

La fórmula del Estado social y democrático de Derecho a la luz de la normativa europea

tesis para la colación del grado de
Doctor Europeo
presentada por D.

Luis Jimena Quesada

bajo la dirección de la Prof. Dra. Dña.

Remedio Sánchez Ferriz

Valencia, enero de 1996



Dpto. de Derecho Constitucional
Universitat de València



UMI Number: U602861

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 U602861

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 R164311

DATA 19.6.96

SERIAL BID.T 313

CODI 493644 -

INDICE GENERAL

INDICE	1
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	15
CAPITULO I. DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO Y METODO EMPLEADO	17
I. JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DEL ESTUDIO: CONSECUCCIÓN DE LA JUSTICIA COMO OBJETO DEL DERECHO Y DEL "BIEN-SER" O DE LA FELICIDAD COMO OBJETIVO DEL ESTADO	18 ✓
1. La búsqueda de la fórmula estatal ideal	18 ✓
2. Los valores ideales en la fórmula estatal ideal: libertad, igualdad y solidaridad	20 ✓
II. JUSTIFICACIÓN SUBJETIVA DEL ESTUDIO: LA PERSONA COMO SUJETO DEL DERECHO Y EL RESPETO DE SU DIGNIDAD	25
III. SÍNTESIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONCRECIÓN DEL METODO UTILIZADO: EL SUSTRATO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO POR LA FÓRMULA ESTATAL ESPAÑOLA Y LA BÚSQUEDA DE UN PARALELISMO EN UN CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	27
IV. NUESTRO PARTICULAR ENFOQUE Y LA AUSENCIA DE TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO INTERNACIONALMENTE INTEGRADO	33
1. La elección del enfoque dogmático en el marco del Estado internacionalmente integrado	33
2. El <i>status questionis</i> doctrinal y la ausencia del enfoque propuesto	37
V. LA VALIDEZ DEL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA Y LA TRANSITIVIDAD DE LA NORMA Y DE LA REALIDAD	41
VI. EL RECURSO A LA DOGMÁTICA PARA INTERPRETAR EL CONTENIDO DE LA FÓRMULA ESTATAL	45
VII. LA CONFLUENCIA DE LAS PERSPECTIVAS NACIONAL E INTERNACIONAL A TRAVÉS DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS.....	50
1. Complementariedad del juez interno y del juez internacional.....	51

2. Interpretación e integración del sistema	53
VIII. LA DIMENSIÓN HISTÓRICA DE LA FÓRMULA Y LOS VALORES GENERACIONALES	56
IX. UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA: ESTABLECIMIENTO DE SUS BASES	59

CAPITULO II. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO COMO BASE PARA EL ENTENDIMIENTO DEL CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO63.

I. LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE DERECHOS HUMANOS 64

1. Consideraciones preliminares	64
2. Reconsideración de la teoría del Estado de Derecho a la luz de la normativa europea sobre derechos humanos	69
A) Las tres versiones del Estado de Derecho: formal, jerárquica y material	70
B) Las dimensiones paralelas a las tres versiones del Estado de Derecho: sistema de normas, de órganos y de fines	71

II. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO HACIA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: VOCACIÓN INTERNACIONALISTA Y LUCHA POR LOS DERECHOS SOCIALES 73

1. Origen del Estado social de Derecho	74
2. Contenido del Estado social como sistema de normas, de órganos y de fines	78
A) Sistema de normas	78
B) Sistema de órganos	79
C) Sistema de fines	80
3. Crisis del Estado social	82

III. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO CULMINACIÓN DE LA FÓRMULA ESTATAL: SU INTERNACIONALIZACIÓN A PATIR DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL 83

1. Las aportaciones del Derecho comparado	83
2. La perspectiva del constitucionalismo histórico español	86
3. La consagración en la Constitución española actual.....	88
3.1. Proceso constituyente	88
A) El elemento jurídico	88
B) El elemento social y el democrático	88
C) Las posturas más significativas en el debate constituyente	90
3.2. Ordenamiento vigente	93
A) El ambiente de crisis en el que nace la fórmula estatal	93

B) La ratio democrática y la tendencia progresista en la consagración de la fórmula: la influencia germana y sus matices	94
C) Los buenos propósitos de una nueva institución representativa: el Consejo Económico y Social	96
D) Manifiestaciones constitucionales del Estado social y democrático de Derecho	98
3.3. La interpretación del sistema constitucional: la labor del Tribunal Constitucional	99
A) El Estado de Derecho	101
a) Sistema de normas	101
b) Sistema de órganos	102
c) Sistema de fines	102
B) El Estado social de Derecho	104
a) Sistema de normas	104
b) Sistema de órganos	104
c) Sistema de fines	105
C) El Estado democrático de Derecho	106
a) Sistema de normas	106
b) Sistema de órganos	106
c) Sistema de fines	107
D) El análisis conjunto de la fórmula	108

IV. LA NORMATIVA EUROPEA: EL DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO BASE DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS Y FUNDAMENTO DEL CONSENSO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	109
--	-----

CAPITULO III. CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO (I): ESPACIO DE DERECHO..... 115

I. LA IDEA DEL ESTADO DE DERECHO EN EL CONSEJO DE EUROPA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CEDH	116
---	-----

1. El CEDH como sistema de normas	119
1.1. El principio de seguridad jurídica	120
A) Significado del principio de seguridad jurídica.....	120
B) Manifiestaciones de la seguridad en el CEDH	122
1.2. El principio de juridicidad	125
A) El principio de constitucionalidad	126
B) El principio de legalidad	129
2. El CEDH como sistema de órganos	132
3. El CEDH como sistema de fines	135

II. DESARROLLO DE LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	136
--	-----

1. El CEDH como sistema de normas	137
1.1. El principio de seguridad jurídica	137
1.2. El principio de juridicidad	141
A) El principio de constitucionalidad	141
B) El principio de legalidad	145
2. El CEDH como sistema de órganos	147

3. El CEDH como sistema de fines	151
III. LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA	152
1. La noción del Estado de Derecho en la normativa comunitaria	152
1.1. La normativa comunitaria como sistema de normas	153
1.2. La normativa comunitaria como sistema de órganos	156
1.3. La normativa comunitaria como sistema de fines	159
2. La noción del Estado de Derecho en la jurisprudencia comunitaria	161
2.1. Caracterización del TJCE	161
2.2. Valor de la jurisprudencia del TJCE en la construcción del sistema de derechos humanos	163
2.3. La normativa comunitaria como sistema de normas	166
2.4. La normativa comunitaria como sistema de órganos	169
2.5. La normativa comunitaria como sistema de fines	171
 CAPITULO IV. CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO (II): ESPACIO SOCIAL.....	175
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	176
II. EL MARCO NORMATIVO SOCIO-ECONÓMICO DEL CONSEJO DE EUROPA: ESPECIAL REFERENCIA A LA CARTA SOCIAL EUROPEA	177
1. Introducción	177
2. Orígenes de la Carta	178
3. Estructura de la Carta Social Europea y de su Protocolo Adicional de 1988 como sistema de normas, de órganos y de fines	180
4. Sistema de normas y sistema de fines: los derechos reconocidos	183
5. Sistema de órganos: el mecanismo de control	187
6. Perspectivas de la Carta social europea	188
III. EL ESPACIO SOCIAL EUROPEO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA: EN ESPECIAL, LA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA CSE	190
1. Configuración del espacio social europeo sobre la base de la Carta	192
A) El tránsito del Estado liberal al Estado social	192
B) El dinamismo y la progresividad de los objetivos sociales	192
C) Lo social entre lo político y lo jurídico	194
D) Los objetivos sociales requieren medidas positivas por parte de los poderes públicos	194
E) Interpretación integral de la fórmula consenso europeo social y democrático de Derecho	196
F) El consenso social europeo ante la crisis económica actual	196
2. La Carta como sistema de normas	198
3. La Carta como sistema de órganos.....	200

4. La Carta como sistema de fines	203
IV. LA NORMATIVA SOCIO-ECONÓMICA DE LA COMUNIDAD EUROPEA	206
1. La cohesión económica y social como objetivo presente en el sistema de normas de la Comunidad Europea	206
2. La operatividad del sistema de órganos comunitario en la consecución de la cohesión económica y social	209
3. Los derechos sociales como plasmación del sistema de fines comunitario	213
4. Perspectivas del espacio social europeo comunitario	215
V. LA REALIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS SOCIO-ECONÓMICAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE	218
1. La normativa comunitaria como sistema de normas	219
2. La normativa comunitaria como sistema de órganos	220
3. La normativa comunitaria como sistema de fines	221
 CAPITULO V. CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO (III): ESPACIO DEMOCRATICO.....	227
 I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR	228
 II. INTRODUCCIÓN AL TEMA	231
1. La democracia como producto occidental y su universalización	231
2. La necesaria imbricación entre democracia y derechos humanos	234
3. La necesidad de una noción global de democracia, como política, social y solidaria	236
4. El entendimiento de la democracia como regla de la mayoría con respeto de la(s) minoría(s)	239
 III. EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA	243
1. El sistema de normas	246
2. El sistema de órganos	247
3. El sistema de fines	248
 IV. EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA	250
1. El sistema de normas en una sociedad democrática	250
2. La regla democrática en el sistema de órganos	252
3. El sistema democrático de fines	254
A) El fin de proteger las instituciones democráticas frente al fin de organizar y ejercer la oposición política.....	254
B) El fin de proteger las instituciones democráticas mediante restricciones al acceso a la función pública	255

C) El fin democrático relativo a la celebración de elecciones libres, periódicas y participativas	258
V. EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA NORMATIVA COMUNITARIA	260
1. El sistema de normas	262
2. El sistema de órganos	264
3. El sistema de fines	266
VI. EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA	269
1. El sistema de normas en una sociedad democrática	269
2. La regla democrática en el sistema de órganos	270
3. El sistema democrático de fines	271
CAPITULO VI. ESPACIO EUROPEO DE DERECHO Y VALOR LIBERTAD: EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.....	273
I. REFLEXIONES PRELIMINARES	274
1. Consideraciones generales	274
2. Europa como espacio de libertad y de seguridad	276
3. Significados de la libertad en el ordenamiento constitucional español	279
II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA	281
1. Alcance de la libertad y de la seguridad personales	281
2. Los principios que garantizan el derecho a la libertad	283
3. Algunas facetas particulares de la libertad individual	285
III. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA	288
1. Definición y contenido objetivo de la libertad personal. Sus limitaciones	289
2. Las garantías concretas de la libertad personal	293
A) Derechos de ser informado de las razones de su detención, de asistencia letrada, y al respeto de la integridad física y moral	293
B) Control de la detención preventiva por órganos con funciones judiciales y la posible acumulación de éstas	295
C) La duración de la detención gubernativa	296
D) La duración de la prisión provisional	298
E) El <i>habeas corpus</i>	300
3. Restricciones a la libertad personal y de movimientos en relación a determinadas categorías de personas	302
A) Enajenados	302
B) Menores	303
C) Vagabundos	304

IV. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN EL MARCO NORMATIVO COMUNITARIO: LIBERTAD PERSONAL Y LIBERTADES ECONÓMICAS	304
--	-----

V. LA DEFENSA DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA	307
---	-----

VI. EL DERECHO A LA LIBERTAD EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA	309
--	-----

1. La definición de la libertad y la seguridad personales de conformidad con los parámetros europeos	310
2. La duración de la prisión provisional	313
3. La duración de la detención preventiva	316
4. El derecho a la libertad en situaciones excepcionales	317
5. El derecho a la libertad en el Estado social en relación a determinadas categorías subjetivas	319
A) Menores	319
B) Extranjeros	321
C) Presos	321

**CAPITULO VII. ESPACIO EUROPEO SOCIAL Y VALOR IGUALDAD:
EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION..... 325**

I. ELEMENTOS INTRODUCTORIOS	326
-----------------------------------	-----

1. Sobre el alcance histórico y actual de la igualdad	326
2. Riqueza de significados y vertientes de la igualdad. Referencia al ordenamiento constitucional español	328

II. RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA	332
--	-----

1. Tarea normativa	332
1.1. El CEDH y sus Protocolos	332
1.2. La CSE y su Protocolo adicional	333
1.3. Instrumentos no obligatorios	334
2. Labor jurisprudencial	335
2.1. La labor de la Comisión europea de derechos humanos	336
2.2. El Tribunal europeo de derechos humanos	340
A) Significado y contenido de la igualdad en la interpretación del TEDH. Delimitación teórica	340
a) Conceptuación formal	341
b) Conceptuación material	343
c) Confluencia de ambas conceptualizaciones	344
B) Aplicación práctica del principio de igualdad y no discriminación	345
a) Como derecho conexo	346
b) La autonomía del Derecho y la infracción del valor igualdad	348
c) Referencia a la igualdad política	353

2.3. La jurisprudencia de control de la CSE: en especial, la discriminación sexual en el terreno laboral	354
--	-----

III. CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA COMUNIDAD EUROPEA 356

1. Tarea normativa	356
1.1. Tratados constitutivos	356
1.2. Acta Unica Europea	358
1.3 Tratado de Maastricht	358
1.4. Derecho derivado	359
1.5. El Proyecto Herman de Constitución europea	360
2. Desarrollo jurisprudencial	360
2.1. La igualdad como derecho fundamental	360
2.2. Contenido del principio de igualdad	362
2.3. El derecho a la igualdad en el terreno laboral:	363
A) Acciones en favor de la igualdad de sexos: la polémica sobre la discriminación positiva en favor de la mujer	363
B) La no discriminación por razón de nacionalidad.....	369

IV. LA INFLUENCIA DEL ESPACIO EUROPEO SOCIAL Y DEL VALOR IGUALDAD EN ESPAÑA 371

1. La igualdad como derecho subjetivo. Igualdad ante y en la ley	371
2. El contenido del principio de igualdad y sus distintos significados con arreglo a los criterios europeos	374
3. Alcance de la igualdad real y efectiva: en especial, en el ámbito laboral	375
3.1. No discriminación salarial por razón de sexo y recepción de la jurisprudencia europea	375
3.2. No discriminación ideológica en el terreno laboral y recepción de la normativa europea e internacional sobre derechos humanos	376
3.3. Medidas de discriminación positiva en favor de la mujer	377
3.4. No discriminación en el acceso al empleo	379
4. Otro supuesto de igualdad real: la normalización lingüística.....	381
5. El entendimiento de la igualdad política	383
6. La no discriminación por razón de nacionalidad	386
7. La eventual violación del principio de igualdad ante pronunciamientos diferentes de los órganos tutelares europeos en supuestos de hecho comparables: en especial, los contenciosos entre el TEDH y el TJCE	389

CAPITULO VIII. ESPACIO EUROPEO DEMOCRATICO Y VALOR SOLIDARIDAD: EL DERECHO A LA CALIDAD DE VIDA Y AL MEDIO AMBIENTE 393

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS 394

1. Nota preliminar: la internacionalización del medio ambiente y del "movimiento" ecologista en nuestros días	396
2. El medio ambiente como derecho de solidaridad o de última generación: su faceta individual y su entidad colectiva	399
II. LA GARANTÍA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA	401
1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la extensión de derechos	401
2. El papel de la Comisión y del Tribunal europeos de derechos humanos: la jurisprudencia pretoriana de los órganos tutelares y la extensión del mecanismo convencional al medio ambiente	405
3. Los antecedentes jurisprudenciales al caso López Ostra en materia de medio ambiente	405
4. Posibles desarrollos futuros del derecho al medio ambiente a la luz de los derechos convencionales	408
5. Consideración especial del caso López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994	413
A) Observaciones preliminares	413
B) Fondo del asunto	414
C) Consecuencias jurídicas para la protección del derecho al medio ambiente	416
6. Las preocupaciones medioambientales en la jurisprudencia de control de la CSE	418
III. LA CONSAGRACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA NORMATIVA COMUNITARIA	420
IV. LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE POR EL TJCE	422
1. Los primeros apuntes jurisprudenciales y la consagración del medio ambiente como objetivo general de los Tratados	422
2. Consagración de la política medioambiental y la inclusión de criterios dogmáticos (derechos fundamentales): en especial, la virtualidad del principio de igualdad	424
3. El realce de las medidas de política preventiva por la jurisprudencia del TJCE	425
V. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL A LA VISTA DE LAS EXIGENCIAS MÍNIMAS EUROPEAS	426
1. Las normas constitucionales y las previsiones legislativas	426
2. La jurisprudencia española en la materia y el respeto de las exigencias europeas	430
2.1. Aspectos definitorios y delimitadores: influencia de la política comunitaria medioambiental	431
2.2. Aspectos dogmáticos (derechos fundamentales): influencia de la defensa medioambiental del Consejo de Europa	438
A) Conexión con el derecho a la salud	439
B) Conexión-limitación del derecho al medio ambiente en relación al derecho de propiedad, a la	

libertad de empresa y a la libre circulación de bienes y personas	440
C) Crítica a la no extensión al derecho al medio ambiente del amparo constitucional, a través de derechos que sí lo son (como el derecho a la igualdad o a la tutela judicial efectiva)	442
D) Relevancia de la doctrina de la <i>Drittwirkung</i> para la protección del derecho al medio ambiente	445

CAPITULO IX. MARCO COMUN MINIMO DE LIBERTAD: LA LIBERTAD DE INFORMACION Y LOS MEDIOS DE COMUNICACION... 447

I. A MODO DE INTRODUCCION	448
II. LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE LIBERTAD INFORMATIVA	451
III. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA Y EL FORTALECIMIENTO DEL PLURALISMO INFORMATIVO	452
1. Relevancia de la libertad de información en el Estado de Derecho	452
2. El sujeto de la libertad de información	454
3. Objeto y contenido de la libertad de información	457
A) Contenido de la libertad de información	457
B) Facultades comprendidas en la libertad de información	459
4. La libertad de crear medios de comunicación como facultad comprendida en la libertad de información	460
IV. NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE LIBERTAD DE INFORMACION	465
V. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: LIBERTAD DE INFORMACION FRENTE A MONOPOLIO PRIVADO	468
1. El alto reconocimiento teórico del derecho la información versus la parca eficacia práctica del mismo	468
2. El pluralismo informativo y la persecución de los monopolios privados	470
VI. LA LIBERTAD DE INFORMACION EN ESPAÑA A LA LUZ DE LAS EXIGENCIAS EUROPEAS Y LAS DUDAS SOBRE SU INTERPRETACION CONFORME AL MARCO COMUN MINIMO DE LIBERTAD: EN ESPECIAL, EL CASO DE LA TELEVISION	472
1. Normativa nacional	472
1.1. Disposiciones constitucionales	472
1.2. Legislación de desarrollo	472
2. La jurisprudencia constitucional en la materia	473
2.1. El derecho de información como manifestación del marco mínimo de libertad, y su contribución a la	

realización del marco mínimo de igualdad y de tolerancia.....	475
A) Marco mínimo de libertad: referencia particular al caso Casado Coca contra España	475
B) La contribución de la libertad de información a la realización del marco común mínimo de igualdad.....	480
C) La relevancia de la libertad de información en la consolidación del marco mínimo de tolerancia	481
2.2. La libre creación del medio como manifestación de la libertad de información: en particular, la iniciativa televisiva privada	484
A) La televisión en general	484
B) La televisión por cable y el video comunitario en particular	487
C) La libertad de creación del medio televisivo en la STC 31/1994 y siguientes: ¿Punto de inflexión?.....	492
D) La sesgada utilización de la jurisprudencia europea sobre televisión	501

CAPITULO X. MARCO COMUN MINIMO DE IGUALDAD: EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL O A RECURSOS MINIMOS GARANTIZADOS 505

I. CUESTIONES PRELIMINARES 506

1. Algunas premisas para no excluir a los excluidos: El derecho a la asistencia social como manifestación mínima de igualdad	506
A) Delimitación del derecho a la asistencia social. Planteamiento de la cuestión	506
B) La libertad personal o física empieza a partir de un mínimo de libertad o seguridad económicas	507
C) La igualdad como fundamento del derecho a la asistencia social	508
D) El derecho a la asistencia social como paradigma del valor igualdad y de la universalidad de los derechos humanos	512
a) El derecho a la asistencia social: su teórica comprensión totalizadora en el ámbito internacional y nacional	513
b) La práctica internacional y nacional	514
2. Breve apunte evolutivo sobre el derecho a la asistencia social	516
3. Palabras y acciones: la aportación de los autores y el compromiso de las organizaciones no gubernamentales	519
A) La teoría: el estado de la cuestión doctrinal. Ventajas e inconvenientes de la consagración del derecho a la asistencia social	519
B) La práctica: el papel de las organizaciones no gubernamentales	521
4. El derecho a la asistencia social en el espectro de la Seguridad Social española	523

5. Mecanismos de protección	524
II. MARCO NORMATIVO DEL CONSEJO DE EUROPA	524
1. Instrumentos vinculantes	524
2. Documentos no obligatorios	527
III. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA	529
1. El derecho a la asistencia social como auténtico derecho subjetivo	529
2. La asistencia social como derecho que debería caer en desuetudo frente a un salario justo	530
3. El derecho a la asistencia social como manifestación del derecho a una vida digna y de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes	531
4. La protección de la asistencia social por la vía extensiva del derecho a la igualdad	532
5. El derecho al proceso justo como garantía del derecho a la asistencia social	533
A) Perspectiva material y prolongación socio- económica: gratuidad del proceso y asistencia judicial gratuita	533
B) Perspectiva formal y garantía instrumental de las prestaciones no contributivas	534
IV. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL EN LA UNION EUROPEA	537
1. Marco normativo	537
2. Labor jurisprudencial del TJCE	539
2.1. La virtualidad del derecho fundamental a la igualdad.....	540
2.2. La efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.....	541
2.3. La protección de un nivel de vida equitativo frente a las exigencias del mercado	542
V. LA INFLUENCIA EN ESPAÑA DE LA NORMATIVA EUROPEA RELATIVA AL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL	543
1. Normativa española	543
1.1. Plano constitucional	543
1.2. Plano infraconstitucional: importancia de la Ley de prestaciones no contributivas de 1990 (incorporada al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994)	546
2. Las vías aportadas por la jurisprudencia española	549
2.1. Eficacia de la Carta Social Europea	550
2.2. La protección del derecho a la asistencia social en relación al respeto de la vida, de la integridad física y moral, y de la libertad personal	551
2.3. La no discriminación en el disfrute del derecho a la asistencia social	553
A) El derecho a la asistencia social como manifestación del valor igualdad	553

B) Efectividad del valor igualdad y protección de los más desfavorecidos	554
2.4. El derecho a la tutela judicial efectiva como instrumento para la protección del derecho a la asistencia social	556
2.5. La comprensión del derecho a la asistencia social desde la perspectiva del derecho a la asistencia judicial gratuita en supuestos de insuficiencia de recursos	557
2.6. El conocimiento del derecho a la asistencia social para poder ejercitarlo	558

CAPITULO XI. MARCO COMUN MINIMO DE TOLERANCIA: EL DERECHO DE ASILO Y DE NO EXPULSION..... 561

I. OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS 562

II. LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA 566

1. El valor tolerancia en los trabajos preparatorios del CEDH	566
2. El CEDH y sus Protocolos	566
3. La CSE y sus Protocolos	568
4. Instrumentos no vinculantes	569

III. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA 571

1. Primeros pasos en la jurisprudencia: no protección del derecho a no ser expulsado, por causa de inadmisibilidad <i>ratione materiae</i>	571
2. Desarrollo jurisprudencial: medidas provisionales frente a la expulsión y aplicación de los artículos 3 y 8 CEDH	572
3. ¿Culminación de la jurisprudencia sobre no expulsión?	574
4. La protección del extranjero en la situación subsiguiente a su no expulsión	575

IV. LA NORMATIVA DE LA UNION EUROPEA EN MATERIA DE INMIGRACION Y DE ASILO 578

1. Introducción	578
2. La ciudadanía de la Unión y el derecho de no ser expulsado: Derecho originario sobre inmigración y asilo	579
3. Derecho derivado	581
4. Derecho complementario: los espacios Schengen y Dublín	582
A) Principio de <i>non-refoulement</i>	583
B) La restrictiva noción de familia	584
5. Conflictos ad intra: la tensión entre el método de integración comunitaria y el de cooperación gubernamental en la elaboración de la normativa sobre inmigración y asilo	585

V. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA 586

VI. LA ESTANCIA DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA A LA LUZ DEL DERECHO EUROPEO EN LA MATERIA 588

1. Normativa nacional	588
1.1. Disposiciones constitucionales	588
1.2. Legislación de desarrollo	589
2. Jurisprudencia nacional	593
2.1. La inicial jurisprudencia constitucional sobre extranjería: opción restrictiva	593
2.2. Evolución jurisprudencial en materia de expulsión de extranjeros: algunos apuntes progresivos	595
3. Impacto de las divergencias europeas en el sistema constitucional español	599
 CAPITULO XII. CONCLUSIONES.....	603
 BIBLIOGRAFIA	619
 ANEXO. TRADUCCION (FRANCES) DE LOS CAPITULOS I Y XII	653

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución española de 1978
CECA (TCECA).....	Comunidad europea del carbón y del acero (Tratado de)
CEDH	Convenio europeo de derechos humanos de 1950
CEE (TCEE).....	Comunidad económica europea (Tratado de)
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CSE	Carta Social Europea de 1961
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DR	Décisions et rapports/Decisions and reports
EURATOM (TCEEA).....	Comunidad europea de la energía atómica (Tratado de)
FJ	fundamento jurídico
OIT	Organización internacional del trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización sobre la seguridad y la cooperación en Europa
PESC	Política exterior y de seguridad común
PIDCP	Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966
PIDESC	Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos
STS	sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal europeo de derechos humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UEO	Unión Europea Occidental
Rec.	Recopilación de la Jurisprudencia del TJCE
Rec. Trav. Prép.	Recueil des Travaux Préparatoires de la CEDH

CAPITULO I. DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO Y METODO EMPLEADO

SUMARIO:

I.-JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DEL ESTUDIO: CONSECUCIÓN DE LA JUSTICIA COMO OBJETO DEL DERECHO Y DEL "BIEN-SER" O DE LA FELICIDAD COMO OBJETIVO DEL ESTADO: 1.-La búsqueda de la fórmula estatal ideal. 2.-Los valores reales en la fórmula estatal ideal: libertad, igualdad y solidaridad.

II.-JUSTIFICACIÓN SUBJETIVA DEL ESTUDIO: LA PERSONA COMO SUJETO DEL DERECHO Y EL RESPETO DE SU DIGNIDAD.

III.-SINTESIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONCRECIÓN DEL MÉTODO UTILIZADO: EL SUSTRATO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO POR LA FÓRMULA ESTATAL ESPAÑOLA Y LA BÚSQUEDA DE UN PARALELISMO EN UN CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

IV.-NUESTRO PARTICULAR ENFOQUE Y LA AUSENCIA DE TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO INTERNACIONALMENTE INTEGRADO: 1.-La elección del enfoque dogmático (los derechos humanos) en el marco del Estado internacionalmente integrado. 2.-El *status questionis* doctrinal y la ausencia del enfoque propuesto.

V.-LA VALIDEZ DEL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA Y LA TRANSITIVIDAD DE LA NORMA Y DE LA REALIDAD.

VI.-LA TEORIA CONSTITUCIONAL DE VALORES Y LA JURISPRUDENCIA DE VALORES EN LA INTERPRETACION DEL CONTENIDO DE LA FÓRMULA ESTATAL.

VII.-LA CONFLUENCIA DE LAS PERSPECTIVAS NACIONAL E INTERNACIONAL A TRAVÉS DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS: 1.-Complementariedad del juez interno y del juez internacional. 2.-Interpretación e integración del sistema.

VIII.-LA DIMENSIÓN HISTÓRICA DE LA FÓRMULA Y LOS VALORES GENERACIONALES.

IX.-UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA: ESTABLECIMIENTO DE SUS BASES.

I.-JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DEL ESTUDIO: CONSECUCCIÓN DE LA JUSTICIA COMO OBJETO DEL DERECHO Y DEL "BIEN-SER" O DE LA FELICIDAD COMO OBJETIVO DEL ESTADO

1.-La búsqueda de la fórmula estatal ideal

A lo largo de la historia, el hombre ha caminado a la búsqueda del Estado ideal¹, de un espacio en donde su libertad se realizara de manera más plena y en el que, en última instancia, alcanzara su felicidad. En tal contexto, no parece ocioso recordar esta sublime preocupación en los clásicos. Así, la *eunomía*, Ciudad-Estado perfecta para los griegos, guió la obra de Platón y de Aristóteles. En relación al primero, señala Sabine comentando *La República* que "el estadista debe saber qué es realmente el bien y, en consecuencia, qué se requiere para hacer un *Estado bueno*"²; en su aproximación al segundo subraya el lugar que ocupa en la obra aristotélica "la construcción del Estado ideal, es decir, qué forma de gobierno es mejor para la mayoría de los estados, dejando aparte las circunstancias especiales que puedan ser peculiares de un caso dado (...). Esta forma de Estado es la que Aristóteles denomina *gobierno constitucional*"³. Por su parte, Teofrasto (discípulo de Aristóteles) elaboró su doctrina en torno a la noción de *la constitución mejor*. Los romanos, siguiendo las huellas de los autores helenos, también intentaron hallar el Estado teóricamente óptimo: entre otros, Cicerón se refirió a la *civitas maxima*, y Marco Tulio intentó esclarecer el *optimus status civitatis*.

Tampoco los tratadistas medievales abandonaron la secular meta expuesta. Pese a que el viejo concepto de Estado perfecto se teologizó y se convirtió en la *civitas Dei*, los estudiosos de la época hicieron Teoría del Estado, rama en la que trabajaron (podríamos mencionar como representativo el ejemplo de Tomás de Aquino, con su tratado *De Regimine Principium* o la *Summa*) y aguzaron el ingenio para encontrar

¹ G. Fernández de la Mora y Mon ha sintetizado este recorrido histórico en su ensayo *Del Estado ideal al Estado de razón*, discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el día 29 de febrero de 1972, Madrid, 1972 (pág. 17): "La historia del pensamiento político se reduce en Occidente a una infatigable búsqueda del arquetipo social. La ya milenaria aventura intelectual arranca de un supuesto pronto convertido en convicción firme: existe el Estado ideal".

² G.H. Sabine, *Historia de la teoría política*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1990, pág. 46.

³ *Ibidem*, pág. 93.

la *optima ordinatio principium*, que es el modo tomista de aludir a la ciudad ideal.

Más tarde, los autores modernos (Bodino, Maquiavelo, Hobbes) hallarán el arquetipo de Occidente hasta finales del siglo XVII en la monarquía absoluta, teocrática o no, que encarnaba la *perfect form of government* según expresión hobbesiana en *El Leviatán*. Los utopistas de la época acentuarán la tendencia idealista apuntada: Tomás Moro, en su famosa *Utopía* pretendió perfilar *the best state of a commonwealth*, al igual que su compatriota Francisco Bacon en *La Nueva Atlántida*; por su parte, Tomás Campanella, en su *Ciudad del Sol*, prosiguió la general persecución del paraíso político.

Ya en la edad contemporánea, cuyo comienzo ha quedado marcado en Occidente por la Revolución francesa de 1789, los Ilustrados permanecieron fieles a la búsqueda del mejor Estado. Nueva tentativa que despierta, si cabe, mayor interés en la medida en que es en el ambiente revolucionario de la Ilustración en el que nace el Estado constitucional contemporáneo y la Declaración francesa de 1789, que supuso un hito decisivo en el proceso de constitucionalización de los derechos humanos. En efecto, si bien los autores de las Luces no traicionaron a sus predecesores en cuanto al objetivo último de sus obras, sí acabaron con el arquetipo monárquico absolutista y sentaron las bases de un Estado no personalizado sino institucionalizado y objetivizado políticamente. En este ambiente, Locke tratará de la *perfect democracy* y Rousseau de *la grande question du meilleur gouvernement possible* o de *la meilleure constitution d'un Etat*. Suele convenirse que en ese marco nació el Estado de Derecho como *Estado liberal de Derecho*, exaltando el valor *libertad*.

El formalismo de los postulados liberales halló reacciones posteriores que condujeron a la construcción del *Estado social de Derecho*, que pondría el acento en el valor igualdad real y al que no fueron ajenas las aspiraciones mostradas en la Revolución rusa de 1917 y en las tesis de los autores dialécticos, como Karl Marx. En realidad, las alusiones de éste a la mejor forma de Estado (*die beste Staatsform*) sólo reflejaban una temporal panacea política, que pasaba por la etapa comunista de la dictadura del proletariado, después de cuya transitoriedad se llegaría a la desaparición misma del Estado.

Las dos últimas formas estatales evocadas hallaron su síntesis en la actual fórmula del *Estado social y democrático de Derecho*. Ciertamente, por actual, y por el lógico dinamismo que supone toda etapa de formación y consolidación de una forma estatal, la búsqueda de su concreción ideal es un proceso pendiente, en el cual se inscribe nuestro trabajo.

Una de sus concreciones ha querido verse en el denominado *Estado del bienestar* originado a raíz de las aportaciones keynesianas; sin embargo, y pese a enmarcarse tal especie estatal en el sistema económico que se ha impuesto en nuestros días, denominado neocapitalismo, es moneda corriente hablar de su crisis⁴. Por ello no cabe descartar el hallazgo de otros modelos económicos alternativos y, sobre todo, debe insistirse en la realización de los valores que estimamos deben caracterizar la consecución del Estado social y democrático de Derecho de nuestros días: *la solidaridad y la tolerancia*, términos sin los cuales carece de sentido el tercer calificativo (democrático) que se ha añadido al Estado social de Derecho. En esta línea, nuestra pretensión consiste en desentrañar la fórmula contenida en el artículo 1.1 de la Constitución española (en adelante, CE), con independencia de denominaciones más sintéticas (como *Estado del bien-ser*⁵). Como se sabe, el artículo 1.1 CE tiene el siguiente enunciado:

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

2.-Los valores reales en la fórmula estatal actual: libertad, igualdad, solidaridad

⁴ Esta crisis lleva incluso a hacer del Estado del bienestar un tema político de gran envergadura, en el que se entremezclan intereses partidistas, acentuados en período electoral. Y ello porque el dinamismo de la fórmula, si bien requiere progresos continuos, no ha de descuidar los riesgos de retroceso. Véase en este sentido el artículo de A. A. Hernández titulado "Los suecos intentan salvar el Estado del bienestar social. Las privatizaciones, clave de los comicios", diario *El País*, domingo 18 de septiembre de 1994, pág. 4. Para una amplia visión sobre esta problemática, desde enfoques diferentes (sociológico, politológico, jurídico y económico) véase la obra de R. Cotarelo, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 2a ed.; asimismo véase el conjunto de estudios agrupados en E. Olivas y otros, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991. En la misma línea, pueden leerse los siguientes trabajos: FJ Astudillo Polo, "El Estado del bienestar: notas sobre su crisis", *Estado & Direito-Revista semestral luso-espanhola de Direito público*, núm. 11, 1º semestre 1993; M. Aragón, "Los problemas del Estado social", y C. De Cabo Martín, "Democracia y Derecho en la crisis del Estado social", ambos en *Sistema*, núms. 118-119, marzo 1994.

⁵ Defendiendo la idea se expresa, en términos contundentes, A. Colomer Viadel (*El retorno de Ulises a la comunidad de los libres*, Bilbao-Madrid, Ediciones Madre Tierra-INAUCO, pág. 46) al "atisbar la posibilidad de alcanzar, en medio de las ruinas de los viejos mitos posesivos del bienestar, la existencia de la *Sociedad del bien ser*". Por su parte, J. L. Abellán, en su reciente ensayo titulado *Ideas para el siglo XXI* (Madrid, Libertarias/Prodhufo, S.A., 1994), si bien no ofrece otras denominaciones, sí suscribe el objetivo de "la construcción de una nueva sociedad" (título del capítulo IX de su obra, págs. 97-100), en el que se hace eco de la perspectiva evocada por el profesor Colomer Viadel relativa a la "sociedad del bien-ser".

Sin distanciarnos del enfoque planteado, pretendemos reflexionar acerca de las condiciones, si no de felicidad absoluta (ideal inalcanzable y a pesar de ello presente en los inicios de nuestro constitucionalismo histórico⁶), sí al menos de realización de los valores superiores y de los principios que consagra nuestra Norma Fundamental. En esta línea, y según la consabida noción de la justicia como objeto del Derecho, ya es revelador que el encabezamiento del Preámbulo constitucional contenga este valor (la justicia, a la que se añaden "la libertad y la seguridad... y el bien de cuantos la integran"). Asimismo se proclama en el Preámbulo la voluntad de garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social *justo*. A mayor abundamiento, la justicia aparece elevada a valor superior del ordenamiento jurídico, junto a *la libertad, la igualdad y el pluralismo político*, en el artículo 1.1 CE, el mismo precepto que significativamente constituye a España en un Estado social y democrático de Derecho⁷. En realidad, la consagración de la justicia podría haber evitado la consignación de los otros tres valores, que se entenderían incluidos en aquélla. En otro sentido, se ha apuntado que los dos únicos valores propiamente dichos son la libertad y la igualdad, pues la justicia constituye el objeto último del Derecho y el pluralismo político no se

⁶ En efecto, en la Constitución de Cádiz de 19 de marzo 1812, los constituyentes establecieron en el artículo 13 que "el objeto del Gobierno es la *felicidad* de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen". Los antecedentes de las declaraciones de derechos americanas son igualmente muy reveladores al respecto: a título de ejemplo, en el artículo 3 de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776 se estableció "Que el Gobierno es o debe ser instituido para común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; que de los varios modos o formas de *Gobierno el mejor* es aquel que es capaz de producir el mayor grado de *felicidad* y seguridad, y ofrece mayor garantía contra el riesgo de una mala administración (...)". El mismo artículo 1 de esta Declaración reconoció "Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, cuando se organizan en sociedad, no pueden ser despojados por ninguna especie de contrato, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener *la felicidad* y la seguridad". Ha sido utilizada la traducción de los dos artículos de la Declaración de Virginia que aparece en M. Artola, *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, págs. 89-90.

⁷ Estas referencias a la justicia, por otra parte, no son aisladas. Al contrario, como valor superior imbuye todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia, en algunos preceptos se recogen manifestaciones concretas de tal valor: a título de ejemplo, la tutela judicial efectiva, conocida también como proceso justo (artículo 24 CE), o el sistema tributario justo (artículo 31 CE).

configura sino como una manifestación de la libertad (y, más concretamente, de la libertad de asociación política)⁸.

Con independencia del debate sobre el mayor o menor acierto del constituyente al redactar el precepto de referencia⁹, lo que interesa destacar es que esos valores o principios se han de ver realizados en la práctica a través del respeto y el ejercicio efectivos de los derechos en que se manifiestan. No se quiere entrar aquí a evaluar la coincidencia o no en cuanto al significado de los valores superiores del artículo 1.1 CE y de los

⁸ G. Peces-Barba Martínez (*La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, págs. 46-47) ha resumido de forma clara la determinación de los valores superiores en la primigenia redacción del artículo 1.1 durante la elaboración del anteproyecto constitucional: "Curiosamente se debe decir que se adoptó, sin discusión, la estructura del artículo 1.1 propuesta por el grupo socialista y que era del siguiente tenor: '...España se constituye como Estado Democrático de Derecho que propugna como valor superior de su Ordenamiento jurídico la Justicia en la libertad y la igualdad...'. (...) Este texto, que es totalmente original en el Derecho Constitucional Comparado, supone un enfoque del problema desde la Filosofía del Derecho, tanto desde la Teoría del Estado como desde la Teoría de la Justicia, y fue redactado por mí, sin pensar en que se incorporaría en sus dimensiones fundamentales, y sobre todo en el punto de vista que asume y en la relación entre los diversos elementos que componen su estructura a la redacción definitiva, que hoy es Derecho positivo en España. (...) En nuestro texto se hablaba de un solo valor, la justicia en la libertad y la igualdad. También había ahí un cierto prurito academicista, que recogía las críticas al concepto de justicia como fin del Derecho, de gran tradición, sin embargo, en la cultura jurídica y política, y pretendía superarlas indicando sus contenidos materiales: libertad e igualdad. Creo que se rompió la matizada formulación al considerar como valores superiores a la justicia, a la libertad, a la igualdad y también al respeto al pluralismo político. Hubiera sido, sin duda, suficiente la referencia a la libertad y a la igualdad como valores superiores, suprimiendo a la justicia -cuyos contenidos son en nuestra cultura libertad e igualdad-, y también al pluralismo político que es una dimensión de la libertad. En todo caso, de la referencia al pluralismo político como valor autónomo que podía tener sentido subrayar al salir de una dictadura que lo había sofocado, sobraba el término respeto, que fue suprimido con razón, en Comisión por una sugerencia de Fernández de la Mora". Para un acercamiento más exhaustivo al estudio de los valores superiores, véase asimismo la monografía de Peces-Barba *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos-Temas Clave de la Constitución, 1986 (1a reimpr.), y el trabajo de S. Basile, "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en *La Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 2a ed., 1981.

⁹ J. Vilas Nogueira ("Los valores superiores del ordenamiento jurídico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, septiembre-diciembre 1984) ha llamado la atención sobre la asimetría entre el Preámbulo y el artículo 1.1 CE en la enunciación de los valores: "Llama la atención la sólo parcial coincidencia entre ambas formulaciones. Así la seguridad y la promoción del bien de los españoles tienen una consagración meramente expositiva (reducida al Preámbulo), mientras que, por el contrario, la igualdad y el pluralismo político, consagrados en la parte dispositiva como valores superiores del ordenamiento jurídico, no son aludidos, al menos *expresa verbis*, en el Preámbulo" (cit. pág. 87).

principios del artículo 9.3 CE¹⁰. Sin embargo, sí interesa poner de manifiesto (porque tiene relevancia para nuestro estudio), como antes se ha indicado, que a nuestro entender la solidaridad, a pesar de no figurar ni en el Preámbulo ni en los dos preceptos citados, es equiparable a los valores y principios en ellos enunciados¹¹. Es más, creemos que es el valor que debe caracterizar la "sociedad democrática avanzada" que desea establecer el pueblo español al ratificar la Ley Superior; en otras palabras, la solidaridad es el valor (o principio, o fundamento del orden político y de la paz social) que se corresponde a la altura de nuestro tiempo con el adjetivo "democrático" de la fórmula estatal objeto de nuestra investigación. Por lo dicho, si bien compartimos las posturas que asocian el valor libertad al Estado de Derecho, y el valor igualdad al Estado social, no comulgamos con las que al mismo tiempo conectan el valor

10 J. Vilas Nogueira (*ibidem*) refleja el impacto de la Constitución en la doctrina civilista y la postura de ésta: "Si operásemos -dice Hernández Gil- con un concepto de los principios generales del Derecho sustentado durante algún tiempo por la doctrina española, que los reducía a fuente subsidiaria de tercer grado a falta de ley o costumbre, permitiéndoles si acaso una operatividad analógica, la respuesta sería fácil: nada tienen que ver los valores superiores del Ordenamiento, que están al frente de éste, con esa última modesta fuente de normatividad que serían los principios, fuente exclusivamente subsidiaria en tercer lugar (...). Pero esa doctrina (...) fue ya derrocada hace años por Federico De Castro al sostener, con un buen número de adeptos, entre ellos el propio Código Civil después de la reforma, que los principios son el fundamento del Ordenamiento al que informan, y no sólo fuente subsidiaria de tercer grado" (cit. pág. 94). En todo caso -apunta Vilas Nogueira- "en la doctrina, en la mayor parte de los casos sin un planteamiento explícito del problema, predomina la posición de identificar los valores superiores del ordenamiento con los principios del Derecho Constitucional" (cit. págs. 94-95). (...) "Por lo que hace a la jurisprudencia constitucional, el Tribunal, en su primera sentencia (2 de febrero de 1981) homologa 'valor' y principio de igualdad. (...) Esta equiparación del significado de valores superiores y principios de Derecho Constitucional se prosigue en la jurisprudencia posterior del mismo Tribunal. (...) En conclusión, creo que hay que aceptar la homologación de los valores superiores del ordenamiento con los principios de Derecho constitucional" (cit. págs. 96-97).

