza, Madrid, 1989
- RAWLS, J. *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978
- REBOLLO VARGAS, R. *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: Libertad de expresión e información y límites penales*, PPU, Barcelona, 1992
- REQUEJO COLL, F. *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*, Ariel, Barcelona, 1990
- REVEL, J.-F. *El renacimiento democrático*, Plaza & Janes, Barcelona, 1992
- RIVERO LAMAS, J. "Democracia pluralista y autonomía sindical" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 16, 1980
- RODRIGUEZ DIAZ "El Estado de partidos y algunas cuestiones de derecho electoral" en *Revista de Derecho Político*, nº 31, 1990
- RODRIGUEZ ZUÑIGA, L. *Elites y democracia*, Fernando Torres, Valencia, 1976
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M. F. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986
- ROJO TORDECILLA, E. "Balance de diez años del derecho constitucional de huelga y perspectivas de futuro" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 66, 1989
- RORTY, R. *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1989
- ROSS *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963
- ROUSSEAU, J.-J. *Del contrato social (y otros)*, Alianza, Madrid, 1988
- ROVIRA VIÑAS, A. "Hermeneútica y Constitución" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 22, 1991

-RUBIO CARRACEDO, J. *Etica constructiva y autonomía personal*, Tecnos, Madrid, 1992

\_\_\_\_\_ "Democracia y legitimación del poder en Rousseau" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 58, 1987

\_\_\_\_\_ *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau.*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

-RUFFINI, E. *Il principio maggioritario*, Adelphi, Milán, 1976

-RUIPEREZ ALAMILLO "La división de competencias en el llamado «Estado de las Autonomías»" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 59, 1988

-SABINE, G. *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1987

-SANCHEZ FERRIZ, R. *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

\_\_\_\_\_ *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993

-SANCHEZ GONZALEZ, S. y MELLADO PRADO, P. *Sistemas políticos actuales*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992

-SANI, G. "Modelli di cittadino e comportamenti di massa" en MANNHEIMER, R. y SANI, G. *La rivoluzione elettorale*, Anabasi, Milán, 1994

-SANTAMARIA, J. (comp.) *Transición a la democracia en el Sur de Europa y América Latina*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982

-SARTORI, G. *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987

\_\_\_\_\_ *Democrazia. Cosa è.*, Rizzoli Libri, Milán, 1993

\_\_\_\_\_ *Elementos de teoría política*, Alianza, Madrid, 1992

\_\_\_\_\_ *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza, Madrid, 1989

\_\_\_\_\_ *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988, 2 vol.

- SCIACCA, E. *Interpretación de la democracia*, Edersa, Madrid, 1994
- SCHMITT, C. *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971
- SCHNEIDER, H. P. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7
- \_\_\_\_\_ *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991
- SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Barcelona, 1984
- SERNA BERMUDEZ, P. *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1990
- SIEYES, E. *¿Qué es el Tercer Estado?*, Alianza, Madrid, 1989
- SILVA OCHOA, J. C. da "El derecho de los parlamentarios a la documentación" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 19, 1990
- SINGER, P. *Democracia y desobediencia*, Ariel, Barcelona, 1985
- SINOVA, J. "El Estado y la información en España" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 49, 1986
- SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 77, 1992
- \_\_\_\_\_ "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988
- \_\_\_\_\_ "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991
- \_\_\_\_\_ "Sobre el Estado autonómico español" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 78, 1992
- \_\_\_\_\_ "Sobre la constitucionalización de los partidos" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 45, 1985

\_\_\_\_\_ "Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, 1990

\_\_\_\_\_ "Algunas teorías básicas de la teoría de los derechos fundamentales" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 71, 1991

\_\_\_\_\_ "Representación y pluralismo territorial" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 50, 1966

-SORIANO, J. E. "Comunidades Autónomas, Comunidades Europeas y Tribunal Constitucional" en *Revista de Derecho Político*, nº 29, 1989

-SORIANO, R. "La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivización en el ordenamiento jurídico español" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 58, 1987

\_\_\_\_\_ *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990

\_\_\_\_\_ "¿Es iusnaturalista la Constitución española de 1978?" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 12, 1987

-SOTELO, I. *El socialismo democrático*, Taurus, Madrid, 1980

-SUAY RINCON, J. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1985

-TEZANOS, J. F., COTARELO, R. y BLAS, A. De (eds.) *La Transición democrática española*, Sistema, Madrid, 1989

-THIEBAUT, C. *Los límites de la comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992

-TOCQUEVILLE, A. De *La democracia en América*, Alianza, Madrid, 1989, 2 vols.

-TOMAS Y VALIENTE, F. *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988

-TORRES DEL MORAL, A. "Crisis del mandato representativo en el Estado de Partidos" en *Revista de Derecho Político*, nº 14, 1982

\_\_\_\_\_ *Principios de Derecho Constitucional español*, Atomo, Madrid, 1986, vol. I y II

-TORRES DEL MORAL, A. y GOMEZ SANCHEZ, Y. "Principios de igualdad y pensiones de viudedad" en *Revista de Derecho Político*, nº 35, 1992

-TORRES MURO, I. *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991

-TOUCHARD, J. *Historia de las ideas políticas*, Tecnos. Madrid, 1990

-TUCIDIDES *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Cátedra, Madrid, 1988

-VALLESPIN, F. (ed.) *Historia de la Teoría Política*, Alianza, Madrid, 4 tomos.

\_\_\_\_\_ *Nuevas teorías del Contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985

-VARELA SUANZES "Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 36, 1992

-VEGA GARCIA, A. S. de "Constitución, pluralismo político y partidos" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 26, 1992

-VEGA, P. de (ed.) *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Edicusa, Madrid, 1977

\_\_\_\_\_ "Significado constitucional de la representación política" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 44, 1985

-VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964

-VILAS NOGUEIRA "Los valores superiores" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984

-VIVER I PI-SUNYER, C. *Las autonomías políticas*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994

-WALZER, M. *Spheres of Justice. A defense of pluralism and Equality*, Basic Books, New York, 1983

-WEBER, M. *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económico, México, 1984

\_\_\_\_\_ *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1986

-WELLMER, A. *Modelos de libertad en el mundo moderno*, conferencia mecanografiada y traducida por Jiménez Redondo, M.

- WILLIAMS, R. *Hacia el año 2000*, Crítica, Barcelona, 1984
- WOLFE, C. *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1988
- WROBLEWSKI, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988
- ZAGREBELSKY *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984
- ZIMMERMAN, J. F. *Democracia participativa*, LIMUSA, México, 1992
- ZOLO, D. *Complessità e democrazia*, Giappichelli, Turín, 1987
- \_\_\_\_\_ *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Feltrinelli, Milán, 1992