11 El profesor Torres del Moral (*Principios de Derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense, vol. I, 3a ed., 1992) ha mediado en este debate incluyendo a la solidaridad entre los valores o entre los principios, pero él entra a "despejar si la solidaridad viene reconocida constitucionalmente como un valor o como un principio. Su actual equivalencia de la mítica fraternidad, que en la divisa revolucionaria de 1789 se situaba junto a la libertad y a la igualdad, podría llevarnos a defender su dimensión axiológica. Sin embargo, su tratamiento constitucional es más bien el de un principio político funcional u operativo que preside y dirige un cierto tipo de situaciones y de instituciones sociales (Seguridad Social) y un cierto patrimonio común (medio ambiente, patrimonio histórico, cultural y artístico), o bien se relaciona con el modelo territorial de Estado (Fondo de Compensación Interterritorial) y con el modelo económico (subordinación de la riqueza al interés general, función social de la propiedad)" (cit. págs. 52-53).

pluralismo político al Estado democrático¹², al margen de que ello supone una visión restrictiva de las múltiples facetas plurales presentes en la CE.

Por otra parte, como ha puesto de relieve Bidart Campos, "tal vez haga falta insistir en una 'recreación' del liberalismo, para *aggiornarlo* con la *solidaridad*, que es un *valor jurídico indispensable* para proporcionar un equilibrio al valor libertad"¹³. Más explícito es Heck en el Prólogo al trabajo de Doehring sobre "Estado social, Estado de Derecho y orden democrático", en donde señala que "todos los partidos políticos de nuestra República (la alemana) confiesen su adhesión a *los valores fundamentales de la democracia: libertad, igualdad y solidaridad*, pero están en desacuerdo en el modo de entenderlos. (...) El orden democrático otorga a los valores fundamentales de la libertad, la justicia y la solidaridad el máximo de oportunidades"¹⁴. En fin, Pérez Luño se ha referido a la *solidaridad* como el valor que guía una "nueva fundamentación" (que ha venido a añadirse a la *libertad* y a la *igualdad*) de los derechos humanos en el marco del Estado social y democrático de Derecho actual¹⁵.

Sin perjuicio de un posterior desarrollo, y de las opiniones doctrinales ya mencionadas con tal orientación, pueden esgrimirse, al menos, cinco argumentos esenciales que apoyan la inclusión de la solidaridad entre tales valores y que, en consecuencia, avalan nuestra postura: de un lado, y desde una perspectiva internacional y nacional, la referencia preambular a la *convivencia democrática* y a la *cooperación* entre todos los pueblos de la Tierra; de otro lado, y desde un prisma

12 Esta identificación (Estado de Derecho/libertad; Estado social/igualdad; Estado democrático/pluralismo político) puede verse en L. Parejo Alfonso, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983, pág. 65, y en J.R. Cossio Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 38-39.

13 G.J. Bidart Campos, "La interpretación del sistema de derechos humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 19, enero-junio 1994, cit. pág. 20.

14 Prólogo de B. Heck (págs. 109 y 113) al capítulo IV ("Estado social, Estado de Derecho y orden democrático") de la obra de W. Abendroth, E. Forsthoff, y K. Doehring, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

15 Sin perjuicio de volver al tratamiento de las generaciones de derechos en el epígrafe VI de este primer capítulo, y al margen de la discusión doctrinal en torno al número de generaciones, lo cierto es que los valores generacionales nos son útiles tal como han sido esbozados por A. E. Pérez Luño, "La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales", en E. Olivas y otros, *Problemas de legitimación en el Estado social*, op. cit., pág. 97: "Si la *libertad* fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como lo fue la *igualdad* para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia a la *solidaridad* ".

nacional-regional, el explícito reconocimiento, en el artículo 2 CE (en relación con el artículo 138.1 CE), del principio de *solidaridad* entre todas las nacionalidades y regiones que integran la Nación española¹⁶, un reconocimiento que apunta a su realización efectiva en el artículo 138 CE¹⁷; en tercer lugar, la idea de solidaridad subyacente en el cumplimiento de los deberes que, de manera correlativa a los derechos, establece la Ley Suprema española (de manera notoria, es el caso del derecho al medio ambiente y del deber de conservarlo, artículo 45.1 CE, que además implica una "indispensable *solidaridad* colectiva", artículo 45.2 CE); en cuarto lugar, la propia jurisprudencia del máximo intérprete de nuestra *suprema lex*¹⁸; en fin, en el ámbito internacional hay una tendencia generalizada (tanto normativa como doctrinal) a destacar los derechos de solidaridad (como derechos de dimensión colectiva) y el valor solidaridad (como la alta manifestación de los deberes que la persona tiene en relación a la comunidad). En consonancia con lo anterior, la redacción del artículo 1.1 CE podría quedar como sigue:

"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y la *solidaridad*".

II.-JUSTIFICACIÓN SUBJETIVA DEL ESTUDIO: LA PERSONA COMO SUJETO DEL DERECHO Y EL RESPETO DE SU DIGNIDAD

¹⁶ Para aproximarse al principio de solidaridad desde esta vertiente, véase J.A. Alonso de Antonio, *El Estado autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2 vols. 1986, págs. 1333 y 1379.

¹⁷ El artículo 138 CE dice así: "1. El Estado garantiza la *realización efectiva* del principio de solidaridad consagrado en virtud del artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular. 2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales".

¹⁸ Nos parecen ilustrativas al respecto tres sentencias que no solamente destacan el valor solidaridad, sino que además lo ponen en relación con el Estado social y democrático de Derecho: 1) La *STC 11/1981, de 8 de abril de 1981*, que en su FJ 21 se refiere a que las huelgas de *solidaridad*, consideradas ilegales en la legislación preconstitucional sobre la materia (Real Decreto-Ley 17/77), y que en cambio deben entenderse permitidas tras la Constitución de 1978; ello demuestra la importancia del valor solidaridad con el nacimiento del Estado social y democrático de Derecho en España. 2) La *STC 62/1983, de 11 de julio de 1983*, que en su FJ 2.A) alude expresamente a la "solidaridad e interrelación" social para la defensa del interés común, en el marco de una interpretación amplia del concepto de interés legítimo y personal para ejercitar el derecho de acción. 3) La reciente *STC 102/1995, de 26 de junio de 1995*, que en su FJ 13 señala la solidaridad colectiva como marco de referencia respecto del medio ambiente.

La fórmula del artículo 1.1 CE ocupa, según la más autorizada doctrina, una posición privilegiada en el seno de la normativa constitucional, mereciendo el calificativo de "norma fundamental del Estado" por albergar la esencia o sustancia de la Constitución¹⁹.

No perjudica la excelsa posición del artículo 1.1 CE nuestro propósito de utilizar los derechos humanos (en concreto, la normativa europea o el Derecho europeo en la materia) como elemento estructural de este trabajo. Antes bien, los tratados de derechos humanos se sitúan igualmente en el más elevado puesto (como normas de *ius cogens*) en el Derecho Internacional. Al margen de esto, lo que nos interesa singularizar desde la perspectiva subjetiva enunciada, es que *el Estado social y democrático de Derecho, a la luz del Derecho europeo de los derechos humanos, viene caracterizado por una concepción del desarrollo de la personalidad entendida como participación en valores y en los derechos que de ellos se derivan. La simple condición de persona acarrea esta trascendental consecuencia.*

Por otra parte, la doctrina ha puesto de relieve que el artículo 1.1 CE se completa y perfecciona con el artículo 9.2, que recoge la denominada "cláusula de progreso" del Estado social y democrático de Derecho. El artículo 9.2 CE presenta el siguiente enunciado:

"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".

Sin duda, de la misma manera que el artículo 1.1 recoge la forma global del Estado español como social y democrático de Derecho y "trasciende a todo el orden jurídico"²⁰, "el artículo 9.2 tiene un sentido

¹⁹ M. García Pelayo, "El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española", *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, en sus *Obras Completas*, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, cit. pág. 1656: "Dicho precepto forma parte de un conjunto de normas (...) cuya plusvalía sobre los demás preceptos constitucionales se muestra en que su reforma es equiparable con una revisión de la totalidad de la Constitución. (...) En segundo lugar -y dejando de lado la perspectiva formal para entrar en la de la significación-, nuestro precepto forma parte de lo que la doctrina ha denominado 'normas fundamentales del Estado', definidas por Maunz como declaraciones de contenido sobre el carácter y finalidad del Estado establecido por la Constitución y, por tanto, sobre sus principios estructurales y funcionales (...) Estos tres preceptos fundadores -el Estado, como social, democrático y de Derecho- configuran lo que podemos designar como la esencia o sustancia de la Constitución española a la que dan existencia normativa el resto de los preceptos constitucionales".

²⁰ En estos términos se ha expresado el máximo intérprete de la CE, entre otras, en su *sentencia núm. 18, de 7 de febrero de 1984*, FJ 3º.

de totalidad"²¹. En realidad, el artículo 9.2 encierra un inmenso potencial transformador para dotar de contenido al artículo 1.1, sobre todo al adjetivo "social". El profesor Lucas Verdú ha destacado en parecidos términos la imbricación entre el artículo 1.1 y el artículo 9.2, al manifestar que la sociedad democrática avanzada traducida normativamente en el primero "es una meta lejana que exige lucha continua, porque tienen que removerse los obstáculos a que alude el artículo 9.2"²².

Pues bien, el tenor del artículo 9.2 CE es diáfano en el sentido de propugnar una libertad y una igualdad reales y efectivas, dos valores que no predica en abstracto sino del sujeto del Derecho, esto es, "del individuo y de los grupos en que se integra". Dada la relación apuntada entre el artículo 1.1 CE y el artículo 9.2 CE, podríamos trasladar al segundo las reflexiones operadas en relación al primero, de suerte que también la solidaridad habrá de ser real y efectiva, todo lo cual podría llevarnos a proponer la siguiente redacción del artículo 9.2 CE:

"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad, la igualdad y la *solidaridad* 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".

Creemos que no vale la pena extenderse más en la justificación subjetiva, si no es para subrayar su estrecha conexión con la justificación objetiva, toda vez que los valores (y los derechos en que los mismos se manifiestan) son predicables necesariamente *de las personas*: la síntesis de ello queda recogida en el artículo 10.1 CE, en la medida en que los valores y su concreción en derechos poseen como núcleo esencial la dignidad *de la persona*.

III.-SÍNTESIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONCRECIÓN DEL MÉTODO UTILIZADO: EL SUSTRATO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO POR LA FÓRMULA ESTATAL ESPAÑOLA Y LA BÚSQUEDA DE UN PARALELISMO EN UN CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Con el telón de fondo de las ideas esbozadas, vamos a estudiar la articulación de los mecanismos jurídicos existentes en nuestro

²¹ F. Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, cit. pág. 120.

²² P. Lucas Verdú, "Artículo 1º", en *Comentarios a las leyes políticas* (dir. por O. Alzaga Villaamil), Madrid, EDERSA, 1983, Tomo I, cit. pág. 100.

ordenamiento constitucional, a fin de que tal ejercicio nos permita extraer el contenido axiológico de la fórmula estatal a la luz de la normativa europea y, más concretamente, del que hemos denominado *Derecho europeo de los derechos humanos* que, como aclararemos, no coincide con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH)²³ ni con el Derecho Comunitario²⁴, sino que, albergando a ambos es más extenso.

Dicho de otro modo, buscamos determinar el *mínimum* necesario para que el Estado social y democrático de Derecho no quede reducido a una fórmula puramente retórica, sino concretado en un espacio de libertad, igualdad y solidaridad acorde con las exigencias mínimas europeas en materia de derechos humanos, exigencias internacionales a las que, por lo demás, se ha obligado de manera voluntaria el Estado español. Creemos que en esto radica la impronta original que pretendemos dar a nuestro trabajo. Ciertamente, un gran número de monografías y otros estudios científicos se han dedicado a nuestra fórmula estatal; sin embargo, se han llevado a cabo desde una perspectiva nacional o, a lo sumo, comparada, y no desde el punto de vista del Estado internacionalmente integrado en estructuras transnacionales²⁵. En otros términos, vamos a utilizar el método vertical (integrativo), y no el horizontal (comparativo)²⁶.

²³ Sin duda, su configuración como el tratado internacional de derechos humanos más efectivo en la actualidad, y por ende, en el sistema regional europeo, ha llevado a F. Sudre (*La Convention européenne des droits de l'homme*, París, PUF-Collection "Que sais-je?", núm. 2513, 1992 -2a ed.-) a afirmar que de las sentencias del TEDH interpretando el CEDH y sus Protocolos "emerge un derecho común europeo" (pág. 75), que él denomina desde el inicio de su obra "Derecho europeo de derechos humanos" (pág. 7).

²⁴ Cfr. J. Roldán Barbero, "Democracia y Derecho europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 1, enero abril 1993. En su artículo, el profesor Roldán analiza en qué medida un régimen político democrático es un valor tutelado por "el Derecho europeo" que, en su opinión, "desborda el marco comunitario" (cit. pág. 101).

²⁵ Cfr. A. Torres del Moral, *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, especialmente el capítulo 5 ("El Estado internacionalmente integrado", págs. 113-130), si bien adolece quizá de centrarse básicamente en el Derecho comunitario, relegando un tanto la normativa emanada del Consejo de Europa.

²⁶ V. Constantinesco ("¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?", *Universitat de València, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, 1994, cit. pág. 9) se refiere en términos claros a estos dos métodos: "El primero, es el tema 'horizontal': ¿de la confrontación y de la comparación entre las constituciones europeas -y ahora ya no se trata solamente de una docena de constituciones, sino de una treintena!- puede nacer un modelo constitucional europeo? El segundo, es el tema 'vertical': un cierto número de instrumentos internacionales y de organizaciones internacionales desarrollan, en su crecimiento, influencias (que a veces se convierten en interacciones)

En concreto, nuestro objeto de estudio puede sintetizarse de la siguiente forma: pese a que no todos los Estados europeos recogen formalmente la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, esta es la fórmula estatal que responde a las exigencias del mundo contemporáneo desde su aparición al final de la Segunda Guerra Mundial²⁷, pues refleja una serie de valores implícitos, mínimos y comunes, que nacieron (repletos de formalismo entonces) con el Estado constitucional y de acuerdo con la conocida divisa revolucionaria francesa (*libertad, igualdad y fraternidad -o solidaridad-*)²⁸, valores que hoy pueden y deben hacerse realidad²⁹. De cada uno de esos valores correspondientes a los calificativos de la fórmula estatal, vamos a estudiar respectivamente su manifestación subjetiva básica, a saber: el derecho a la libertad personal, el derecho a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la calidad de vida y al medio ambiente (manifestación de solidaridad, en su faceta positiva). Paralelamente a estas manifestaciones básicas, existen otras tres concreciones mínimas a exigir: la libertad de información como derecho de libertad, el derecho a la asistencia social o a recursos mínimos garantizados como derecho de igualdad, y el derecho de asilo y de no ser expulsado como derecho de solidaridad (en su faceta negativa de tolerancia).

sobre las constituciones nacionales hasta el punto de querer rivalizar con ellas poniendo término a lo que podría denominarse la exclusividad constitucional de los Estados".

27 En este sentido, aunque la Constitución italiana vigente de 1947 no acoge expresamente esta fórmula, C. Mortati ("Articolo 1º", en *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna/Roma, 1975, cit. pág. 45) la entiende incluida en el texto constitucional: "El hecho de que la nuestra (La Constitución italiana frente a la alemana) no haya adoptado ni una (Estado de Derecho) ni otra fórmula (Estado social), es interesante, dado que el contenido que les corresponde se encuentra acogido (...)".

28 En realidad, pese a que suele decirse que estos tres valores configuran la trilogía revolucionaria de 1789, los mismos sólo aparecen formalmente consagrados en la Constitución republicana de 4 de noviembre de 1848; concretamente, este "dogma de la República" aparece reconocido en el principio IV del Preámbulo de dicha Constitución.

29 El valor fraternidad o solidaridad comporta una faceta positiva (solidaridad en sentido estricto) y otra negativa (solidaridad como tolerancia), a saber: de un lado, el verbo *solidarizar* conlleva una actuación positiva, pues ser solidario significa actuar correspondiendo a otra acción o de acuerdo con ella o, ciñéndonos al campo jurídico, solidarias se tildan las obligaciones contraídas *in sólidum* o de mancomún, y aplícase también a quienes las contraen; así, respecto al derecho al medio ambiente se prescribe expresamente en la Constitución (artículo 45.1) la obligación o "el deber de conservarlo". En cambio, y de otro lado, *tolerar* (como versión negativa de la solidaridad) encierra un contenido negativo, esto es, sufrir, soportar, aguantar, llevar con paciencia; en este contexto, lo mínimo deseable es que no se tenga una actitud negativa u hostil hacia los extranjeros, es decir, que no sean objeto de actitudes discriminatorias, racistas o xenóforas.

Las redacciones que hemos propuesto *supra*, añadiendo el valor solidaridad a los artículos 1.1 CE y 9.2 CE, en nada se apartan de las corrientes que inundaban las discusiones posteriores al segundo conflicto bélico mundial y que se plasmaron en la Declaración Universal de 1948. De forma notoria, el artículo 1 de dicha Declaración recoge los tres valores (libertad, igualdad y fraternidad), por lo demás coincidentes con la trilogía revolucionaria francesa:

"Todos los hombres nacen *libres e iguales* en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse *fraternalmente* los unos con los otros".

Realizada nuestra opción temática como se acaba de exponer, ¿qué **método** hemos utilizado para abordarla? Hemos intentado demostrar que los tres valores comunes mencionados, con sus manifestaciones básicas y sus exigencias mínimas, en ocasiones ni siquiera son realizados o hallan cumplimiento en el ámbito interno (español en nuestro caso), circunstancia que se agrava si se tiene en cuenta que los instrumentos internacionales de derechos humanos ya de por sí se erigen en un simple (pero apreciable) *mínimo* a respetar por los Estados³⁰, para caminar progresivamente hacia un "techo común"³¹ o hacia un "standard máximo de protección"³². En otras palabras, hemos procedido poniendo constantemente en duda (según expresión descartiana³³) que las mínimas reglas establecidas por la normativa europea en materia de derechos

³⁰ Esta idea la apuntan, en relación al CEDH, T. Freixes Sanjuán, y J. C. Remotti Carbonell, *El derecho a la libertad personal*, Barcelona, PPU, 1993, pág. 242: "El Convenio es un Convenio de *mínimos* entre los Estados miembros del Consejo de Europa y por ello, cuando la protección interna es mayor no puede ser disminuida con la aplicación del CEDH a las sentencias del TEDH".

³¹ En opinión de Arnold, tal techo común viene configurado de manera muy significativa por el CEDH, que contiene un catálogo de derechos trascendental para la creación de una futura Constitución europea. Véase R. Arnold, *La unificación alemana. Estudios sobre derecho alemán y europeo*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 155.

³² Para la consecución de ese standard máximo, nueva el CEDH contiene enormes potencialidades, según R. Alonso García, *Derecho comunitario, derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid, Universidad Complutense-Civitas, Madrid, pág. 263.

³³ Recordemos la lógica de la conocida "duda metódica" en Descartes. En efecto, en su *Discurso del método*, expresa que el primero de los preceptos de la lógica de su pensamiento es "no aceptar nunca cosa alguna como verdadera que no la conociese evidentemente como tal, es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y no admitir en mis juicios nada más que lo que se presentase a mi espíritu tan clara y distintamente, que no tuviese ocasión alguna de ponerlo en duda" (Hemos utilizado la traducción de A. Rodríguez Huéscar, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983, pág. 59).

humanos sean llevadas habitualmente a la práctica por los Estados. Con tal proceder hemos pretendido hallar el que denominamos *consenso europeo social y democrático de derecho, minimum* que conformaría a su vez el sustrato constitucional contenido en nuestra fórmula del Estado social y democrático de Derecho. Con carácter general, esa tal conformación la denomina Häberle *Derecho constitucional común europeo*³⁴. Por añadidura, hemos intentado extraer tal contenido mínimo de las posibilidades ofrecidas por la interpretación y la integración de la normativa europea y constitucional, sin traicionar el *enfoque jurídico-constitucional* propuesto, toda vez que hemos partido de los mecanismos presentes en nuestro marco constitucional.

Lo anterior, sin embargo, no es incompatible con una *aproximación político-constitucional* a la cuestión: de hecho, la propia delimitación de nuestro objeto de estudio, seleccionando o extrayendo los distintos valores y sus respectivas manifestaciones en derechos del conjunto de la fórmula estatal enunciada en la CE³⁵, ya supone la adopción de una postura política³⁶, argumentada jurídicamente. Más aún, esta aproximación político-constitucional debe completar la jurídico-constitucional, para no incurrir en un positivismo puramente academicista, alejado de la realidad. Precisamente, el estudio de la jurisprudencia (como veremos a continuación) permite esa transición entre lo jurídico y lo político, entre la norma y la realidad: el estudio separado de cada uno de los valores y derechos simplifica el estudio de

34 P. Häberle, "Derecho constitucional común europeo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, enero-marzo 1993. Según el iuspublicista alemán, "todavía no existe tal Derecho constitucional europeo, toda vez que Europa no forma un único Estado constitucional. Ello no obstante, cada vez va surgiendo un conjunto más y más amplio de principios constitucionales *particulares* que resultan *comunes* a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no. Tales principios comunes aparecen parcialmente en las constituciones de los Estados nacionales y en el seno del Derecho consuetudinario constitucional de éstos, derivado también en parte del ámbito de validez del *Derecho europeo* -como el de la Comunidad Europea, el del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, reforzado recientemente por el Consejo de Europa-, y el dimanante de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa (que, como es sabido, vincula a Europa con el Atlántico)" (cit. pág. 11).

35 Para Descartes, el segundo precepto consistía en "dividir cada una de las dificultades que examinase en tantas partes como fuera posible y como se requiriese para su mejor resolución" (*op. cit.* pág. 59).

36 Aquí utilizamos el concepto de política como acción dirigida al bien común, y no alejada de la realidad social que le sirve de campo, lo cual resulta acorde con el planteamiento general de nuestro estudio y con el punto de partida indicado, en el sentido de que la historia política de la humanidad ha consistido en una búsqueda del Estado ideal, del mejor gobierno posible, es decir, de aquel que fuera capaz de propiciar el bien común, la felicidad, o el bienestar. Sobre esta y otras nociones de política, véase J.J. Solozábal Echevarría, "Una nota sobre el concepto de política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 42, noviembre-diciembre 1984.

casos cada vez más complejos³⁷ para, en definitiva, rastreando la documentación ya existente en la materia (la normativa, la jurisprudencial y la bibliográfica), obtener una visión completa de la fórmula estatal española³⁸ en el sentido apuntado, interpretando su contenido básico. En último término, como explicaremos después, proponemos una fórmula de construcción europea, que podrá seguir desarrollándose a través del método propuesto y a partir de los valores comunes mínimos estudiados, perfeccionando nuestro sustrato constitucional con otras manifestaciones, con otros derechos. Lo racional del método descartiano, en el que nos hemos inspirado, no debe hacernos olvidar que nunca perdió la esencial dimensión del Renacimiento, conocida con el nombre de *humanismo*. Al elegir como elemento estructural del trabajo los derechos humanos no pretendemos sino *humanizar* el análisis del Derecho Constitucional, y, por otra parte, *dogmatizar* (enfoque dogmático) los hasta ahora intentos "institucionales" de construcción europea. En esta línea, tal vez haya sido Häberle quien de manera más radical ha destacado la creciente imbricación entre los derechos fundamentales y las tareas de Estado, de manera que aquéllos presiden la entera configuración del Estado social y democrático de Derecho³⁹.

Conviene precisar para acabar este epígrafe que, si bien la selección de unos valores, extraídos de la fórmula estatal globalmente considerada, supone una postura política en el sentido apuntado, desde otro punto de vista tal proceder conlleva una toma de posición analítica a través del paralelo estudio de los tres términos que califican al Estado, sin que ello suponga descuidar una necesaria visión de conjunto del objeto estudiado. Así lo ha declarado el maestro García Pelayo: "Si bien la fórmula Estado social y democrático de Derecho es una totalidad compuesta por tres momentos o componentes inseparables en interacción recíproca, a saber: a) el objetivo social, b) la concepción ascendente o democrática del poder, y c) la sumisión de ambos términos a la disciplina del Derecho, sin embargo, hemos de separarlos analíticamente para mostrar algunas de las

37 El tercer precepto descartiano reza así: "conducir ordenadamente mis pensamientos, comenzando por los objetos más simples y fáciles de conocer para ascender poco a poco, como por grados, hasta el conocimiento de los más complejos, suponiendo, incluso, un orden entre los que no se preceden naturalmente" (*op. cit.* pág. 60).

38 En fin, según el cuarto y último precepto descartiano, se trataba de "hacer en todas partes enumeraciones tan completas y revistas tan generales que estuviese seguro de no omitir nada" (*Ibidem*).

39 P. Häberle, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia* (A. López Pina, ed.), Madrid, Civitas-Universidad Complutense, 1991.

líneas capitales del despliegue de cada uno de ellos en las restantes normas constitucionales"⁴⁰.

IV.-NUESTRO PARTICULAR ENFOQUE Y LA AUSENCIA DE TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO INTERNACIONALMENTE INTEGRADO

1.-La elección del enfoque dogmático (los derechos humanos) en el marco del Estado internacionalmente integrado

Justificada la realización de nuestro estudio, pongamos de manifiesto el razonamiento lógico que ha guiado la elección del enfoque.

Como hemos dicho, desde antiguo se ha hecho Teoría del Estado en la búsqueda de la ciudad ideal para el hombre, pero con un enfoque básicamente teórico. Con el nacimiento del Estado contemporáneo, como Estado constitucional de Derecho, a raíz de la Revolución Francesa de 1789, se adoptará una perspectiva más pragmática⁴¹, al propiciarse no sólo la continuación del estudio de la Teoría del Estado, sino el análisis conjunto del Derecho Constitucional, esto es, haciendo Teoría Constitucional⁴². Desde entonces, empero, la mayoría de estudios en la

⁴⁰ M. García Pelayo, "El Estado social y democrático de Derecho", *Las transformaciones...*, op. cit., pág. 1656.

⁴¹ Cfr. este enfoque en R. Sánchez Ferriz, *Introducción al Estado Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1993, 305 págs.

⁴² Como dice F. Ayala en la presentación del libro de K. Schmitt (*Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, la reimpr.), "el objeto de estudio, propiamente dicho, de la obra es el Estado Constitucional en el sentido estricto: el Estado liberal-burgués, el Estado de Derecho" (cit. pág. 13). En el mismo sentido se expresa K. Loewenstein (*Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 4a reimpr., 1986, trad. de A. Gallego Anabitarte) en su Prólogo a la edición alemana (recordemos que su libro fue publicado primeramente bajo el título *Political power and the governmental process*, en la University of Chicago Press, 1957): "En la edición alemana, sin embargo, se pudo escoger sin ninguna duda el título de *Teoría de la Constitución*, y hasta puede decirse que es el único realmente apropiado para un libro que se propone como tarea exponer, sistemáticamente, desde un punto de vista unitario y ordenador, la esencia de la Constitución y la posición del orden constitucional en la dinámica del proceso político. (...) Toda la Teoría de la Constitución muestra necesariamente los rasgos de su época. Cuando Georg Jellinek, hace más de medio siglo, escribió su *Teoría General del Estado*, aquella obra maestra del profundo humanismo positivista, que desde entonces ni en Alemania ni en ningún otro lugar ha tenido una digna sucesora, recogió la suma de las experiencias políticas que había transmitido el recién acabado siglo XIX a las sociedades estatales europeas. (...) sin la inclusión de estos factores, una Teoría de la Constitución sería hoy un vacío esqueleto normativo" (cit. págs. 18-19).

disciplina han pecado de "estatalistas", en lugar de aportar una visión integrada en el contexto internacional y, además, han presentado una preocupación mayor por el arreglo institucional y la distribución de poderes en la construcción del Estado (enfoque orgánico o institucional) que por la consolidación de un sistema de derechos (enfoque dogmático); y esto a pesar de que el movimiento revolucionario francés escondía una vocación internacional y creaba una "nueva lengua para los derechos"⁴³ que se plasmaría, entre otros aspectos, en la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789*⁴⁴.

⁴³ Cfr. en esta línea E. García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994. Dice el ilustre jurista español: "Se hablará enseguida de *lengua del Derecho*. (...) Alude a una nueva realidad, la que ofrece el Derecho natural, en nombre del cual toda esa espectacular basculación del anterior sistema ha tenido lugar, el Derecho natural derivado de la naturaleza humana tal como lo entendió la Ilustración, y especialmente Locke y Rousseau. Es este concreto Derecho natural el que ha legitimado la oposición a la vieja titularidad regia de la soberanía, el que ha forjado la doctrina del pacto social en virtud de la cual la Asamblea se ha declarado representante de la nación y titular del poder constituyente, la que ha nutrido de todo su contenido la formidable Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la consagración de la igualdad con la eliminación del sistema esencial de privilegios en que el Antiguo Régimen consistía. La expresión *la lengua del Derecho* designará, por tanto, la lengua del Derecho natural no abstracto, no evanescente, sino del Derecho natural declarado, revelado, casi podríamos decir, en la obra refulgente de la Asamblea. En el corto y preciso texto de la Declaración aparecen ya las palabras clave del nuevo sistema político: derechos, derecho, ley, libertad, poder, etc." (cit. pág. 32). Aún es ilustrativo citar otros dos pasajes de la obra: "La lengua de los derechos debe explicarse, pues, no como una simple aparición de nuevos términos, en un plano estrictamente técnico de análisis léxico o sintáctico, sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres. Las palabras deben insertarse en el sistema que intentan expresar, ese *aura de sistema* que es consustancial al Derecho como un todo, sin lo cual su simple comprensión sería imposible" (cit. pág. 37). A continuación el autor destaca "el fascinante proceso de cómo esa lengua de los derechos que vimos aparecer en el momento mismo de la eclosión revolucionaria va a culminar en un tiempo muy rápido en la institución de todo un sistema jurídico completamente nuevo para regular las relaciones entre el poder y los ciudadanos, en un Derecho Público que apenas tiene algo que ver con el Derecho Público del Antiguo Régimen y que tendrá un éxito espectacular en toda Europa, y posteriormente en el mundo entero, hasta hoy mismo" (cit. pág. 41). En el mismo sentido se había expresado con anterioridad G. Peces-Barba Martínez, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Mezquita, 1982.

⁴⁴ En relación a la Declaración francesa, Saint-Just expresó que "Francia vota por la libertad del mundo", y Hauriou la calificó como "el evangelio de los tiempos modernos". Para comprender el alcance de la Declaración de 1789 en el ordenamiento constitucional francés vigente, véanse los distintos trabajos aparecidos en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, tomo 105, mayo-junio 1989, en conmemoración del bicentenario de la Declaración.

En cualquier caso, será a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando esa "lengua de los derechos" se internacionalice realmente⁴⁵ (internacionalización marcada por la Declaración universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948), y se consagre en un texto constitucional (Ley Fundamental de Bonn de 1949) la fórmula estatal objeto de nuestro estudio. Aun con todo, los análisis sobre el Estado social y democrático de Derecho siguen adoleciendo de esa falta de referencia a la integración internacional y de la preponderancia del planteamiento orgánico sobre el dogmático. Esta misma característica se ha proyectado a la construcción europea cuando se ha planteado la creación de un Estado europeo (federal) y una Constitución europea, aludiéndose significativamente al déficit democrático de la Unión europea para poner el acento en las cuestiones institucionales, quedando relegada la elaboración de una parte dogmática en una futura Constitución de la Unión⁴⁶. En este contexto, hay que recordar justamente que, en sentido inverso, es la parte orgánica la que está en función de la dogmática en un sistema democrático⁴⁷.

Por ello, debe insistirse en que el examen del Estado social y democrático de Derecho ha de realizarse en la actualidad, irremediablemente, a la luz de los derechos y del Derecho europeo. Dicho enfoque permitirá examinarlo como Estado internacionalmente integrado y, en definitiva, dotarlo de contenido.

De un lado, la elección de este criterio se justifica porque, como recuerda Pérez Luño, "es muy frecuente incluir entre los requisitos que implica el funcionamiento del Estado de Derecho (social y democrático, podríamos añadir) el que se refiere a la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, no siempre se recuerda la correlativa parte que le corresponde a la teoría de los derechos humanos en la formación

45 Para una aproximación a la protección internacional de los derechos humanos, con un acercamiento al sistema universal de Naciones Unidas, y a los tres sistemas regionales hasta el presente establecidos (el europeo, el interamericano y el africano, no habiendo un sistema regional en la región de Asia-Pacífico, y teniendo en cuenta que la Carta Árabe de Derechos Humanos adoptada por la Liga de Estados Árabes el 15 de septiembre de 1994 no contaba con ratificación alguna en mayo de 1995), es básica la consulta de la obra de Th. Buergenthal, *International human rights*, St. Paul-Minnesota, West Publishing Co., 1988 (reimpr. 1990). Este libro cuenta con una versión francesa preparada por Th. Buergenthal y A. Kiss, *La protection internationale des droits de l'homme*, Kehl-Strasbourg-Arlington, Éditions N. P. Engel, 1991.

46 La necesidad de superar esa relegación del enfoque dogmático ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por L. M. Díez-Picazo, "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea", *Revista de Instituciones Europeas*, 1993.

47 En otros términos, en las dictaduras, las declaraciones de derechos están en función y a merced de los poderes establecidos *de facto*.

del concepto de Estado de Derecho (...). Para ello, para una exacta comprensión de las peculiaridades y alcance actual del Estado de Derecho, para captar la necesidad de las implicaciones entre la teoría del Estado de Derecho y el sistema de los derechos fundamentales, es imprescindible abordar el tema desde una perspectiva histórica"⁴⁸.

De otro lado, a la integración internacional y europea apela la propia CE en su artículo 10.²⁴⁹, precisamente mencionando "la Declaración universal de derechos humanos y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", precepto que, como es sabido, debe completarse con el relativo a la integración de esa normativa internacional en el ordenamiento interno (artículo 96.1 CE).

En último término, como observa el profesor López Pina, "los derechos fundamentales tienen como misión distribuir las funciones entre Estado y Sociedad y dotar de contenido al Estado de Derecho (social y democrático, de nuevo)"⁵⁰. Sin duda alguna, la elección del criterio de los derechos como elemento estructural del trabajo aparece nuevamente justificada, dada la imbricación entre los mismos y las instituciones o sistema de garantías que los protegen, de todo lo cual no puede hacer caso omiso un orden jurídico que merezca el calificativo de democrático.

⁴⁸ A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 212 y ss. (capítulo 5: "Estado social y democrático de Derecho y derechos fundamentales").

⁴⁹ E. García de Enterría ("Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol", *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Studies in honour of/Mélanges en honneur de Gérard J. Wiarda, Estrasburgo, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, cit. pág. 222) se ha pronunciado en términos contundentes sobre el extraordinario alcance de este artículo 10.2, estudiándolo en el contexto del CEDH, pero que sería extensible a cualquier otro tratado internacional y, por tanto, al Derecho europeo de los derechos humanos en general: "El Derecho constitucional español conoce un caso absolutamente singular de valor constitucional directo del Convenio Europeo que resulta del artículo 10.2 de la Constitución de 1978. (...) Con independencia de las razones que llevarán a establecer una cláusula de este tipo, explicable únicamente por circunstancias singulares aparecidas en el momento de la elaboración de la Constitución española, está claro que la misma ha introducido en nuestro sistema constitucional una regla primordial de aplicación. Se habrá observado que los instrumentos internacionales de este tipo se convierten en un criterio para la hermenéutica de la constitución nacional. El precepto constitucional no prevé su eficacia directa como normas internas (esta eficacia directa viene atribuida únicamente a los tratados que han sido ratificados por España, según otro artículo de la Constitución, el artículo 96), precisión importante en lo que se refiere al único instrumento expresamente mencionado en el artículo 10.2, la Declaración Universal de los Derechos Humanos".

⁵⁰ A. López Pina (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales... op. cit.*, pág. 19.

La propia jurisdicción constitucional española, desde los albores de su funcionamiento dejó sentado que las normas constitucionales sobre derechos humanos han de interpretarse a la luz del Derecho Internacional (incluido, y de forma notable, el Derecho Europeo) de los derechos humanos, que además constituye el punto de partida, esto es, el *minimum* al que hacíamos referencia:

"Para interpretar el mencionado artículo 24 CE a los efectos de concretar el alcance de este derecho, *hemos de partir*, como hace el recurrente y el Ministerio Fiscal, del artículo 10.2 CE. (...) De acuerdo con este precepto, *la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas*, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia *de conformidad* con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España" (STC 62/82, de 15 de octubre de 1982, FJ 2º).

2.-El status questionis doctrinal y la ausencia del enfoque propuesto

Todavía nos queda por aclarar nuestro particular enfoque, a la luz de los estudios llevados a cabo por la doctrina. Por comenzar con un trabajo ya clásico en la literatura sobre la materia, diremos que la siempre inestimable obra del profesor Garrorena Morales titulada *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*⁵¹ opera un fabuloso análisis de nuestra fórmula estatal, especialmente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, con oportunas referencias comparadas a otros modelos constitucionales europeos, básicamente al alemán y al italiano (no aparece, en cambio, alusión alguna a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Por tanto, utiliza el método horizontal al estudiar modelos constitucionales comparados, en lugar del método vertical que toma en consideración la normativa internacional. Otro tanto ocurre con el libro del profesor González Navarro *El Estado social y democrático de Derecho*⁵², con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a los modelos constitucionales mencionados, con una fugaz y apenas perceptible nota sobre la "trascendencia que tuvo la creación de la Comunidad europea en orden a la interpretación de la cláusula"⁵³.

51 A. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos-"Temas clave de la Constitución española", 1984, 3a reimpresión de 1990.

52 F. González Navarro, *El Estado social y democrático de Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992.

53 Por su brevedad, transcribimos íntegramente el epígrafe dedicado a la cuestión: "La creación y subsiguiente desarrollo y consolidación de la Comunidad económica europea supuso un paso definitivo en orden a la eliminación de cualquier interpretación de la

Indudablemente, el método comparado posee sus virtudes, pero también ha pecado de análisis excesivamente institucionalistas⁵⁴; creemos, por añadidura, que para el estudio e interpretación de la fórmula estatal española tal método debe completarse necesariamente con el método vertical propuesto en nuestro trabajo y, sobre todo, con la normativa europea en materia de derechos humanos.

La doctrina penalista, al abordar su disciplina en el marco del Estado social y democrático de Derecho, también ha incurrido, a nuestro juicio, en la reconducción casi exclusiva de sus trabajos al método horizontal o comparado. A título de ejemplo, el profesor Mir Puig en la introducción a su obra *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*⁵⁵, parece anunciar una combinación entre el método vertical (habla de "la edificación de la unidad europea") y el método horizontal (se refiere asimismo a un "proceso de aproximación de las legislaciones penales europeas")⁵⁶; sin embargo, la lectura del libro no ofrece lugar a

fórmula del Estado social y democrático de Derecho que de alguna manera tratara de subvertir los pilares básicos en que se asienta dicha organización supraestatal, en particular el principio de libre economía de mercado. A partir de 1950, y cada vez de forma más segura a medida que aquella iba configurándose con perfiles más netos, se hizo imposible, para los países del llamado bloque occidental, todo intento aventurero de sentido totalitario" (cit. pág.43).

⁵⁴ Para una aproximación a los orígenes y virtudes del método comparado en Derecho Constitucional, véase el trabajo de F. Lanchester, "El método en el Derecho constitucional comparado. Luigi Rossi y sus sucesores", Universitat de València, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 4, 1993. Aunque las reflexiones del Profesor italiano se centran en la doctrina italiana y, más concretamente, en los profesores de la cátedra romana de la Universidad La Sapienza de Derecho constitucional italiano y comparado, no están exentas de gran interés: "En el ámbito jurídico la comparación sistemática no viene generalmente limitada a cada ordenamiento nacional, sino que el estudioso se ocupa de examinar concretas instituciones y ordenamientos comparándolos con otros, con la finalidad de llegar a una mejor comprensión de los mismos, o para intervenir de manera pragmática en uno de ellos sobre la base de la experiencia extranjera" (cit. pág. 7). Pese a la utilidad mencionada, Lanchester pone de manifiesto las fallas del método comparado, achacables a sus orígenes: "La cuestión de la comparación iuspublicista (...) revela fenómenos de imitación institucional derivados de la expansión del modelo denominado Estado de Derecho. (...) La comparación en el ámbito del derecho constitucional, si excluimos del presente análisis la investigación de precursores del calibre de Aristóteles, de Montesquieu o de De Lolme, nace, sin embargo, de forma muy marcada con la explosión revolucionaria como fruto de la exigencia de la exportación de institutos típicos de la Francia de aquel período" (págs. 6-7).

⁵⁵ S. Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

⁵⁶ En estos términos se expresa Mir Puig en las primeras líneas de la introducción del citado libro: "A lo largo de más de diez años he ido componiendo una obra, a través de libros y artículos de revista, que expresa una concepción global del Derecho penal. Su punto de partida y su horizonte es la necesidad de revisar los fundamentos del Derecho Penal desde las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho que *no sólo acoge*

dudas en cuanto a la opción exclusiva por el segundo. Semejante visión restrictiva adoptan tanto Hormazábal Malarée en su libro *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*⁵⁷ como Serrano-Piedecabras en *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*⁵⁸.

Podríamos seguir citando otros trabajos sobre nuestra fórmula estatal, elaborados tanto por constitucionalistas como por estudiosos de otras disciplinas, pero la ingente bibliografía sobre la materia y la pluralidad de enfoques los hace prácticamente inabarcables. En cualquier caso, lo importante es fijar los límites del objeto de nuestra investigación, aspecto que hemos ido perfilando y que aún queremos completar para justificar la conveniencia de nuestro enfoque, utilizando para ello las percepciones de varios constitucionalistas españoles.

En este contexto, Cascajo Castro se ha referido a que "la imposibilidad de definir unitaria y definitivamente el concepto que nos ocupa, tarea, por cierto, a la que se ha dedicado tanto vano e inútil esfuerzo, viene dada por la patente pluridimensionalidad del Estado de Derecho. (...) Existen, sin embargo, una serie de lugares comunes que constituyen características esenciales del Estado de Derecho. (...) Parece, además, generalmente aceptado que todo ello sirve de garantía a determinados valores de la cultura jurídica actual, entre los que destaca la dignidad de la persona humana, junto con la libertad, justicia e igualdad. (...) Se explica de este modo que la *lucha por el Estado de Derecho*⁵⁹ se pueda entender como una tarea siempre propuesta y nunca del todo conseguida. De muchas formas, la doctrina ha descrito ya este elemento dinámico y a la vez conflictivo del Estado social y democrático

nuestra Constitución, sino que caracteriza el presente de los países de nuestro ámbito de cultura. Creo incluso que tal modelo de Estado ha de servir de base para la edificación de la unidad europea y, en particular, para el necesario proceso de aproximación de las legislaciones penales europeas" (pág. 7).

⁵⁷ H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*, Barcelona, PPU-"Estado y Derecho"-, 1991.

⁵⁸ J. R. Serrano-Piedecabras, *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, PPU, Barcelona, 1988. Aunque este autor dedica algunas páginas al estudio de la normativa internacional sobre el terrorismo y el delito político, en ellas el método vertical se halla ausente.

⁵⁹ Sobre el particular se ha venido utilizando la noción de "literatura de combate", para referirse a la inevitable carga política de la fórmula estatal.

de Derecho"⁶⁰. Profundas (y casi provocadoras) son las observaciones del profesor Cascajo Castro, que queremos destacar y al tiempo matizar:

- en primer lugar, no incurriremos en la ingenuidad de pretender definir definitivamente el modelo español contemplado en el artículo 1.1 CE (de hecho, proponemos un consenso europeo, un sustrato constitucional, en suma, unos mínimos que deberán ir elevándose progresivamente), pero sí esperamos que nuestro esfuerzo no sea vano e inútil al abordarlo desde la dimensión de la normativa europea en materia de derechos humanos;

- en segundo lugar, los valores mínimos y los derechos que los concretan, tal como hemos propuesto, pretenden enmarcarse en esa serie de lugares comunes a los que se ha hecho referencia, con la particularidad de que nosotros incluimos la solidaridad entre los valores de la fórmula estatal;

- por último, el dinamismo y conflictividad de la fórmula estatal es la que, *a fortiori*, nos anima a inscribir nuestro trabajo en la "tarea siempre propuesta y nunca del todo conseguida" de la que habla Cascajo Castro.

En especial, y para concluir la exposición de nuestro enfoque, nos parece fundamental la aportación del profesor Lucas Verdú. A pesar de lo temprano de su cosecha, pensamos que sus planteamientos son susceptibles de ir madurando con un elevado grado de fertilidad. Su trabajo, en efecto, tiene el mérito, entre otros, de haber sugerido la perspectiva internacional y, en concreto, europea, poniendo el acento en los derechos humanos. Precisamente este enfoque, que no parece haber hallado eco en la doctrina constitucionalista, es el que hemos querido hacer nuestro en esta tesis. En sus reflexiones sobre el artículo 1 CE, Lucas Verdú se cuestiona acerca de la culminación de la fórmula estatal, "si cabe una superación cualitativa del Estado social y democrático de Derecho y, si es el caso, aparecerá el término técnico que designe tal posibilidad. ¿Acaso el Estado de Derecho autogestionario? Suponiendo que la estructura estatal sea compatible con la plena autogestión. *Por el momento sólo podemos apuntar la internacionalización del Estado social y democrático de Derecho al menos en el ámbito del 'ius publicum europeum'*. No hay que olvidar el artículo 10.2 en virtud del cual las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades reconocidas por la Constitución -que son elemento de nuestro Estado de Derecho- han de interpretarse conforme a la Declaración Universal de los

⁶⁰ J. L. Cascajo Castro, "La voz 'Estado social y democrático de Derecho': materiales para un léxico constitucional español", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, mayo-agosto 1992, cit. págs. 10-11.

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas, ratificados en España"⁶¹.

V.-LA VALIDEZ DEL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA Y LA TRANSITIVIDAD DE LA NORMA Y DE LA REALIDAD

Como recordábamos, el artículo 10.2 CE hace una llamada a la interpretación de los derechos fundamentales y de las libertades constitucionalmente reconocidos de conformidad con la normativa internacional en la materia, que convierte en insuficiente el papel de la jurisprudencia nacional. Consiguientemente, no basta con detenerse en el estudio de ésta (en especial, la del TC, aunque también en algunos puntos la del TS e incluso de otras instancias jurisdiccionales españolas), siendo necesario analizar la internacional (básicamente la de los órganos de protección del CEDH y la del TJCE). Lógicamente, tampoco debe olvidarse la trascendencia del artículo 96.1 CE, al constituir una condición previa para la operatividad del 10.2 CE. Dicha incidencia, no obstante, ha sido debatida profusamente en el marco de las eventuales tensiones entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, desde la perspectiva institucional y del sistema de fuentes. Por tal razón, no vamos a terciar en el debate, si no es para insistir en que el mismo (acompañado del mencionado enfoque dogmático) necesita ser perfeccionado mediando las jurisdicciones pertinentes, para que precisamente "digan el Derecho" y se cierre el eventual conflicto; de otra forma, la aparente fricción de órdenes permanece en un plano teórico y la discusión se revela estéril en la práctica, cuando en último extremo lo que se pone en juego es el interés del ciudadano y sus derechos.

En consecuencia, el estudio de la jurisprudencia ocupará un lugar central en este trabajo, pues permite la *transitividad* entre norma y realidad, Política y Derecho, lo cual adquiere especial relevancia en el Derecho Constitucional⁶². Esta aseveración reclama algunas precisiones.

⁶¹ P. Lucas Verdú, "Artículo 1º", en *Comentarios...*, cit., pág. 52.

⁶² Este es el enfoque de la profesora Sánchez Ferriz en su obra *Introducción al Estado constitucional*, op. cit., que plantea en su Capítulo introductorio ("A modo de premisa. Lo político y lo jurídico"): "La negativa a reconocer la íntima relación que existe, o debe existir, entre la Política y el Derecho sólo tiene justificación desde posiciones que se adscriban al más crudo *realismo político* o al más puro formalismo jurídico. Corrientes, ambas, que ya desde ahora hemos de rechazar. (...) Ciertamente, tal riesgo se ve conjurado en la medida en que se acepte la complementariedad *entre la realidad y el Derecho* o, dicho de otro modo, en tanto se comparta la idea de que éste es, como sin duda lo es el Derecho Constitucional, algo más que positividad" (cit. págs. 9-13).

En primer lugar, no pretendemos hacer gala de una profesión de fe jurisprudencial, sino sencillamente reconocer que a través de la jurisprudencia se extraen de la práctica unos principios comunes válidos para el ámbito en donde actúen los respectivos órganos jurisdiccionales. En este sentido, por ejemplo, se ha mantenido que la jurisdicción constitucional de un país actúa como pieza de cierre del sistema de derechos fundamentales (e, indirectamente, del sistema de controles interorgánicos, con lo que se manifiesta de nuevo que la parte orgánica está en función de la dogmática) en el ámbito nacional. A ello tendríamos que añadir, consecuentemente, que los órganos jurisdiccionales europeos (sobre todo, el TEDH) se erigen en pieza de cierre de una buena parte del sistema de derechos fundamentales en el ámbito europeo (lo que evidentemente puede tener efectos en el sistema institucional interno). De la misma manera que se suele afirmar que el ordenamiento constitucional no sólo se compone de la Constitución sino además de las sentencias del TC (sin entrar ahora en los distintos tipos de éstas), puede mantenerse que el sistema europeo no sólo se compone por la normativa europea en la materia sino también por las resoluciones de los órganos, sobre todo jurisdiccionales, que la interpretan de manera final, a modo de cierre del sistema europeo: este sería el caso del CEDH y sus Protocolos adicionales, completados por la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal europeos de derechos humanos,⁶³ así como de la normativa comunitaria, completada por la jurisprudencia del TJCE. De forma progresiva, y sobre la base del mandato del artículo 10.2 CE, los órganos nacionales, incluido el mismo TC, han hecho recepción y han subrayado

⁶³ Creemos necesario destacar el valor jurisprudencial de las resoluciones de la Comisión europea de derechos humanos, y no sólo de las emanadas del TEDH. En efecto, el desarrollo de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos se viene produciendo gracias a la labor jurisprudencial conjunta de ambos órganos tutelares. Esta afirmación requiere la siguiente aclaración: es moneda corriente en los autores referirse exclusivamente a las sentencias del TEDH, las cuales, por lo demás, explicita el mismo CEDH que son definitivas (artículo 52 CEDH). En sentido inverso, las decisiones e informes de la Comisión se dejan a menudo en un segundo plano, pese a que también son definitivas cuando se trata de decisiones de inadmisibilidad o de informes que en la última fase no son sometidos al TEDH. Esa posición en que a veces queda relegada la Comisión tiene menos justificación, si cabe, si se toma en consideración que las decisiones de inadmisibilidad resuelven definitivamente más del noventa por ciento de las demandas presentadas en Estrasburgo ante la Comisión. Por esta circunstancia, no nos hemos limitado a analizar las sentencias del TEDH, sino que (en coherencia con lo indicado) hemos examinado igualmente un amplio elenco de resoluciones de la Comisión. Es preciso tener en cuenta, por otra parte, que la Comisión ha jugado en muchas ocasiones un papel decisivo para el desarrollo jurisprudencial culminado por el TEDH, aspecto éste más palpable en aquellos casos en que se ha operado una extensión de los derechos reconocidos expresamente en el CEDH y sus Protocolos. Así, por vía jurisprudencial *pretoriana* se han reconocido nuevos derechos (como el de no expulsión de extranjeros, o el derecho al medio ambiente). Obviamente, al no estar contemplados explícitamente en el texto convencional o en sus Protocolos, el tratamiento de dichos derechos podría haber dado lugar a decisiones de inadmisibilidad *ratione materiae* por parte de la Comisión, sin que el TEDH hubiera tenido siquiera ocasión de pronunciarse.

el carácter igualmente vinculante de esas decisiones europeas: en multitud de ocasiones las del TEDH, pero también cada vez en mayor medida las del TJCE⁶⁴.

En segundo lugar, no cabe prescindir de un espíritu crítico al seguir la línea propuesta. Con razón se ha esgrimido que los magistrados de la jurisdicción suprema o constitucional de un país son finales no porque sean infalibles, sino que son infalibles por ser finales⁶⁵. Semejante razonamiento sería extensible a los magistrados de la jurisdicción europea. Ante tal realidad, y ante el eterno problema de "quién custodia al guardián", parece que la solución no es sino el sometimiento a la crítica de la opinión pública y, dentro de ella, de la más cualificada crítica doctrinal. Ello hará, en particular, que los magistrados europeos se sientan obligados a motivar sus sentencias, tanto para ganar la adhesión de los ciudadanos europeos como, sobre todo, para que los Estados no pongan obstáculos a la aceptación y consiguiente ejecución de tales pronunciamientos.

Y, en tercer lugar, y aquí es donde se encuentra el núcleo de nuestra investigación, por una parte, la crítica doctrinal ha de ser constructiva y, por tanto, intentar ofrecer no sólo soluciones *a posteriori* sino, sobre todo, *a priori*, para facilitar la tarea de los demás operadores jurídicos. ¿Qué queremos significar? Básicamente que el estudio de la jurisprudencia europea (y la recepción de ella en las jurisprudencias nacionales) permite que nos adentremos en el objeto propio de lo que Austin denominara "jurisprudencia general o universal", esto es, "la descripción de aquellos objetos y fines del Derecho que son comunes a todos los sistemas, así como de aquellas semejanzas entre diferentes sistemas que descansan en la *común naturaleza del hombre*, o responden a peculiaridades semejantes en sus diversas posiciones. Estas semejanzas, muy estrechas y que cubren una gran parte del terreno a tratar, están confinadas necesariamente a las que existen entre los sistemas de unas pocas naciones, ya que son sólo unos pocos los sistemas que es posible conocer, siquiera imperfectamente"⁶⁶.

64 Lógicamente, son más numerosos los casos en que el TC se hace eco de la interpretación del TEDH, puesto que éste aplica un tratado consagrado específicamente a los derechos humanos, mientras que esta materia no es la específica del Derecho comunitario. Aún así, en el ámbito concreto de la igualdad de sexos el TC aplica la jurisprudencia del TJCE, como veremos en el capítulo 7.

65 Véase A. Garrorena Morales, "La sentencia constitucional", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 11, 1981.

66 J. Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981 (traducción del famoso ensayo de Austin *On the Uses of the Study of Jurisprudence* y estudio preliminar por F. González Vicen), págs. 36-37.

En el primer tercio del siglo XIX, Austin pensaba que sólo los sistemas de dos o tres naciones merecían atención: los escritos de los juristas romanos, las decisiones de los jueces en la época moderna, y los preceptos de los códigos franceses y prusiano en cuanto a su sistemática⁶⁷. Trasladados a nuestra época, pensamos especialmente en el sistema europeo de derechos humanos, lo que no sólo se justifica por ser más asequible (frente a la dispersión con la que se enfrenta el autor inglés en su época, no pudiendo concebir una jurisdicción internacional en aquel entonces, o la concentración de pronunciamientos en una o dos jurisdicciones europeas), o por quizá ser más perfecto desde una visión estrictamente formalista o positivista, sino sobre todo porque el sistema europeo agrupa a una serie de naciones que comparten un sistema de valores cuyo respeto puede forjar unas exigencias mínimas a "la común naturaleza del hombre" a escala europea y dotar de sentido a la fórmula estatal española detrás de una especie de *consenso europeo social y democrático de Derecho*.

Pese a la distancia temporal que nos separa del jurista británico y a la matización anterior sobre sus planteamientos, su idea central se halla presente en nosotros, a saber: "la del poder de la razón para obtener inductivamente de las circunstancias de cada momento la fórmula que asegure la felicidad de un grupo humano"⁶⁸. Ya dejamos esbozada esta vertiente axiológica al principio. De modo que nuestra tarea constructiva consistirá en sistematizar la jurisprudencia europea induciendo la fórmula citada (consenso europeo social y democrático de Derecho) y describir los principios comunes que la sustentan, a partir de las numerosas sentencias de los órganos europeos de protección de los derechos humanos. Extraídos estos principios, y considerando el obligado cumplimiento de dichas sentencias como compromisos internacionales en la materia, los poderes del Estado (se trate del legislativo, del ejecutivo o del judicial) ya no tendrán pretexto para demorar la consecución de esas exigencias mínimas del consenso europeo en el ámbito nacional.

Sobre este último extremo conviene realizar una valoración. En efecto, en relación no sólo al respeto de la normativa internacional sino incluso nacional, las consecuencias para el legislativo o para el ejecutivo no son tan contundentes en el orden jurídico como para el judicial si mantiene una actitud omisiva o de retraso injustificado. Como es sabido, para los jueces suelen establecerse consecuencias jurídicas de gran alcance (incluso en el orden penal) si no se pronuncian o se demoran maliciosamente en relación a los asuntos que se sometan a su

67 *Ibidem*, pág. 37

68 F. González Vicen, "Estudio Preliminar" de la obra de Austin *Sobre la utilidad...*, *op. cit.*, págs. 7-8.

conocimiento⁶⁹, estándoles vedado un pronunciamiento de *non liquet*. El cumplimiento de ese deber jurídico puede hacerse más difícil si la colaboración entre poderes no se produce, es decir, si el legislativo demora la elaboración de leyes (que habrán de aplicar los jueces) en materias que la realidad exige de manera imperiosa, y si el ejecutivo adopta una actitud pasiva ante la averiguación de hechos controvertidos y la posterior ejecución de los fallos judiciales. Todavía podría aparecer más embarazosa la posición del juez si tampoco colabora la doctrina científica: cuando aparecen problemas jurídicos, los científicos deben intentar aportar soluciones antes de que esos asuntos se planteen ante los Tribunales, para que éstos dispongan de más elementos de juicio.

Posiblemente en la frecuente falta de colaboración del poder legislativo y del ejecutivo (y también en un correlativo mayor protagonismo del judicial) se halle una de las causas de la evolución del Estado contemporáneo hacia un *Estado de Justicia* con mayor protagonismo de los jueces⁷⁰, desde un inicial *Estado liberal de Derecho* con soberanía del Parlamento, en el que el poder de los jueces se pretendía en cierta manera nulo según expresión de Montesquieu, o desde un posterior *Estado social de Derecho* en el que se provoca una crisis del Parlamento ante la mayor intervención del ejecutivo. La mayor colaboración *interpoderes* y el trabajo científico del jurista teórico seguramente redundarán en un mejor equilibrio de poderes y consiguientemente en una realización más efectiva de los derechos de los ciudadanos: el *estado de doctrina* sugerido (si se nos permite la expresión), en ningún momento supondría la crisis de los otros Estados, sino en todo caso un complemento necesario. En última instancia, es posible que el mayor protagonismo judicial también haya contribuido en ocasiones a dar muestras de una cierta fe jurisprudencial. Las anteriores disquisiciones sobre el papel de la doctrina y de la jurisprudencia nos obligan a detenernos, siquiera brevemente, en el alcance de las denominadas respectivamente *Teoría constitucional de valores* y *jurisprudencia de valores*.

VI.-LA TEORIA CONSTITUCIONAL DE VALORES Y LA JURISPRUDENCIA DE VALORES EN LA INTERPRETACION DEL CONTENIDO DE LA FÓRMULA ESTATAL

⁶⁹ A título de ejemplo, el artículo 357 del vigente Código penal español señala que "el juez que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de suspensión. En la misma pena incurrirá el juez culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia".

⁷⁰ Sobre el particular, véase el artículo de R. Bergalli, "Protagonismo judicial y cultura de los jueces", *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993, págs. 14-18.

En el campo del Derecho Penal, Mir Puig ha estudiado la influencia de nuestra fórmula estatal conforme a "una elaboración del Derecho positivo que va más allá de la pura exégesis lógico-literal de las leyes"⁷¹. El ilustre penalista alude, para superar la estrechez del formalismo en la labor técnico-jurídica, a la necesidad de recurrir a horizontes que ofrezcan mayores posibilidades de creación material, que en su caso cifra en la aportación *político-criminal* y que nosotros tendríamos que referir a la aportación *político-constitucional*. Por lo demás, recuerda cómo con anterioridad a la Revolución francesa y a la plasmación política y jurídica de las ideas liberales, "nunca la elaboración jurídica se redujo a la reproducción de las leyes vigentes. (...) Hasta el triunfo del liberalismo no se sintió la necesidad de reservar con exclusividad al legislador la función de creación del Derecho, por lo que ni el Juez, como es notorio, ni los teóricos habían dejado en ningún momento de acudir a los dictados de la razón para completar, corregir y hasta sustituir la legislación. La manifestación más importante de este planteamiento se produjo, como es de sobra conocido, en Roma, cuyo Derecho fue en parte producto esencial de las aportaciones creadoras (las *responsa*) de los Juristas"⁷².

Lo que antecede ilustra en cierta medida, salvadas las distancias temporales, el significado que queríamos dar al *estado de doctrina*. Por supuesto, en ningún momento pretendemos alinearnos con el extremo opuesto a las enseñanzas exegéticas, la Escuela Libre del Derecho. En nuestra disciplina, Baldassarre ha advertido sobre la necesidad de que el puro formalismo de corte kelseniano ceda "su puesto a una Teoría de la Constitución que a la vez resulta ser teoría de los valores constitucionales"⁷³, de lo que debe hacerse eco -según el autor- la jurisdicción constitucional⁷⁴.

En el caso de los jueces, la tarea de creación material del Derecho, dentro del marco normativo, viene facilitada (en justa compensación con su obligación de resolver en todo caso) por el propio ordenamiento, que

71 S. Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social...*, *op. cit.*, pág. 14.

72 *Ibidem*, cit. págs. 14-15.

73 A. Baldassarre, "Constitución y teoría constitucional de los valores", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, 1994, cit. pág. 31.

74 *Ibidem*, pág. 34: "Es posible sostener que una Teoría Constitucional de los valores puede traducirse en una suerte de racionalización de lo existente, especialmente con referencia a ese momento crucial del Derecho Constitucional que es el juicio de constitucionalidad".

ofrece fuentes subsidiarias como los principios generales del Derecho⁷⁵. En todo caso, los jueces en su tarea jurisprudencial, y también los autores en su labor dogmática, pueden y deben utilizar el método de la *interpretación* (presupone la existencia de una norma, por eso se dice que *se interpreta la norma*) y el método de la *integración* (cuando hay una laguna del orden normativo), para descubrir el sentido del Derecho europeo de derechos humanos⁷⁶, que permitirá a su vez desentrañar el contenido del consenso europeo social y democrático de Derecho y de la fórmula estatal del artículo 1.1 CE.

La interpretación del sistema de derechos humanos adquiere mayor relieve, si cabe, cuando nos movemos en el terreno del artículo 1.1 CE, sobre todo porque "si no olvidamos el carácter re-fundador de la norma de apertura, comprobaremos que su *alcance interpretativo* es cualitativamente superior que el correspondiente a otras normas constitucionales"⁷⁷. De esta manera, a través de la interpretación del sistema de derechos humanos, que para nuestros efectos debe configurar una parte de la interpretación constitucional⁷⁸, se puede estar a la altura

75 Sobre esta cuestión, en relación al intérprete supremo de la CE, véase F. Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-abril 1988, págs. 28 y ss.

76 Cfr. G. J. Bidart Campos, "La interpretación del sistema...", cit. El profesor Rubio Llorente ("La Constitución como fuente del Derecho", *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) también ha puesto de relieve la labor jurisprudencial y doctrinal en la interpretación del alcance fundamental de la fórmula estatal del artículo 1.1, que ofrece por lo demás unas inmensas posibilidades interpretativas: "El concepto de Estado social y democrático de Derecho que recoge el artículo primero, es ejemplo destacado de esa positivación de principios fundamentales, que si no da lugar a derechos judicialmente exigibles, no tiene por ello menos importancia, en cuanto que constituye una directriz básica para la interpretación de la Constitución, que en ningún caso puede el juez pasar por alto y cuyo propio carácter 'doctrinal', si vale la expresión, dota de una elasticidad profunda a la Constitución, cuyo contenido puede así acomodarse al cambio histórico y social" (cit. pág. 96).

77 P. Lucas Verdú, "Artículo 1º", en *Comentarios...*, cit., pág. 90.

78 Sobre la interpretación de la Constitución española y, en general, sobre la interpretación constitucional, pueden consultarse los siguientes estudios: E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; T. Freixes Sanjuán, "Una aproximación al método de interpretación constitucional", *Universitat de València, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 4, 1993; T. Freixes Sanjuán y J. C. Remotti Carbonell, "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992; A. E. Pérez Luño, "La interpretación de la Constitución", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, 1984; F. Rubio Llorente, "La interpretación de la Constitución", y "Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", ambos en su obra *La forma del poder*, ya cit.; J. Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985. En castellano, pero en relación al marco

del consenso europeo, sin necesidad de reformar la Constitución⁷⁹. Esta solución debe quedar reservada a casos extremos en que ni siquiera por vía de interpretación ni de integración pueda respetarse la conformidad con la normativa europea, como ha ocurrido con la, hasta el momento, única reforma de nuestra Lex Superior, en la que por cierto se abordó una cuestión de derechos humanos⁸⁰.

El profesor Cascajo Castro ha observado cómo "a partir de la constitucionalización en el artículo 1.1 del texto vigente de la 'mágica' fórmula del 'Estado social y democrático de Derecho', surge (desordenada y desigual) una doctrina abundante en torno a este concepto que, en términos generales, adolece de un escaso rigor y utilidad para la adecuada comprensión del mismo. Y ello es debido, en parte, al camino tomado por una doctrina errática que se afana en adoptar definiciones especulativas acerca de lo que deba entenderse por tan compleja e inasible fórmula, en vez de investigar su contenido normativo vinculante, deducible desde el propio texto por medios racionales"⁸¹.

En esta línea, hemos tratado de investigar no errando en el enfoque y el método propuestos. De modo que nuestra delimitación del objeto de estudio vendría a delimitar igualmente ese contenido normativo vinculante de la fórmula, toda vez que hemos utilizado para deducirlo el propio ordenamiento jurídico. Y preferimos decir "ordenamiento jurídico" antes que "texto constitucional" para evitar la exclusión de la normativa europea sobre derechos humanos a la luz de la cual realizamos el estudio.

constitucional colombiano puede consultarse A. Hoyos, *La interpretación constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1993.

⁷⁹ Véase el artículo de F. Rubio Llorente sobre esta cuestión: "Sobre la conveniencia de terminar la Constitución antes de acometer su reforma", *La forma del poder, op. cit.*, págs. 165-173. Consúltese, en general sobre este tema, la obra de J. Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

⁸⁰ Tal reforma del artículo 13.2 CE se produjo en virtud de la *Declaración del TC de 1 de julio de 1993*. Sobre el particular, véase el trabajo de M. Aragón Reyes, "La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, septiembre-diciembre 1994. En dicha reforma, como es sabido, se trató la cuestión del derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros comunitarios en las elecciones municipales del país de residencia. Esta modificación, lógicamente, se ha plasmado en la realidad española, en concreto, con motivo de las primeras elecciones municipales (junio 1995) tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. La inobservancia del efectivo derecho de sufragio ha provocado en algún caso la impugnación de la votación; así ha ocurrido en el municipio de Laurí, en donde el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha resuelto la repetición de los comicios locales en una mesa en la que se impidió ejercer el derecho de voto a dos ciudadanas extranjeras comunitarias que cumplían los requisitos para ello.

⁸¹ J. L. Cascajo Castro, "La voz 'Estado social y democrático de Derecho': materiales...", *cit.*, pág. 13.

Este riesgo ya había sido advertido por el profesor Lucas Verdú, quien insistiendo en que no debe olvidarse la doble faz, jurídica y política, de toda norma constitucional, denunciaba "una claudicación, consciente o no a un neopositivismo jurídico que desdeña, y olvida, los aspectos valorativos del Estado social de Derecho y también del Estado democrático de Derecho sintetizados ambos en nuestra Constitución"⁸². Esta claudicación es tanto más criticable cuanto que el artículo 1.1 CE formaliza, según el citado profesor, "nuestra Constitución material"⁸³.

Por su parte, Fernández Segado, al estudiar los valores superiores incluidos en la fórmula estatal del artículo 1, ha indicado que "este precepto nos revela inequívocamente que nuestra Constitución ha evitado caer en el reduccionismo del positivismo estatalista; no estamos, en definitiva, ante un código de corte positivista"⁸⁴. Por esta circunstancia, ningún operador jurídico puede adolecer del denunciado positivismo: así lo hemos hecho notar en relación a la doctrina; pero tampoco los jueces deben caer en tal actitud, tanto más cuanto que nos hallamos inmersos en la denominada *jurisprudencia de valores*. Según esto, es evidente que "los principios y valores desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces, que deberán ponderar los intereses en conflicto (...) atendiendo a la ideología jurídico-política cristalizada en el texto constitucional"⁸⁵.

Para concluir este epígrafe, queremos hacer nuestras las palabras de Roldán Barbero en su estudio "Democracia y Derecho europeo", pues con ellas se pone de relieve la conexión de las aportaciones jurídico-

82 P. Lucas Verdú, "Artículo 1º", en *Comentarios...*, cit., pág. 49. En su opinión "el tratamiento neopositivista del Estado social y democrático de Derecho, aplicado especialmente por los administrativistas españoles, tan influidos por las doctrinas italiana y alemana, sobre todo por la del país latino, propende a desvalorizar el rico contenido del artículo 1.1".

83 *Ibidem*, cit. pág. 97: "Resulta que la Constitución material, al expresar el significado político-constitucional de la voluntad de las fuerzas constituyentes, da vida a normas cuyos contenidos poseen preeminencia axiológica capaces de habilitarlas por un lado, a *integrar* los significados que se infieren de las diversas disposiciones constitucionales escritas, y por otro, a representar un *canon interpretativo* para los enunciados del texto de la Constitución que se ponen en relación con ellos por identidad de la materia". Como puede observarse, el profesor Lucas Verdú deja bosquejada la noción de integración e interpretación del sistema constitucional, extremo en el que profundizaremos después en relación al sistema europeo de derechos humanos.

84 F. Fernández Segado, *El sistema constitucional...*, *op. cit.*, págs. 88-89.

85 L. Prieto Sanchís: "Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, núm. 11, junio 1984, cit. págs. 84-85.

constitucional y político-constitucional anteriormente esbozadas desde la perspectiva de la normativa europea a la que nos referimos en el título de nuestro trabajo: "En este sentido, y éste es uno de los vectores de nuestro razonamiento, el Derecho europeo se interpenetra cada vez más con el Derecho constitucional y con el pensamiento político"⁸⁶.

VII.-LA CONFLUENCIA DE LAS PERSPECTIVAS NACIONAL E INTERNACIONAL A TRAVÉS DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

Continuando con la exposición del enfoque, debemos subrayar que su aplicación al sistema de derechos humanos comporta unas ventajas notables. Al margen de las ya mencionadas en torno a la utilización de los derechos humanos como criterio estructural del trabajo, la visión sistemática dará pie a una proyección conciliadora de los artículos 10.2 y 96.1 CE. En efecto, al enmarcar la problemática de la realización del Estado social y democrático de Derecho en el sistema de derechos humanos, las reticencias estatales (sobre todo por parte de los ejecutivos y parlamentos nacionales, que en la práctica habitual suelen firmar y ratificar respectivamente los acuerdos internacionales) en torno a la pérdida de la soberanía pasan a ocupar un segundo plano, pues los conflictos que se planteen en la práctica se resolverán finalmente por los órganos jurisdiccionales pertinentes.

Precisamente es en este terreno práctico, plasmado en la jurisprudencia, en el que la cuestión de la soberanía se relativiza: la acción y proyección del ejecutivo y del legislativo nacionales suelen percibirse como polos opuestos a las instancias internacionales en caso de falta de sintonía entre la realidad nacional y la internacional; en cambio, en el marco de la jurisprudencia, la acción del juez internacional no suele ni debe ser vista en términos de oposición (y ello pese a que en la teoría clásica de la soberanía también la facultad de impartir justicia se consideraba como un atributo del soberano⁸⁷), sino de complementariedad en relación al juez nacional⁸⁸. Con este segundo

⁸⁶ J. Roldán Barbero, "Democracia y Derecho europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, cit., pág. 103.

⁸⁷ Como se sabe, el clásico teórico de la soberanía, Bodino, en su obra más conocida *Los seis libros de la república*, expuso las señales o facultades típicas del poder soberano, entre las que figuraba el *derecho supremo de impartir justicia*.

⁸⁸ Sobre esta regla de la complementariedad y las posibles fricciones que pueden surgir entre el juez nacional (y, más concretamente, el constitucional) y el juez internacional véase el trabajo "Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?", Rapport présenté par la délégation française à la IXe

planteamiento, el juez internacional coadyuvará a la interpretación del sistema de derechos humanos y, por consiguiente, desde dentro del sistema, con lo cual se producirá una acción de sinergia entre el juez nacional y el internacional en la realización de la justicia y en la consecución del consenso europeo social y democrático de Derecho. No hay que olvidar, por otra parte, que es en el plano transnacional donde la acción soberana de los Estados viene a confluir con la de la comunidad internacional, pues en todo caso no persiguen fines opuestos, sino la realización *del mismo objeto y del mismo sujeto: de los derechos del hombre o de la persona.*

Profundicemos en los aspectos recién apuntados: de un lado, el de la complementariedad del juez nacional y del internacional y, de otro lado, el de la persecución del mismo objetivo por parte del orden nacional y del internacional en materia de derechos humanos.

1.-Complementariedad del juez interno y del juez internacional

En cuanto al primer aspecto, es preciso destacar que si, en sus funciones, el juez nacional y el internacional se complementan, ello es una consecuencia lógica de la interrelación del sistema nacional y del internacional en el sistema global de derechos humanos. A esto se refiere el profesor Bidart Campos cuando indica que "la fuente interna y la internacional se *retroalimentan*. (...) No es un desvarío afirmar ante este panorama que el Derecho internacional de los derechos humanos está incorporando al Derecho interno como fuente, cuando éste contiene algunos *plus* respecto de aquél, lo que patentiza un fenómeno importante y muy útil: hasta ahora la ciencia jurídica se hacía cargo del problema consistente en analizar cuándo y de qué manera el Derecho internacional era fuente del Derecho interno y penetraba en él; ahora, además, aparece la retroalimentación en el caso inverso: el Derecho interno se incorpora como fuente del Derecho internacional de los derechos humanos en la medida y en el caso de ser más favorable al sistema de derechos"; ello -prosigue el autor- significa avanzar hacia "la comprensión de la *integralidad maximizadora del sistema*"⁸⁹.

Podría pensarse que la anterior aportación queda en un plano puramente teórico, mas no es así. Tanto en el orden nacional como en el internacional, existen cláusulas que operan una llamada a esa *retroalimentación*: por lo que al orden internacional respecta, la mayoría

conférence des Cours constitutionnelles européennes (Paris, 10-13 mai 1993), *Revue française de Droit administratif*, 9 (5), septembre-octobre 1993, págs. 849-869.

⁸⁹ G. J. Bidart Campos, "La interpretación...", cit., págs. 29-31.

de tratados internacionales sobre derechos humanos (poniendo de relieve su carácter de *minimum* a respetar por los Estados), admiten que en ningún caso sus disposiciones pueden rebajar las normas nacionales en la materia, lo que demuestra una opción clara por la norma más favorable a la persona humana⁹⁰, conocida como *principio favor libertatis* o *principio pro homine*, entre otras denominaciones. En el ámbito regional europeo, el artículo 60 CEDH es rotundo:

"Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea Parte".

Por lo que se refiere al orden nacional (español), el respeto al principio de la interpretación de las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales ha sido sentado por nuestra jurisprudencia constitucional:

"Es cierto que el artículo 24 CE -derecho a la tutela judicial efectiva- impone que sea interpretada la normativa procesal del modo más favorable al derecho fundamental que a través de ella se trata de actuar, pero este mandato, general para todos los derechos fundamentales, no debe entenderse como imponiendo una sola interpretación (...) "⁹¹.

No cabe duda de que si la normativa más favorable es la internacional sobre derechos humanos, ésta es la que deberá ser aplicada, y a ello atiende el artículo 10.2, cuyo carácter vinculante ha sido destacado y reforzado por el TC en repetidas ocasiones⁹².

Como síntesis de la *retroalimentación* formulada nos parece pertinente, por sumamente esclarecedor, transcribir un apunte de la Comisión europea de derechos humanos, toda vez que se refiere a la normativa europea, base de nuestro estudio; además, en tal reflexión no sólo se pone el acento en ese requerimiento mutuo de órdenes (europeo y

⁹⁰ Además, se suele citar como ejemplo paradigmático de ello el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, que también es derecho interno en España (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977): "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". Puede verse en sentido semejante el artículo 29. b) de la Convención americana de derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969.

⁹¹ STC 274/93, de 20 de septiembre de 1993, FJ 4º.

⁹² Véase por todas la STC 120/90, de 27 de junio de 1990, FJ 3º.

nacional), sino que además se vislumbra la idea de construcción europea con base en el CEDH y sus Protocolos:

"Como *el Convenio refleja el orden público europeo*, la Comisión puede recurrir, *para interpretarlo, a la larga experiencia de algunos Estados miembros*. Por ejemplo, el principio de neutralidad y de tolerancia respecto a las convicciones religiosas constituye en Francia el resultado de un largo período de conflictos escolares"⁹³.

Dado que, según hemos indicado, el Derecho europeo de los derechos humanos no se restringe al surgido en el seno del Consejo de Europa (y menos aún, al CEDH), podemos ilustrar tal circunstancia con una referencia adicional a la Unión europea, en la que también se vislumbra esa idea de *retroalimentación*. El reciente Tratado de Maastricht, en esta línea, y en relación a los derechos humanos, no sólo destaca el lugar ocupado por el CEDH, sino que deja perfectamente clara la simbiosis del Derecho comunitario y del Derecho interno por la vía de los principios generales del Derecho. Así se desprende del artículo F.2, título I, del Tratado de la Unión Europea:

"La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las *tradiciones comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario*".

2.-Interpretación e integración del sistema

En relación al segundo aspecto mencionado (la identidad de objetivos del orden nacional y del internacional) son apreciables las recientes reflexiones del profesor Cançado Trindade⁹⁴, en las que sin pasar

⁹³ Serie B, Vol. 42, 1980-1983, *asunto Campbell y Cosans*, informe de la Comisión, pág. 46, párrafo 161, Estrasburgo, 1985. El derecho controvertido en ese asunto era el reconocido en el artículo 2 del Protocolo adicional núm. 1 al CEDH (derecho a la instrucción).

⁹⁴ Al respecto, A. A. Cançado Trindade ha señalado: "Este es un tema que por mucho tiempo nos ha atraído la atención, y que hemos intentado desarrollar a partir de la perspectiva de un internacionalista sensible a los avances del constitucionalismo (especialmente en América Latina) en materia de protección de los derechos humanos, y consciente de la necesidad de reducir la brecha que parece persistir en muchos de nuestros círculos jurídicos entre los enfoques internacionalista y constitucionalista de la temática de la protección de los derechos humanos. El antagonismo irreconciliable entre las posiciones monista y dualista clásicas probablemente llevó a los juristas a abordar más recientemente la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno desde ángulos distintos" ("Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos", *Colección "Cuadernos de derechos humanos" de Guatemala*, 1995, cit. pág. 7).

por alto la operación de la *retroalimentación* (en la que, por cierto, no hace falta que los jueces internos esperen a la interpretación *final* del juez internacional, pues aquéllos también pueden aplicar el Derecho internacional cuando se integra como parte del Derecho interno⁹⁵), destaca la coincidencia de objetivos entre los órdenes interno e internacional. La extensa cita no está exenta de justificación: "Cabe, pues, naturalmente a los jueces internos interpretar y aplicar las leyes de los países respectivos, ejerciendo los órganos internacionales específicamente la función de supervisión, en los términos y parámetros de los mandatos que les fueron atribuidos por los tratados e instrumentos de derechos humanos respectivos. Pero cabe, además, a los tribunales internos, y otros órganos de los Estados, asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un *sistema integrado como el de protección de los derechos humanos, en el cual las obligaciones convencionales abrigan un interés común superior de todos los Estados Partes, el de la protección del ser humano*". Y continúa más adelante: "El cumplimiento de las obligaciones internacionales de protección requiere el concurso de los órganos internos de los Estados, y éstos son llamados a aplicar las normas internacionales. Es éste el trazo distintivo y tal vez el más destacado de los tratados de derechos humanos, dotados de especificidad propia y al requerir una interpretación propia guiada por los *valores comunes superiores* que abrigan, diferentemente de los tratados clásicos que se limitan a reglamentar los intereses recíprocos entre las Partes. Con la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en el presente contexto, los grandes beneficiarios son las personas protegidas"⁹⁶.

Debemos afirmar que es un error, en materia de derechos humanos, seguir empecinados en la tópica contraposición entre Derecho nacional y Derecho internacional, entre juez nacional y juez internacional, entre intereses nacionales e intereses supranacionales, tanto más cuanto que nos hallamos en un ámbito en el que las fronteras cada vez quedan más difuminadas, en el que el individuo (con independencia de su nacionalidad o de cualquier otra condición personal o social) es sujeto de unos derechos que le son inherentes, que son atributos esenciales de su persona. Con el telón de fondo del sistema de derechos humanos las pretendidas incompatibilidades quedan, si no suprimidas, al menos sí extraordinariamente relativizadas.

95 En cuanto al sistema europeo, en la doctrina española se ha tratado el tema, especialmente en el ámbito del Derecho comunitario. Consúltese, en particular, la obra de D. Ruiz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad Empresa, 1993. Véase igualmente R. Plender, y J. Pérez Santos, *Introducción al Derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, 1984, en especial el capítulo IX: "Aplicación judicial del Derecho comunitario europeo", págs. 267 y ss.

96 A. A. Cançado Trindade, "Reflexiones...", cit. págs. 20, y 39-40.

Ciertamente, el sistema de derechos humanos se asienta en un orden valorativo, a partir de cuya comprensión es más difícil detectar lagunas o fallas y, por ende, más fácil hallar una norma favorable a la protección de los derechos, todo lo cual nos daría pie a hablar sin excesivo optimismo del "sistema completo de derechos". En este sentido, nos parece interesante, una vez más, la aportación de Bidart Campos: "Para no descartar, marginar, desconocer, o negar derechos que no tienen norma específica, partimos de un concepto básico y previo, que formulamos así: un sistema de derechos en un Estado democrático goza de una completitud abarcadora, porque el espacio en el que existen normas dispone, como sustrato o estructura subyacente, de *principios, valores, fines y razones históricas* que son inherentes al orden normológico y que, por ende, son capaces de colmar e inundar sus lagunas en aquella zona en donde no hay derechos que carecen de normas, tanto como de guiar la interpretación de las normas que consignan derechos"⁹⁷.

Como el propio profesor argentino reconoce, "partimos de una convicción iusfilosófica muy importante: la de que hay derechos aunque no haya normas acerca de ellos"⁹⁸. Ello no es óbice para un entendimiento correcto del sistema, que se halla integrado por un orden en el que se conjugan elementos jurídico-positivos con elementos axiológicos, amén de factores de otro tipo (históricos, políticos, etc.) y que en su conjunto se hallan impregnados de la misma filosofía y persiguen el mismo fin. La propia fórmula del Estado social y democrático de derecho participa de ese elemento jurídico-positivo, en la medida en que se recoge en una norma (artículo 1.1 CE), y axiológico, por cuanto propugna una serie de valores superiores, todo ello impregnado por la filosofía última que subyace en el artículo 10.1 CE⁹⁹ y en el Preámbulo CE¹⁰⁰.

97 G. J. Bidart Campos, "La interpretación...", cit., pág. 12.

98 *Ibidem*, cit. pág. 13.

99 Sobre este precepto ha declarado F. Fernández Segado (*El sistema constitucional...*, op. cit., pág. 115) que "supone la consagración de la persona y de su dignidad no sólo como el fundamento de la totalidad del orden político, sino, y por ello mismo, también como principio rector supremo del ordenamiento jurídico. (...) Queda así condensada la axiología última a que responde por entero el orden dogmático constitucional. Puede hablarse, pues, de un sustrato filosófico personalista que, a nuestro entender, se alimenta ideológicamente de las aportaciones del liberalismo, del socialismo democrático y del humanismo social-cristiano". En cuanto a la operatividad jurídica de la "dignidad de la persona", véase el estudio sobre el tema en el ámbito del modelo alemán, cuyas enseñanzas no obstante nos son útiles, realizado por I. Von Münch, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo-agosto 1982.

100 El pueblo español, en dicho Preámbulo proclama su voluntad con un carácter teleológico múltiple, para así: "Garantizar la convivencia democrática dentro de la

VIII.-LA DIMENSIÓN HISTÓRICA DE LA FÓRMULA Y LOS VALORES GENERACIONALES

En la interpretación del sistema de derechos humanos, no puede obviarse la perspectiva histórica¹⁰¹. En efecto, la ubicación de la problemática del Estado social y democrático de Derecho en el sistema de derechos humanos viene justificada desde el momento en que la evolución de cada modelo de Estado o fórmula estatal se ha venido asociando a la prevalencia de una categoría de derechos, correspondiéndose ello con la idea de las generaciones de derechos. Así, y al margen de que al tratarse de un concepto doctrinal los autores divergen incluso en cuanto al número de generaciones, la reducción más frecuente que ha venido efectuándose ha consistido en conectar los derechos civiles y políticos o derechos de libertad con el Estado liberal de Derecho que nace de la revolución burguesa de 1789; asociar al Estado social de Derecho el nacimiento de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos de igualdad tras el impulso de la revolución proletaria de 1917; y situar la aparición de los derechos de última generación o de solidaridad a partir de la segunda guerra mundial con la introducción de la fórmula del Estado social y democrático de Derecho¹⁰².

Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra".

¹⁰¹ De lectura recomendada sobre esta cuestión es el trabajo de P. Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.

¹⁰² Sobre el enfoque clásico que reduce las generaciones a tres, véase A. J. Porras Nadales, "Derechos e intereses. Problemas de tercera generación", y A.E. Pérez Luño, "Las generaciones de derechos fundamentales", ambos en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, págs. 205 y ss. Con un enfoque más novedoso y, a nuestro entender, más justificado históricamente, R. Sánchez Ferriz cree más adecuado hablar de cuatro generaciones, de manera que las libertades individuales y las libertades políticas o de participación (que según la tesis más extendida comprenden la primera generación), constituirían la primera y segunda generaciones respectivamente. De esta forma, los derechos sociales (segunda generación según la doctrina clásica) comprenderían la tercera generación; y, en fin, los más recientes derechos de *solidaridad* tales como el derecho a la calidad de vida, el derecho a la paz, etc. (agrupados clásicamente bajo la tercera generación), vendrían a conformar una cuarta generación. Este enfoque ha sido expuesto recientemente por R. Sánchez Ferriz en su trabajo "Reflexión sobre las generaciones de derechos y la evolución del Estado", en *Libro-homenaje al profesor Ruiz Rico*, (en prensa). Por lo demás, dicha autora ya había apuntado esta visión en su obra *Estudio sobre las*

En cualquier caso, la visión sistemática de los derechos humanos permite una interpretación en clave sincrónica del acontecer diacrónico, de forma que tras esta evolución hemos de sentar lo siguiente:

a) Cada nueva forma de Estado no ha supuesto erradicar los valores de la forma anterior sino su asunción, de manera que hoy se impone conjugar libertad, igualdad y solidaridad.

b) Es preciso operar una interpretación integral y destacar la implicación recíproca de los términos de la fórmula actual del Estado social y democrático de Derecho.

c) La indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos¹⁰³ exige poner al mismo nivel los derechos de las distintas generaciones, pues todos ellos tienen como núcleo la dignidad de la persona.

d) La ubicación de un derecho en una u otra categoría/generación no es una sencilla operación matemática que obedezca a reglas absolutas, puesto que el ejercicio de los derechos se ha visto modelado por las distintas formas de Estado y por la actitud de los poderes públicos en cada momento, pudiéndose hablar de derechos de naturaleza mixta o pertenecientes a distintas categorías¹⁰⁴.

libertades, ...ya cit., pág. 93: "Si a fines del siglo XVIII se proclaman las *libertades individuales*, y el siglo XIX presencia el proceso, no siempre incruento por el que las *libertades políticas* van superando sucesivamente las tres fases que cabría resumir como delito, hecho y derecho, el siglo XX aporta un nuevo tipo de derechos, típicos del Estado social de Derecho, que son los *derechos sociales*, los derechos a obtener del Estado concretas prestaciones". En cualquier caso, se adopte una u otra postura, los valores generacionales siguen estando justificados, pues la primera y la segunda generación tendrían como valor central la libertad, dado que van emergiendo a lo largo de la vida del Estado liberal. La tercera generación vendría marcada por el valor igualdad, y la cuarta generación (conocidos como derechos *de la edad o la era tecnológica*) se hallarían impregnados por el valor solidaridad.

¹⁰³ En la Declaración final de 25 de junio de 1993, con la que se ponía cierre a la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en junio de 1993 se dice expresamente que "todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso" (apartado I. 5).

¹⁰⁴ A título de ejemplo, hay derechos como el de sindicación, que tienen una vertiente de derecho cívico-político (como concreción del derecho de asociación) y de derecho social (cuyo ejercicio colectivo se orienta a la defensa de los derechos de los trabajadores); si añadiéramos el elemento solidaridad habría que prever, pongamos por caso, la acción de los sindicatos en favor de los desempleados. Pero también derechos como la clásica libertad de prensa, pueden verse bajo el prisma de derecho cívico político si ponemos el acento en la libertad individual, o bajo la perspectiva de los derechos de prestación si nos fijamos en la

e) La imbricación entre democracia y derechos fundamentales hace necesario que aquélla, para su plenitud, no se manifieste sólo como democracia política y protección de derechos cívico-políticos, sino como democracia social (realización de derechos sociales, económicos y culturales) y democracia solidaria (respeto de derechos de solidaridad).

f) La noción de generación como momento generativo de los derechos debe ser matizada, desde el momento en que en el ámbito universal de las Naciones Unidas quizá precedieron los intentos de protección de los derechos sociales (en concreto en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y su preocupación por condiciones laborales dignas para los niños y las mujeres) a los de satisfacción de los derechos políticos; incluso, yendo más lejos, podríamos traer a colación la protección de los derechos de las minorías (derechos colectivos o de solidaridad) en el seno de la antigua Sociedad de Naciones.

Las reflexiones que anteceden facilitan la utilización a nivel metodológico de los valores generacionales destacados, pues a partir de ellos extraeremos los principios comunes que se hallan en la base de las exigencias mínimas que debe cumplir nuestra fórmula estatal a la luz del consenso europeo social y democrático de Derecho. Sin embargo, antes de apuntar esos principios, conviene poner de relieve una observación en coherencia con el razonamiento seguido hasta ahora. En este sentido, decíamos que el Estado contemporáneo nace como Estado constitucional de Derecho en el contexto del movimiento revolucionario francés de 1789. Salvadas las distancias, y con los matices que más tarde señalaremos, creemos que la divisa revolucionaria "libertad, igualdad, fraternidad" (acogida en la vigente Constitución francesa de 1958¹⁰⁵) no se halla desprovista de actualidad. Antes al contrario, sostenemos que dichos valores pueden hallar correspondencia con los tres términos que componen la fórmula estatal, respectivamente "de Derecho", "social" y "democrático". Además, y por lo que a nosotros interesa, esos valores pueden extraerse del marco constitucional español.

Antes anunciábamos, siguiendo a Austin, que íbamos a intentar una descripción de aquellos objetos y fines del Derecho que son comunes

propiedad de los medios de comunicación y la posibilidad de, por ejemplo, monopolios estatales; en el marco del Estado social y democrático de Derecho, habría que conjugar los valores libertad e igualdad, de forma que no podría justificarse ni una total libertad de crear medios de comunicación sin intervención estatal (un monopolio privado), ni un monopolio público que impidiera a la iniciativa privada.

105 En concreto, el artículo 2 de la Constitución de la V República, de 4 de octubre de 1958, tras describir el emblema nacional (la bandera tricolor, azul, blanco y rojo) y el himno nacional (*La Marsellesa*) declara que "La divisa de la República es: Libertad, Igualdad, Fraternidad".

a todos los sistemas y que descansan en la común naturaleza del hombre. Pues bien, no hemos renunciado a tal propósito, que a la postre constituye *el eje central de esta investigación* (ya expuesto al delimitar nuestro objeto de estudio). En efecto, y tomando como *base los valores de libertad, igualdad y fraternidad* (solidaridad), estimamos que el consenso siempre se halla sobre un *mínimo común denominador* compartido por todos los sistemas nacionales que, por ello, pasará a formar parte del sistema europeo. Esos *mínimos* los percibimos en la *libertad de información* como derecho de libertad, en el *derecho a la asistencia social o a recursos mínimos garantizados* como derecho de igualdad, y en el *derecho de asilo y de no ser expulsado* de un país del que no se es nacional como derecho de solidaridad (en su versión de tolerancia). Por otra parte, el análisis quedaría sesgado si no añadiéramos previamente el estudio paralelo de los derechos *básicos* que entroncan directamente con los valores de referencia, a saber: del *derecho a la libertad personal* como concreción subjetiva del valor libertad, del *derecho a la igualdad y no discriminación* como manifestación subjetiva del valor igualdad, y del *derecho a un medio ambiente sano o a la calidad de vida* como una prolongación subjetiva del valor solidaridad.

La investigación propuesta tal vez podría criticarse por el hecho de trabajar sobre mínimos, tanto más cuando se suele subrayar que, por ejemplo, el CEDH es un tratado que únicamente prescribe unos mínimos a respetar por los Estados Partes. Sin embargo, el discurso metódico que se sustenta en este trabajo consiste en cuestionar si esos mínimos son siempre respetados en el ámbito interno y, más concretamente, en el marco español. Con este fin se estudian a la vez los posibles resortes que ofrece el ordenamiento constitucional español para afrontar los desafíos que presenta la normativa europea en materia de derechos humanos. Con ello pretendemos coadyuvar al mejor cumplimiento del Derecho europeo de derechos humanos en nuestro Estado social y democrático de Derecho, tanto por los poderes públicos como por los ciudadanos: los primeros deben ser conocedores de las exigencias mínimas del consenso europeo social y democrático de Derecho para satisfacerlas, los segundos para hacerlas valer.

IX.-UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA: ESTABLECIMIENTO DE SUS BASES

Al utilizar la divisa revolucionaria francesa hemos avanzado que debía matizarse el alcance del acontecimiento histórico en el que surge. En esta línea, si por una parte cabe reconocer a la Revolución su vocación internacional y su empuje en el establecimiento de una nueva lengua de los derechos, por otra parte los matices son de gran envergadura:

- El primero de ellos tiene que ver con su carácter internacional. Evidentemente la Revolución propició un intento de construcción europea, pero por la vía *traumática* de la expansión napoleónica, vía que también se siguió en otros dos intentos que jalonan el paso del Estado liberal al Estado social, y de éste al Estado social y democrático de Derecho (la revolución rusa de 1917 y la barbarie nazi que provocó el segundo conflicto bélico mundial respectivamente). Además, dichos intentos parecían proyectarse más bien desde una perspectiva comparada u horizontal. En nuestro caso, de alguna forma ensayamos una construcción europea, pero desde la vía pacífica, el Derecho (europeo de los derechos humanos) y los valores democráticos; y, además, utilizando el método vertical que propicia la interpretación del sistema europeo de derechos humanos.

- En cuanto a la nueva lengua de los derechos, es pertinente hacer también algún reparo. Ciertamente, puede utilizarse tal denominación a partir de la Revolución francesa por lo que supuso para acabar con el Antiguo Régimen, pero, en sentido estricto, en el mundo contemporáneo la internacionalización y la nueva lengua de los derechos humanos se produce a raíz de la segunda contienda mundial, momento a partir del cual todos los derechos se reconocen sin discriminación alguna. Es más, por lo que respecta al continente europeo, parece que sólo tras la caída del muro de Berlín en 1989 ha quedado conjurado el peligro de una Europa basada en las armas, forjándose una auténtica *Europa del Derecho*¹⁰⁶, que debe consolidar la relación entre el Estado de Derecho y los derechos humanos¹⁰⁷.

Cuando enunciamos el propósito de ensayar una construcción europea, hemos de insistir en que lo hacemos en el sentido (dogmático) de describir los principios y valores comunes (concretados en unos derechos básicos y mínimos) que deben modelar el consenso europeo social y democrático de Derecho. En ningún caso pretendemos abordar la elaboración de una Constitución europea, que siempre topa con casi irresolubles problemas orgánicos de distribución de poderes (por una falta de voluntad política cuyo cambio de orientación es difícil de prever) y que normalmente descuida la consagración de una parte dogmática. Así, los proyectos de Constitución europea presentados en la Unión Europea sucesivamente por Colombo, Oreja y Hermann¹⁰⁸, sin olvidar el famoso

106 En tal sentido se ha expreado R. Badinter, "L'Europe du droit", *European Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 1993.

107 Véase J. Carter, "The Rule of Law and the State of Human Rights", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 4, 1991.

108 El último proyecto constitucional del Parlamento europeo (Resolución de 9 de febrero de 1994, A3-0064/94) recoge el segundo informe de la Comisión de Asuntos Institucionales sobre la Constitución de la Unión Europea, cuyo ponente ha sido el señor Herman.

proyecto Spinelli, no han hallado concreción en la realidad (¿la tendrán algún día?).

Es oportuno recordar de nuevo que utilizamos el método vertical y no el horizontal. No obstante, desde el punto de vista metodológico no podremos obviar, por una parte, una referencia comparada al texto constitucional alemán de 1949, del cual se ha hecho recepción en nuestra actual fórmula del Estado social y democrático de Derecho. Por otra parte, se revelará ilustrativa una alusión a nuestro constitucionalismo histórico y, en particular, a la Constitución que preveía un mayor avance en la consecución de un Estado social, la de 1931.

En definitiva, vamos a tratar de demostrar que la fórmula estatal española es susceptible de verse dotada de contenido conforme a un consenso europeo social y democrático de Derecho que puede extraerse de las exigencias mínimas prescritas por la normativa europea en materia de derechos humanos y por la jurisprudencia que la interpreta¹⁰⁹. Lo cierto es que la fórmula contiene, al margen del sentido teológico ya indicado, un inmenso potencial transformador.

En cuanto a este último aspecto, la doctrina ha afirmado la función transformadora de la sociedad que las Constituciones, en su conjunto, están llamadas a desempeñar. Pues bien, esa función se ve especialmente realzada en el caso del artículo 1.1 CE que participa de esas cláusulas que, como señalara el profesor de Esteban¹¹⁰, posibilitan el progreso social a través de la consecución de ciertos objetivos (fijados por el sustrato constitucional paralelo o coincidente con el consenso europeo social y democrático de Derecho), sin romper la legalidad constitucional. Esa legalidad constitucional hay que predicarla del ordenamiento jurídico en sentido amplio, de tal manera que la función transformadora no sólo se predicaría de la Constitución, sino asimismo del resto del ordenamiento: "los tratados ofrecen también una dimensión interna, como fuente del Derecho español, con la misma *vocación transformadora*

109 Que esos principios comunes existan no significa que la plasmación de la fórmula en el texto constitucional español no tenga sentido, pues dicha plasmación refuerza la realización del consenso europeo (que es un mínimo) en el ámbito interno. Por supuesto, en el ámbito interno, la superación de ese consenso se basa en la acción de los distintos niveles de poder. En este sentido, algunos autores, sin olvidar el papel de los derechos fundamentales como elemento estructurador e integrador del plano europeo y del nacional, han analizado la función de las Comunidades Autónomas en este marco. En particular, véase L. Martín-Retortillo Baquer, "Derechos y libertades fundamentales: estándar europeo, estándar nacional y competencias de las Comunidades Autónomas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7, 1983.

110 Sobre esta función transformadora de la Constitución véase el estudio preliminar sobre "La Constitución en el mundo actual" de J. de Esteban en su obra recopilatoria *Constituciones españolas y extranjeras*, Madrid, Taurus, 1979, vol. I, págs. 19 y ss.

que es propia de las leyes"¹¹¹. Dejamos así cerrado el círculo de nuestros argumentos, justificando una vez más la pertinencia del estudio de nuestra fórmula estatal en torno a esos tratados de *potencial transformador* que comprenden el Derecho europeo de los derechos humanos.

¹¹¹ G. Peces-Barba Martínez, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1984, 2ª ed., cit. pág. 141.

CAPITULO II. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO COMO BASE PARA EL ENTENDIMIENTO DEL CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

SUMARIO:

I.-LA NOCION DE ESTADO DE DERECHO A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE DERECHOS HUMANOS: 1.-Consideraciones preliminares. 2.-Reconsideración de la teoría del Estado de Derecho a la luz de la normativa internacional-europea sobre derechos humanos.

II.-LA EVOLUCION DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO HACIA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: VOCACION INTERNACIONALISTA Y LUCHA POR LOS DERECHOS SOCIALES: 1.-Origen del Estado social de Derecho. 2.-Contenido del Estado social como sistema de normas, de órganos y de fines. 3.-Crisis del Estado social.

III.-EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO COMO CULMINACION DE LA FORMULA ESTATAL: SU INTERNACIONALIZACION A PARTIR DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: 1.-Las aportaciones del Derecho comparado. 2.-La perspectiva del constitucionalismo histórico español. 3.-La consagración en la Constitución española actual. 3.1.-Proceso constituyente. 3.2.-Ordenamiento vigente. 3.3.- La interpretación del sistema constitucional: la labor del Tribunal Constitucional.

IV.-LA NORMATIVA EUROPEA: EL DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO BASE DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTO DEL CONSENSO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO.

I.-LA NOCION DE ESTADO DE DERECHO A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1.-Consideraciones preliminares

Son numerosísimas las obras y trabajos que se han consagrado de forma directa o indirecta al estudio del Estado de Derecho desde sus orígenes hasta nuestros días¹. Sin pretender recapitular lo ya dicho sobre la materia, parece conveniente hacer ciertas referencias doctrinales que nos permitirán hallar el punto de engarce con el elemento a la luz del cual analizamos el contenido de la fórmula estatal del artículo 1.1 CE: la normativa europea sobre derechos humanos.

Intentamos, por tanto, contribuir a la idea y realidad del Estado de Derecho en el marco de un debate ya clásico pero siempre actual. La clásica noción de Estado (tal y como fue elaborada en sus orígenes por Maquiavelo, Bodino, o Hobbes) si bien sigue viva, ha ido sufriendo los avatares de la historia hasta cuajar en la formas contemporáneas de Estado. Por otra parte, el concepto de *Estado*, adjetivado de *Derecho*, se perfiló en el contexto de la Ilustración y del período revolucionario francés de 1789 (fundamentales son, en este sentido, las aportaciones de Locke, de Montesquieu, de Rousseau, o de Kant)², si bien se conviene en el origen alemán del vocablo (*Rechtsstaat*)³.

¹ No olvidemos que el tema se ha constituido en el eje central y ha dado nombre a una disciplina específica (Teoría del Estado), cuyo estudio es indispensable junto al Derecho Constitucional. Así, sin entrar en las obras ya clásicas, es ilustrativa de lo que decimos la más reciente del profesor González Casanova, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Barcelona, Vicens-Vives, 1991, 4a reimpresión. Incluso podría decirse que todas las ramas del Derecho tienen relación más o menos directa, más o menos accidental, con el fenómeno del poder y la temática estatal, si tenemos en cuenta que el mismo Estado tiene su fundamento en el Derecho (Estado de Derecho), pero a la vez es el origen del Derecho. Por su parte, J. Pérez Royo ha expuesto (*Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994, capítulo 2: "El Estado") el lugar ocupado por el concepto de Estado en el Derecho Constitucional: "La Constitución es un instrumento de articulación jurídica del Estado. La Constitución presupone una determinada forma de organización del poder político, sin la cual ella misma no existiría. En la fórmula *Estado Constitucional* el Estado es el sustantivo y Constitucional es el adjetivo" (cit. pág. 37).

² Véase en este sentido M.R. Donnerumma, "Una tematica sempre attuale: lo Stato di Diritto", *Diritto e Società*, Cedam Padova, núm. 1, 1994, pág. 89.

³ La expresión parece que fue acuñada por K.Th. Welcker en su obra *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (1813), y utilizada posteriormente por J.Ch. Freiherr von Aretin en su *Staatsrecht der Konstitutionellenmonarchie* (1824), por R. von Mohl en su *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* (1829) y por FJ Stahl en su *Die Philosophie des Rechts*

El profesor Chevallier ha sintetizado recientemente el origen de la fórmula y sus diferentes matizaciones: "El concepto de Estado de Derecho, que aparece a fines del siglo XIX, primero en la doctrina jurídica alemana y más tarde en la francesa, se forjó por los juristas ante todo para responder a la exigencia de creación del Derecho público: como una máquina de guerra contra la omnipotencia parlamentaria, la teoría privilegia una concepción puramente formal de la jerarquía de las normas, levantando un *impasse* a los valores sobre los que se basa; y este formalismo la aleja de otros esquemas conceptuales, tales como el *rule of law* británico o el *due process of law* americano"⁴.

Como es sabido, según la teoría del Estado de Derecho, los órganos del Estado sólo pueden actuar en virtud de una especie de *habilitación jurídica*, de manera que todo uso de la fuerza física tenga su base en una norma jurídica y por ésta quede limitado. En otras palabras, la teoría se asienta en el sometimiento del Estado al Derecho, lo que se consagra bajo la clásica fórmula de "gobierno de las leyes y no de los hombres"⁵.

En cuanto a su *formulación originariamente formal* (según las concepciones alemana y francesa) la teoría postula, en primer lugar, la sumisión de la Administración al Derecho, una sumisión que debe ser garantizada por la existencia de un control judicial ejercido, ya sea por el juez ordinario (*Justizstaat*), ya por tribunales especiales (*Sondergerichte*). Se postula igualmente, y en segundo lugar, la subordinación de la ley a la Constitución, cuya supremacía requerirá nuevamente la intervención de un juez constitucional en caso de ser ignorada. En la intervención judicial (y, sobre todo, constitucional) es en donde radicará el principal matiz diferenciador entre la concepción alemana y la francesa en sus inmediatos desarrollos, a lo que no fueron ajenas (en cuanto a la segunda) la idea de

(1832). Al penúltimo se suele considerar el padre del término, por haberlo incluido en el título de su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832-1833). Sobre la actualidad de este vocablo en la Ley Fundamental de Bonn actual véase A. Bleckmann, "L'État de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne", *Pouvoirs* (monográfico sobre "La République fédérale d'Allemagne"), núm. 22, 1982.

⁴ J. Chevallier, *L'État de droit*, París, Montcrestien-Clefs/Politique, 1994, 2a ed., cit. pág. 9.

⁵ Es emblemática al respecto la Declaración de Derechos y Forma de Gobierno del Estado de Massachusetts, cuyo Preámbulo la concibe "como la Constitución del Estado de Massachusetts", de 1780. En el artículo 30 de esta Constitución, junto al establecimiento de la separación de poderes se consagra la mencionada fórmula: "En el gobierno de este Estado, el poder legislativo nunca ejercerá los poderes ejecutivo y judicial o uno de ellos; el ejecutivo nunca ejercerá los poderes legislativo o judicial, o uno de ellos; el judicial nunca ejercerá los poderes legislativo y ejecutivo, o uno de ellos; en conclusión, será el gobierno de las leyes y no de los hombres".

Montesquieu del juez como la boca que pronuncia las palabras de la ley y la noción rousseauiana de la ley como obra infalible y suprema, como producto de la voluntad general. Las dos concepciones son útiles a efectos de comprender, respectivamente, el fundamento del *principio de legalidad* y del *principio de constitucionalidad*, a los que oportunamente nos referiremos.

Así, las concepciones occidentales conocieron la imposición de un marcado *formalismo* y de una mayor preocupación por el equilibrio orgánico y el arreglo institucional. En este sentido, el alemán Stahl concibió el Derecho, no tanto como un dispositivo de limitación del poder del Estado y una garantía paralela de un espacio de libertad de los ciudadanos, sino más bien como un medio de organización racional del Estado y de normalización de sus relaciones con los administrados. En Francia, las primeras aproximaciones a la teoría datan de 1911, y se contuvieron en los manuales de Derecho Constitucional de Duguit⁶ y de Esmein; sin embargo, para la recepción del concepto en la traducción literal alemana de *Rechtsstaat* (*État de droit*) habrá que esperar a la aparición de la *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920-1922) de Carré de Malberg, fuertemente influido por el pensamiento jurídico alemán y, en particular, por Laband, a quien sucedió en la cátedra de Derecho Público en la facultad de Estrasburgo tras la Primera Guerra Mundial.

A pesar de lo dicho, *no debe exagerarse el formalismo occidental, puesto que en algún momento coexistieron o se vislumbraron algunas propuestas sustanciales.*

De este modo, en Alemania, con la concepción formal de Stahl esbozada, coexistió la aproximación al *Rechtsstaat* de Von Mohl que, inscrita en una perspectiva liberal y concebida como reacción frente al Estado autoritario (*Obrigkeitsstaat*), perseguía limitar la esfera de acción del Estado para proteger mejor las libertades individuales; por tanto, al inicio también se atisba una noción material de ley, que toma en consideración el contenido del Derecho vigente.

En el país galo, pese a imponerse la concepción puramente formal de la ley que, a partir de Carré de Malberg, se generalizará en la doctrina francesa, inicialmente se atisbó asimismo una aproximación axiológica en la lucha institucional (contra el absolutismo monárquico) de los revolucionarios por construir un orden jurídico jerarquizado: "en la cúspide, los *derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*, que la

⁶ L. Duguit intentó una original reconstrucción de la teoría en su *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I. En Italia, la teoría fue introducida por V. E. Orlando ("Introduzione al diritto amministrativo: i presupposti, il sistema, le fonti", in V.E. Orlando - a cura di: *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I).

Asamblea Nacional *reconoce y declara*: cronológicamente, pero sobre todo ontológicamente, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano constituye el nivel axiológico más elevado, la *ley fundamental de las leyes de nuestra Nación*, que por lo demás se halla dotada de un alcance universal. Por debajo de la Declaración se sitúa la Constitución, que tiene por objeto asegurar la garantía de estos derechos (...) y de realizar la separación de poderes (artículo 16). A continuación, la ley, adoptada por el cuerpo legislativo (...). Finalmente, en la base de la pirámide, los actos emanados del Ejecutivo, que también representa a la Nación y que se encarga de asegurar la promulgación y la ejecución de las leyes. (...) En cuanto a los administradores -cuya función no reviste *ningún carácter de representación* y por ende no pueden pretender *querer por la Nación y expresar la voluntad general*- y a los jueces, no pueden *ni inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes*. La pirámide, pues, formalmente se hace acreedora de un rigor total"⁷.

Sin embargo, como es sabido, el edificio contiene algunas fallas, al estar impregnado por la mística rousseauiana de la ley: esas fallas van desde las constantes remisiones a la ley de la propia Declaración de 1789, hasta la inserción del Ejecutivo en el dispositivo normativo para la producción de normas e incluso de reglamentos autónomos, pasando por la tendencia a asimilar la jerarquía de las normas con la preeminencia de la ley debido al debilitamiento sufrido por el concepto de Constitución (puramente técnico) a lo largo del siglo XIX. Por estas razones, se ha observado que la gran debilidad de la obra revolucionaria reside en la ausencia de reales *garantías* del respeto de la nueva jerarquía de las normas. Esta carencia se explica, lógicamente, a la vez por la creencia profunda en el carácter incontestable de la ley y por la desconfianza en la autoridad judicial, de forma que la teórica supremacía constitucional quedará desprovista en la práctica de un garante supremo.

En cuanto a *las concepciones materiales de corte anglosajón (británica y americana)* y su contraste con las occidentales, de nuevo Chevallier las ha definido meridianamente: según él, la concepción británica del *rule of law* implica, no sólo el principio de la autoridad suprema de la ley (lo que excluye toda idea de supremacía constitucional) y la igualdad de todos ante la ley, sino incluso un cierto número de cualidades sustanciales de la legislación (las leyes deben establecer mandatos para el futuro, ser publicadas, claras, coherentes, estables y, ante todo, previsibles), así como el reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos.

⁷ J. Chevallier, *op. cit.*, págs. 24-25.

Igualmente, en Estados Unidos, el *due process of law* consagrado por la enmienda catorce en 1868, se entenderá progresivamente ya no sólo en el sentido de imponer a las autoridades públicas una cierta forma de actuar (*procedural due process* -por ejemplo, la garantía de un proceso justo-), sino incluso de implicar un cierto contenido de derecho aplicable (*substantive due process*)⁸.

En la órbita anglosajona pueden encontrarse en nuestros días trabajos que, junto a las ventajas de la teoría sustancial del "rule of law", fijan asimismo su mirada en las paralelas virtudes que pueda contener la teoría formal del Estado de Derecho⁹. Es decir, de la misma forma que con el nacimiento de las originarias concepciones occidentales, de cariz eminentemente formal, coexistieron propuestas sustanciales, ahora se percibe un movimiento similar (de carácter pendular), pero esta vez procedente del mundo anglosajón.

Por tanto, cabe concluir que, en la actualidad, se observa una tendencia hacia una especie de *convergencia de las visiones anglosajona y occidental*, de tal modo que en general se pueden considerar sinónimos los términos *Rechtsstaat*, *due process of law*, *rule of law* o *prééminence du Droit (Etat de Droit)*.

Esta conclusión reviste gran alcance, sobre todo en lo que respecta a los dos últimos conceptos, que aparecen mencionados en uno de los marcos básicos de nuestro análisis (el Consejo de Europa), en cuyo seno existen el inglés y el francés como las dos únicas lenguas oficiales (y teniendo presente que una lengua traduce una cultura jurídica). Con el entendimiento precedente se hallan justificadas las asimilaciones

⁸ *Ibidem*, cit. pág. 13.

⁹ En tal línea, puede verse el trabajo de R.S. Summers, "A Formal Theory of the Rule of Law", *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 2, July 1993, págs.127-142. El autor, en relación a las ventajas de la teoría sustancial del *rule of law* señala que ésta "se caracteriza principalmente por el mayor contenido sustantivo que incorpora. Así, incorpora, en diferentes grados, algunas de las siguientes medidas: normas que garantizan un mínimo de bienestar social, por ejemplo, el 'welfare state', normas que aseguran determinadas variables de la economía de mercado, normas que protegen al menos algunos derechos humanos básicos, y normas que institucionalizan la gobernabilidad democrática" (cit. pág. 135). Lo anterior no resta importancia -según el autor- a las aportaciones y virtudes de una teoría formal del *rule of law*: valores como la predictibilidad; la mayor consistencia y congruencia en la metodología interpretativa de las normas, al existir reglas más precisas para emitir un fallo, mejor delimitación del poder del juez para apartarse del precedente, e incluso mayor independencia judicial; minoración de disputas; y legitimidad (págs. 136-141).

conceptuales realizadas en la doctrina española, entre otros, por de Otto¹⁰ o García Pelayo¹¹, de lo que se ha hecho eco asimismo la jurisprudencia constitucional¹².

2.-Reconsideración de la teoría del Estado de Derecho a la luz de la normativa europea sobre derechos humanos

Realizadas las consideraciones precedentes, es más fácil entender las tres versiones del Estado de Derecho sintetizadas por Chevallier, unas versiones que, al fin y al cabo, vienen dotadas de unidad si no se pierde de vista el objetivo último perseguido por todas ellas, tendente a *enmarcar* y *limitar el poder del Estado por el Derecho*: "Este objetivo común esconde, sin embargo, visiones bastante diferentes de la relación entre el Estado y el Derecho: el Estado de Derecho es, bien el Estado que actúa a través del Derecho, en forma jurídica, bien el Estado que queda sometido al Derecho, o bien el Estado cuyo Derecho comporta ciertos atributos intrínsecos; estas *tres versiones (formal, jerárquica, material)* dibujan varias figuras posibles, varios tipos de configuraciones del Estado de Derecho. Por lo

¹⁰ I. de Otto (*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1ª reimpresión, 1989, cit. págs. 129-130) ha observado que, pese a las diversas formulaciones del Estado de Derecho, desde un cierto punto de vista hay un elemento común en el continente europeo si se le compara con las islas británicas y con los Estados Unidos de Norteamérica: "A diferencia de lo ocurrido en Estados Unidos, donde desde el principio se muestra una actitud de recelo frente al legislador y se pretende asegurar la supremacía de la Constitución frente a la ley y a cualquier fuente del Derecho, en Europa de lo que se trata es ante todo de asegurar la supremacía de la ley, de crear el Estado de la *legalidad* asegurando a la ley la posición superior en el ordenamiento. Tal es el designio del principio francés del *imperio de la ley* como expresión de la voluntad general, sin duda la más importante en la historia del Derecho público europeo; pero al mismo resultado conduce la doctrina inglesa del *rule of law* y la construcción alemana del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*)".

¹¹ Al estudiar "El Derecho Constitucional del Reino Unido" (Capítulo 8, págs. 431-490), M. García Pelayo (*Derecho Constitucional Comparado*, en sus *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, vol. I, págs. 223-734) se expresa en estos términos: "Ligado al problema de garantía de los derechos individuales está otro principio de la Constitución británica: el *rule of law*, es decir, el gobierno o imperio del Derecho. De un modo general, este *rule of law* tiene para Inglaterra el significado que tiene el 'Estado de Derecho' para el liberalismo continental; es decir, que mandan y gobiernan las leyes y no los hombres". (cit. págs. 454-455).

¹² Véase al respecto E. García de Enterría, "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984.

demás, la teoría guarda una relación estrecha, aunque reversible, con la realidad jurídico-política"¹³.

En coherencia con el enfoque mantenido en este trabajo, compartimos la necesidad de considerar la teoría del Estado de Derecho, en la actualidad, a la vista del orden internacional: "El Estado de Derecho se ha convertido tras los años ochenta en una de las referencias principales del discurso político. (...) Pero lo más sorprendente es que el tema se ha *mundializado*, alcanzando progresivamente al conjunto de los sistemas políticos. Todo Estado que se precie de serlo, debe ahora glorificarse con los colores armoniosos del Estado de Derecho, que aparece como una etiqueta necesaria en el plano internacional. (...) El Estado de Derecho se presenta en las sociedades contemporáneas como una verdadera *exigencia axiológica*, de la que depende la legitimidad política"¹⁴. Haciéndonos eco de esta necesidad, creemos que esas tres versiones efectivamente vienen a confluír, y de manera más clara, si las reconsideramos a la luz de la normativa europea sobre derechos humanos.

A) Las tres versiones del Estado de Derecho: formal, jerárquica y material

Por lo que respecta a la versión formal, debe hacerse notar que el Derecho objetivo coincide con las normas que reconocen derechos subjetivos, de forma que hoy no puede verse al primero como el mero resultado de la organización institucional de los poderes y de la relación que éstos tienen con los ciudadanos, haciendo caso omiso del contenido de ese Derecho¹⁵. Así por ejemplo, si bien en el ámbito europeo el TEDH no posee competencia para declarar contraria al CEDH *in abstracto* la legislación nacional, sí tiene en cambio la posibilidad de hacerlo si tal

¹³ J. Chevallier, *op. cit.*; pág. 11.

¹⁴ *Ibidem*, cit. pág. 7. Chevallier pone el acento en el Derecho comunitario al hablar de la integración del Derecho internacional: "Con la aplicación directa del Derecho comunitario, el Estado de Derecho cambia de dimensión: en efecto, el proceso de integración comunitaria tiende a superponer a los órdenes jurídicos nacionales un orden jurídico supranacional, cuyo respeto viene confiado a jurisdicciones específicas; *la lógica del Estado de Derecho desborda por tanto el marco del orden jurídico interno*" (cit. págs. 97-98).

¹⁵ El profesor Desantes Guanter (*La información como derecho*, Madrid, 1974, cit. pág. 227) lo ha expresado con claridad en relación al derecho de información: "La finalidad del Derecho de la información no puede ser otra que la de hacer posible el derecho a la información. Todo lo que suponga un obstáculo para el desarrollo del derecho subjetivo a la información ha de ser contrario al Derecho objetivo de la información y, en consecuencia, desde el punto de vista social es desintegrador".

legislación da cobertura a violaciones de los derechos subjetivos contemplados convencionalmente en el marco de un caso concreto¹⁶.

En cuanto a la versión jerárquica, es preciso subrayar que, interpretado el Estado de Derecho en el ámbito del sistema de derechos humanos, las cuestiones de rango quedan relegadas a un puesto secundario, toda vez que el orden nacional y el internacional prevén la aplicación de las normas (ya sean leyes, ya sean tratados) más favorables para la realización de los derechos fundamentales, con independencia del lugar que ocupen en el sistema de fuentes. Por tal razón, no entramos a estudiar la posición de los tratados en el orden interno español.

En tercer lugar, en relación a la versión material, es obvio que el propio Derecho ha de poseer atributos o valores intrínsecos, uno de los cuales reviste una importancia particular: nos referimos a la igualdad, que se desprende de la misma noción de la Ley como norma abstracta o general. De tal suerte que la nota de generalidad ha conducido asimismo a pronunciar en determinados casos la no conformidad de normativa nacional con el principio de igualdad del CEDH¹⁷.

B) Las dimensiones paralelas a las tres versiones del Estado de Derecho: sistema de normas, de órganos y de fines

Al hilo de lo anterior, las tres versiones adquieren unidad con un cabal entendimiento del Estado de Derecho, que en el momento presente no puede dejar de verse desde una triple dimensión: como *sistema de normas*, como *sistema de órganos* y como *sistema de fines*. Estas tres dimensiones guardan relación, respectivamente, con cada una de las versiones estudiadas. Así configurado el Estado de Derecho, el *sistema de normas* actúa respecto a un territorio y a una población con arreglo a dos principios: de un lado, *el genérico de seguridad jurídica* y, de otro, *el específico principio de juridicidad*, éste desdoblado a su vez en los

¹⁶ Un claro ejemplo de ello lo brinda el caso *Olsson contra Suecia*, sentencia del TEDH de 24 de marzo de 1988, serie A, núm. 130. En este asunto se examinó el alcance de la legislación sueca sobre la tutela de menores. En concreto, el TEDH declaró que la asunción de la guarda y custodia de niños por las autoridades públicas en centros de acogida era contraria al derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 CEDH). Pese a que la ley sueca controvertida se expresaba "en términos bastante genéricos" y confería un "amplio margen de apreciación a las autoridades", no era inconvencional; pero, en el caso concreto, las medidas adoptadas fueron consideradas innecesarias en una sociedad democrática.

¹⁷ Significativa al respecto es la sentencia pronunciada por el TEDH en el caso *Marckx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979, sobre el estatuto de los hijos legítimos y naturales en el Estado demandado, serie A, núm. 31.

principios de constitucionalidad y de legalidad. Por su parte, el *sistema de órganos* asegura coactivamente la aplicación de las normas, a las que dichos órganos quedan a su vez sujetos para evitar el abuso de poder. Por último, el *sistema de fines* persigue la consecución de la libertad, una deseable libertad igual para todos que reúne una triple vertiente de acuerdo con los valores que sirven de base a nuestro estudio: un espacio de autonomía y de participación (derechos civiles y políticos, como derechos de libertad), una dimensión prestacional (derechos sociales, económicos y culturales, como derechos de igualdad), y un ámbito de solidaridad (con garantía de derechos de tal carácter).

El paralelismo entre las tres versiones y las tres dimensiones se percibe en los siguientes aspectos:

Primero. Relativización de la versión formal- La versión formal queda relativizada si tomamos en consideración que el sistema de normas queda integrado a través de cláusulas que operan llamadas a la interpretación conforme a determinados contenidos mínimos: en el caso de los derechos humanos es paradigmático el llamamiento del artículo 10.2 CE a la Declaración Universal de 1948 como código internacional básico de conducta, así como a los demás tratados internacionales sobre la materia ratificados por España. Queda claro, pues, que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución (como Derecho objetivo) reconoce, se interpretarán de conformidad" con los derechos subjetivos reconocidos por la Declaración Universal y los demás tratados pertinentes. La circunstancia de que la versión formal quede realizada si se combina con la material, esto es, si no se olvida que el Derecho objetivo y los derechos subjetivos no son realidades diferentes, ha sido destacada por el propio TC, al declarar que el recurso de amparo no sólo se perfila como un mecanismo de defensa subjetiva (de los derechos subjetivos) consagrados en la Constitución, sino asimismo como un mecanismo de defensa objetiva del ordenamiento constitucional en su conjunto (del Derecho objetivo)¹⁸.

Segundo. Relativización de la versión jerárquica- La versión jerárquica se relativiza igualmente de relatividad desde la perspectiva del sistema de órganos: en el ámbito del sistema de derechos humanos, los

¹⁸ A través de dicho recurso, el supremo intérprete de la CE se erigiría al tiempo en la pieza de cierre de la protección subjetiva de los derechos constitucionales y de la defensa objetiva de la Constitución, afirmando el principio de constitucionalidad. Esta consideración queda patente en la STC 54/1986, de 7 de mayo: "cabe cuestionar a través de esta vía -del recurso de amparo- la legitimidad constitucional de las normas cuya correcta aplicación judicial se considera lesiva para alguno de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza" (FJ 1º). Sobre esta doctrina del TC, véase el artículo de M. Aragón Reyes, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, mayo-agosto 1986.

órganos del CEDH no son superiores a los internos, sino sencillamente complementarios y subsidiarios. Por ello, con razón se sostiene que el TEDH no es una instancia más o un órgano de apelación. Cada órgano interpreta el Derecho que a la vez determina la esfera de su competencia; así, el TEDH es el máximo intérprete del CEDH¹⁹; por su parte, el TC, sin erigirse en una tercera instancia jurisdiccional, es el "intérprete supremo" de la CE²⁰.

Y tercero. Relativización de la versión material- De igual forma, la versión material se relativiza si se tiene en cuenta que el formalismo no debe ceder frente a cualquier fin, sino frente a los fines legítimamente establecidos por el propio ordenamiento (en el nuestro, los valores y principios mencionados, con especial énfasis en la libertad, la igualdad y la solidaridad). Ello justificará, por ejemplo, un recurso de inconstitucionalidad por infracción de valores, con objeto de expulsar del ordenamiento aquellas leyes o disposiciones con rango de ley que sean contrarias a los mismos. Si se trata de valores extraconstitucionales o incluso constitucionales pero entendidos en un sentido metajurídico, el principio de seguridad jurídica (la versión formal, por tanto) impedirá tal operación²¹, pues además, ante la ausencia de fines reconocidos, faltará la base legitimadora, que no podrá completarse ni por la interpretación ni por la integración ya estudiadas.

Recapitemos: La complementariedad de las tres dimensiones hace posible que el sistema de fines determine el contenido de las normas, así como la actuación de los poderes. Por otro lado, el carácter dinámico del sistema de fines permite apuntar la evolución del Estado de Derecho: los fines han marcado el paso de éste al Estado social de Derecho, y de esta última forma a la actual del Estado social y democrático de Derecho. Por último, este dinamismo justifica la interpretación integral de la fórmula estatal, magistralmente expuesta por Garrorena.

II.-LA EVOLUCION DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO HACIA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: VOCACION INTERNACIONALISTA Y LUCHA POR LOS DERECHOS SOCIALES

Se suele afirmar que el Estado social, "como descendiente directo del Estado liberal, no va a negar sus notas sino que las adapta a sus

¹⁹ No otro sentido tiene el artículo 52 CEDH cuando establece que "la sentencia del Tribunal será definitiva".

²⁰ Así lo establece el artículo 1º de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

²¹ Cfr. STC 20/87, de 19 de febrero de 1987, FJ 4.

propios fines; aunque ello, ciertamente, comporte en algunos casos la mutación radical de los planteamientos liberales"²². Si esto es así, parece lógico que sigamos las líneas argumentales trazadas en el apartado anterior. En primer lugar, nos referiremos al origen de la fórmula; a continuación, analizaremos su contenido siguiendo el esquema basado en las versiones formal, jerárquica y material, en paralelo respectivamente con la consideración del sistema de normas, del sistema de órganos y del sistema de fines, y ello bajo la re-consideración de la fórmula a la luz de la normativa europea sobre derechos humanos; y por último ofreceremos unas ideas sobre la *crisis* del Estado social, lo que nos dará pie para adentrarnos en su sucesor: el actual Estado social y democrático de Derecho.

1.-Origen del Estado social de Derecho

En el origen de la fórmula, como ha notado Garrorena Morales, se planteó un dilema secular de la izquierda entre quienes pretendían la transformación "desde" el Estado y los que querían propiciarla "frente" al Estado, una actitud de "estatismo" (aproximación de la socialdemocracia a la institución estatal) o de "antiestatismo" (ortodoxia marxista partidaria de la extinción del Estado).

En cualquier caso, parece que la fórmula "Estado social" fue acuñada por Herman Heller en su obra *Rechtsstaat oder Dictatur?* (1929). El prestigioso iuspublicista alemán era miembro del Partido Socialdemócrata de su país, circunstancia reveladora de que la fórmula se nos ha legado en el mundo occidental como la consecución de un proceso pensado desde el Estado, y no frente al Estado²³. Es más, buscando explicaciones más remotas se ha observado que bastantes décadas antes, durante la revolución de 1848, se escuchó por vez primera el grito de

22 R. Sánchez Ferriz, *Introducción al Estado...*, *op. cit.*, pág. 144.

23 Según A. Garrorena Morales (*op. cit.*, pág. 34), no es ocioso recordar que ya dos años antes (en 1927) "bajo el influjo de las construcciones elaboradas al hilo de la Constitución de Weimar, Fernando de los Ríos, miembro ya del Partido Socialista Obrero Español, había hablado entre nosotros -en una conferencia pronunciada en la Universidad de Ginebra en el verano de 1927 y precisamente en un párrafo al que antecede una reivindicación de Lassalle frente a Marx- de la necesidad de establecer las bases de un *constitucionalismo social* " (pueden verse estas disquisiciones en F. de los Ríos, "El sentimiento del humanismo en la evolución social", recogido en sus *Escritos sobre democracia y socialismo*, edición de V. Zapatero, Madrid, 1975, págs. 127 y ss.).

"Vive la République démocratique et sociale!", expresión en la que el adjetivo "social" ya aparecía calificando a la forma de Estado²⁴.

Pese a todo, no hay que despreciar la aportación dialéctica del marxismo, sin perjuicio igualmente de su aplicación más o menos ortodoxa en el antiguo bloque socialista. De sobra conocida es la crítica marxista al Estado liberal de Derecho, en el sentido de que las libertades burguesas (pensemos en la libertad de prensa)²⁵ no podían disfrutarse sin discriminación, dado que se trataba de libertades únicamente ejercitables por quienes disponían de medios para ello. La supresión de la propiedad privada de los medios de producción habría de hacer desaparecer tal discriminación. Ciertamente, así se imponía una igualdad desconocedora de la libertad, como reacción al anterior favorecimiento de la libertad haciendo caso omiso de la igualdad²⁶.

Abendroth ha puesto de relieve igualmente el papel de Heller como formulador de la expresión "Estado social" frente al otro extremo político. En efecto, la República de Weimar, a tenor de su Constitución de 1919 carecía de etiqueta alguna al respecto, de tal suerte que se hacía necesaria la resolución de la eventual tensión entre unos derechos fundamentales de carácter liberal muy claramente formulados y todo un complejo normativo de carácter social, que incluía incluso una disposición que hacía posible (al menos, teóricamente) la socialización de todos los medios de producción (artículo 156)²⁷ y la idea del *soviet* en forma de

24 Tales explicaciones las comparten D. Cauté, *Las izquierdas europeas desde 1789*, Madrid, 1965, pág. 40, y F. Ponteil, *La revolución de 1848*, 1966, pág. 151 (citados por A. Garrorena Morales, *ibidem*, pág. 31).

25 Véase E. Alvarez Conde, "Algunos aspectos del régimen jurídico de la Prensa", *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991.

26 Sobre la aplicación ortodoxa de la dialéctica marxista se ha expresado K. Doehring ("Estado social, Estado de Derecho y orden democrático", en W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring, *El Estado social*, *op. cit.*, pág. 168): "Aquellos sistemas filosófico-políticos que se basan en una concepción materialista, como es la de los Estados socialistas y la de los comunistas y sus correspondientes órdenes sociales, el contenido de la igualdad de oportunidades se hará consistir necesariamente en el establecimiento de iguales relaciones económicas. Esto es, en *igualdad de oportunidades retributivas*. Con ello queda eliminado el concepto de libertad "(...). Esto nos trae a la mente el caso de un profesor polaco que, debido a esa igualdad retributiva, llegaba un momento en que una vez alcanzado su salario medio gracias a actividades extrauniversitarias, rechazaba -por ejemplo- dar conferencias, pues la retribución por éstas se la quedaba el Estado, con lo cual se lograba el efecto de desincentivar el trabajo.

27 En España contamos con un precepto semejante (artículo 129.2 CE): "Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También

autogestión y de participación de los trabajadores en la dirección de la fábrica. Sin embargo, estas reglas socializadoras eran una concesión vacía de contenido en favor de las clases trabajadoras, pues en la realidad, la República de Weimar seguiría siendo una república liberal. Esto se corroboró desde dos frentes complementarios: por una parte, la jurisprudencia de la República de Weimar, que vació de contenido las citadas cláusulas socializadoras al afirmar que se trataba de "fórmulas programáticas"; por otra parte, "la Ciencia Jurídica de este período, sobre todo la gran mayoría de los constitucionalistas, que se colocó del lado de la extrema derecha, esto es, al lado de aquellas fuerzas que querían eliminar no sólo el aspecto social, sino el carácter democrático de la Constitución del Reich"²⁸.

Frente a tan conservadoras jurisprudencia y doctrina, "la oposición vino en primer lugar, del lado científico y en concreto desde el ámbito de la interpretación constitucional. Fue mérito del constitucionalista Herman Heller demostrar que el verdadero contenido de la Constitución de Weimar tenía que ser caracterizado desde esa fórmula de democracia social en la forma de Estado de Derecho, y que era misión de la Ciencia Jurídica, así como de la clase trabajadora, actuar en favor de la realización de esa exigencia constitucional"²⁹.

El llamamiento helleriano, trasladado a nuestros días, no puede ser más explícito en cuanto a la validez del estudio de la jurisprudencia y de la obligada producción dogmática de los juristas, a efectos de interpretar el contenido de la fórmula de nuestro artículo 1.1 CE. Además, Abendroth ha apuntado la virtualidad que para despejar el contenido de la fórmula estatal alemana recogida en los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental posee el sistema de derechos fundamentales³⁰. A ello habría que añadir la necesidad de completar el sistema de derechos desde la perspectiva internacional, para no ceñirnos al estricto sistema de derechos constitucionales.

establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción".

28 W. Abendroth, *op. cit.*, pág. 19.

29 *Ibidem*, cit. pág. 20.

30 *Ibidem*: "En el sistema de derechos fundamentales se configuraron, al lado del artículo 15 de la socialización y del artículo 9.3 que garantiza la libertad de sindicación, posiciones fundamentales que ponían de manifiesto que esa fórmula no quiso ser utilizada como un mero letrado carente de significación y sentido, sino que la regla básica de los artículos 20 y 28 afectaba a la interpretación de los demás artículos constitucionales, incluido todo el sistema de derechos fundamentales, y que, además, ofrecía la posibilidad de dejar a la decisión democrática del pueblo la determinación de la estructura social y económica de Alemania".

Por otra parte, pensemos que desde el propio origen se tiene en cuenta el elemento internacional, a tenor de la famosa consigna revolucionaria: "Proletarios de todas las naciones. ¡Uníofos!" De la misma forma que nos hemos referido al carácter universal de la Revolución (burguesa) francesa, no cabe olvidar la vocación internacionalista del movimiento proletario, por lo que no es casualidad tampoco que el maestro García Pelayo haya estudiado la problemática del Estado social en el contexto de las transformaciones del "mundo" contemporáneo. Tal lucha internacional se centraba (esta vez) en la consecución de los derechos socio-económicos. No en vano, coincidiendo en fecha con la revolución rusa, en la otra parte del planeta, en el continente americano, tuvo nacimiento el constitucionalismo social merced a la promulgación de la Constitución mejicana de 1917.

Por último, como ha recordado la profesora Sánchez Ferriz, utilizando expresión forsthoffiana, "la *procura existencial* no se agota en las medidas tomadas en favor de las clases necesitadas, sino que se extiende a la generalidad de los ciudadanos, ya que a todos alcanza la 'menesterosidad social' y a todos afecta la estabilidad del sistema neocapitalista"³¹. Este planteamiento se entiende mejor si, siguiendo el espíritu que anima este trabajo, nos situamos en la perspectiva del Estado internacionalmente integrado. De esta forma, si en los inicios de la reacción frente al Estado liberal, el Estado social propugnaba medidas en favor de las clases trabajadoras como abanderadas de la revolución proletaria, ahora las medidas pueden ir destinadas incluso a un sector del empresariado (el sector, por así decirlo, "más necesitado"). Nos explicamos: si pensamos en el mercado interior sin fronteras de la Comunidad Europea, la realización de la libre concurrencia y de las distintas libertades de circulación podría conducir a situaciones de desigualdad de la pequeña y mediana empresa en relación al gran empresario comunitario, por lo que se podrían arbitrar formas de subvención en favor de aquéllas. Obviamente, también habría que controlar estas ayudas estatales, para que la acción de los poderes públicos no anulara las citadas libertades. De manera indirecta, lógicamente, las medidas también repercutirían de forma positiva en los trabajadores, especialmente si tenemos en cuenta que en la mayoría de países (y España entre ellos) prevalece la pequeña y mediana empresa sobre la de gran tamaño y que, por tanto, aquéllas ocupan a un gran número de empleados³².

31 R. Sánchez Ferriz, *op. cit.*, pág. 147.

32 Véase al respecto la *sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 1994 en el caso Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recopilación de la Jurisprudencia del TJCE, 1994-9, págs. 4103 y ss)*, dictadas en los asuntos acumulados C-278/92, C-279/82 y C-280/92, relativos a ayudas financieras otorgadas por un Estado miembro a empresas públicas del sector textil y del sector del calzado (en concreto se trataba de Mediterráneo

2.-Contenido del Estado social como sistema de normas, de órganos y de fines

A) Sistema de normas

En cuanto *sistema de normas*, el Estado de Derecho ha experimentado importantes modificaciones en el Derecho objetivo por efecto del sello social con que se han imprimido los derechos subjetivos (de nuevo aparece la conexión entre el Derecho objetivo y los derechos subjetivos). Sin perjuicio de una mayor especificación cuando hablemos de la jurisprudencia del TC en la materia, vale la pena avanzar (por su proyección social) la denominada faceta o vertiente institucional de los derechos fundamentales, que ha permitido construcciones como la de los derechos preferentes³³, o la expulsión de normas del ordenamiento por vicio de inconstitucionalidad al infringir el valor igualdad. Tampoco cabe obviar la emanación de leyes *administrativizadas* o el continuo quehacer normativo-legislativo del Ejecutivo suplantando a veces al Legislador, ya sea por el uso ordinario de los *Decretos-leyes* o por la continua *delegación legislativa* del Parlamento para que el Gobierno edicte *Decretos-Legislativos*.

Técnica Textil, S.A., Industrias Mediterráneas de la Piel -Imepiel-, y de G.T.E. -General Textil España, S.A.-: el conflicto se presenta entre la justificación de dichas ayudas (ya por tratarse de ayudas destinadas al desarrollo de determinadas regiones, ya de ayudas otorgadas a la explotación de empresas en dificultades) y el eventual perjuicio a la competencia y a los intercambios entre Estados miembros. El TJCE halló justificadas las ayudas a la primera empresa mencionada, no a las otras dos, desestimando los recursos C-279/92 y C-280/92, sobre la base de su jurisprudencia en la materia (apartado 40): "De la jurisprudencia del Tribunal resulta que cuando una ayuda estatal fortalece la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ésta en los intercambios intracomunitarios, dichos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda. (...) En efecto, cuando un Estado miembro concede una ayuda a una empresa, la producción interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de exportar sus productos hacia el mercado de dicho Estado miembro".

³³ Esta concepción, a su vez, ha provocado una modificación de la concepción del Derecho Penal en lo relativo a los delitos contra el honor. Véase la exposición de esta concepción en M. Martínez Sospedra, "Posición preferente y sistema de derechos fundamentales", *Revista General de Derecho*, núms. 574-575, 1992. La importación de esta concepción norteamericana ha sido criticada por la doctrina española, especialmente en relación a la eficacia irradiante de determinados derechos como el de información: en este sentido R. Sánchez Ferriz, "El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", y T. Vives Antón, "La libertad de expresión e información: límites penales", ambos en *El derecho a la información*, núm. 1, Zaragoza, Cuadernos Lucas Mallada, 1995.

Al margen de lo anterior, hay que tener en cuenta que la propia Constitución es un buen ejemplo de Norma que contiene normas, relativos no sólo a *derechos fundamentales prestacionales* propios del Estado social (realzan el valor igualdad), sino igualmente a *derechos fundamentales de libertad con faceta prestacional*, es decir, de derechos de libertad que han sido dotados de un contenido social subsidiario. Esta es la distinción propuesta por Cossio Díaz³⁴ a la luz de la jurisprudencia constitucional: entre estos últimos menciona, por ejemplo, algunas manifestaciones del derecho a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 CE (que conlleva la alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre por las autoridades públicas), la libertad ideológica y religiosa del artículo 16 CE (que implica la asistencia religiosa facilitada por el Estado en los cuarteles militares es ilustrativo) o el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE (que ampara la asistencia gratuita de letrado o un intérprete lingüístico en el procedimiento). Entre los primeros cita el derecho de huelga del artículo 24 CE, el derecho al trabajo del artículo 35 CE o el derecho a la negociación colectiva laboral del artículo 37 CE.

En síntesis, como expone Sánchez Ferriz, "a partir de la libertad es posible un enfoque unitario de todas las libertades públicas y de todos los derechos sin perder de vista que, en el nivel ya alcanzado por los regímenes democráticos, ello sólo debe hacerse desde una concepción, también actual, de la libertad: la única posible en un Estado social y democrático de Derecho que postula el abandono, o la suspensión, de la libertad formal reconocida por las Constituciones del Estado liberal burgués; (...) éste entendía la libertad como un presupuesto de la dignidad humana. Hoy, en cambio, sabemos que no cabe siquiera hablar de libertad cuando se carecen de las condiciones mínimas para un desarrollo vital digno"³⁵.

B) Sistema de órganos

Por lo que se refiere al *sistema de órganos* y a la visión jerarquizada, es incuestionable que la aparición del Estado social ha influido decisivamente en la parte orgánica de las Constituciones: el fortalecimiento del Ejecutivo en detrimento del Legislativo constituye su expresión más aclaratoria. Como ejemplo de esa inversión o movimiento

34 J. R. Cossio Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, op. cit., véase especialmente capítulo V ("Derechos fundamentales y prestaciones en la jurisprudencia constitucional"), págs. 173 y ss.

35 R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2a ed., 1995, pág. 49. Por lo demás, la autora dirá con el profesor de Otto que esta eficacia de la libertad ya no puede venir referida únicamente a los derechos de prestación sino, incluso, a las más tradicionales libertades de autonomía.

basculatorio, puede citarse la legislación de urgencia (no nos referimos a Estados excepcionales) emanada del Ejecutivo, que se ha convertido en tarea ordinaria. En cuanto al elemento social, pensemos en la polémica expropiación o nacionalización en el *caso Rumasa*: en el fondo del asunto se discutió la justificación o no de la preponderancia de un órgano (el Gobierno) frente a otro (el Parlamento): ¿la medida gubernamental afectaba a un derecho fundamental y, por ello, hubiera precisado de Ley -en su caso, orgánica- en lugar de Decreto-ley?)³⁶.

La mayor presencia del Ejecutivo ha venido condicionada en gran medida por el progreso de la técnica y el nuevo modo capitalista de acumulación³⁷.

Por último, las nuevas relaciones en el sistema de órganos, con clara preponderancia del Ejecutivo sobre el Legislativo como tendencia generalizada desde fines de la Segunda Guerra Mundial, han venido propiciadas por la intensificación del elemento social del Estado. Ello ha provocado, como ha expuesto el profesor de Cabo, efectos en las instituciones representativas, desde el Parlamento hasta los sindicatos y la patronal, pasando por los partidos políticos, actores todos ellos que se han visto desplazados del juego político³⁸.

C) Sistema de fines

En relación al *sistema de fines*, el Estado social también ha afectado a la parte dogmática de las Constituciones, de suerte que se ha otorgado una clara prevalencia al principio de igualdad, hallando su plasmación lógica en el reconocimiento de los derechos sociales (derechos de igualdad). Ahora bien, hay que hacer notar que "el Estado social no pretende negar los *valores y fines* del Estado liberal (la libertad y la igualdad del individuo); al contrario, los asume y trata de hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material; así se entiende que

36 Sobre este caso, Torres del Moral ha significado (*Estado de derecho y democracia de partidos, op. cit.*) que supuso un *quebrantamiento* de la Constitución, por afectar al sistema de normas (se precisaba según él una ley orgánica y no un decreto-ley, al estar en juego el derecho de propiedad) y al sistema de órganos (el Gobierno suplantó al Parlamento) constitucionalmente establecidos. Sobre el *caso relativo al grupo Rumasa* véanse las SSTC 67/1988, de 18 de abril, y 6/1991, de 15 de enero.

37 Véase A. J. Porrás Nadales, "La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado postsocial", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, abril-junio 1987. Con carácter general, véase A. Bar Cendón y otros, *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Diputación, 1985.

38 Véase C. De Cabo Martín, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986, págs. 60-61.

no cabe realizar la *libertad si su reconocimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real*"³⁹. El Estado social consigue sus fines por obra de su función impositiva; a través del sistema de tributos procede a una *nivelación social* tendente a corregir los desequilibrios que desfavorecen a los grupos más vulnerables, es decir, redistribuye la riqueza. Por esta razón se ha dicho que el Estado social es un *Estado de tributos*, vocablo que se incluye entre una variopinta terminología más o menos sinónima⁴⁰.

En realidad, si se ponen en relación las tres visiones (formal, jerarquizada y material) y se reconoce que el Estado social ha operado una extensión del sistema de normas, un fortalecimiento de uno de los componentes del sistema de órganos (el Ejecutivo) y un ensanche del sistema de fines, puede afirmarse que la tensión dialéctica Estado-Derecho se ha acentuado. La base legitimadora ciertamente se ha ampliado, pero el intervencionismo que caracteriza al Estado social, ha inclinado la balanza hacia el Estado en detrimento del Derecho, de tal forma que aquél sigue teniendo conciencia de constituir el origen del Derecho (y de ahí la proliferación de normas y medidas interventoras), pero ha olvidado que también tiene sus propios límites en el Derecho.

En este contexto es en el que debe situarse el cambio operado en la idea de Constitución al que aludíamos, así como el paralelo problema de "la nueva legitimidad generada por el Estado social y la incapacidad del Derecho Constitucional para mantenerla" a la que se refiere Sánchez Ferriz⁴¹. Estimamos que actualmente, las disfuncionalidades no corregidas por el Estado social están suponiendo un retroceso en esa nueva legitimidad, con lo que quizá se ha hecho más necesario que el Derecho Constitucional *muestre su capacidad* para mantenerla y, en su caso, recuperarla. Para lo cual se necesita superar una concepción restringida (por positivista) del Derecho Constitucional (no reconduciéndolo exclusivamente al texto de la Constitución), y extraer las máximas consecuencias de la función transformadora de la Constitución y de la realidad que regula a la vista de las exigencias nacionales e internacionales. Quizá la normativa europea *presente aptitud* ante los retos para los que aparentemente no está prevista la Constitución; si después de utilizar la integración y la interpretación, la Constitución se sigue revelando *incapaz*, la adaptación a las nuevas circunstancias requerirá una reforma constitucional.

39 R. Sánchez Ferriz, *op. cit.* pág. 145.

40 Entre otros términos, se utilizan: Estado administrador o de administración, Estado benefactor, Estado providencia, Estado del bienestar, Estado de distribución o repartición, Estado de prestaciones, etc.

41 R. Sánchez Ferriz, *op. cit.*, pág. 149.

3.-Crisis del Estado social

Para referirse a la *crisis* del Estado social, no puede perderse de vista que dicha fórmula estatal fue adulterada en sus orígenes por una visión conservadora: en efecto, como precursor del término se ha citado a Lorenz von Stein y su "monarquía social" o "Estado social monárquico", mediante el que propugnaba una igualdad de derechos pero con mantenimiento de las instituciones tradicionales. A través de la ficción de la igualdad de derechos se evitaba que las fuerzas sociales se apoderasen del Estado.

En nuestros días, esta *crisis* ha sido analizada de manera brillante por de Cabo⁴², en el seno de un debate que ha dado lugar a una abundante bibliografía (de parte de ella dimos cuenta en el capítulo I). Tras estudiar en el orden histórico-político y en el económico el concepto de crisis, el profesor De Cabo sostiene su inadecuación a las circunstancias actuales. Por ello, prefiere utilizar el de *nueva fase del capitalismo desarrollado*, que en su opinión es una noción "nada imaginativa ciertamente pero expresiva de una novedad cuyo resultado final no conocemos (...) que incluye un también nuevo modo de interrelación entre economía y política, y que por tanto demanda las correspondientes adecuaciones del Estado"⁴³.

En fin, una de las críticas más acerbas a nuestro Estado actual ha sido formulada por Riudavets, que tras comprobar el incumplimiento de los objetivos sociales marcados en la CE, lo ha tilado de *Estado anti-constitucional*⁴⁴.

42 C. De Cabo, *La crisis del Estado social*, op. cit.

43 *Ibidem*, pág. 14.

44 F. Riudavets: "Crítica del Estado de Derecho", *Hespérides-Revista de estudios del proyecto cultural Aurora*, Vol. I, núm. 4/5, primavera/verano 1994,. Aunque el autor se refiere a Estado de Derecho, hemos de entenderlo como una referencia genérica que realmente se refiere al calificativo social, pues analiza el incumplimiento de las obligaciones sociales por parte del Estado. Resume su diagnóstico en la pág. 29: "El incumplimiento de sus objetivos sitúa, paradójicamente, al Estado de Derecho como Estado anti-constitucional. Si repasamos la Constitución española podemos señalar las siguientes violaciones de la Constitución por el Estado. El artículo 15 garantiza el derecho a la vida y a la integridad de "todos", pero el Estado no puede reducir la delincuencia, permite el aborto, queda desbordado por la droga y el terrorismo. El artículo 24 garantiza la protección judicial de los derechos, mientras que los juzgados quedan sepultados por el gigantesco terremoto de actitudes ilícitas en lo civil, en lo penal o en lo laboral. También se viola el artículo 31 gracias al gasto público ineficaz y pródiga administración; o los artículos 35 y 40, manteniendo un paro galopante; o el artículo 43, desprotegiéndose la salud (listas de

III.-EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO COMO CULMINACION DE LA FORMULA ESTATAL: SU INTERNACIONALIZACION A PARTIR DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

1.-Las aportaciones del Derecho comparado

Es preciso destacar, en primer lugar, los ya mencionados artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn, en cuanto inspiraron al constituyente español al consagrar la fórmula del artículo 1.1 CE. El artículo 20.1 acoge la fórmula del *Estado federal democrático y social*⁴⁵, y el artículo 28.1, la del *Estado de Derecho social y democrático*⁴⁶. En su conjunto, como ha manifestado Abendroth, la Ley Fundamental concibe la fórmula como "núcleo verdaderamente esencial (...) de modo que en virtud del artículo 79.3 tiene por inadmisibles toda modificación constitucional que pueda afectarla"⁴⁷.

Como vimos, Abendroth ha destacado el papel del sistema de derechos fundamentales para colmar el contenido de la fórmula estatal en Alemania, especialmente en lo relativo a *lo social*. Este rol, como señalamos, debe completarse con la paralela función del conjunto del sistema de derechos humanos, con especial énfasis en el sistema europeo. El mayor acento en los aspectos sociales se justifica tanto más, según Abendroth, cuanto que tras la Segunda Guerra Mundial la intervención norteamericana en la vida social, económica y política en Europa había comenzado en Alemania intentando instaurar un programa democrático y social impregnado de una ideología sucedánea que supusiera la vuelta a la estructura económica anterior al período de 1945: la ideología neoliberal.

espera de años en la Seguridad Social, propagación del SIDA, empleo de productos cancerígenos, etc.); o el artículo 45, con un medio ambiente cada vez más degradado; o el artículo 47, que garantiza el derecho a la vivienda; y un largo etcétera. La violación de los antedichos preceptos constitucionales se produce en todos los niveles estatales: legislativo, ejecutivo y administrativo, o judicial, de ahí que podamos concluir que el Estado de Derecho español (ver Preámbulo y artículo 1º de la Constitución) es anti-constitucional".

45 El artículo 20.1 dispone que "La República Federal de Alemania es un Estado Federal, democrático y social".

46 El artículo 28.1 establece que "El orden constitucional de los Länder deberá ajustarse a los principios básicos del Estado de Derecho, republicano, democrático y social de la Ley Fundamental".

47 W. Abendroth. "El Estado de Derecho democrático y social como proyecto política", *op. cit.*, pág.11.

En nuestro caso, la única ideología que pretendemos hacer valer viene constituida por los derechos humanos⁴⁸, y de producción propia (europea), no importada de Estados Unidos. Aun con todo, el objetivo primordialmente económico de la Unión Europea, cuya realización se opera a través de la ideología neoliberal o neocapitalista apuntada, nos obliga a examinar con escepticismo el cumplimiento de los derechos sociales en el ámbito comunitario; en cambio, en el Consejo de Europa la política social ha buscado ser más incisiva, como examinaremos en el Capítulo IV. Esta circunstancia justifica nuevamente que pensemos en el Consejo de Europa como motor para establecer las bases de la construcción europea.

En segundo lugar, es insoslayable referirse al preponderante contenido social que irradia la fórmula estatal merced a la "cláusula de progreso" del artículo 9.2 CE, que fue elaborado por el constituyente español tomando como base el artículo 3.2 de la Constitución italiana vigente⁴⁹.

Tampoco debe infravalorarse la fórmula portuguesa, entre cuyos "Principios fundamentales" figuran dos preceptos de un inmenso alcance, que además de encabezar el texto constitucional, lo dotan de una extraordinaria sustancia. El artículo 1º de la Constitución portuguesa vigente menciona expresamente el valor o principio de solidaridad⁵⁰. Sobre este precepto se ha comentado que "retoma en nuevas vestes la clásica fórmula emancipadora de la Revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad"⁵¹. Por su parte, el artículo 2º recoge la idea del Estado social en los términos "democracia económica, social y cultural"⁵².

⁴⁸ Sobre el particular, véase D. García Belaunde, "Los derechos humanos como ideología", Lima-Perú, Revista *Derecho*, núm. 36, diciembre de 1982.

⁴⁹ Según el artículo 3.2 de la Constitución italiana "es un deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

⁵⁰ En virtud del artículo 1º de la Constitución portuguesa "Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona y en la voluntad popular, y comprometida en la construcción de una sociedad *libre, justa y solidaria*".

⁵¹ J.J. Gomes Canotilho, y V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1993, 3a edição revista, cit. pág. 59.

⁵² Este es el tenor literal del artículo 2º de la Constitución portuguesa: "La República Portuguesa es un Estado de derecho democrático, basado en la soberanía popular, en el pluralismo de expresión y organización política democráticas y en el respeto y la garantía de la efectividad de los derechos y libertades fundamentales, que tiene por objetivo la

✓

La doctrina portuguesa más autorizada ha realizado dos observaciones importantes en relación a este precepto, en la medida en que pone de manifiesto la necesidad de interpretación y de integración que requiere la concreción de la fórmula: de un lado, "el concepto de democracia económica, social y cultural es la fórmula constitucional de lo que en varios países se designa como 'Estado social' y que se traduce esencialmente en la responsabilidad pública de promocionar el desarrollo económico, social y cultural, en la satisfacción de niveles básicos de prestaciones sociales para todos y en la corrección de las desigualdades sociales"⁵³. De otro lado, "la relevancia jurídico-constitucional del principio social o del Estado social -fórmula abreviada para designar el principio de la democracia económica, social y cultural- es sobre todo de naturaleza interpretativa e integradora"⁵⁴.

Finalmente, no es ocioso referirse al ejemplo francés que, pese a no contar expresamente con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho en la Constitución actual de la V República, de 4 de octubre de 1948, sí define Francia como "una República indivisible, laica, democrática y social", como ya lo hiciera otrora⁵⁵; conforme al último adjetivo, los poderes públicos franceses han llevado a cabo una amplia tarea de favorecimiento de condiciones efectivas de libertad y de igualdad. Ello hasta el punto de llegar a reconocer los propios ciudadanos franceses que el Estado es "demasiado asistencial". En el capítulo X, relativo al derecho a la asistencia social, realizaremos un tratamiento más reposado de esta cuestión⁵⁶. Por ahora, baste insistir en que la fórmula del Estado social y democrático de Derecho, pese a no estar recogida explícitamente en la mayoría de constituciones europeas, evoca un contenido que no es irrelevante; y no puede serlo *a fortiori* si se respetan las prescripciones establecidas por el Derecho europeo de los derechos humanos en el que se apoya nuestro trabajo.

realización de la democracia económica, social y cultural, y la profundización en la democracia participativa".

53 J.J. Gomes Canotilho, y V. Moreira, *op. cit.*, pág. 66.

54 *Ibidem.*

55 La anterior Constitución francesa de la IV República, de 27 de octubre de 1946, define Francia en su artículo 1º como "una República indivisible, laica, democrática y social".

56 Como es sabido, en el mes de diciembre de 1995 se ha producido un auténtico caos en Francia, a causa del proyectado *Plan Juppé* en esta materia.

2.-La perspectiva del constitucionalismo histórico español

Garrido Falla ha señalado los antecedentes de la fórmula en nuestro constitucionalismo histórico, destacando que "con la Constitución de 1931 se inicia la constitucionalización de principios análogos a los del precepto comentado. Su artículo 1º comienza así: *España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y de justicia*"⁵⁷.

Por tanto, la Constitución de 1931 consagra el *constitucionalismo social* en España⁵⁸. La Constitución de la Segunda República sirvió de modelo a la Constitución italiana vigente de 1947, en cuyo artículo 1.1 dice que "Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo". Enseguida viene a la mente la cuestión del *exclusivismo social*, y la tensión entre la realización de lo social frente a lo liberal, la fricción entre el valor igualdad y el valor libertad. Por ello, se ha señalado que "esa afirmación de que España es una *República de trabajadores de toda clase* es el resultado de una fórmula de avenencia surgida de una iniciativa de Alcalá-Zamora y con la que trataba de neutralizar el sentido radical que

57 F. Garrido Falla, "Artículo 1º", en *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. Garrido Falla), Madrid, Civitas, 1985, pág. 23. En cuanto al resto de antecedentes, cita los siguientes: "La CONSTITUCION DE 1812 hablaba de la 'Nación española' como 'reunión de todos los españoles en ambos hemisferios' (artículo 1º) y de 'las Españas', cuyos territorios se enumeraban en el artículo 10. Los artículos 15 (potestad de hacer las leyes), 16 (potestad de ejecutar las leyes) y 17 (potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales) consagraban el principio de separación de poderes base del Estado de Derecho, y el artículo 172 las restricciones al poder real. El ESTATUTO REAL de 1834 no contiene preceptos de este tipo. La CONSTITUCION DE 1837 tampoco contiene este tipo de declaraciones. Los artículos 2º, 3º, 5º, 7º, 9º y 10º consagran determinados derechos y libertades; y de los artículos 12, 45, 61 y 63 se desprende el principio de división de poderes. La CONSTITUCION DE 1845 reitera estos mismos preceptos, incluso con la misma numeración (...). La CONSTITUCION DE 1869 incluye también -a falta de declaraciones generales como la que se comenta- preceptos que garantizan libertades y derechos individuales (artículos 2º a 10) y la separación de poderes (artículos 34, 34 y 36). Otro tanto puede decirse de la CONSTITUCION DE 1876: las libertades y derechos se garantizan en los artículos 4º a 17 y la separación de poderes en los artículos 18, 50 y 76. (...) De las LEYES FUNDAMENTALES cabe recordar: Principio I de la Ley de Principios del Movimiento Nacional; artículo 1º del Fuero de los Españoles; artículo 1º de la Ley de Sucesión; artículo 3º de la Ley Orgánica del Estado".

58 Para un acercamiento más exhaustivo a la Constitución española de la Segunda República pueden consultarse estas obras: N. Alcalá Zamora, *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1981; L. Jiménez de Asúa, *Proceso histórico de la Constitución de la República Española*, Madrid, Reus, 1932; F. De Meer, *La Constitución de la Segunda República (Autonomías, Propiedad, Iglesia, Enseñanza)*, Pamplona, EUNSA, 1978; J. Oliver Araujo, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Palma, Universitat de les Illes Balears, 1991; y N. Pérez Serrano, *La Constitución española*, Madrid, Revista Derecho Privado, 1932.

podía tener el texto inicial que decía simplemente que España es una *República de trabajadores*. Esta primitiva fórmula había sido propuesta en un voto particular por Valera que fue rechazado, reapareciendo más tarde en otro firmado por cinco diputados socialistas, admitido por la Comisión y defendido por Araquistain, el cual negó que la misma respondiera a un criterio marxista o de clase⁵⁹.

En cualquier caso, y en estrecha relación con el elemento social de la Constitución de 1931, diría Jiménez de Asúa que ésta era una Constitución "dirigida al alma popular", esto es, que se haría eco asimismo de las clases más desfavorecidas. Este dato es relevante, desde el momento en que, como ha recordado Cascajo Castro, "la constante más llamativa de esta historia -constitucional española- es sin duda la marginación política de las clases populares respecto del régimen constitucional. Al buscar la raíz de nuestros comportamientos colectivos, descubre Jover que existían unas muchedumbres de *no ciudadanos*, desprovistos -de hecho- de derechos políticos, beneficiarios formales del principio de igualdad ante la ley, cuyo comportamiento no estaba previsto, ciertamente, en los textos constitucionales"⁶⁰.

Otro precepto interesante de la Constitución de 1931 es, teniendo en cuenta el enfoque de nuestro trabajo, su proyección internacional, reflejada en las posiciones de los constituyentes socialistas⁶¹ y plasmada en el artículo 7º:

59 F. González Navarro, *El Estado social y ...*, op. cit., pág. 36

60 J.L. Cascajo Castro, "Acerca de los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español", *Debate abierto*, núm. 2, primavera/verano 1990, cit. pág. 108.

61 A título de ejemplo, léase el Discurso de Jiménez de Asúa en D. Sevilla Andrés, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, Editora Nacional, Tomo II, 1969, págs. 203-213: "Yo quisiera ahora, y perdonadme, hacer un ligero inciso, y fijar la posición de nosotros, socialistas. El socialismo tiende a grandes síntesis, el socialismo quisiera hacer del mundo entero un Estado de proporciones mayúsculas; la federación de Europa y aun del mundo sería una aspiración más legítima. Somos nosotros, los socialistas, no un partido político, sino una civilización, y precisamente eso es lo que nos ha hecho pensar en el Estado integral y no en el Estado federal" (cit. pág. 207). En este mismo discurso se ofrece una muestra del juego al que se brinda el lenguaje político-jurídico, que a veces conduce a interpretaciones equívocas y nunca inocentes. En este sentido, de la misma forma que parece curioso el *hurto capitalista o conservador* de la fórmula del Estado social (el máximo exponente de ese conservadurismo sería Von Stein y su idea de la "monarquía social") o la introducción del adjetivo "social" por parte de Fraga -como veremos- para calificar a la fórmula estatal del artículo 1.1 de la CE de 1978, Jiménez de Asúa hace la operación contraria: califica de "conservadora" una Constitución progresista como lo era la de 1931: "Hacemos una Constitución de izquierdas, y esta Constitución va dirigida al alma popular. (...) Porque es una Constitución democrática, liberal, de un *gran contenido social*, la Constitución que os ofrecemos es conservadora, (...)

"El Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional, incorporándolas a su Derecho positivo".

3.-La consagración en la Constitución española actual

3.1.-Proceso constituyente

A) El elemento jurídico

En cuanto al Estado de Derecho, el profesor Garrorena Morales ha expresado con énfasis cómo el principio de legalidad, relegado en el Anteproyecto constitucional a un segundo (o más exactamente, tercer) plano, recupera definitivamente el puesto que le corresponde en el artículo 9.3 CE como verdadera esencia del Estado de Derecho entendido como *gobierno de las leyes*: "La nueva concepción de la ley adoptada por la Constitución (...) permitió que la mención constitucional del *principio de legalidad* relegada por el Anteproyecto de 5 de enero a un oscuro tercer lugar en la lista de los principios informadores del ordenamiento jurídico (¡tras los de *publicidad y jerarquía normativa* !) pasara a ocupar en la redacción definitiva del artículo 9.3 el lugar que le corresponde a la cabeza de todos ellos; señal inequívoca de que en el texto constitucional finalmente aprobado -a diferencia de lo que fuera posible en el citado Anteproyecto, donde la reserva a reglamento exhibía la brecha de un auténtico espacio exento de ley- el *principio de legalidad*, de subordinación de todo el sistema a la legalidad parlamentaria, encuentra reconocida su entidad como fundamento y principio primero de todo el Estado de Derecho"⁶². Pensamos que otro dato a tener en cuenta, bajo la misma línea de argumentación aducida por Garrorena, es la circunstancia notoria de que la consolidación de un Estado de Derecho se asocie claramente, en el Preámbulo CE, al aseguramiento del "imperio de la ley como expresión de la voluntad popular".

B) El elemento social y el democrático

Conviene resaltar, en cuanto a la plasmación final de la fórmula en nuestro texto constitucional vigente, cómo "a propuesta de Fraga se añadió, al término calificador del Estado (*Democrático de Derecho*, según la propuesta inicial del grupo socialista en la Ponencia constitucional, que sirvió de base para la definitiva redacción del artículo 1.1 CE), el de *social*,

Nuestro proyecto de Constitución es una obra conservadora, conservadora de la República" (cit. pág. 213).

⁶² A. Garrorena Morales, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, cit. pág. 85.

quedando el poder identificado como *Estado social y democrático de Derecho*"⁶³. Sin desmerecer la circunstancia de deber a Fraga la inclusión del adjetivo *social*, la procedencia conservadora del ponente constitucional nos obliga a afirmar la *tendencia socializante* de la CE vigente, lo que se desprenderá además de los preceptos constitucionales que han recogido manifestaciones del calificativo social, así como de la jurisprudencia del TC. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, parece incluso que el desarrollo constitucional posterior ha caminado en sentido inverso a la limitada intención del constituyente en este terreno⁶⁴. A mayor abundamiento, la anterior reflexión se justifica debido a nuestros conservadores antecedentes históricos, con notable paréntesis marcado en nuestro siglo XX por la Constitución de la Segunda República.

La doctrina ha destacado asimismo este dato, para evitar cualquier uso conservador del término "Estado social": "En nuestra historia constitucional, la calificación *Estado social* aparece textualmente, por vez primera, en el citado artículo 1 de la Ley de sucesión de 1947, donde, como es lógico, obedece a las coordenadas autoritarias del régimen anterior. Con criterio realmente laxo, pudiera decirse que dicha calificación estaba implícita en el texto de la Constitución republicana de 1931, que definía a España como una *República democrática de trabajadores*... aunque, a decir verdad, admitidas las connotaciones conservadoras del término *Estado social*, hay que creer que aquella mención de 1931 -dotada, sin duda, de un espíritu distinto- albergaba posibilidades mucho más avanzadas que esta cláusula por la que se ha optado en 1978"⁶⁵.

63 G. Peces-Barba Martínez, *La elaboración...*, *op. cit.*, pág. 46.

64 En este sentido se ha expresado B. De Castro Cid, "Derechos humanos y Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 18, noviembre-diciembre, 1980, pág. 141: "Desde luego, la intención de nuestros constituyentes en este punto se ha mostrado con una claridad meridiana: se pretendió evitar a todo trance desde el primer momento esa rúbrica de *derechos económicos, sociales y culturales* aceptada ya generalmente por la doctrina y utilizada por Documentos internacionales de la importancia de la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966* y del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, también de 1966. Pero parece que la efectividad no ha acompañado a la transparencia de sus intenciones, ya que existen indicios suficientes para establecer la conclusión de que el Capítulo de los principios rectores de la política social y económica ha terminado por sustraerse a la intención y al control de sus autores, llegando a constituirse, por virtud de la fuerza conformadora del contexto constitucional, en un verdadero código de derechos económicos, sociales y culturales". Para comprender el alcance y desarrollo de los derechos del capítulo III del Título I CE, así como algunas propuestas para su mayor efectividad, véase R. Sánchez Ferriz, "Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos y las libertades", *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.

65 A. Garrorena Morales, *El Estado español...*, *op. cit.*, pág. 47.

La referencia doctrinal citada, y otras muchas que resultarían pertinentes, se revelan interesantes en la medida en que los autores juegan un papel decisivo en el alcance que pueda darse a las cláusulas jurídicas desde el mismo proceso de elaboración. En este sentido, pensemos en la denuncia que dirige Abendroth a un sector de la ciencia jurídica alemana que, alineándose con la extrema derecha provocó un vaciamiento de las reglas sociales de la Constitución de Weimar. Más tarde, la propia fórmula alemana reflejada en los citados artículos 20.1 y 28.1 de la Ley Fundamental, fue objeto de un intenso debate doctrinal⁶⁶. En nuestro contexto, recordemos que algunos de los ponentes de nuestra CE de 1978 se rodearon de un nutrido grupo de profesores para la redacción de las respectivas propuestas⁶⁷.

C) Las posturas más significativas en el debate constituyente

Para acabar con este apartado, nos parece sumamente ilustrativo transcribir dos de las principales posturas que, una vez concluido el Anteproyecto constitucional elaborado por la Ponencia, fueron defendidas en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades

⁶⁶ Así lo relata W. Abendroth, "El Estado de Derecho democrático y social...", cit., pág. 26: "Sobre el sentido de la fórmula del Estado de Derecho social y democrático hubo unidad de pensamiento en el Consejo Parlamentario y nadie se atrevió abiertamente a ponerla en tela de juicio. De esta forma la doctrina constitucional tuvo necesidad de tener en cuenta este dato. Mientras que las dos primeras reuniones de profesores de Derecho Constitucional después de la rendición se ocuparon de cuestiones muy generales de interpretación constitucional, la tercera reunión de 1951 hizo objeto de sus debates la expropiación y la socialización".

⁶⁷ G. Peces-Barba Martínez (*La elaboración...*, op. cit.) nos trae a la memoria los nombres de los miembros del equipo con el que empezó a trabajar una vez asumió la tarea de ejercer de ponente constitucional: "Empezamos a trabajar inmediatamente un pequeño núcleo formado por (...) Miguel Satrustegui era profesor de Derecho Político, Liborio Hierro y Alfonso Ruiz Miguel, de Filosofía del Derecho, como yo mismo, y Tomás Quadra Salcedo de Derecho Administrativo. Leopoldo Torres había sido ayudante de Ruiz-Giménez, también en Filosofía del Derecho, y luego cuando fui Presidente del Congreso él fue Vicepresidente Primero" (cit. pág. 24). Recuerda asimismo cómo consultaba "para temas concretos a colegas y amigos, como Jorge de Esteban, Manuel Díez de Velasco, Enrique Gimbernat, Elías Díaz o Ignacio Berdugo (...)", y critica que "Fraga lo hacía todo en AP, y no tenía que consultar a nadie. Probablemente muchos de sus compañeros de partido estaban aún espiritualmente en el franquismo y no se había producido ese lento éxodo que les fue llevando a la democracia. (...) Los textos que presentaba el ponente de AP eran redactados sólo por él y tenían su estilo inconfundible" (cit. pág. 32).

Públicas, ya desde su primera sesión, celebrada el viernes, 5 de mayo de 1978, bajo la presidencia de Emilio Attard⁶⁸.

En primer lugar, y dado el enfoque europeo de nuestro trabajo, es oportuno resaltar las palabras del Presidente de la Comisión constitucional, poniendo de manifiesto el carácter histórico del momento para la democracia española y para su futuro en Europa, así como el papel fundamental de los constituyentes:

"Me cumple dirigir unas palabras a esta Asamblea, poniendo de relieve que, sin dramatismos, sin parlamentarismos castelanos, pero conscientes todos de que vamos a escribir una página histórica que hoy se inicia con la feliz coincidencia de ser el *Día de Europa* y esta Constitución que nosotros vamos aquí a estudiar para España permitirá nuestra definitiva integración".

La primera postura a que nos referíamos es la del Grupo de centro-derecha que obtuvo la mayoría en las elecciones de junio de 1977 (Unión de Centro de Democrático), expresada por el que fuera Presidente de la Ponencia constitucional, Herrero Rodríguez de Miñón. Podrá observarse el sesgo conservador de su discurso, pues tras realzar la esencialidad de la fórmula estatal del proyectado artículo 1.1 la convierte en pura retórica, *infravalorando* el valor (y valga la redundancia) igualdad y el carácter social que pretendía imprimirse al artículo 1.1 con la adopción de la cláusula de progreso del también proyectado artículo 9.2 siguiendo el modelo italiano; para concluir, en definitiva, refiriéndose al carácter programático de la fórmula estatal, como meros principios rectores sin relevancia jurídica alguna. Por fortuna, ni se suprimió la referencia comparada italiana ni ha prosperado esta interpretación de la Constitución, la cual tiene eficacia normativa no sólo en cuanto a este primer precepto sino en todo su articulado. Veamos sus palabras:

"Resulta claro que definir a España como un Estado de Derecho social y democrático es una afirmación existencial del más alto valor positivo. (...) El Estado social es la consecuencia ineludible del Estado de Derecho a la altura de nuestros tiempos; es el Estado que no sólo garantiza la libertad, sino que toma aquellas medidas que hacen posible esta libertad, y a ello responde *el artículo 9º del proyecto de la Ponencia, que mi grupo prefería haber depurado de ingenuas reminiscencias italianas*. A ello responden también los principios rectores que ocupan parte del título I y parte del título VII de la Constitución. Ahora bien, ni la colocación de estos principios, ni su redacción no siempre afortunada, ni las garantías que para ello se prevén son, a nuestro parecer, satisfactorias, porque no responden a esta condición de principios rectores. Los principios rectores (...) son exclusivamente unos valores

68 Citamos literalmente del *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 1978, Núm. 59, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión número 1, celebrada el viernes, 5 de mayo de 1978, págs. 633 y ss.

que deben inspirar al legislador, pero que no pueden ser alegados ante los tribunales para impugnar la inconstitucionalidad de una norma ni para pedir la tutela de un derecho. Si ello conduce a pensar que los principios rectores tienen una pretensión de validez inferior a la de otros sectores de la Constitución, esta constatación también puede conducir a pensar en la conveniencia de aligerar el texto de una serie de afirmaciones que poco de operativo le añaden".

En sentido contrario, Peces-Barba Martínez, en representación del Grupo Socialista, lanzó una dura crítica al anterior discurso, tachándolo de liberal y poco democrático, por lo que él ponía el acento en el elemento social y en la "profundización de la democracia"; de manera que no sólo había que hacer realidad el valor igualdad junto al social, sino incluso el valor solidaridad:

"Nuestros planteamientos ideológicos generales, naturalmente se enmarcan en el socialismo democrático y eso supone la defensa de la profundización de la democracia, del llevar la democracia hasta las últimas raíces, hasta las últimas posibilidades para que los grandes valores del mundo occidental, que surgen a partir del Estado moderno y que se materializan posteriormente con la revolución liberal y con la aportación socialista, es decir, el valor de *la libertad política* y el valor de *la igualdad* y de *la solidaridad*, puedan realizarse en nuestro país. Por eso, cuando hemos oído en un discurso conservador la defensa del Estado liberal de Derecho, no del Estado social y, desde luego, no del Estado democrático de Derecho, nosotros queremos por nuestra parte subrayar que, *al defender este concepto de Estado democrático de Derecho*, que no es simplemente la afirmación de que es el Estado del pueblo, sino que *es un criterio científicamente acuñado por la doctrina y que no se puede desconocer ni variar*, afirmamos nuestra principal preocupación por esta profundización de la democracia".

Ciertamente, este segundo discurso es el que ha hallado plasmación en nuestra Norma Superior, el que ha sido recogido por la jurisprudencia constitucional y el que, en suma, creemos más acorde con las necesidades y exigencias de la actualidad, tanto española como internacional. De ahí la línea argumental que orienta nuestro trabajo, pues profundizar en la democracia significa, como mínimo, reconocer los valores básicos que se desprenden de la fórmula estatal española (libertad, igualdad y solidaridad) y los derechos fundamentales en que se manifiestan, de acuerdo por ello mismo con la normativa internacional sobre derechos humanos (artículo 10.2 CE).

A mayor abundamiento y a tenor de esto último, no podemos estar (en este caso) de acuerdo totalmente con ninguna de las dos posiciones transcritas, la del Grupo de UCD y la del Grupo Socialista: el primero porque postulaba la ausencia de parte dogmática en nuestra Constitución, con una remisión a los textos internacionales sobre derechos humanos, y en especial al CEDH y a la CSE del Consejo de Europa; ello es sumamente restrictivo si tenemos en cuenta que la normativa internacional acoge mínimos, que lógicamente complementan al necesario sistema de

derechos fundamentales que debe albergar toda Constitución. El segundo, porque mantiene una posición que se queda alicorta; si bien la sola referencia a la normativa internacional es insuficiente, no por ello cabe subestimar sus prescripciones, máxime cuando (como intentamos demostrar en este estudio) los mínimos internacionales no siempre hallan el debido cumplimiento en el orden interno⁶⁹.

3.2.-Ordenamiento vigente

A) El ambiente de crisis en el que nace la fórmula estatal

Refiriéndonos al conjunto del ordenamiento jurídico español, esto es, sin ceñirnos exclusivamente a la CE, interesa resaltar que la fórmula del *Estado social y democrático de Derecho* llega a España precisamente en una situación de crisis, la de mediados de los setenta. En cierta forma, y pese a los avances notables que se han desprendido de la fórmula merced a la virtualidad del calificativo "social", podemos decir que las tesis keynesianas no servirían para evitar el "rpto capitalista" del término social bajo el manto del *Estado del bienestar*; un rpto que, por lo demás, se está confirmando con la tendencia a propugnar políticas (por partidos de uno y otro signo) cada vez más enmarcadas en el sistema económico que se ha impuesto en el mundo occidental, el neocapitalismo.

Con esta expresión de Garrorena ("rpto capitalista"), establecemos un paralelismo con la descripción que él hace de la crisis que afectó al *Estado social* después de la Primera Guerra Mundial y, sobre todo, tras la Gran Depresión de 1929 (coincidiendo con el momento en que se acuñó el término por Heller), lo que derivó en dos direcciones muy distintas: una, los movimientos fascista y nacionalsocialista⁷⁰; la otra el propio

⁶⁹ Estas son las palabras de Peces-Barba Martínez (*Diario de Sesiones...*, pág. 647) que lógicamente se están viendo superadas por la eficacia que está logrando la normativa del Consejo de Europa -en especial, el CEDH-: "Remitirse a la convención europea, precisamente en un momento en el que el Consejo de Europa está ampliando, está estudiando la necesidad de ampliar el contenido de los artículos por la insuficiencia de los mismos, según Declaración del Comité de Ministros, apoyada por la Asamblea del Consejo de Europa, realmente es absurdo; porque hay que decir que no existe ningún texto internacional que pueda ser suficiente para proteger los derechos de los ciudadanos. Los textos internacionales, que son producto de un compromiso y de alguna manera de una disminución de la soberanía de los Estados, son eso: un compromiso, un complemento de los textos, pero no pueden ser mucho más".

⁷⁰ Como antecedentes de ese rpto capitalista, postura típica del reformismo conservador, se suele mencionar el pensamiento de Lorenz von Stein, quien como dijimos en 1850 utilizó el adjetivo "social" referido a la Monarquía germánica del XIX, en un intento de

capitalismo liberal de las democracias occidentales en los años treinta. Trasladándonos a la crisis actual, la pregunta sin resolver es: *¿hacia qué dirección caminamos nosotros?*

B) La *ratio democrática* y la tendencia progresista en la consagración de la fórmula: la influencia germana y sus matices

Ya de entrada, en cuanto a la consagración de la fórmula en el texto constitucional español, procede subrayar que el artículo 1.1 CE posee un cariz similar, a grandes rasgos, al adoptado en Alemania en el momento de su origen en la Ley Fundamental de Bonn en 1949: si en el país germano la fórmula se completa con *el adjetivo democrático* para mostrar la oposición al régimen totalitario implantado por el nazismo, en España, la introducción de tal adjetivo en el artículo 1.1 CE supondrá, como ha dicho el profesor Lucas Verdú, la re-fundación del Estado español, que nace a la democracia tras y frente a un régimen dictatorial de casi cuatro décadas. Los matices (y salvadas las distancias) entre el régimen alemán y el español vendrán dados por la mayor contundencia del primero en la afirmación de la democracia (tildada por ello de militante o beligerante)⁷¹.

En otro orden de consideraciones, conviene realizar una importante observación sobre la influencia que en el origen patrio de la fórmula tuvieron los avatares del proceso constituyente. En este sentido, si la laboriosa elaboración de nuestra Norma Fundamental dio lugar a una

compaginar (con su fórmula "Monarquía social") el progreso de las clases menos privilegiadas con la conservación de las instituciones más tradicionales.

⁷¹ En este sentido, recordemos que en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal pronto declaró inconstitucionales (por contrarios al orden democrático alemán) los partidos nacionalsocialista y comunista (en sentencias de 23 de octubre de 1952 y de 17 de agosto de 1956 respectivamente). En España las discusiones sobre la ilegalización del Partido Comunista se saldaron asimismo ante la jurisdicción constitucional, pero en sentido contrario (STC 3/1981, de 2 de febrero de 1981). Quizá por los riesgos que la militancia y la beligerancia de la democracia alemana pueden acarrear para la libertad y el espíritu que deben presidir toda sociedad democrática, el Tribunal Constitucional alemán no ha vuelto a hacer uso de esta competencia. Ahora bien, también podría argumentarse que la solución no militante española tampoco está exenta de riesgos para la libertad y la tolerancia, y tal vez a ello se deba que el punto final de la transición a la democracia en nuestro país algunos no lo fijan en la muerte de Franco en septiembre de 1975, y ni siquiera en la promulgación de la Constitución de diciembre de 1978, sino en la fallida tentativa de golpe de Estado en febrero de 1981 o, incluso, en la adhesión de España a las Comunidades Europeas en enero de 1986. En el fondo subyace el problema (de difícil solución) de respetar o no la libertad de los enemigos de la libertad, de la tolerancia de la intolerancia. Según la concepción del Estado social y democrático de Derecho a la luz de la normativa europea sobre derechos humanos aquí mantenida, quizá lo coherente sería situar el paso definitivo a la democracia tras la ratificación por España del CEDH y el reconocimiento de la competencia del TEDH en 1981.

Constitución *de consenso*, que contiene una terminología ambigua y abierta y que permite gobernar a las más diversas opciones políticas (a diferencia de lo ocurrido en nuestro constitucionalismo histórico)⁷², tales circunstancias son más acentuadas en el contexto del artículo 1.1, dado su contenido altamente axiológico y susceptible por ello de las más diversas interpretaciones. Esta consideración es igualmente válida en el terreno económico, en donde se ha reconocido un paralelo, e igualmente ambiguo, sistema de *economía social de mercado*.

Ante la ambigüedad señalada, la jurisdicción constitucional española ha configurado un cuerpo jurisprudencial que ha interpretado y modelado la fórmula estatal española realzando la imbricación entre el artículo 1.1 CE y la *cláusula de progreso* del artículo 9.2 CE: la doctrina de la irreversibilidad de las *conquistas sociales* quizá configure el ejemplo más marcadamente progresista de tal jurisprudencia. Esta doctrina es fruto de una rica labor interpretativa que no puede hacerse desaparecer como por arte de magia, tanto más cuanto que el propio TC tampoco se ha erigido en un taumaturgo en su labor hermenéutica⁷³.

La consecuencia precedente reviste un gran alcance. En efecto, antes nos referimos a la influencia del modelo alemán en el momento de elaborar el artículo 1.1 CE. Algunos autores todavía van más lejos, para hablar de la necesidad de "germanizarnos"⁷⁴. Consideramos que esta germanización no está exenta de matices. Que hayamos adoptado un modelo jurídico no significa (sino todo lo contrario) que la realidad política sea equiparable. Hubo autores después de la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn, y sigue habiéndolos, que ponían el acento en la preponderancia del elemento liberal en la fórmula estatal alemana. La doctrina científica (*el estado de doctrina*) ha sido muy influyente al respecto y pese a las voces de otros autores de signo contrario, el Tribunal

72 De sobra conocida en la doctrina es la ley del péndulo sugerida de manera tan brillante por J. Tomás Villarroya al hablar de la fiebre constituyente y de la inestabilidad constitucional que ha caracterizado la historia política de nuestro país, en la "Introducción" a su obra *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, 6a ed. Algunos han criticado el carácter pendular de nuestra historia constitucional, por considerar que opera un análisis excesivamente simplista de la complejidad de los procesos históricos; en este sentido véase A. Torres del Moral (*Constitucionalismo histórico español*, Madrid, ATOMO, 1986, 246 págs.).

73 Así lo ha expresado el TC en su *sentencia núm. 20 de 19 de febrero de 1987*, FJ 3.

74 La obligación que tenemos los constitucionalistas de "germanizarnos" en la interpretación de la cláusula estatal española ha sido destacada por J. Pérez Royo ("La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984, págs. 157-181) parafraseando a Rubio Llorente ("La Constitución como Fuente del Derecho", en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, T. I, págs. 49-74).

Constitucional Federal alemán no ha extraído grandes consecuencias del adjetivo social. La fuerte influencia de la doctrina en Alemania se ha debido a que, por las circunstancias de elaboración de la Constitución (como producto de las condiciones impuestas por los Aliados), no se dispone de los trabajos preparatorios sobre esta cuestión⁷⁵.

Al contrario, en el proceso constituyente español, aunque de los Diarios de Sesiones se desprende el lógico peso del partido de centro-derecha vencedor de las elecciones de 1977, lo cierto es que en este punto la plasmación definitiva de la fórmula en el texto constitucional y su desarrollo posterior han mostrado una curiosa tendencia socializante, avalada por el garante máximo de nuestra Ley Superior. Hemos de congratularnos por que tal adjetivo no haya desplegado los efectos de la tónica y conservadora *justicia social* imperante en Estados Unidos de América, que es casi tanto como decir que no posee efecto alguno; por lo demás, esta fórmula es desconocida en la escena política estadounidense⁷⁶. Tal nula efectividad habría supuesto la asunción del carácter programático de la Constitución (un carácter especialmente grave, al tratarse de la fórmula definitoria del régimen político), que afortunadamente no ha prosperado.

C) Los buenos propósitos de una nueva institución representativa: el Consejo Económico y Social

En coherencia con la línea argumental con la que se ha abordado el Estado de Derecho y el Estado social, vamos a mencionar un ejemplo, casi paradigmático (al menos, teóricamente), que sintetiza bien la actual fórmula del Estado social y democrático de Derecho desde la perspectiva de las tres versiones (formal, jerárquica y material) y desde los paralelos sistemas de normas, de órganos y de fines. Nos referimos al órgano previsto

⁷⁵ W. Forsthoff, "Concepto y esencia del Estado social...", cit., págs. 92-93: "El hecho de que con el contenido del Estado social de Derecho se coloquen en tela de juicio las normas centrales de la Ley Fundamental hacen plausibles los esfuerzos para su clarificación; con tanto mayor razón, por cuanto faltan los trabajos preparatorios sobre este tema".

⁷⁶ Para una aproximación al tema de la justicia social en Estados Unidos de América, véanse los siguientes trabajos: D. J. Den Uyl, "The Right to Welfare and the Virtue of Charity", *Social Philosophy & Policy*, vol. 10, núm. 10, 1993; D. Rubinstein, "Capitalism, Social Mobility and Distributive Justice", *Social Theory and Practice*, vol. 19, núm. 2, 1993; Th. A. Spragens, "The antinomies of Social Justice", *The Review of Politics*, vol. 55, núm. 2, 1993; y D. Tietjens Meyers, "Social Exclusion, Moral Reflection, and Rights", *Law and Philosophy*, vol. 12, núm. 2, 1993. Para situar los anteriores trabajos en el marco positivo norteamericano, véase L. Henkin, "Les droits économiques dans la Constitution américaine", *RIDC*, núm. 2, 1993.

en el artículo 131.2 CE⁷⁷, cuyo desarrollo tardío, y con las debidas cautelas, no impide para resaltar los buenos designios que acompañan a su creación: en concreto, se trata de la *Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social*. De la Exposición de Motivos se desprende lo siguiente:

- En cuanto a la versión formal y al sistema de normas:

"la función consultiva que se instituye a través del Consejo Económico y Social se ejercerá en relación con la *actividad normativa* del Gobierno en materia socioeconómica y laboral. Esta participación se materializa, fundamentalmente, en la emisión de informes y dictámenes con carácter preceptivo o facultativo, según los casos, o a propia iniciativa".

- Respecto a la versión jerarquizada y al sistema de órganos:

"el Consejo Económico y Social sirve de plataforma institucional permanente de diálogo y deliberación, en la medida en que constituye el único *órgano* donde están representados un amplio conjunto de organizaciones socioprofesionales".

Es obvio que, tratándose de un órgano consultivo, la jerarquía institucional no se verá teóricamente afectada, máxime si hay aproximación de posturas en cuanto a los objetivos socio-económicos perseguidos. Sin embargo, en la práctica, la mencionada jerarquía puede verse alterada si por el cauce institucional no se produce la confluencia de objetivos y los actores económicos se erigen en verdaderos grupos fácticos o de presión⁷⁸ a través de cuya actividad de *lobbyismo* acaban por imponer al Gobierno la toma de una decisión en una determinada materia.

- Por lo que hace a la versión material y al sistema de fines, se apunta directamente al artículo 9.2 CE, para poner el acento en la tarea estatal de facilitar la participación ciudadana y remover los obstáculos que dificulten la realización de los valores constitucionales, dentro del espíritu dinámico de la fórmula estatal:

⁷⁷ El artículo 131.2 establece lo siguiente: "El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin *se constituirá un Consejo*, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley".

⁷⁸ Para un acercamiento a las múltiples facetas de la participación en la política y a los grupos de presión puede consultarse J. Ferrando Badía, *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos*, Madrid, Tecnos, 1989, 2a ed.). En concreto, las págs. 169-237 versan sobre "La vida política y participación política".

"El órgano que se crea, (...) refuerza la participación de los agentes económicos y sociales en la vida económica y social, *reafirmando su papel en el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho*".

D) Manifestaciones constitucionales del Estado social y democrático de Derecho

Nos parece ineludible, para una comprensión global del Estado social y democrático de Derecho, como sistema de normas, de órganos y de fines, mencionar brevemente las manifestaciones constitucionales más relevantes de cada uno de los tres calificativos de la fórmula (separados analíticamente), haciéndonos eco del *modus operandi* más corriente en los autores, que halla su reflejo en los manuales de Derecho Constitucional al uso.

- Del *elemento jurídico (o de Derecho)* se destacan el artículo 9.1 CE (carácter normativo de la Constitución, y principios de constitucionalidad y de legalidad), 9.3 CE (principios de seguridad jurídica, etc.), todo el Título I (derechos y deberes, y especialmente los capítulos II y IV), el Título VI (trata del Poder Judicial, como tutor de derechos y libertades), el Título IX (sobre todo, los artículos 161 a 164, en cuanto a la defensa objetiva y subjetiva de la Constitución), el Título X (sobre la reforma constitucional) y, en general, las numerosas reservas de ley y controles a los poderes públicos. En este contexto, no es ocioso traer a la memoria las notas que Elías Díaz estima necesarias para que un Estado pueda considerarse realmente de Derecho⁷⁹: 1) Imperio de la ley; 2) división de poderes; 3) legalidad de la Administración, y 4) reconocimiento y garantía de derechos y libertades fundamentales⁸⁰. Respecto de la última nota debe insistirse en que la democracia no supone únicamente la vigencia de una categoría o generación de derechos humanos, sino de todos ellos.

⁷⁹ Véase E. Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1975.

⁸⁰ Estas notas, por lo demás, ya habían sido sugeridas por Kelsen en su obra *Reine Rechtslehre*, Wien, F. Deuticke, 1960, pág. 314: "De hecho... se usa el término (de Estado de Derecho) para designar un cierto tipo de Estado, precisamente aquel que responde a las exigencias de democracia y de certeza del derecho. *Estado de Derecho*, en este sentido específico, es sólo un ordenamiento jurídico relativamente centralizado, en base al cual la jurisdicción y la administración se hallan vinculadas a las leyes, esto es, a normas generales emanadas por un parlamento elegido por el pueblo...; los miembros del gobierno son responsables de sus actos; los tribunales son independientes; y algunas libertades de los ciudadanos -especialmente la libertad de religión, de conciencia y de palabra- son garantizadas" (citado por M. R. Donnarumma, "Una tematica...", cit., pág. 108).

- Del *calificativo social* se resaltan: la cláusula de progreso y el principio de igualdad material del artículo 9.2 CE, bastantes derechos del Capítulo II del Título I⁸¹ y los principios rectores socio-económicos del Capítulo III del Título I, así como el Título VII sobre normas de economía y hacienda⁸². Por otra parte, en concreta referencia a la cláusula de progreso del artículo 9.2 CE, debe tenerse en cuenta que también los órganos de las Comunidades Autónomas se hallan obligados por este mandato constitucional⁸³.

- Del *adjetivo democrático* tienen especial significado el artículo 1.2 CE (principio de soberanía popular), el artículo 2 CE y el Título VIII (construcción del Estado autonómico); los artículos 6, 7, y otros concordantes y similares de la CE sobre la concepción pluralista de nuestra sociedad (constitucionalización de los partidos políticos, de los sindicatos, de las organizaciones empresariales y de otras organizaciones sociales); el artículo 23 y similares (derechos de participación en asuntos públicos, tanto sufragio como otras formas de participación directa o institucional); y los artículos 66 a 70 (principio de representación del Parlamento).

3.3.- La interpretación del sistema constitucional: la labor del Tribunal Constitucional

No entraremos en este epígrafe a detallar cómo el TC ha interpretado el contenido de la fórmula constitucional, pues la tarea de examinar el tratamiento jurisprudencial de cada uno de los valores que se contienen en aquélla va a ser desarrollada a lo largo del trabajo y en

⁸¹ En lo relativo al ámbito labor, véase T. Freixes Sanjuán, *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

⁸² En particular, el profesor Garrorena ha puesto de relieve las siguientes proyecciones constitucionales de la cláusula "Estado social": a) la asunción constitucional del valor igualdad en su versiones jurídica y sustantiva (artículos 14 y 9.2 CE respectivamente); b) la regulación constitucional del proceso económico y del estatuto de sus principales protagonistas en la denominada "Constitución económica"; c) el reconocimiento y garantía de determinadas libertades de contenido económico; d) la consecuente transformación funcional y estructural del Estado (*El Estado español...*, *op. cit.*, págs. 47 y ss.).

⁸³ Como ha indicado Sánchez Ferriz estudiando la diversidad derivada del Estado autonómico y su influencia en los derechos constitucionales, si cabe "extraer interesantes consecuencias jurídicas partiendo de la sola consideración de la remisión generalizada que todos los Estatutos de Autonomía hacen al catálogo del Título I de la Constitución, tanto más habrá de valorarse la expresa inclusión estatutaria de la que se conoce como cláusula transformadora del artículo 9.2 de la Constitución española". Véase R. Sánchez Ferriz, "Aproximación a los criterios jurisprudenciales más relevantes en materia de derechos sociales y su desarrollo en el ámbito autonómico", *Revista General de Derecho*, núm. 582, marzo 1993.

relación con la normativa europea sobre derechos humanos. Sin embargo, parece conveniente dar cuenta de las grandes líneas jurisprudenciales al respecto.

Como primera observación, apuntada por Cascajo Castro, se desprende "que el TC ha hecho uso, a veces, de una concepción global de la fórmula 'Estado social y democrático de Derecho' y, en otras ocasiones, parece basarse en la descomposición analítica de sus elementos: 'Estado social', 'Estado democrático' y 'Estado de Derecho' estrictamente considerado"⁸⁴.

Una segunda observación, de gran alcance, fue formulada por el que fuera primer Presidente del máximo intérprete de nuestra Norma Superior, al destacar que "la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tenido reiteradamente en cuenta el carácter vinculante de la fórmula Estado social y democrático de Derecho y ha puesto de manifiesto su importancia como punto de referencia interpretativo"⁸⁵. Ya pusimos el acento en el capítulo I en la importancia de la interpretación y de la integración para el entendimiento del sistema de derechos humanos. Pues bien, la crítica que hemos formulado a la doctrina que ha estudiado la cláusula del artículo 1.1 CE, por no haber utilizado el método vertical, ni sacado partido de la jurisprudencia, por ejemplo, del TEDH, no sería justo extenderla sin matices a la jurisprudencia del TC, que se va haciendo eco progresivamente de la jurisprudencia europea. Hasta tal punto es cierto esto último que, en alguna ocasión, el TEDH ha aplaudido esa progresiva actitud del TC⁸⁶.

Siguiendo el iter analítico que nos hemos fijado metodológicamente, vamos a examinar la interpretación del TC en relación a cada uno de los tres términos que componen la fórmula estatal.

84 J. L. Cascajo Castro, "La voz 'Estado social y democrático de Derecho': materiales...", cit., pág. 22.

85 M. García Pelayo, "El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española", *Las transformaciones...*, cit., pág. 1658.

86 Cfr. en este sentido el párrafo 15 de la *sentencia del TEDH de 13 de junio de 1994, dictada en el caso Barberà Messegué y Jabardo contra España*, sobre la aplicación del artículo 50 CEDH, para cumplimiento efectivo de la anterior "sentencia principal" sobre el fondo de 6 de diciembre de 1988. Pues bien el citado párrafo 15 expresa lo siguiente: 15. "El TEDH no ignora la importancia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1991, en lo que se refiere a la ejecución de las sentencias de Estrasburgo; *con tal proceder los Magistrados del Tribunal Constitucional han mostrado una vez más su respeto hacia el Convenio y hacia la jurisprudencia del TEDH*".

A) El Estado de Derecho

a) Sistema de normas

- En cuanto al principio del *Estado de Derecho*, como sistema de normas ya esgrimimos la idea del recurso de amparo no sólo como mecanismo de defensa subjetiva, sino asimismo objetiva de la CE. En este contexto, desde su primer pronunciamiento (*sentencia núm. 1, de 26 de enero de 1981, FJ 2*) el TC dejó sentado el *principio de constitucionalidad*⁸⁷.

- Por otra parte, el TC ha declarado que el *principio de seguridad jurídica*, como principio genérico⁸⁸ del Estado de Derecho, en cierta medida agrupa a los demás recogidos en el artículo 9.3 CE (STC 27/1981, de 20 de julio de 1981, en su FJ 10)⁸⁹.

- La esencial interrelación, en el Estado de Derecho, de los principios formulados en el artículo 9.3 CE, en la línea apuntada por el TC, esto es, bajo el espectro común de la seguridad jurídica, ha sido puesta de manifiesto en multitud de ocasiones por la jurisdicción constitucional

⁸⁷ Según el FJ 2 de la STC 1/1981: "La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y deberes que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el artículo 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el TC actúa como intérprete supremo (artículo 1 LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. *Corresponde, por ello, al TC, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos*".

⁸⁸ El principio de seguridad jurídica es genérico en la medida en que resume las aspiraciones de la burguesía de crear un espacio de libertad frente al Poder a través de varias reglas escritas recogidas en la Ley.

⁸⁹ STC 27/1981, FJ 10: "Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.3 CE -legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad-, no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho. En especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad".

a propósito del principio de legalidad penal⁹⁰: la *STC 133/87, de 21 de julio de 1987*, aporta un firme ejemplo de esto en su FJ 4⁹¹.

b) Sistema de órganos

En relación al Estado de Derecho como sistema de órganos, la consecuencia más llamativa es que el TC no se erige en una tercera instancia, con lo cual no ha de verse jerarquía entre este órgano jurisdiccional y los órganos ordinarios integrantes del Poder Judicial. El FJ 3.C) de la *STC 62/1982, de 15 de octubre*, recoge claramente esta aseveración⁹².

c) Sistema de fines

En tanto que sistema de fines, la normatividad del conjunto del articulado constitucional acarrea la trascendental consecuencia de dotar de fuerza vinculante a los derechos comprendidos entre los principios rectores de la política social y económica, y no sólo a los derechos cívico-políticos. El alcance de tal consecuencia no se reduce un ápice por el

⁹⁰ El principio de legalidad, como dijimos, junto al principio de constitucionalidad, constituye la otra vertiente del principio de juridicidad. La significación de la legalidad penal ha venido destacada recientemente con motivo de la aprobación del nuevo Código Penal español, el 8 de noviembre de 1995 (denominado el "Código Penal de la democracia", pues el anterior databa de hacía más de un siglo). La relevancia de las dos facetas del principio de juridicidad ha propiciado que se hable del Código Penal como de la normas más importante de nuestro sistema político, tras la Constitución.

⁹¹ *STC 133/87, FJ 4*: "El principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 de la CE, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están 'sometidos únicamente al imperio de la ley'. De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: La existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador".

⁹² *STC 62/1982, FJ 3.C)*: "Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones, el recurso de amparo no es una nueva instancia jurisdiccional, sino que su función se circunscribe a la protección de los derechos y libertades fundamentales susceptibles del mismo".

hecho de que la base legitimadora que permite actuar al TC (como órgano *ad hoc*) en el recurso de amparo (artículos 14 a 30 CE) sea más restringida en relación al primer grupo de derechos.

En estas condiciones, si la integración y la interpretación no lo permiten, los derechos que no estén incluidos formalmente en ese núcleo ultrarreforzado que va de los artículos 14 a 30 CE, no serán susceptibles de tal recurso para no dañar al principio de seguridad jurídica. Ahora bien, el TC ha utilizado especialmente (mas no exclusivamente) el derecho *conexo o relacional* del artículo 14 (derecho a la igualdad, susceptible de amparo constitucional) para, gracias a esta vía de conexión, introducir en el proceso de amparo derechos no comprendidos en el núcleo mencionado: ha sido notablemente el caso del derecho al trabajo del artículo 35 CE⁹³.

Como veremos en el capítulo VIII, merced a la interpretación del TEDH en el *caso López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994*, han de reconocerse en el ámbito interno otras vías de extensión de derechos: en concreto, el derecho al medio ambiente (no susceptible directamente de amparo constitucional, al estar consagrado en el artículo 45 CE), cuya protección puede venir favorecida por la interpretación extensiva del derecho a la protección de la vida familiar (artículo 18 CE).

Al margen de lo anterior, pero dentro de la versión material que anda paralela al sistema de fines, nos parece sumamente ejemplar el proceder del TC en su *sentencia núm. 96, de 10 de junio de 1987*: en ella, sobre la base del *principio de publicidad del proceso* se destaca la apuntada tendencia a la convergencia de la anglosajona versión sustancial (en este caso, del americano *due process of law*) y de la occidental versión formal del Estado de Derecho, y todo ello, además, a la luz del Derecho europeo sobre derechos humanos⁹⁴. En esta línea

⁹³ Véanse la STC 81/1982, de 21 de diciembre, y la STC 31/1984, de 6 de marzo.

⁹⁴ STC 96/1987: "El *principio de publicidad*, estatuido por el artículo 120.1 CE, tiene una *doble finalidad*: Por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraida al control político, 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*. (...) En los mismos términos se encuentra reconocido el derecho a un proceso público en el artículo 6.1 CEDH, habiendo sostenido al respecto el TEDH, 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 de los Jueces y Tribunales' (Sentencia en el *caso Pretto y otros*, de 8 de diciembre de 1983; asimismo en el *caso Axen*, de la misma fecha). 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

convergente, la publicidad del proceso es una condición no sólo de legalidad, sino asimismo de legitimidad, del Estado de Derecho.

B) El Estado social de Derecho

a) Sistema de normas

Por lo que se refiere al *Estado social*, y en relación al sistema de normas, la coincidencia del orden objetivo y de los derechos subjetivos se ha puesto de manifiesto en cuantas ocasiones el TC ha declarado inconstitucionales (sobre todo, con apoyo en el principio de igualdad) normas (es decir, Derecho objetivo) que daban cobertura a discriminaciones no justificadas en el disfrute de derechos subjetivos: es el caso significativo de la declaración de inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la legislación precedente en materia de seguridad social, en la medida en que sólo reconocía el derecho a la pensión de viudedad a las viudas, y no a los viudos⁹⁵.

Por otra parte, si examinásemos los procesos de inconstitucionalidad sustanciados hasta el presente, comprobaríamos que una buena parte de ellos ha versado sobre normas de contenido social. Ciertamente, tales procesos no tienen que producirse necesariamente a raíz de una cuestión o de un recurso de inconstitucionalidad, pudiendo originarse igualmente en el marco de un recurso de amparo mediante la denominada *autocuestión de inconstitucionalidad*, e incluso al margen de ésta⁹⁶.

b) Sistema de órganos

eminente formal, pues de otro modo no podría satisfacer las necesidades que se derivan de sus elementos esenciales: El control público de la justicia y la confianza en los Tribunales" (FJ 2).

⁹⁵ Véase sobre el particular A. Torres del Moral, y Y. Gómez Sánchez, "Principio de igualdad y pensiones de viudedad", *Revista de Derecho Político*, núm. 35, 1992.

⁹⁶ En efecto, el TC ha reconocido que a partir de un proceso de amparo, la misma Sala puede considerar la inconstitucionalidad de la norma, sin perjuicio de la denominada autocuestión de inconstitucionalidad que puede elevar al Pleno conforme al artículo 55.2 LOTC. En concreto, en la STC 34/1981, de 10 de noviembre, el Pleno del TC resolvió una (auto)cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Primera tras haber estimado en Sentencia de 6 de abril de 1981 el recurso de amparo promovido por don Juan Linares, al entender que la Ley aplicada (Texto Refundido de la Ley de derechos pasivos de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril) lesionaba derechos fundamentales amparados por el artículo 14 CE. El FJ 1º resume la competencia mencionada.

En relación al sistema de órganos encuadrado en el Estado social, también la jurisprudencia del TC ha extraído consecuencias institucionales, de manera que, por ejemplo, en la *STC 20/1985, de 14 de febrero*, declaró inconstitucional el concepto de sindicato más representativo previsto en el Estatuto de los Trabajadores en relación con determinadas disposiciones de la Ley 9/1983, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 1983⁹⁷.

c) Sistema de fines

En lo que respecta al Estado social como sistema de fines, el TC ha ido bastante lejos. La consecuencia más decisiva tal vez haya consistido, como hemos apuntado, en reconocer la normatividad de los principios (fines) rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, utilizando para ello la fórmula estatal del artículo 1.1 CE y la cláusula de progreso del artículo 9.2 CE. En este sentido, el artículo 50 CE (en relación a pensión de jubilación), por ejemplo, ha podido ser protegido mediante el recurso de amparo en combinación con el artículo 14 CE⁹⁸. Así, este precepto sobre la igualdad permite que un fin de política económica y social vaya más allá de la simple información de la práctica judicial, para convertirse en "criterio de interpretación preferente" (artículo 53.3 CE).

En esencia, el principio del Estado social (artículo 1.1 CE) ha ido modelando su contenido gracias a la cantera situada en los artículos 9.2 y 14 CE: tales fuentes han sido explotadas a través de una labor progresiva y transformadora, respectivamente. A tenor de la primera, los avances experimentados en favor de determinadas categorías sociales no pueden

⁹⁷ Según el FJ 2º de la *STC 20/1985*: "Cualquier actuación del Estado en relación a los Sindicatos ha de respetar la libertad sindical, y por ello el Tribunal (...) ha indicado que la libertad sindical comprende el derecho a que la Administración Pública no se injiera o interfiera en la actividad de las organizaciones sindicales y el derecho de éstas a no ser discriminadas por parte de la Administración de modo arbitrario o irrazonable".

⁹⁸ El FJ 6º de la *STC 19/1982*, de 5 de marzo no puede ser más concluyente: "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 (...) y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I (...) 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. Entre tales principios 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".

sufrir retroceso sin causa justificada⁹⁹. Según la segunda, los poderes públicos han de adoptar medidas positivas para corregir desequilibrios y disfuncionalidades que perjudiquen a los más desfavorecidos¹⁰⁰.

C) El Estado democrático de Derecho

Vamos a orientar el estudio del tercer calificativo de la fórmula partiendo del entendimiento de la democracia como regla de la mayoría con respeto de la minoría, extremo en el que profundizaremos (capítulo V).

a) Sistema de normas

Como sistema de normas, encontramos ilustrativa la *STC 65/1988, de 13 de abril*, en cuyo FJ 3 se reconoce que los trabajadores (minoritarios) afectados por un Convenio Colectivo puedan impugnar los puntos concretos que lesionen sus derechos e intereses, pero no el *paquete* total de medidas mayoritariamente aprobado¹⁰¹.

b) Sistema de órganos

Desde la perspectiva orgánica, la composición de las Comisiones Informativas municipales, carente de regulación específica en el ordenamiento español, dio lugar a una importante sentencia del intérprete supremo de la CE. En una interesante ponderación de los bienes en conflicto, otorgó virtualidad al principio de igualdad del artículo 14,

⁹⁹ Respecto a la nota de la progresividad, véase la *STC 81/1982*, de 21 de diciembre, FJ 3º: "*Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas*".

¹⁰⁰ Sobre la orientación transformadora, véase la *STC 128/1987*, de 16 de julio, FJ 5º: "El artículo 14 CE (...) representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a un sector de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE".

¹⁰¹ FJ 3 de la *STC 65/1988*: "El interés particular de trabajadores individuales puede legitimarlos para ejercitar acciones procesales contra aquellas normas del Convenio que les causen lesión concreta en sus derechos o intereses, pero no para demandar la nulidad, anulabilidad o inaplicación genérica de los Convenios Colectivos".

concediendo el amparo a los concejales de la minoría que se habían visto prácticamente excluidos de la participación en tales Comisiones. Así, evaluando el peso del pluralismo político y del principio de igualdad, el TC falló que el principio de autonomía organizativa de estos órganos no puede obviar la proporcionalidad política y vulnerar lo que "podemos llamar (en palabras del TC) derechos de las minorías"¹⁰².

c) Sistema de fines

Con motivo del estudio del sistema democrático de fines, parece obvio reconocer que el respeto de las minorías no puede ser ilimitado y producirse en todo caso, sino en supuestos justificados de conformidad con los fines expresados en el Preámbulo constitucional. En este sentido, para lograr una "democracia avanzada", ha de asegurarse un mínimo de gobernabilidad, pues si fallan los medios (los órganos) los fines no se cumplen. Estamos pensando en la barrera electoral del 3 % de votos en la circunscripción (artículo 163.1.a, de la *Ley orgánica del régimen electoral general*) que han de superar las candidaturas que quieran optar a escaño en las elecciones generales, límite que según el TC está justificado; de otra forma, si el Parlamento estuviera hiperfraccionado o se pretendiera respetar la proporcionalidad en términos absolutos, habría un bloqueo institucional y no se podrían cumplir los fines constitucionales¹⁰³.

Otro ejemplo peculiar, relativo al medio ambiente como derecho de solidaridad, pone luz al sistema democrático de fines, con motivo de jurisprudencia constitucional más reciente. En ese supuesto, queda patente que la democratización no supone el respeto absoluto de las minorías (y menos aún si ello aporta reminiscencias aristocráticas), que en

¹⁰² STC 32/85, de 6 de marzo, FJ 2: "La inclusión del pluralismo político como valor jurídico fundamental (artículo 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión del pluralismo ... (artículo 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*".

¹⁰³ STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 4: "El principio democrático de 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 CE establece, de una igualdad referida a las 'condiciones' legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla. (...) Lo significativo, en todo caso, desde la perspectiva del artículo 23.2 CE, puesto en relación con el artículo 14, es que la regla legal se aplique a todas las candidaturas por igual".

el disfrute de sus bienes individuales no pueden obstaculizar un bien colectivo como es el medio ambiente¹⁰⁴.

D) El análisis conjunto de la fórmula

La pertinencia de estudiar por separado los distintos elementos de la fórmula estatal, no ha evitado que el TC la considere en su conjunto, de tal forma que, bajo los auspicios del adjetivo "democrático", ha podido combinar y cohonestar el juego flexible del Estado liberal/libertad y del Estado social/igualdad, respetándose las exigencias de uno y de otro; en otras palabras, no ha hecho jugar el carácter exclusivo y excluyente que en su día operaron el Estado liberal (consagración del valor libertad con desconocimiento de la igualdad) y el Estado social (realización de la igualdad con menosprecio de la libertad).

Así, *en cuanto al Estado de Derecho*, a través de la interpretación del TC, algunos derechos de libertad han sido dotados de un eminente contenido social. Podemos recordar, como significativos, los casos sobre prestación de asistencia religiosa por parte del Estado (STC 24/1982, en relación con el artículo 16 CE); sobre asistencia gratuita de letrado (STC 42/1982, relativa al artículo 24.2 CE), o sobre administración forzosa de alimentos a presos en huelga de hambre (STC 120/90, referente a los artículos 15 y 17 CE)¹⁰⁵.

En cuanto al Estado social, el TC ha mantenido que no cabe una interpretación tan absoluta de la justicia material que pueda acarrear

¹⁰⁴ La reciente STC 102/1995, de 26 de junio se pronuncia en tal sentido (FJ 6): "Ligado a todo lo ya inventariado está el paisaje, noción estética, cuyos ingredientes son naturales -la tierra, la campiña, el valle, la sierra, el mar- y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, *generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional de medio ambiente*".

¹⁰⁵ Sobre los dos últimos supuestos citados volveremos en los capítulos VI (libertad personal) y X (asistencia social) respectivamente. En cuanto al primer supuesto, el FJ 4 STC 24/1982 establece lo siguiente: "El hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas, son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; y hay que entender que asimismo tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas".

perniciosos efectos para el principio de seguridad jurídica (STC 20/87 de 19 de febrero, FJ 4)¹⁰⁶.

IV.-LA NORMATIVA EUROPEA: EL DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO BASE DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTO DEL CONSENSO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

Según Sudre, el CEDH de 1950 "da nacimiento al Derecho europeo de los derechos humanos"¹⁰⁷. Desde el momento en que vio la luz el primer tratado regional de derechos humanos, justo tras la conflagración mundial, la normativa europea en la materia ha ido enriqueciéndose. En este sentido, la pieza básica del Derecho europeo de los derechos humanos es el CEDH, pero existen otros instrumentos europeos básicos en la materia, especialmente en el marco del Consejo de Europa (especialmente la *Carta Social de 1961* -que analizaremos en el capítulo IV- y la *Convención contra la tortura de 1987*¹⁰⁸), la organización que, en nuestra opinión, ofrece más elementos para construir el edificio europeo, al erigirse en "la institución política europea por excelencia"¹⁰⁹. Ello no es óbice para considerar incluidas dentro del Derecho europeo de los derechos humanos las normas emanadas de la Unión Europea o, con un alcance matizado (por incluirse asimismo Estados Unidos de América y Canadá), de la Organización sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

Estas reflexiones deben ser objeto de un análisis más profundo. En efecto, todo sistema jurídico, en cuanto tal, debe asentarse en una base legal. De tal suerte que no hablamos de realidades diferentes cuando nos referimos a sistema europeo de derechos humanos y a Derecho europeo de los derechos humanos, sino que aquél se sustenta en éste o, dicho de otro modo, el segundo constituye la base sobre la que se fundamenta el primero. Si hemos apuntado que el Derecho europeo de los derechos

¹⁰⁶ El FJ 4 de dicha sentencia establece que "La justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo (artículo 1.1 CE). No es lícito sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional ('todos tienen derecho... a ser informados de la acusación formulada contra ellos', artículo 24.2 CE), en aras de una 'justicia material' que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador".

¹⁰⁷ F. Sudre, *La Convention européenne...*, op. cit., pág. 7.

¹⁰⁸ Sobre este instrumento, véase E. Decaux, "La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants", *Annuaire Français de Droits International*, XXXIV, 1988.

¹⁰⁹ Así lo reconocen los propios Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa en la *Declaración de Viena de 9 de octubre de 1993*.

humanos es algo más que el CEDH, lógicamente el sistema europeo tampoco puede reducirse al texto convencional de 1950, teniendo que extenderse a las demás normas europeas sobre derechos humanos elaboradas en la Unión Europea o en la OSCE.

Las anteriores observaciones se tornan necesarias desde el momento en que es habitual hacer equivalente sistema europeo de derechos humanos (= Derecho europeo de los derechos humanos) a CEDH¹¹⁰. La mayor eficacia del CEDH, sin embargo, no justifica tan restrictiva concepción, por una serie de razones.

- En primer lugar, el CEDH es un documento en el que se consagran básicamente derechos civiles y políticos. Su precedencia en el tiempo a la CSE (como instrumento básico de derechos socio-económicos), se debió a razones de coyuntura histórico-política, al considerarse que era prioritario proteger los derechos que habían sido más ultrajados (los civiles y políticos) durante la barbarie nazi perpetrada con motivo de la Segunda Guerra Mundial. En cambio, el sistema europeo, al igual que señalamos en relación a la fórmula estatal española, refleja realidades dinámicas. Por ello, al tratado relativo a derechos de libertad (CEDH) siguió otro sobre derechos de igualdad (la CSE), y a ésta han sucedido iniciativas referentes a derechos de solidaridad o de tolerancia (piénsese en la reciente *Convención-marco sobre protección de las minorías nacionales*, abierta a la firma y ratificación de los Estados miembros el 1 de febrero de 1995). Este proceso no hace sino dar respuesta al principio de indivisibilidad e igual importancia de los derechos, pues todos ellos derivan de un tronco común irreductible: la dignidad humana.

- En segundo lugar, en nada perjudica al citado principio la circunstancia de que las distintas categorías de derechos aparezcan recogidas en tratados separados, pues ello obedece a razones de técnica jurídico-política: sin duda, los derechos recogidos en la CSE podrían haberse integrado perfectamente en el CEDH por la vía de un Protocolo Adicional, lo mismo que hubiera podido ocurrir con la Convención-marco sobre las minorías. De hecho, en cuanto a esta última, lo proyectado en un primer momento era elaborar un Protocolo Adicional al CEDH, pero en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa celebrada en Viena en octubre de 1993 se decidió, por la relevancia que ha adquirido en Europa la cuestión de las minorías (ante los brotes de

¹¹⁰ A título de ejemplo, una de las recientes y fundamentales obras sobre el CEDH encierra esa estrecha concepción, reflejada además en el título: *The European System for the Protection of Human Rights* (Macdonald y otros, eds.), Kluwer Academic Publishers, 1993.

intolerancia xenófobos y racistas) subrayar tan relevante carácter con la elaboración de una Convención específica¹¹¹.

- En tercer lugar, y en idéntica línea, la Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos han ido imprimiendo progresivamente un notorio dinamismo a la interpretación del CEDH y sus Protocolos. Así, partiendo de los derechos cívico-políticos reconocidos en dichos textos, ha ido extendiendo su jurisprudencia a derechos de igualdad (por la vía de las "prolongaciones sociales" de los derechos de libertad), o también llevando a cabo una labor jurisprudencial "pretoriana" para proteger derechos elementales de tolerancia o de solidaridad no reconocidos explícitamente¹¹². Esto demuestra que las diversas categorías de derechos (igual que dijimos de las generaciones de derechos) no son sino conceptos doctrinales, pues si entramos en el concreto campo de la protección, lo trascendental para que, por ejemplo, sean invocados ante los tribunales de justicia, es que estén reconocidos como derechos subjetivos, con independencia de la categoría o naturaleza que queramos atribuirles. Además, como se sabe, existen derechos de naturaleza mixta, esto es, que participan de varias categorías: pongamos por caso el derecho a la educación (que es un derecho social en su vertiente prestacional y cívico-político en lo relativo a la educación conforme a las creencias filosóficas o religiosas) o el derecho de sindicación (que es un derecho social en cuanto mecanismo de defensa de los intereses de los trabajadores y derecho cívico-político como manifestación o especie del genérico derecho de asociación).

- En cuarto lugar, esta última consideración no es gratuita, pues desde posturas más o menos interesadas se les ha pretendido atribuir un alcance pragmático indudable. De modo que con frecuencia se ha sostenido, primero, que los derechos cívico-políticos cuentan con mayor protección (tanto en el ámbito nacional como internacional) porque gozan de mayor consenso y segundo, que, además, son de articulación jurídica más sencilla que los derechos de igualdad o los derechos de solidaridad, siendo por ello mismo menos complicado posibilitar la defensa de aquéllos ante los tribunales. Nada más lejos del respeto de los valores superiores del ordenamiento y de la interpretación integral de la fórmula estatal y del consenso europeo.

¹¹¹ Hay que hacer notar, no obstante, que la relevancia política del fenómeno minoritario no se ha visto secundada por un mecanismo de protección contundente en tal Convención: No se establece ningún mecanismo de protección particular, dejándose en manos estatales tal tutela. Sobre ello volveremos en el capítulo V.

¹¹² Pensemos en el derecho de no ser expulsado (derecho de tolerancia) o en el derecho al medio ambiente (derecho de solidaridad), que estudiaremos en los capítulos XI y VIII respectivamente.

Empezando por lo segundo, hemos de resaltar que hacer valer ante la Justicia un derecho de igualdad o de solidaridad reviste tanta (o tan poca) dificultad como un derecho de libertad si están reconocidos como auténticos derechos subjetivos de accionabilidad directa ante los Tribunales. Es decir, que la situación de no justiciabilidad de los derechos sociales (y de los de solidaridad) no se debe a una especie de *alergia* de estos derechos en razón de su naturaleza¹¹³. El problema es de voluntad política¹¹⁴. Respecto de lo primero, podremos incluso entrar en el terreno de las paradojas. En efecto, si en materia de protección de derechos humanos se preguntara a las víctimas o a los eventuales beneficiarios, seguramente nos apercibiríamos de que el consenso se produce en sentido inverso: que son más los que quieren (porque necesitan) el derecho al desarrollo, menos los que necesitan hacer valer sus derechos de igualdad, y menos aún los que prefieren hacer uso de sus derechos de libertad. Por tanto, el consenso político (la voluntad política), habría de ser compatible con el potencial consenso social.

- Y, en quinto y último lugar, si convenimos en que derechos humanos y democracia son términos inseparables, la indivisibilidad de los derechos exige un paralelo concepto global de democracia, de tal manera que no se separe, sino que se integre, la democracia política (CEDH), la democracia social (CSE) y la democracia solidaria y tolerante (Convención de minorías). Así se ha destacado en el marco del Consejo de Europa: en noviembre de 1990, con ocasión del 40 aniversario del CEDH, se celebró en Roma una Conferencia ministerial sobre derechos humanos que reunió a los representantes de los países miembros del Consejo de Europa y de los países de la antigua CSCE (actual OSCE), al final de la cual, entre las conclusiones se convenía que "es más necesario que nunca, en el contexto actual, preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, ya sean civiles o políticos, económicos, sociales o culturales".

A tenor de los argumentos expuestos, percibiremos en el proceso de formación del sistema europeo de derechos humanos un paralelismo respecto a la evolución del Estado social y democrático de Derecho, de tal forma que la realización del valor libertad precedió a la del valor igualdad, y la de éste a la del valor solidaridad. Nuevamente podemos

113 En este sentido se ha expresado Verdier en relación a los derechos sociales consagrados en la CSE. Véase J. M. Verdier, "Protection et justiciabilité des droits sociaux", *Affari sociali internazionali*, núm. 1, 1992.

114 Si nos centramos en los derechos de igualdad y de solidaridad encuadrados en el campo de nuestros principios rectores de la política social y económica (capítulo III del Título I de la CE), queda patente lo expuesto. Basta leer el artículo 53.3 *in fine* ("Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen"), para entender que la articulación jurídica de los derechos de estos derechos es una cuestión de voluntad política del legislador.

traer a colación la idea según la cual cada modelo de Estado ha servido de marco a un valor (y a sus manifestaciones en concretos derechos); pero, a la vez, los derechos han modelado asimismo la forma estatal. La integración y retroalimentación del sistema nacional y del internacional reflejan esta circunstancia. Así, las tradiciones y valores comunes de los Estados miembros son tenidos en cuenta por los órganos europeos, pero al mismo tiempo los valores del sistema europeo sirven de base para un consenso social y democrático de Derecho, base sobre la cual podría hablarse paralelamente (siquiera axiológica y materialmente) de una presencia (como sustrato constitucional) de la fórmula estatal del Estado social y democrático de Derecho en todos los Estados europeos.

CAPITULO III. CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO (I): ESPACIO DE DERECHO

SUMARIO:

I.-LA IDEA DEL ESTADO DE DERECHO EN EL CONSEJO DE EUROPA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CEDH: 1.-El CEDH como sistema de normas: 1.1.- El principio de seguridad jurídica. 1.2.-El principio de juridicidad. 2.-El CEDH como sistema de órganos. 3.-El CEDH como sistema de fines.

II.-DESARROLLO DE LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: 1.-El CEDH como sistema de normas: 1.1.- El principio de seguridad jurídica. 1.2.-El principio de juridicidad. 2.-El CEDH como sistema de órganos. 3.-El CEDH como sistema de fines.

III.-LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA: 1.-La noción del Estado de Derecho en la normativa comunitaria: 1.1.-La normativa comunitaria como sistema de normas. 1.2.-La normativa comunitaria como sistema de órganos. 1.3.-La normativa comunitaria como sistema de fines. 2.-La noción del Estado de Derecho en la jurisprudencia comunitaria: 2.1.-Caracterización del TJCE. 2.2.-Valor de la jurisprudencia del TJCE en la construcción del sistema de derechos humanos. 2.3.-La normativa comunitaria como sistema de normas. 2.4.-La normativa comunitaria como sistema de órganos. 2.5.-La normativa comunitaria como sistema de fines.

I.-LA IDEA DEL ESTADO DE DERECHO EN EL CONSEJO DE EUROPA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CEDH

La consideración especial del Consejo de Europa y del CEDH responde a tres razones principales: de un lado, el CEDH es el primer instrumento normativo de derechos humanos del Consejo de Europa, la organización internacional regional del Viejo Continente, en el que surgió la idea de Estado de Derecho. De otro lado, es el tratado internacional en la materia que goza de mayor aplicación efectiva y que, por ende, mejor permite evaluar la adecuación entre la norma y la realidad. Y, en tercer lugar, a través del concepto de Estado de Derecho, es posible acercarse no sólo a la actualidad de los países europeos occidentales, sino asimismo a la nueva realidad de los países del centro y este de Europa tras la caída del *Muro de Berlín* y su reciente incorporación al Consejo de Europa¹. Actualmente ya son treinta y seis los Estados miembros de esta organización, tras las tres recientes incorporaciones de Letonia en febrero de 1995 y de Albania y Moldavia en julio de 1995. Esto último justifica aún más, si cabe, nuestra elección del Consejo de Europa como base para la construcción europea.

Por otra parte, conviene dejar clara de antemano una cuestión, por la eventual perplejidad que pudiera provocar el título de este primer apartado, al hablar de Estado de Derecho en el Consejo de Europa y, en especial, en el marco del CEDH. De entrada, el propio CEDH destaca esta idea en el Preámbulo de su Estatuto como uno de sus núcleos esenciales ("prééminence du droit" en su versión francesa, y "rule of law" en la inglesa)². Dicho esto, es obvio que el Consejo de Europa no es un Estado o un super-Estado, sino una organización de Estados, una organización internacional, y no de integración³, sino de cooperación formada por

¹ En su reciente estudio, ha recogido M. R. Donnarumma ("Una tematica sempre attuale...", cit., pág. 7) esta idea: "En una época marcada por radicales cambios de régimen en los países de Europa oriental y por la crisis de las democracias occidentales, es fácil comprender que la temática del *Rechtsstaat* o *Stato di Diritto* reconquiste un lugar de primera plana en los debates políticos y doctrinales".

² Pese a que, por razones obvias de influencia político-idiomática y de limitación de medios materiales, las dos lenguas oficiales del Consejo de Europa son el francés y el inglés, ciertamente la idea del Estado de Derecho es mucho más rica y llena de matices de lo que de ambas versiones pudiera desprenderse, como hemos tenido ocasión de estudiar en el capítulo segundo.

³ Quizá la única organización con tendencia a la integración sea la Unión Europea, según los designios establecidos en el documento que sirvió de punto de partida a las Comunidades Europeas: la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950. Ello, sin perjuicio, de

Estados soberanos⁴. Por ello, el concepto no es predicable del Consejo de Europa en cuanto tal, sino de sus Partes Contratantes; y por ello mismo no hablamos de un *Estado* europeo social y democrático de Derecho (ni de una *Constitución* europea), sino de un *consenso* europeo social y democrático de Derecho. Ello no obstante, el acercamiento a la noción de Estado de Derecho a través del desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por los órganos tutelares del CEDH, nos permitirá percibir que algunos aspectos constitucionales de los Estados Partes han de conformarse a las exigencias convencionales, pues de éstas se extraen los valores básicos (ya mencionados) que pueden conducir a un mínimo *consenso constitucional europeo*⁵.

Como hemos indicado, el mismo Estatuto del Consejo de Europa acoge la idea del Estado de Derecho y dispone en el artículo 3 de su Estatuto, de 5 de mayo de 1949, que

"todo miembro del Consejo de Europa reconoce el principio de la *preeminencia del Derecho* y el principio en virtud del cual toda persona que se halle bajo su jurisdicción debe gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".

De esta forma, se establece el vínculo entre la supremacía del Derecho y el respeto a los derechos humanos, tanto más cuanto que lo dispuesto en el Estatuto viene reforzado en el Preámbulo del CEDH, que asigna a éste como finalidad asegurar la supremacía del Derecho en una sociedad democrática. En este sentido, Sudre ha destacado que "el principio de la *preeminencia del Derecho* es el pedestal sobre el que reposa el Derecho europeo de los derechos humanos"⁶.

En todo caso, antes de proseguir conviene mencionar la *crisis de la supremacía de la ley* tal como fue concebida en el Estado liberal de

los intentos que hay por perfeccionar la Unión Europea y, por otra parte, de los intentos y estudios paralelos por alcanzar esa "deseada" integración en el continente americano. Como prueba de esto último, cabe citar la celebración del *II Congreso Eurolatinoamericano sobre Integración*, del 28 de noviembre al 1 de diciembre en Granada.

⁴ No es ahora el momento de entrar a examinar la crisis o reformulación del concepto de Estado y de soberanía, si bien es claro que, entre otros aspectos, la justicia (atributo esencial de la soberanía estatal, como ya indicamos en el capítulo primero) de los Estados miembros del Consejo de Europa se va a ver más o menos afectada por la autoridad de las sentencias del TEDH (al margen del problema de la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en el orden interno).

⁵ El profesor Götz ha analizado conjuntamente las posibilidades de la Comunidad Europea y del Consejo de Europa en la consecución de un *orden europeo de Derecho* o una *Unión de Derecho en Europa*, con especial énfasis en el CEDH. Véase V. Götz, "Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa?", *Juristen Zeitung*, 6/1994.

⁶ F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pág. 94.

Derecho, pues la evolución ha determinado que la misma ya no sea considerada soberana: de un lado, en los Estados políticamente descentralizados como el español existen leyes de los Parlamentos territoriales que se sitúan al lado de las estatales (principio de competencia entre ordenamientos, y no de jerarquía); de otro lado, se ha afirmado la *superioridad de la norma constitucional*⁷; a ello, es preciso añadir la crisis actual del Parlamento y el fortalecimiento del Ejecutivo⁸; y, en cuarto lugar, no cabe olvidar la influencia del principio de recepción de normas internacionales⁹.

Retomando el hilo de nuestras reflexiones, y siguiendo el razonamiento kantiano sobre la necesidad del Estado (del Derecho) para la existencia de la libertad (o más exactamente para que la libertad de unos se concilie con la de los otros), podemos observar que tras el nacimiento del Consejo de Europa se hallaba asimismo la idea de conciliar la soberanía o libertad de unos Estados frente a otros, de establecer un consenso general que impida nuevos brotes de totalitarismo. Como es conocido, esta organización internacional regional surgió en 1949 como respuesta inmediata a los grandes atentados que se habían perpetrado contra la libertad durante el segundo conflicto bélico mundial.

En el contexto mencionado se comprende que, ya no en el estrecho marco estatal sino en el más amplio del Estado internacionalmente integrado, se proponga el Consejo de Europa como uno de sus fines esenciales la acción común:

"en el mantenimiento y mayor realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 1.b del Estatuto del Consejo de Europa)".

En términos más amplios, el objetivo del Consejo aparece consignado en el artículo 1.a de su Estatuto:

"alcanzar una mayor unidad entre sus Miembros con el propósito de salvaguardar y realizar los ideales y principios que constituyen su tradición común, así como facilitar su progreso económico y social".

⁷ A propósito de la crisis de la supremacía de la ley, véase F. De Carreras Serra, "La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15 (monográfico sobre el tema "Diez años de desarrollo constitucional"), 1989, págs. 310-311.

⁸ Véase J. A. García Morillo, "Mitos y realidades del parlamentarismo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, págs. 129-130.

⁹ Cfr. al respecto F. De Carreras Serra, "Norma y ordenamiento jurídico en la Constitución española", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, pág. 56.

Este objetivo hallará cumplimiento (según el artículo 1.b del Estatuto) "a través de los órganos del Consejo" (el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria, a los que habría que añadir el Secretario General¹⁰). Con ello se significa que el lado orgánico (órganos del Consejo) está en función de la parte dogmática (el objetivo y fines señalados). Además, por lo que se refiere al concreto fin de respeto de los derechos humanos, la primera concreción normativa que producirá el Consejo de Europa será precisamente el CEDH.

Siendo coherentes con la mencionada triple dimensión actual del Estado de Derecho, pueden enunciarse estas tres premisas:

A) El CEDH configura un *sistema de normas* compuesto por 66 artículos y completado por 11 Protocolos (el undécimo, relativo a la fusión de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos, quedó abierto a la firma y ratificación el 5 de mayo de 1994), en donde se recogen los dos importantes principios de seguridad jurídica y de juridicidad.

B) El CEDH instituye un *sistema de órganos* en su artículo 19 compuesto por la Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos, configurados ambos como órganos específicos que se añaden a los generales del Consejo de Europa (Comité de Ministros, Asamblea Parlamentaria y Secretario General).

C) Las normas concretan y los órganos aseguran el *sistema de fines* establecido por el CEDH, que persigue "el mantenimiento y mayor realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales" (Preámbulo del CEDH, párrafo tercero): unos derechos que son básicamente civiles y políticos, pero a los que se han añadido varios de carácter socio-económico o de solidaridad en algunos Protocolos Adicionales al CEDH o por labor jurisprudencial.

Veamos estas ideas de manera más detallada.

1.-El CEDH como sistema de normas

El CEDH constituye un conjunto de normas que configuran un ámbito de poder en el que pueden moverse los órganos tutelares de Estrasburgo (básicamente la Comisión y el TEDH) y los correspondientes de las Partes Contratantes (con independencia del procedimiento de integración del CEDH en el orden interno, o de su aplicación o no directa).

¹⁰ Además, hay que tener en cuenta la primera y única hasta el momento Cumbre de Jefes de Estado y/o de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa, que tuvo lugar en Viena los días 8 y 9 de octubre de 1993.

Esas normas actúan respecto a un territorio (el de los Estados Partes) y a una población (las personas dependientes de la jurisdicción de esos Estados Partes).

Lo anterior permite observar que el ámbito de poder, el territorio y la población son tres aspectos (clásicos, por lo demás) que se corresponden respectivamente con algunas de las causas de inadmisibilidad de las demandas (fijadas en los artículos 25 a 27 CEDH): *ratione materiae*, *ratione loci* y *ratione personae*. Por lo que se refiere al requisito *ratione materiae*, para que una demanda sea admisible ha de referirse a una violación de los derechos reconocidos en el CEDH o sus Protocolos, y no a otros derechos. En cuanto a la condición *ratione loci*, lo normal será que la violación se cometa en el territorio de la Parte Contratante denunciada, aunque pueden darse circunstancias de extraterritorialidad si, en todo caso, la víctima de la violación depende de la jurisdicción de aquella. En tercer lugar, en relación a la circunstancia *ratione personae*, la víctima de la violación alegada ha de ser cualquier persona, organización no gubernamental o grupo de particulares que dependan de la jurisdicción de una Alta Parte Contratante; con lo cual, podrá tratarse (y de hecho ocurre) tanto de nacionales de los Estados Partes como de extranjeros.

El sistema de normas, por otra parte, se ha de hallar impregnado por dos principios fundamentales: el de seguridad jurídica y el de juridicidad. Analicémoslos por separado.

1.1.-El principio de seguridad jurídica

A) Significado del principio de seguridad jurídica

El alcance de este principio se deriva del hecho de que la seguridad, desde los postulados de la filosofía contractualista e iluminista, se ha destacado como presupuesto indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. En la práctica, como recuerda Pérez Luño, "es probable que existan pocos términos tan amplia y asiduamente invocados hoy como la *seguridad*. La cultura que nos circunda está hecha de constantes apelaciones a sus múltiples y heterogéneas facetas"¹¹. El catedrático de Filosofía del Derecho incluso llama la atención sobre "la obsesión del presente por la seguridad" y la define en los siguientes términos: "la seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el *saber a qué atenerse* es el elemento

¹¹ A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pág. 7. El filósofo del Derecho, entre otras invocaciones, menciona la "seguridad ciudadana", la "seguridad del empleo", la "seguridad en el trabajo", la "seguridad social", la "seguridad de los datos", la "seguridad del tráfico negocial", la "seguridad del tráfico vial", etc.

constitutivo de la aspiración individual y social de la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico"¹².

Teniendo presente lo anterior, no es infrecuente subrayar la relación inmediata entre conocimiento y seguridad de un lado, e ignorancia e inseguridad de otro lado. Ambos pares de términos se hallan a su vez interrelacionados en el mundo jurídico, lo que justifica una regla común a todos los sistemas jurídicos avanzados que, por lo que respecta al español, recoge el artículo 6.1 del Código civil¹³.

Por supuesto, el cumplimiento de esta regla conlleva unas exigencias mínimas de publicidad, que adquieren mayor relevancia cuando se trata del conocimiento de la normativa internacional, como es el caso del CEDH. Para el caso particular de las normas contenidas en los tratados internacionales que afecten a España, el mismo Código civil (artículo 1.5) y la CE (artículo 96.1) contienen un mandato específico de integración y publicación en el ordenamiento interno a través del BOE (Boletín Oficial del Estado).

Más aún, las exigencias de publicidad se agudizan cuando nos hallamos ante un tratado internacional relativo a derechos humanos. En efecto, el conocimiento de los mismos es una condición insoslayable para su respeto; de ahí la importancia de la enseñanza, educación y difusión de los derechos¹⁴. Ponemos el énfasis en la normativa internacional porque si el Estado permanece enclaustrado en sus fronteras y no hace publicidad de la misma, las personas dependientes de su jurisdicción desconocen que pueden utilizar instrumentos de aplicación efectiva como el CEDH; ese desconocimiento, además de afectar al ciudadano de a pie, es extensible incluso a los especialistas del Derecho, por el efecto añadido (se impone reconocerlo) de la *inflación normativa* que nos acosa. En este sentido, el CEDH fue ratificado por España y publicado en el BOE núm. 243, de 20 de octubre de 1979.

Abundando en el principio de seguridad, nuevamente debe recordarse que el CEDH surgió como reacción frente a las agresiones a las libertades durante la segunda conflagración mundial, puesto que "los totalitarismos de nuestro siglo, paralelamente a su *asalto a la razón* han supuesto un *asalto a la seguridad*. El notorio lema fascista de *vivere*

¹² *Ibidem*, pág. 8.

¹³ Según el artículo 6 del Código civil, "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento".

¹⁴ Véase al respecto R. Sánchez Ferriz, y L. Jimena Quesada, *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1995.

pericolosamente, o la aversión nazi a la seguridad, (...) así lo corroboran"¹⁵.

B) Manifestaciones de la seguridad en el CEDH

Con tal planteamiento de fondo, el término "seguridad" aparece en diversas ocasiones en el CEDH. En el artículo 5 se habla del derecho a la seguridad (personal o ciudadana). La "seguridad nacional" se utiliza en el artículo 6.1 como eventual limitación a la publicidad de los procesos judiciales. De nuevo la "seguridad nacional", así como la "seguridad pública", figuran como causa susceptible de justificar una ingerencia de la autoridad pública en el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia en el artículo 8.2. Se repite la "seguridad pública" en el artículo 9.2 como criterio para restringir el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Ambos conceptos ("seguridad nacional" y "seguridad pública") se reiteran en el artículo 10.2 y 11.2 como posible justificación para someter a ciertas restricciones la libertad de expresión y las libertades de reunión pacífica y de asociación respectivamente. Además, la "seguridad nacional" y la "seguridad pública" constituyen potenciales restricciones al derecho de libre circulación y de elección de residencia en el artículo 2.3 del Protocolo Adicional núm. 4. Por último, razones de "seguridad nacional" pueden suponer la expulsión de un extranjero en los términos del artículo 1.2 del Protocolo núm. 7.

Al margen de la aparición del término "seguridad" en el CEDH y sus Protocolos en los casos vistos, ¿cuáles son las manifestaciones concretas del principio de seguridad jurídica en estas normas regionales europeas? Esta pregunta es pertinente desde el momento en que el amplio principio de seguridad jurídica engloba otros principios o categorías jurídicas importantes¹⁶.

Dejamos de lado por el momento el principio de legalidad, que será tratado en el siguiente epígrafe, por entrañar una problemática que merece una consideración especial, relativa a la tensión entre el Derecho en su conjunto y la legalidad penal, entre la seguridad jurídica y la justicia. Nos centramos ahora, por tanto, en los demás aspectos de la seguridad jurídica.

¹⁵ A. E. Pérez Luño: *La seguridad jurídica*, ya cit., 1991, pág. 14.

¹⁶ Cfr. la STC 27/1981, de 20 de julio de 1991, FJ 10, ya mencionada en el capítulo anterior.

El CEDH permite tomar precauciones frente a una interpretación excesivamente formalista del mismo por parte de un Estado, grupo o individuo, que pretendan en aras a la seguridad jurídica violar los derechos y libertades reconocidos convencionalmente. En otras palabras, la seguridad jurídica que ofrece el CEDH no puede ser utilizada como pretexto para hacer imperar la inseguridad (artículo 17 CEDH)¹⁷.

En cualquier caso, concebido inicialmente para proteger la *seguridad* interna de los Estados Contratantes contra el peligro del totalitarismo (fascismo o comunismo) y utilizado con tal fin (por ejemplo en la decisión de la Comisión de 20 de julio de 1957, relativa a la prohibición del Partido Comunista en la RFA¹⁸), este precepto habría caído en *desuetudo* si no fuera por Estados miembros del Consejo de Europa (como Turquía en la actualidad) cuya consolidación democrática no está libre de sospecha.

En otro ámbito el CEDH, en sí mismo considerado, renuncia al *dogma de la plenitud* como cláusula básica de seguridad. Y no podría ser de otra forma puesto que, como tratado internacional, es una fuente más del Derecho de los ordenamientos jurídicos internos, siendo de éstos en su conjunto de los que se predica tal dogma. Lo anterior se deduce del hecho de que el CEDH, si bien reconoce un buen número de derechos (ampliado por algunos de sus Protocolos), no pretende constituir un catálogo completo y ni siquiera exhaustivo (se propone establecer, según su Preámbulo, una garantía colectiva de "algunos" de los derechos de la Declaración Universal). Y este es el motivo subyacente en la causa de inadmisibilidad *ratione materiae*, según la cual no son admisibles las demandas que invoquen derechos no contemplados por el CEDH o sus Protocolos.

¹⁷ Este es el tenor literal del artículo 17 CEDH: "ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo". Este precepto recoge la idea contenida en el clásico adagio francés *pas de liberté pour les ennemis de la liberté*.

¹⁸ En esta línea, como ha observado certeramente A. E. Pérez Luño (*La seguridad jurídica*, ya cit., pág. 20) estas eventuales "manifestaciones de seguridad de la inseguridad son incompatibles con la razón de ser del Estado de Derecho. En esta forma política se instaura la protección de los derechos y libertades en la cúspide de las funciones estatales". Sobre el particular, véase asimismo H.J. Faller, "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero 1979.

Esta causa es taxativa. Queremos con ello expresar que el CEDH no funciona como los ordenamientos internos¹⁹, en los que se prevé un sistema de fuentes del Derecho y la utilización por los jueces de unos medios de integración de eventuales lagunas legales. No obstante ser taxativa, esa causa no se ha revelado absoluta: efectivamente, la jurisprudencia del TEDH, como analizaremos más adelante, ha dado entrada (en algún caso) a derechos no previstos en el CEDH ni sus Protocolos a través de una interpretación extensiva de las disposiciones convencionales.

Hicimos referencia a tres causas importantes de inadmisibilidad de las demandas en el CEDH (*ratione materiae, loci y personae*). A ellas hay que añadir otra no menos relevante: una causa *ratione temporis*, prevista en el artículo 26 CEDH, según el cual:

"la Comisión no podrá ser requerida más que después del agotamiento de los recursos internos, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva".

Como recuerda Lezertúa Rodríguez, "*manifestación del principio de seguridad jurídica*, esta regla -la de los seis meses- está estrechamente vinculada a la del agotamiento"²⁰. Es evidente que tanto en el orden internacional como en el nacional han de existir unos plazos (ya sean de caducidad o de prescripción) que, exigidos por la seguridad jurídica, aseguren el normal funcionamiento del sistema jurídico (y social en su conjunto).

En relación directa con lo anterior (y también se desprende del artículo 26 CEDH) se halla la cuestión de la *cosa juzgada*, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales no susceptibles de ulterior recurso, por desistimiento o renuncia o por haberse agotado las instancias o plazos para interponerlo. Por ello, los seis meses del artículo 26 CEDH se cuentan a partir de la decisión judicial interna *definitiva*. Esta necesidad de seguridad jurídica respecto al plano interno para que puedan operar las instancias internacionales se traslada también al plano internacional, y por ello el mismo CEDH en su artículo 52 establece que "la sentencia del Tribunal (TEDH) será *definitiva*".

¹⁹ Es lógico, pues el CEDH -insistimos- no constituye sino una parte o fuente del Derecho interno.

²⁰ M. Lezertúa Rodríguez, "La problemática de la admisibilidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en el colectivo *Jurisprudencia europea en materia de derechos humanos (Jornadas celebradas en Bilbao del 7 al 10 de septiembre de 1990)*, Ed. Gobierno Vasco, Bilbao, 1991, pág. 67.



Esto último tiene que ver con dos aplicaciones del *principio non bis in idem* que se derivan de la seguridad jurídica, recogidas ambas por el CEDH en su artículo 27.1.b):

"La Comisión no admitirá una demanda que

(...) sea esencialmente la misma que una demanda anteriormente examinada por la Comisión o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos".

Así, de un lado, no puede someterse a la Comisión una demanda con idénticos hechos a otra anterior sustanciada ante ella. De otro lado, la regla de la no acumulación de recursos ante instancias internacionales supone que, por ejemplo, la CEDH impone a la Comisión no admitir una demanda individual que sea idéntica (en cuanto a los hechos y a la violación alegada) a una comunicación ya sometida al Comité de derechos humanos de la O.N.U instituido por el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966*. Es decir, una persona que se considera víctima de una violación, por un Estado Parte tanto en el CEDH como en el PIDCP, de un derecho garantizado por ambos instrumentos internacionales, no puede utilizar la vía del Comité de derechos humanos y después la de la Comisión europea de derechos humanos, sino que debe elegir.

En último lugar, hemos de destacar una manifestación de la seguridad jurídica por la que ha mostrado interés el Consejo de Europa: *la claridad normativa*. Esta vendría a ser en cierta forma la versión jurídica de lo denominado en nuestros días *lo políticamente correcto*. Dentro de esta tendencia, la preocupación por la igualdad sexual llevó al Comité de Ministros de la organización regional europea a adoptar en 1990, durante la 434ª reunión a nivel de delegados la *Recomendación N° R (90) 4, sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje*.

1.2.-El principio de juridicidad

Los dos principios en que se puede desglosar el de juridicidad, el principio de constitucionalidad y el principio de legalidad, vimos que aparecen claramente formulados en el ámbito español, siendo paradigmático el artículo 9.1 CE cuando establece la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos "a la Constitución" y "al resto del ordenamiento jurídico", respectivamente.

Vamos a utilizar esos dos niveles para plantear cuestiones que suscita el CEDH en relación a la idea del Estado de Derecho, dejando al margen los aspectos que, sin dejar de ser conflictivos, no corresponde abordar en esta sede. Así, no entraremos a analizar la posición jerárquica de los tratados internacionales (y, por ende, del CEDH) en el ordenamiento

interno (en relación a la Constitución y a las leyes básicamente), puesto que las soluciones son diversas (de la misma forma que es diverso el sistema de recepción de los tratados en el orden interno)²¹. Tampoco abordaremos la problemática sobre la ejecución de las sentencias del TEDH²² y su autoridad en relación a las sentencias internas (sobre todo cuando la decisión interna definitiva revocada ha emanado de una jurisdicción constitucional)²³.

A) El principio de constitucionalidad

Dejando al margen la cuestión de la posición del CEDH en el orden interno, es obvio que su virtualidad tiene que ver con el carácter de organización supranacional del Consejo de Europa. Esta, como casi todas las organizaciones internacionales existentes en la actualidad (ya subrayamos que la Unión Europea presenta características específicas), está influida por el mito de la soberanía estatal y, por consiguiente, es comedida respecto al orden constitucional de sus Estados miembros. Sin embargo, esa medida tiene su límite en el respeto a los derechos humanos, ámbito de gran relevancia en el Derecho Internacional contemporáneo,

21 Como es sabido, existen soluciones constitucionales internas que difieren, pese a que desde el punto de vista del Derecho Internacional es éste el que prevalece sobre los Derechos nacionales en caso de conflicto, siendo esencial a estos efectos el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*: "una Parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

22 Sobre el tema de la ejecución de las sentencias véase J. M. Morenilla Rodríguez, "La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en el colectivo *Jurisprudencia europea en materia de derechos humanos (Jornadas celebradas en Bilbao...)*, op. cit.; véase asimismo J. Bonet i Pérez. "El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1993.

23 Como expone Sudre (*La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pág. 75), "si bien las sentencias del TEDH sólo poseen una autoridad relativa de cosa juzgada, por distintos métodos de interpretación que europeízan su jurisprudencia y le dan su coherencia y su autoridad, el TEDH da lugar a un *Derecho común europeo* de los derechos y libertades, que es la traducción del 'patrimonio común' evocado en el Preámbulo del CEDH. Por tanto, en relación a las sentencias del TEDH se puede hablar de *autoridad de cosa interpretada*". Por su parte, M. Martínez Sospedra (*Libertades Públicas*, Valencia, CEU San Pablo, 1993, vol. I, pág. 38) sostiene que "la jurisprudencia del Tribunal Europeo es obligatoria en cada caso para el Estado o Estados afectados, y forma parte del derecho interno y (...) tiene, siempre, el *valor complementario* que nuestro ordenamiento atribuye a la jurisprudencia".

por cuanto planteó la introducción del individuo como sujeto del Derecho Internacional²⁴. De tal circunstancia se deriva la relevancia del CEDH.

Por tanto, el CEDH parte del respeto al orden constitucional de los Estados Partes, y de ahí que el sistema de protección convencional sea *complementario* de los mecanismos internos. No otro significado tiene la regla del agotamiento de los recursos internos (artículo 26 CEDH), cuyo fundamento es ofrecer al Estado demandado la posibilidad de resolver el litigio por sus propios medios y en su ámbito interno. Como corolario de lo anterior, se exige a los Estados que ofrezcan vías de recurso efectivas ante las instancias nacionales (artículo 13 CEDH).

Cuando falla el orden interno y se produce una violación del CEDH y de los derechos que el mismo reconoce, entran en funcionamiento los órganos con sede en Estrasburgo, a través de un procedimiento que puede culminar con una sentencia del TEDH condenatoria para el Estado infractor. Pero incluso, en este caso, rige el *principio de subsidiariedad* de la reparación, dejando al Estado en primera instancia que remedie la situación conformándose a las obligaciones que derivan del CEDH y únicamente

"si el Derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta decisión o medida, la decisión del Tribunal concederá a la parte lesionada, si procede, una satisfacción equitativa" (artículo 50 CEDH).

Por supuesto, llegados a este punto, sería ocioso plantear el eterno problema de "quién guarda al guardián", no quedando más alternativa, como ya subrayamos, que la opinión pública y la crítica social, con la crítica cualificada de la doctrina científica.

Por otra parte, el mismo CEDH (artículo 60) señala que contiene un *minimum* que ha de ser respetado por los sistemas constitucionales de los Estados miembros, de tal suerte que si el orden interno, o incluso otras disposiciones de Derecho Internacional aplicables a esos Estados, son más favorables que el CEDH, éste no entrará en juego²⁵.

El CEDH tiene en cuenta el orden constitucional interno de los Estados miembros cuando permite que éstos, de acuerdo con sus respectivas tradiciones constitucionales y sus leyes, puedan imponer determinadas limitaciones a los derechos reconocidos en aquél²⁶. Estas

24 Frente al Derecho Internacional clásico, que proclamaba la exclusividad de los Estados como sujetos de tal Derecho.

25 Cfr. el artículo 60 CEDH, ya citado y reproducido en el capítulo I.

26 Por supuesto, las limitaciones previstas en el orden interno han de ser conformes con las cláusulas del CEDH. En este sentido, como ha estudiado la profesora Freixes Sanjuán

limitaciones figuran con diversa denominación en algunos preceptos del CEDH ("formalidades", "condiciones", "restricciones", "sanciones") y suelen aparecer en la segunda parte o en un segundo apartado de esos preceptos: la estructura de algunos artículos del CEDH presenta un primer apartado en el que se reconoce algún o algunos derechos y un segundo apartado en el que se prevén determinadas limitaciones a los mismos (de forma meridiana se aprecia esto en los artículos 8, 9, 10 y 11 CEDH, y artículo 4 del Protocolo núm. 7). Por supuesto, el margen de apreciación de los Estados para establecer estas limitaciones, si bien es amplio, no es absoluto; al contrario, el CEDH prevé una serie de condiciones que, agrupadas en torno a la que se ha dado en llamar *cláusula general de orden público*, se concretan en las siguientes: en primer lugar, *han de estar previstas por la ley*; en segundo lugar, *han de perseguir un fin legítimo*²⁷; y, en tercer lugar, *han de ser necesarias en una sociedad democrática*.

Un ejemplo muy claro del margen de apreciación que se deja a los Estados para que disciplinen un derecho del CEDH de acuerdo con su sistema constitucional lo ofrece el artículo 10 (libertad de expresión): la segunda frase del apartado 1 de este precepto señala que

"el presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa".

El margen de apreciación permitido a los Estados Partes para establecer las limitaciones señaladas se acentúa con la vía que les ofrece el artículo 15 CEDH de imponer derogaciones a algunas de las obligaciones convencionales para suspender el ejercicio de ciertos derechos reconocidos. Según el apartado 1 de este precepto, las medidas derogatorias sólo pueden tomarse "en caso de guerra o de otro peligro público que amenace

(*Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, PPU, 1992, pág. 82) una "de las construcciones en las que el Tribunal Europeo ha desarrollado una teoría de gran importancia para los derechos se sitúa en el terreno de los límites. En efecto, en reiterada jurisprudencia, se alega que los límites a los derechos deben cumplir ciertas condiciones para resultar compatibles con el Convenio. Estas condiciones, establecidas a partir del artículo 10 del Convenio, son las siguientes: los límites han de estar previstos en una ley; han de perseguir una finalidad legítima a la luz del Convenio; y han de ser compatibles con una sociedad democrática". Por su parte, sobre el controvertido tema de las limitaciones a los derechos fundamentales en el orden interno español, véase L. Aguiar de Luque: "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993; así como J. J. Solozábal Echevarría, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71.

27 Ese fin es desglosado en los distintos preceptos a través de conceptos -más o menos ambiguos o indeterminados- tales como "seguridad nacional", "seguridad pública", "integridad territorial", "defensa del orden", "prevención del delito", "moral", "salud pública", "protección de la reputación o de los derechos ajenos", "autoridad e imparcialidad del poder judicial", etc.

la vida de la nación", así como "en la medida estricta en que lo exija la situación, en el supuesto de que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional".

Como se observa, esa facultad derogatoria no es absoluta, puesto que a las condiciones de excepcionalidad de su ejercicio previstas en este apartado 1, se añaden determinadas prohibiciones de derogación en el apartado 2 que tienen que ver con el denominado *estándar mínimo del Derecho europeo de los derechos humanos* o *mínimo humanitario*: esos derechos intangibles son el derecho a la vida (artículo 2), a no ser torturado ni a sufrir tratos o penas inhumanos o degradantes (artículo 3), a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos (artículo 4.1), y a la no retroactividad de la ley penal (artículo 7)²⁸.

En definitiva, el respeto del orden constitucional interno de cada Estado Miembro y las ideas que al respecto aquí hemos evocado se reconducen a la regla que rige el funcionamiento del mecanismo convencional: la subsidiariedad²⁹.

B) El principio de legalidad

El principio de legalidad, definido por Pérez Luño como "la vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, *constituye la clave de bóveda del Estado de Derecho*"³⁰.

Con el principio de legalidad se previene, de un lado, la arbitrariedad de quienes ejercen el poder y, de otro lado, la eventual transgresión de las normas por quienes, obligados por ellas, adujeran ignorancia del Derecho.

²⁸ Como señala D. Gomien, "no es sino apropiado que para un problema tan serio como la derogación de un tratado de derechos humanos, el artículo 15 imponga un muy serio *estricto estándar* a los Estados que desean derogar el CEDH", en D. Gomien, *Short guide to the European Convention on human rights*, Strasbourg, Council of Europe, 1991, pág. 118. Este libro tiene también una versión francesa bajo el título *Vade-mecum de la Convention Européenne des droits de l'homme*.

²⁹ Como dice F. Sudre (*La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pág. 38), "este principio de subsidiariedad implica el reconocimiento de la *autonomía nacional* y fundamenta la teoría pretoriana del *margen de apreciación*".

³⁰ A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica, op. cit.*, pág. 25.

Al hilo de estas primeras palabras estimamos útil realizar una aclaración previa. Como expresa Cohen-Jonathan, aunque "en algunas circunstancias las mismas disposiciones del Convenio se remiten al Derecho interno (...) ni el TEDH ni la Comisión aplican el Derecho nacional, sino que la cuestión que se plantea aquí es saber si el Estado, no cumpliendo sus obligaciones, viola o no el Convenio"³¹. En otras palabras, el respeto del principio de legalidad no supone en modo alguno que los órganos tutelares de Estrasburgo estén vinculados por las leyes internas, sino que han de comprobar si esa legalidad es acorde con el Convenio.

Por lo demás, el avance que ha supuesto el CEDH en el Viejo Continente era imprevisible un siglo antes. Como indica Cruz Villalón, "en Europa, durante todo el siglo XIX, el principio de legalidad es 'el alfa y omega' de los derechos individuales: los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad. Ello es tanto como decir que los derechos valen lo que vale el principio de legalidad, ni más ni menos"³². Y el progreso ha sido considerable porque el principio de legalidad, si bien juega un papel esencial en el Estado de Derecho, ha de entenderse en relación con el desarrollo constitucional e internacional posterior a la hora de abordar los derechos fundamentales.

Volviendo al tratado europeo que nos ocupa, la versión más ejemplar de este principio la refleja el artículo 7 CEDH, que recoge el principio de legalidad penal³³, fundamento del derecho a la irretroactividad de la ley penal (*nullo crimen nulla poena sine lege*)³⁴.

Por supuesto, el principio de legalidad reviste una especial trascendencia en el ámbito penal como manifestación de la seguridad jurídica, tanto más cuanto que se halla en juego uno de los bienes

31 G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica (Presses Universitaires d'Aix-Marseille), 1989, págs. 188-189.

32 P. Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", cit., pág. 49.

33 Sobre el principio de legalidad en el ámbito español, véase el reciente trabajo de F. Rubio Llorente, "El principio de legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39. Y, en particular, sobre el principio de legalidad en el ámbito penal español, véase J. F. López Aguilar, "La reserva constitucional de ley en materia penal (ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991; y, en el núm. 39 de la misma, S. Huerta Tocildo, "El derecho fundamental a la legalidad penal".

34 El apartado 1 de este precepto dispone lo siguiente: "Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida".

jurídicos más importantes: la libertad, cuyo estudio llevaremos a cabo en el capítulo VI. Sin embargo, ni siquiera en este ámbito el CEDH se resiste a una cierta influencia del dogma de la plenitud, apelando a los principios generales del Derecho en el apartado 2 del propio artículo 7³⁵. Además, como otra manifestación de la legalidad penal se reconoce el principio de *non bis in idem* en el artículo 4.1 del Protocolo núm. 7³⁶.

No obstante, las exigencias de la seguridad jurídica (a través del principio de legalidad penal y del principio *non bis in idem*) pueden ceder cuando se confrontan con el valor justicia. Por ello, para conjugar la cosa juzgada como manifestación de la seguridad jurídica con la verdad material de la justicia, se instaura el instituto del *recurso de revisión* en el apartado 2 del artículo 4 del Protocolo núm. 7³⁷.

Aunque no se cite expresamente en este apartado, en donde sólo aparece una genérica referencia a "un defecto esencial en el proceso", hoy se reconoce relevancia penal a la ignorancia en el Estado de Derecho³⁸. De hecho, se tiende a otorgar efectos penales al error debido a una serie de causas, entre las que se suelen incluir: por un lado, factores subjetivos del autor del delito; por otro lado, la creciente "elefantiasis" e hipertrofia legislativa que dificulta el conocimiento de la norma penal por los destinatarios, máxime cuando proliferan normas penales en blanco; y, por lo que afecta al objeto de estudio, la progresiva internacionalización y movilidad de la comunidad jurídica, que plantea constantemente a los tribunales conflictos entre las normas de Derecho interno y las de otros países y culturas³⁹.

35 Artículo 7.2 CEDH: "El presente artículo no invalidará el juicio o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituya delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

36 Artículo 4.1 del Protocolo núm. 7: "Nadie podrá ser nuevamente juzgado o condenado en procesos criminales bajo la jurisdicción del mismo Estado por un delito por el cual haya sido definitivamente absuelto o declarado culpable de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de ese Estado".

37 Artículo 4.2 del Protocolo núm. 7: "Las disposiciones del párrafo precedente no impedirán la reapertura de la causa de acuerdo con la ley y el procedimiento penal del Estado de que se trate, si hay prueba de hechos nuevos o recientemente descubiertos, o si ha habido un defecto esencial en el proceso que pudo afectar el resultado de la causa".

38 En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia penales han elaborado una distinción más compleja y matizada que la tradicional entre error de hecho y de Derecho: se trata de la dicotomía entre error de tipo y error de prohibición.

39 En este sentido véase A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, op. cit., pág. 81.

Por último, convendría destacar dos aspectos esenciales relativos al principio de legalidad: se trata de las garantías legales de las que deben gozar las personas privadas de libertad (ya sea por detención preventiva, prisión provisional, etc.), y del derecho a un juicio justo y a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, en los términos de los artículos 5 y 6 CEDH respectivamente. Tal es la envergadura de estas disposiciones relativas al principio de legalidad que Pettiti las ha tildado de "*artículos de base* (5 y 6) del Convenio europeo (garantías de la libertad y del proceso)"⁴⁰.

2.-El CEDH como sistema de órganos

El alcance del CEDH no se mide por los derechos reconocidos en el mismo (sólo *algunos* de los enunciados en la Declaración Universal, según el Preámbulo convencional), sino más bien por el sistema de protección establecido: como ha expresado García de Enterría, "lo más singular del CEDH es, sin duda, el sistema institucional que ha construido para otorgar una garantía efectiva a su carta de derechos"⁴¹.

Si examinamos el organigrama del Consejo de Europa, es posible observar lo siguiente desde la perspectiva clásica de la división de poderes.

- De un lado, existe una *Asamblea Consultiva* (denominada en la actualidad Asamblea Parlamentaria) que podría hacer pensar en el Legislativo. Sin embargo, la misma carece de relevancia tanto en la elaboración como en la adopción de los instrumentos normativos vinculantes de derechos humanos (como es el caso del CEDH), limitándose a dictar resoluciones con mero valor declarativo⁴². Además, tampoco es elegida por sufragio universal directo, con lo que el déficit democrático es en este sentido más acusado que el sufrido por el Parlamento de la Unión Europea.

- De otro lado, el *Comité de Ministros* se asemeja al Ejecutivo. De hecho, en el CEDH se le encomienda la función de vigilar la ejecución de las sentencias del TEDH (artículo 54). Las competencias del Comité, empero, superan con mucho las estrictas funciones ejecutivas, pudiendo

⁴⁰ Palabras de L. E. Pettiti en el Prefacio a la primera edición (1984) de la obra de V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. Sirey.

⁴¹ E. García de Enterría, "La Convención Europea de Derechos Humanos, requisito moral y económico para la integración", *Foro Internacional*, núm. XXXIII-2, pág. 305, 1993.

⁴² Por ejemplo, la *Resolución 690 relativa a la Declaración sobre la Policía*, adoptada por la Asamblea Parlamentaria el 8 de mayo de 1979.

desempeñar tanto funciones legislativas (en la praxis interviene de forma decisiva en la adopción de los instrumentos más importantes, sería el verdadero Legislativo) como cuasijudiciales (puede en algún caso sustituir la función jurisdiccional del TEDH)⁴³. En la práctica es cierto que el Comité ha hecho uso de esta previsión en contadas ocasiones, si bien sería deseable suprimirla, dada la naturaleza de órgano político del Comité (compuesto por representantes de los Gobiernos de los Estados Partes).

- En tercer lugar, la *Comisión* y el *TEDH*, instituidos por el artículo 19 CEDH con el fin de asegurar el respeto de los compromisos contraídos por las Altas Partes Contratantes del CEDH, encarnan la función judicial, especialmente el segundo. Efectivamente, se habla de "jurisprudencia" tanto para referirse a los informes de la Comisión como a las sentencias del TEDH⁴⁴. De las tres fases de que se compone el procedimiento de protección (admisibilidad de la demanda, conciliación y decisión sobre el fondo del asunto) las dos primeras se desarrollan ante la Comisión y la tercera ante el TEDH. Por consiguiente, en estrictos términos, la función jurisdiccional la lleva cabo el TEDH. Sin embargo, la Comisión desempeña un papel fundamental (por ejemplo, si su decisión se decanta por la inadmisibilidad de la demanda, dicha decisión es final, en la medida en que no es susceptible de ulterior recurso ante el TEDH), habiendo sido calificada por Sudre como "órgano atípico" o "para-jurisdiccional"⁴⁵. Precisamente, el Protocolo núm. 11 instaura una reforma del mecanismo

43 Respecto a las funciones cuasijudiciales, el artículo 32.1 CEDH prevé que "el Comité de Ministros decidirá, por voto mayoritario de dos tercios de los representantes con derecho a formar parte de él, si ha habido o no violación del Convenio", ello en el caso de que transcurrido el período de tres meses a partir del traslado al Comité del informe de la Comisión (que es el órgano que determina la admisibilidad de las demandas) no haya sido deferido al Tribunal en aplicación del artículo 48 CEDH. En el artículo 1 del Protocolo núm. 10 al CEDH (adoptado el 25 de marzo de 1992) se prevé la supresión de esta mayoría cualificada de dos tercios.

44 No sólo la Comisión se refiere a su propia "jurisprudencia"; la mejor doctrina confirma esta terminología para referirse a la actividad convencional de la Comisión: a título de ejemplo véase F. Sudre, *La Convention européenne...*, *op. cit.*, pág. 7; o también el Prefacio de P. H. Teitgen a la reciente obra coordinada por E. Decaux, P. H. Imbert y L. E. Pettiti, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1995.

45 Según Sudre (*La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pág.44) "por su composición y su organización, la Comisión se aproxima a una jurisdicción semipermanente (una decena de sesiones al año): su independencia colegial se halla garantizada (establece su propio reglamento interno, elige a su presidente, decide por mayoría), al igual que la independencia de sus miembros, que actúan a título individual. (...) Por sus funciones, la Comisión es un órgano polivalente: ejerce funciones ya sean *judiciales*, cuando decide sobre la admisibilidad de las demandas, ya sean diplomáticas, cuando produce un arreglo amistoso, así como cuasi judiciales, cuando emite un dictamen sobre el fondo del asunto en caso de fracasar la conciliación".

de control del CEDH, tendente a acelerar y hacer más eficaz el procedimiento mediante la fusión de la Comisión y del TEDH en un Tribunal único⁴⁶.

Al margen de los tres órganos clásicos, podríamos mencionar otros "poderes" que tienen relevancia en el mecanismo de control del CEDH: por un lado, el *Secretario General*, que se erigiría en una especie de Jefe del Estado, ostentando la representación *ad extra* del Consejo de Europa⁴⁷. Y, por otro lado, los mismos *Estados Partes*, concretamente los que están en

⁴⁶ El Protocolo nº 11 al CEDH, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, se adoptó el 11 de mayo de 1994. Según el Preámbulo, "es necesario y urgente reestructurar el mecanismo de control establecido por el Convenio, a fin de mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales prevista por el Convenio, en razón principalmente del aumento de demandas y del número creciente de miembros del Consejo de Europa". Obviamente, aunque la idea principal y declarada es la expuesta, es decir, dotar de mayor eficacia y celeridad al procedimiento de protección en Estrasburgo, y para ello -según el propio Preámbulo- se prevé, "en particular, sustituir la Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos existentes por un nuevo Tribunal permanente", esta fusión de la Comisión y del Tribunal en un Tribunal único lleva aparejada una consecuencia evidente: evitar eventuales jurisprudencias contradictorias (con la pérdida de autoridad que ello siempre conlleva) de ambos órganos. El Tribunal estará constituido por "Comités" de tres jueces (para las declaraciones de inadmisibilidad), en "Chambres" de siete jueces (que se pronuncian sobre la admisibilidad y sobre el fondo del asunto) y en una "Grande Chambre" de diecisiete jueces (que asumirá las antiguas funciones del Tribunal en pleno o "Cour plénière", pues la reunión de todos los jueces resultaba poco operativa, y ello será por tanto para los asuntos que susciten una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos). El Protocolo 11, por lo demás, es un Protocolo concebido como de reforma, y no como un Protocolo facultativo, por lo que su entrada en vigor está condicionada a la adhesión o ratificación de *todos* los Estados Partes en el Convenio, un voto unánime que hará difícil la consecución de los loables objetivos propuestos, máxime cuando algunos Estados han anunciado su intención de no ratificarlo.

Para mejor comprensión de la envergadura de dicha reforma puede verse el informe del Comité de Expertos para la reforma de los procedimientos de protección de los derechos humanos en el Convenio Europeo de 1950, así como los dictámenes de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos en "Reform of the control system of the European Convention on Human Rights. The possibility of merging the European Commission and European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 14, núm. 1-2, 1993. Véase asimismo la aportación de J. Meyer-Ladewig: "Reform of the Control Machinery", en el colectivo *The European System for the Protection of Human Rights* (ed. por R. St. J. Macdonald, F. Matscher, y H. Petzold), Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

⁴⁷ El Secretario General del Consejo de Europa, a parte de las facultades previstas en el artículo 66 CEDH (realizar las notificaciones oportunas de entrada en vigor del CEDH, de ratificación de nuevos Estados, etc.), posee una importante competencia (que desgraciadamente no ha sabido ser utilizada) contemplada en el artículo 57 CEDH: "A requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, toda Alta Parte Contratante suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio".

condiciones de someter (al margen de la Comisión y de los particulares⁴⁸) un asunto al TEDH según el artículo 48 CEDH.

3.-El CEDH como sistema de fines

Ya hemos señalado que el objetivo del Consejo de Europa es crear una unión más estrecha entre sus Miembros a través de la protección y desarrollo de los derechos humanos delimita el sistema de fines del CEDH.

Así pues, esos fines se concretan en los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos Adicionales⁴⁹. De la lectura de éstos se desprende que el catálogo de derechos se circunscribe básicamente a la categoría de civiles y políticos. En efecto, el Consejo de Europa hizo mayor hincapié desde el primer momento en los derechos cívico-políticos, aplazando el tratamiento de los derechos sociales, por lo que rápidamente emprendió los trabajos que condujeron a la adopción del CEDH en 1950. No hay que olvidar que esta organización regional nació justo tras la segunda guerra mundial, y de ahí que antes que nada se pensara en un "instrumento para la paz, en un antídoto contra el retorno al totalitarismo"⁵⁰.

En los *Trabajos Preparatorios* del CEDH también se planteó el tema. En esta línea, el señor Teitgen, en el informe que presentó a la Asamblea

48 Los particulares sólo tienen legitimación para someter el asunto al TEDH desde octubre de 1994, fecha en que entró en vigor el Protocolo núm. 9 (adoptado el 6 de noviembre de 1990) al CEDH. El artículo 5 de dicho Protocolo introduce tal posibilidad, modificando el artículo 48 CEDH.

49 Este es el elenco de los derechos consagrados por el CEDH y sus Protocolos: derecho a la vida (artículo 2, completado por el Protocolo núm. 6 relativo a la abolición de la pena de muerte), derecho a la integridad física y moral con prohibición de sometimiento a tortura o a penas o tratamientos inhumanos y degradantes (artículo 3), prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y de trabajos forzados u obligatorios (artículo 4), derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5), derechos relativos a un juicio justo (artículos 6, 7 y 13, además de los artículos 1 a 4 del Protocolo núm. 7, y del mayor papel que se otorga al individuo en el procedimiento de control a tenor de las previsiones del Protocolo núm. 9), derecho a la vida privada y familiar, inviolabilidad del domicilio y secreto de la correspondencia (artículo 8), libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9), libertad de expresión (artículo 10), libertad de reunión pacífica y de asociación (artículo 11), derecho a casarse y a fundar una familia (artículo 12, completado por el artículo 5 del Protocolo núm. 7, que se refiere a la igualdad de derechos de los esposos), derecho a la igualdad (artículo 14), derecho de propiedad, derecho a la educación y derecho de sufragio (artículos 1, 2 y 3 respectivamente del Protocolo núm. 1), derecho a la no privación de libertad por deudas, libertad de circulación y de residencia, y principio de no expulsión masiva (artículos 1, 2, y 3 y 4 respectivamente del Protocolo núm. 4).

50 P.H. Imbert, "Droit des pauvres, pauvre(s) droit(s)?", *Revue de Droit Public*, mayo-junio 1989, pág. 741.

Consultiva del Consejo de Europa el 5 de septiembre de 1949, en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Administrativos, señalaba que

"ciertamente, las libertades *profesionales* y los derechos *sociales*, de un valor capital, deberán ser asimismo definidos y protegidos en el futuro; sin embargo, ¿quién no entenderá que conviene empezar por el principio, garantizando en la Unión Europea la democracia política, para después coordinar nuestras economías antes de acometer la generalización de la democracia social?"⁵¹.

De los debates para la elaboración del CEDH se desprende, por tanto, que la prioridad dada a los derechos cívico-políticos era provisional, y que debían venir completados próximamente por derechos sociales. Así, se decidió incluir un primer grupo de derechos sociales o de contenido social en el CEDH y sus Protocolos Adicionales⁵².

En las discusiones preparatorias se percibe asimismo la necesidad de generalizar posteriormente la democracia social. De esta manera, el Consejo de Europa adoptó un instrumento de derechos sociales en Turín el 18 de octubre de 1961: la CSE, considerada el "equivalente" o "hermana" del CEDH. La Carta cuenta con un *Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988* (entró en vigor el 4 de septiembre de 1992), y con un *Protocolo de Reforma de 21 de octubre de 1991*. Sobre la CSE y sus Protocolos volveremos en el Capítulo siguiente.

Por lo demás, la preocupación del Consejo de Europa por los derechos sociales no es ni paradójica ni casual, dado que en el sistema de fines establecido en su Estatuto se incluye el de facilitar "el progreso económico y social" de sus Estados Miembros (artículo 1.a). A las categorías de derechos de libertad y derechos de igualdad, se ha añadido últimamente la preocupación de este foro europeo por los derechos de solidaridad, con la apertura a la firma y ratificación, el 1 de febrero de 1995, de la ya citada *Convención marco sobre la protección de las minorías nacionales*. Trataremos de ésta en el Capítulo V.

II.-DESARROLLO DE LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

51 P. H. Teitgen, *Rec. trav. prép.*, Vol. I, pág. 219.

52 En particular, podemos mencionar: la prohibición del trabajo forzoso, el derecho de sindicación (manifestación del derecho de asociación), el derecho de propiedad y el derecho a la educación. También, con algunos matices, y derivados del derecho al juicio justo, presentan carácter social el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete y a la defensa gratuita cuando hay insuficiencia de recursos, así como el derecho a una indemnización en caso de error judicial o detención ilegal.

El presente apartado va a completar el anterior desde un prisma más pragmático, en la línea de la indisociable relación entre la norma y la realidad, según expusimos en el Capítulo I. Vamos a seguir el esquema empleado en el apartado primero.

De entrada se impone señalar que el TEDH ha declarado en repetidas ocasiones que el principio de la *supremacía del Derecho* imbuje todo el CEDH. De forma muy notoria ha expuesto tal parecer en los casos relativos a la libertad de expresión (artículo 10 CEDH): como síntesis de todos, en el *caso Castells contra España, de 23 de abril de 1992*, el TEDH subraya que "no hay que olvidar el papel eminente de la prensa en un *Estado de Derecho*" (párrafo 43).

1.-El CEDH como sistema de normas

1.1.-El principio de seguridad jurídica

Uno de los temas en que el TEDH ha entrado a examinar el principio de la seguridad jurídica ha sido el de la *publicidad (lege promulgata)*. En el *caso Autronic contra Suiza, de 22 de mayo de 1990*, la empresa demandante denunciaba la no publicación de normas sobre radiodifusión aplicables al asunto y, en concreto, del *Reglamento Internacional de las radiocomunicaciones*. En estas circunstancias, si bien el Gobierno suizo sólo había publicado en la Compilación oficial de leyes federales (*Recueil officiel des lois fédérales*) y en la Compilación sistemática de derecho federal (*Recueil systématique du droit fédéral*) la *Convención Internacional de las Telecomunicaciones*, la no publicación del *Reglamento de las radiocomunicaciones* en las vías oficiales de difusión se justificaba por razones materiales de excesiva extensión del texto (más de mil páginas). Por tanto, el Estado se ajustaba a sus compromisos convencionales señalando en la Compilación oficial los medios para consultar dicho Reglamento o, en su caso, poder procurárselo. En fin, aunque el TEDH se pronunció por la violación del artículo 10 CE en cuanto al fondo, en el aspecto relativo a la publicidad del Reglamento de las radiocomunicaciones sostuvo que:

"teniendo en cuenta el público al que se dirigen, estos textos (se refiere también a la Ordenanza 1 del Consejo Federal suizo de 10 de diciembre de 1973) presentan una *accesibilidad* suficiente" (párrafo 57).

La regla de la publicidad se examina así en términos de accesibilidad. Y es comprensible, pues sería inviable publicar en las vías oficiales de difusión nacional (o incluso regional, provincial o local) toda la normativa susceptible de ser aplicada a determinados colectivos o grupos de personas. Pensemos, por ejemplo, en el horario de trabajo, tiempos de descanso, etc., de los empleados de una fábrica: no tendría mucho sentido publicar dicha normativa en un boletín o diario oficial de

un Estado. Por tanto, en muchas ocasiones, lo normal será que las exigencias de publicidad se satisfagan con el acceso a unos tableros de anuncios.

En el caso *Autronic* se presenta asimismo la cuestión de la *claridad normativa (lege manifesta)*. Se trata, dicho en otros términos, de la *previsibilidad de la ley*, en tanto que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta a sus postulados, al tiempo que evite la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de aplicarla. En este sentido, aunque el TEDH dijo que tanto el Reglamento de radiocomunicaciones como la Ordenanza 1 cubrían el requisito de la accesibilidad,

"su calidad de ley en el sentido del artículo 10.2 CEDH es, en cambio, dudosa, pues podría cuestionarse la falta de *claridad* y de *precisión* requeridas: las normas nacionales no indican exactamente los criterios a observar para conceder o rechazar las concesiones previstas en el artículo 66 de la Ordenanza, mientras que las disposiciones internacionales parecen dejar a las autoridades nacionales un margen de apreciación nada despreciable" (párrafo 57)⁵³.

En cualquier caso, no debe olvidarse que la *previsibilidad por la ley* es un asunto capital en el CEDH, toda vez que para legitimar restricciones a los derechos existe la citada cláusula relativa a que tales medidas restrictivas sean necesarias en una sociedad democrática, persigan un fin legítimo y estén *previstas por la ley*. El entronque de este último inciso con la seguridad jurídica en el sentido más propio de *saber a qué atenerse*, ha llevado al TEDH a establecer unas mínimas pautas de control. El caso *Olsson contra Suecia de 24 de marzo de 1988* (párrafo 61) es paradigmático al respecto:

"Entre las condiciones que, según el TEDH, se deducen de las palabras *prevista por la ley*, están las siguientes:

a) Sólo se puede considerar como *ley* una norma formulada con la suficiente precisión para que todo ciudadano pueda prever -en su caso, debidamente asesorado- y hasta un punto razonable según las circunstancias, las consecuencias de determinada acción; no obstante, la experiencia demuestra la imposibilidad de llegar a una precisión absoluta, y muchas leyes, tanto por la necesidad de evitar una rigidez

⁵³ El alcance de lo accesible y de lo previsible, por lo demás, ya había sido examinado unos meses antes en un asunto similar por la instancia jurisdiccional europea: en concreto, en el caso *Groppera Radio y otros contra Suiza de 28 de marzo de 1990* "el TEDH subraya que el alcance de las nociones de previsibilidad y de accesibilidad depende en gran medida del contenido del texto en cuestión y del ámbito al que se refiere, así como del número y la calidad de sus destinatarios" (párrafo 68).

excesiva como para adaptarse a la variación de las circunstancias, se ven obligadas a emplear expresiones más o menos vagas.

b) El inciso *prevista por la ley* no se limita a remitirse al Derecho interno, sino que se refiere también a la calidad de la ley, exigiendo que sea compatible con la *preeminencia del Derecho*. Supone así que el Derecho interno debe proporcionar una determinada protección contra los ataques injustos del Poder público a los derechos garantizados. (...)

c) La ley que confiere una facultad discrecional no falta por esto al requisito de lo previsible si precisa su alcance y la manera de utilizarla con suficiente claridad, teniendo en cuenta la legítima finalidad perseguida, para proporcionar al individuo la adecuada protección contra una injerencia injusta (párrafo 61)"⁵⁴.

Una problemática que afecta al principio de seguridad jurídica se planteó a raíz del *caso Marckx contra Bélgica de 13 de junio de 1979*. El TEDH declaró que el Derecho belga, en tanto que diferenciaba entre hijos naturales y legítimos, infringía los principios establecidos en el CEDH: respeto a la vida familiar (artículo 8) y no discriminación jurídica por el hecho del nacimiento (artículo 14). Pues bien, tras esta sentencia se suscitó la idea de la *estabilidad del Derecho (lege perpetua)*, como presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido junto con el problema de la *promulgación (lege promulgata)*. En estas condiciones, la cuestión de la ejecución de las sentencias del TEDH volvió a suscitarse, dado que Bélgica tardó ocho años en cambiar su legislación sobre el estatuto de los hijos legítimos; lógicamente, esta circunstancia no podía sino provocar una inseguridad en los ciudadanos en cuanto a la permanencia de la legislación discriminatoria (a enmendar, por anticonvencional) y a la promulgación de una legislación nueva respetuosa con el principio de igualdad.

En lo relativo a *la regla de los seis meses* desde la decisión interna definitiva como plazo máximo para plantear una demanda ante la Comisión, ha sido matizada por la jurisprudencia de la Comisión y del TEDH cuando así lo han justificado razones de justicia. Ciertamente, esta regla supone que los hechos incriminados han de ser posteriores a la fecha de entrada en vigor del CEDH para el Estado demandado. Sin embargo, la Comisión en su informe sobre el *caso De Becker contra Bélgica de 1958 (la sentencia del TEDH es de 27 de marzo de 1962)*, acepta conocer hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor si los mismos son susceptibles de

⁵⁴ En este caso, el TEDH no halló ninguna violación del CEDH por parte del Estado sueco, y en el párrafo 62 pone de relieve el poco realismo del dogma de la plenitud del Derecho: "La legislación sueca aplicada en el caso de autos se expresa, ciertamente, en términos más bien generales y confiere una amplia potestad discrecional, sobre todo para la ejecución de las resoluciones de hacerse cargo (de los niños o menores). (...) Sin embargo, las circunstancias que pueden exigir hacerse cargo de un niño, o influir en la ejecución de esta medida, son tan variables que *sería difícil redactar una ley capaz de abarcar todas las posibilidades* ".

producir una *violación continuada* de la CEDH que se prolonga hasta después de esa fecha.

En estrecha conexión con lo anterior, la Comisión también ha tenido que pronunciarse sobre la cuestión de la admisibilidad de las demandas individuales relativas a hechos producidos con posterioridad a la ratificación del CEDH pero anteriores a la declaración de aceptación de la competencia de la Comisión para conocer de reclamaciones individuales (artículo 25)⁵⁵. La Comisión, asimismo en el *caso De Becker contra Bélgica*, se mostró favorable a examinar tales demandas, otorgando un efecto retroactivo a la declaración de aceptación del recurso individual ante la Comisión, salvo que el Estado en cuestión formule una reserva destinada a evitar esa retroactividad⁵⁶.

Por su parte, la *regla del agotamiento previo de los recursos internos* también cede ante las exigencias de la justicia según la jurisprudencia europea: esto significa que el demandante no se hallará vinculado por tal regla si esas vías internas no son "útiles", "adecuadas" y "accesibles" (*caso De Jong, Baljet y Van den Brink contra Países Bajos, de 22 de mayo de 1984*). Es decir, esta condición no es aplicable si los recursos existen pero son ilusorios.

Para terminar, procede referirse a una exigencia esencial del Estado de Derecho, cual es *la necesidad de motivación de los actos jurídicos*. En concreto, la motivación de las decisiones judiciales ha sido analizada por los órganos de control de Estrasburgo en relación a España. Nos referimos al *caso Ruiz Torija contra España de 9 de diciembre de 1994*⁵⁷. La doctrina del TEDH se contiene en el párrafo 29 de la sentencia:

⁵⁵ Según el CEDH, por el sólo hecho de su ratificación, los Estados aceptan la competencia de los órganos de Estrasburgo para las demandas interestatales (artículo 24), mientras que ha de mediar una declaración expresa de aceptación de la competencia de la Comisión por parte de los Estados para las demandas individuales (artículo 25). En el sistema interamericano ocurre justo lo contrario: según la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, se pueden formular peticiones individuales contra Estados Partes desde el momento en que la han ratificado (artículo 44), en tanto que es necesaria una declaración del Estado para las comunicaciones interestatales (artículo 45).

⁵⁶ Desgraciadamente, la Comisión cambió de orientación en su *decisión de 13 de diciembre de 1982* en el *caso X contra Francia*, estimando desde ese momento que el plazo de seis meses debe contarse efectivamente desde la fecha de la decisión interna definitiva, privando de efectos retroactivos a la declaración del artículo 25 CEDH. Con posterioridad, el TEDH en el *caso Bozano contra Francia de 18 de diciembre de 1986*, ha mostrado su preferencia por la antigua jurisprudencia de la Comisión, por ser la más favorable a los justiciables.

⁵⁷ Serie A, núm. 303-A. En el párrafo 30 de la sentencia se recogen las circunstancias del caso concreto: "En el caso presente, el señor Ruiz Torija opuso a la acción de desahucio intentada por el arrendador, concretamente un motivo derivado de la prescripción de dicha

"El Tribunal recuerda que el artículo 6.1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, pero no puede entenderse en el sentido de exigir una respuesta detallada a cada argumento (...). La extensión de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión. Además, es preciso tener en cuenta, en particular, la diversidad de medios de los que una parte puede valerse en Derecho y de las diferencias en los Estados contratantes en materia de disposiciones legales, costumbres, concepciones doctrinales, presentación y redacción de fallos y sentencias. Es por ello que la cuestión relativa a si un tribunal ha violado su obligación de motivar derivada del artículo 6.1 del Convenio sólo puede analizarse a la luz de las circunstancias del caso concreto".

1.2.-El principio de juridicidad:

A) El principio de constitucionalidad

Ya señalamos que de conformidad con el carácter subsidiario del mecanismo protector del CEDH se respeta la autonomía nacional y la posibilidad para los Estados de hacer valer la teoría del "margen de apreciación" en función del orden constitucional interno.

La jurisprudencia europea se ha hecho eco de este postulado. En el *caso Handyside contra el Reino Unido de 29 de abril de 1976*

"el TEDH hace notar que el mecanismo de salvaguarda instituido por el Convenio reviste un carácter subsidiario respecto a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos; (...) el Convenio confía en primer lugar a cada uno de los Estados Contratantes la tarea de asegurar el goce de los derechos y libertades que el mismo consagra. Las instituciones creadas por él contribuyen a ello al lado de los Estados, pero no entran en juego sino por la vía contenciosa y tras el agotamiento de las vías de recurso internas" (párrafo 48).

Además, el respeto a la tradición constitucional de cada Estado conlleva que se reconozca la diversidad europea, en particular en lo que atañe a valores que, como la moral, presentan una gran peculiaridad en cada cultura jurídica. Por ello, en el propio *caso Handyside* el TEDH señala que

"no se puede extraer del Derecho interno de los diversos Estados contratantes una noción europea uniforme de la 'moral'. La idea que sus

acción. Articulado por escrito ante el tribunal de primera instancia, dicho motivo poseía una formulación suficientemente clara y precisa. Además, se apoyó en pruebas. La Audiencia Provincial, que anuló la decisión del citado tribunal y decidió nuevamente sobre el fondo, debía, tal y como exige el derecho procesal aplicable, examinar la totalidad de las alegaciones formuladas en primera instancia, al menos en la medida en que las mismas eran *objeto del litigio*, y ello incluso si no se habían consignado expresamente en la apelación".

leyes respectivas se hacen de las exigencias de ella varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. (...) gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se hallan *en principio* mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de esas exigencias" (párrafo 48).

De lo anterior se deduce que, si bien hay tendencia hacia un orden o denominador común europeo (base de un *Derecho europeo de los derechos humanos*), ello no implica una uniformidad absoluta; de tal suerte, el control del TEDH se refiere entonces no a la uniformidad sino a la *conformidad* de las medidas nacionales al CEDH, esto es, a las bases de un mínimo consenso europeo, que a la postre constituye el eje de nuestro trabajo. Por ello, el TEDH declaró en el mismo asunto que el CEDH

"no atribuye a los Estados, en cambio, un poder de apreciación ilimitado" (párrafo 49).

Al igual que en materia de moral, en lo referente a la prevención del delito el TEDH ha insistido en el *caso Weeks contra Reino Unido de 2 de marzo de 1987* en la pertinencia de reconocer a las autoridades nacionales una cierta "amplitud", pues ellas se encuentran mejor situadas que el juez internacional para apreciar las pruebas. Ahora bien, precisamente porque el margen de apreciación no es ilimitado, también en este ámbito se busca un común denominador europeo (siquiera sea mínimo). A modo de ejemplo, en el *caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica de 18 de junio de 1971*, el TEDH dispuso que no debía ofrecerse a los demandantes garantías sensiblemente inferiores a las que existen en materia penal en los Estados miembros del Consejo de Europa. El *caso Tyrer contra Reino Unido de 25 de abril de 1978* es aún más ilustrativo en cuanto al movimiento hacia un orden europeo, pues no se admiten prácticas contrarias al artículo 3 CEDH, ni aun existiendo un consenso interno notorio: el TEDH rechaza unánimemente que la opinión pública local pueda ser considerada una prueba que justifique los castigos judiciales corporales en la Isla de Man "como arma de disuasión para el mantenimiento del orden público".

Volviendo a la cuestión de la moral, en el *caso Müller y otros contra Suiza de 24 de mayo de 1988*, el TEDH reafirma su jurisprudencia del *caso Handyside*. En efecto, haciendo valer el margen de apreciación estatal y el relativismo espacio-temporal del concepto de moral, prevaleció la moral en su conflicto frente a la libertad de expresión, hallando el TEDH justificadas las ingerencias de las autoridades suizas en el derecho reconocido en el artículo 10: tales ingerencias consistieron en la multa y secuestro de unos cuadros con una fuerte carga sexual (tachados de "obscenos" y otros calificativos por las autoridades nacionales), por reputarlos contrarios a la moral. En el *caso Handyside*, el TEDH declaró conforme al CEDH el secuestro por las autoridades británicas de una

publicación (*The Little Red Schoolbook* o Libro Rojo del Cole) destinada a la educación sexual de los niños en el colegio, por hallarla contraria a la moral⁵⁸. En un asunto más reciente, que ha dado lugar a la *sentencia Otto-Preminger-Institut contra Austria de 20 de septiembre de 1994*, el TEDH ha reiterado la dificultad de conseguir una moral común europea y se ha vuelto a confirmar la ausencia de un concepto unívoco. En este asunto la empresa cinematográfica demandante había visto confiscada por las autoridades austríacas una película considerada atentatoria contra la religión cristiana, especialmente contra la "moralidad católica", por llevar a cabo una interpretación de los Evangelios negadora de los postulados y dogmas de fe católicos y, en particular, atribuyendo determinados comportamientos sexuales a los personajes evangélicos. El TEDH falló que no hubo violación del artículo 10 CEDH (libertad de expresión) por parte de las autoridades austríacas⁵⁹, pronunciamiento que ha recibido la crítica de la doctrina⁶⁰.

Pese a todo lo dicho, es evidente que los medios de comunicación contribuyen a superar las distancias y a facilitar el acercamiento e intercambio cultural. La consideración de la diversidad cultural no es incompatible con la consolidación de (por lo que a nosotros respecta) una cierta *cultura europea*. Los órganos tutelares de Estrasburgo no pueden ser ajenos a esa evolución sociocultural. Así, se ha observado el recurso de

58 A idéntica solución llegó el Tribunal Constitucional español en el caso del libro *A ver*, destinado a la educación sexual de los menores, muy semejante al caso *Handyside*. El intérprete supremo de la Constitución (que confirmó la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1981*, por la que se condenaba al editor del libro como autor de un delito de escándalo público, a la vez que se confirmaba la pena accesoria de comiso de los ejemplares y fotolitos del libro impuesta por el Tribunal de Instancia) en su *Sentencia 62/82 de 15 de noviembre*, no amparó al demandante, que alegaba violación de su derecho a la libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución), justificando la ingerencia de las autoridades españolas en base a la protección de la infancia y la juventud.

59 Es interesante la argumentación del Tribunal: "De la misma manera que para el caso de la moral, tampoco es posible discernir a través de Europa una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad; tales concepciones pueden incluso variar en el seno de un único país. Por este motivo, no es posible alcanzar una definición comprensiva de lo que constituye un atentado admisible al derecho a la libertad de expresión cuando ésta se ejerce contra los sentimientos religiosos de los demás. Por tanto, las autoridades nacionales deben disponer de un cierto margen de apreciación para determinar la existencia y la extensión de la necesidad de semejante ingerencia".

60 Algún autor ha tildado esta sentencia de "lamentable", a la vista del resurgimiento en Europa y en el mundo de los fanatismos religiosos. En este sentido, véase P. Wachsmann, "La religion contre la liberté d'expression: sur un arret regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue Universelle des Droits de l'homme*, vol. 6, núm. 12, diciembre 1994.

estos órganos a una interpretación al tiempo teleológica y evolutiva del CEDH⁶¹.

Dicho esto, es preciso resaltar que los órganos del CEDH han sido sensibles a los cambios sociales en el Viejo Continente. Así, para concluir este apartado, vamos a aludir a dos recientes sentencias del TEDH (sin perjuicio de volverlas a considerar en el capítulo IX, dedicado a la libertad de información) que han supuesto una toma de postura muy decidida hacia un *orden común europeo*, con influencia en los órdenes constitucionales de los Estados afectados.

La primera de estas sentencias (el *caso Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda de 29 de octubre de 1992*) opera una fluctuación de la jurisprudencia europea anterior sobre el concepto de moral y sobre el amplio margen de apreciación de que gozaban los Estados Partes en el CEDH. El TEDH dio la razón a las dos agencias demandantes, por cuanto su actividad de suministro de información para abortar en el extranjero (debido a la prohibición de tal práctica en Irlanda) constituía un ejercicio de la libertad de expresión protegido por el artículo 10 CEDH, no estando justificada por tanto la obstaculización de tal servicio por las autoridades irlandesas.

Las palabras de Flauss sobre este asunto nos eximen de cualquier otro comentario sobre su significado: "A falta de merecer el calificativo de *gran sentencia*, la decisión Open Door hará historia: primero porque traduce una concepción más *jacobina* de la noción de moral (...); a continuación, y sobre todo, porque *afecta a un valor constitucional y político esencial de la República de Irlanda* (el voto particular discrepante del juez Baka llega incluso a evocar *un atentado a la integridad del sistema jurídico irlandés*); finalmente, porque se ha adelantado algunas semanas a la decisión refrendada aceptando la autorización de información en favor del aborto (referendum de 25 de noviembre de 1992)"⁶².

La segunda sentencia trascendental es la que ha fallado en el caso *Informationsverein Lentia y otros contra Austria de 24 de noviembre de*

⁶¹ En este sentido, entre los medios de interpretación preconizados por el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, el TEDH ya atisbó desde sus inicios un interés prioritario por "el objeto y finalidad del tratado", de manera que en el *caso Wemhoff contra la RFA de 27 de junio de 1968* apuntó que había que buscar la interpretación más adecuada para alcanzar el fin y realizar del objeto del CEDH y no la que daría un alcance más limitado a los compromisos de las Partes. En términos muy expresivos define la Corte Europea al CEDH como "un instrumento vivo", que "debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales" (*caso Marckx contra Bélgica de 13 de junio de 1979*).

⁶² J. F. Flauss, "Actualité juridique de la Convention européenne des droits de l'homme", *L'Actualité juridique-Droit administratif*, 20 febrero 1993, núm. 23, pág. 119.

1993. Si en el caso anterior, en relación a la moral se ha hablado de afectación a un valor constitucional esencial o, de manera más radical, a un atentado a la integridad del sistema político irlandés, en el presente caso podríamos calificar la sentencia del TEDH como un ataque frontal al régimen de radiotelevisión previsto constitucionalmente en Austria. Así, el TEDH considera contrario al artículo 10 CEDH el régimen austríaco de monopolio público radiotelevisivo. El TEDH formula esta aserción a la luz de la experiencia de otros Estados europeos, con lo cual se percibe nuevamente la búsqueda de un mínimo común denominador europeo.

En suma, la coordinación de la solidaridad (conformidad de los ordenamientos internos al CEDH) y de la soberanía (margen de apreciación estatal), de la unidad y de la diversidad, va resolviéndose con avances considerables hacia la solidaridad y unidad europeas en el ámbito de los derechos humanos.

B) El principio de legalidad

El término "ley" aparece numerosas veces en el CEDH para referirse a la legislación interna o, en sentido más amplio, al ordenamiento interno. Sobre todo, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dicho concepto en relación a las limitaciones que pueden establecer los Estados a algunos de los derechos reconocidos⁶³, en la medida en que dichas restricciones han de ser necesarias en una sociedad democrática, perseguir un fin *legítimo* y estar "previstas por la ley" ("prévues par la loi" según la versión francesa, o "prescribed by law" en la versión inglesa)⁶⁴.

Es muy ilustrativo confrontar las dos versiones oficiales del CEDH (francesa e inglesa) puesto que tal operación no tiene un alcance meramente lingüístico o formal, sino que encierra consecuencias prácticas de envergadura. Tras los términos *loi* y *law* se esconden dos tradiciones jurídicas diversas que propugnan concepciones también distintas del principio de legalidad: se trata de las tradiciones occidental y anglosajona respectivamente. Ante tal aparente dualismo, el TEDH ha acogido la tendencia a la convergencia que ya apuntamos en el capítulo I en relación

⁶³ Esa cuestión requiere el mayor interés, pues la concepción que se tiene de "ley" difiere en cada ordenamiento interno. En relación al caso español E. Alvarez Conde (*Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I: "El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades", Madrid, Tecnos, 1992, pág. 186) ha señalado que "lo primero que puede mantenerse es la ausencia de un concepto unitario de Ley (...), así como la quiebra del concepto tradicional de la misma".

⁶⁴ Véase J. J. Cremona, "The Interpretation of the word *Law* in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 3, enero-junio 1986.

a *l'Etat de droit* y al *Rule of law*, acogiendo esa conjunción de las versiones formal y material en un doble sentido:

1º) De un lado, en el *caso Kruslin contra Francia de 24 de abril de 1990*, dejó claro que el concepto de "ley interna" no debe ser entendido en una acepción absolutamente formal, sino asimismo material, incluyendo el Derecho escrito y el no escrito. En relación al Derecho no escrito, el TEDH declaró en el *caso The Sunday Times contra Reino Unido de 26 de abril de 1979* que:

"se iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio si se dijese que una restricción impuesta por el *Common Law* no está 'prevista por la ley', con el único motivo de no estar enunciada en ningún texto legislativo" (párrafo 47).

En este caso concreto, la instancia jurisdiccional europea apreció que era indiferente que la institución jurídica del *contempt of court* (protectora de la autoridad e imparcialidad judicial) fuera una creación del *Common Law* y no de la legislación escrita. Otro ejemplo de Derecho no escrito lo ofreció el *caso Drozd y Janousek contra Francia y España de 26 de junio de 1992*, en donde se vislumbró que la *costumbre andorrana* entraba en el concepto de ley.

2º) De otro lado, "ley" no se refiere a su sentido formal como norma emanada del Parlamento. Por ello, en el *caso Barthold contra Alemania de 25 de marzo de 1985* las prohibiciones impuestas al veterinario demandante (señor Barthold) por el *Código de Deontología* del Colegio de Veterinarios de Hamburgo (demarcación a la cual aquél pertenecía) fueron consideradas por el TEDH como fundadas en una "ley" en el sentido del artículo 10.2 CEDH. Así, la Corte Europea recuerda que:

"la competencia del Colegio en el ámbito de la deontología deriva del poder normativo autónomo del que la profesión veterinaria -como otras profesiones liberales- goza tradicionalmente en la República Federal de Alemania por delegación del legislador" (párrafo 46).

Por otra parte, en los *casos Groppera Radio y otros de 28 de marzo de 1990*, y *Autronic de 22 de mayo de 1990, ambos contra Suiza*, el TEDH consideró medidas "previstas por la ley" (artículo 10.2 CEDH) las contempladas en disposiciones del *Derecho internacional de las telecomunicaciones* que también son Derecho interno en Suiza (en concreto, la Convención internacional de las telecomunicaciones y el Reglamento de las radiocomunicaciones).

En lo que respecta al *principio de legalidad penal*, el TEDH ha emitido numerosos pronunciamientos, sobre todo a través del examen de asuntos relativos al funcionamiento de la justicia penal en los Estados Partes. Las alegaciones referentes al mal funcionamiento de los sistemas jurisdiccionales de los Estados Contratantes son las más numerosas

estadísticamente, siendo los preceptos más invocados los artículos 5 y 6 CEDH⁶⁵, relativos a la legalidad de las garantías de la libertad y del proceso justo. Como muestra de ello, en el *caso Van Droogenbroeck contra Bélgica de 24 de junio de 1982* (sobre el internamiento de un reincidente), el TEDH precisó que la legalidad de una detención se aprecia no sólo desde el ángulo del Derecho interno, sino también desde el CEDH, que prohíbe la arbitrariedad.

Por otra parte, es interesante observar que el principio de legalidad penal, según la jurisprudencia europea no significa sólo la "legalidad" de la normativa interna en abstracto, sino asimismo la "regularidad" en su aplicación; con esta última idea se previene que la legislación sea utilizada de manera arbitraria por las autoridades llamadas a aplicarla: a título de ejemplo puede verse el *caso X contra Reino Unido de 5 de noviembre de 1981* (en el que el TEDH recuerda las condiciones para que se produzca una "detención regular de un enajenado"). Pero sobre todo, en donde se define claramente la idea de regularidad es en el *caso Bozano contra Francia de 18 de diciembre de 1986*: el TEDH hace notar que por "regularidad" debe entenderse no sólo el respeto de la legislación nacional, sino también la conformidad de la medida privativa de libertad con la finalidad del artículo 5 CEDH, que no es otra que proteger al individuo contra la arbitrariedad. Las cuestiones referentes a la libertad personal merecerán reflexiones separadas en el Capítulo VI.

2.-El CEDH como sistema de órganos

Quisiéramos abordar esta cuestión desde los tres niveles desde los que han afrontado la separación de poderes los órganos del CEDH: en primer lugar, desde el punto de vista de la separación de funciones entre los mismos órganos del CEDH (Comisión y TEDH); en segundo lugar, desde la perspectiva de las relaciones entre el TEDH y los órganos o autoridades estatales; y, en tercer lugar, desde el prisma de la división de poderes en el orden interno de las Partes Contratantes.

A) En relación a la *división de funciones entre los dos órganos tutelares del CEDH*, ya señalamos que en teoría aparecen bien delimitadas, correspondiendo las dos primeras fases (admisibilidad de la demanda y conciliación) a la Comisión y la tercera fase (decisión sobre el fondo del asunto) al TEDH. Sin embargo, en la práctica, el informe de la Comisión, cuando ha mediado una decisión de admisibilidad, no ha habido arreglo

⁶⁵ En España, si hacemos estadística para conocer el precepto constitucional más invocado ante el Tribunal Constitucional, también observaremos que es el relativo a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), no ocupando un lugar desdeñable el derecho a la libertad personal (artículo 17 CE).

amistoso y se transmite el caso al TEDH, también se pronuncia sobre si las alegaciones de la parte demandante suponen o no violación del CEDH; con ello, también se produce decisión sobre el fondo por parte de la Comisión. El lado positivo de esto es que la Comisión ha dado lugar a una rica jurisprudencia sobre el CEDH. El aspecto negativo lo constituye el hecho de que imprime mayor lentitud al procedimiento de control y, sobre todo, se provocan decisiones contradictorias entre los dos órganos (por ejemplo, en el citado *caso Müller contra Suiza*, la decisión del TEDH se decantó por la no violación del artículo 10 CEDH, solución contraria a la que había llegado la Comisión en su informe previo). Esta última circunstancia hace deseable la rápida fusión de los mismos en un Tribunal único, tal como prevé el Protocolo núm. 11 al CEDH.

En algún otro caso se ha suscitado el alcance de la competencia del TEDH en cuanto a la admisibilidad. Como se sabe, la decisión de inadmisibilidad por parte de la Comisión es última, no puede revisarse ante el TEDH. Ahora bien, el TEDH se ha pronunciado sobre otras cuestiones menos claras: así, en el *caso Artico contra Italia de 13 de mayo de 1980*, determinó que las excepciones de inadmisibilidad no sometidas al conocimiento de la Comisión durante la fase de admisibilidad no pueden ser invocadas ante el TEDH.

Por otra parte, anteriormente, en el *caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica de 18 de junio de 1971*, el TEDH hubo de emitir su opinión sobre si él mismo tiene competencia para conocer sobre el no agotamiento de los recursos internos y la demora opuestos por el gobierno belga a las demandas declaradas admisibles por la Comisión. La respuesta del TEDH fue afirmativa, sobre la base del artículo 45 CEDH, que determina su competencia *ratione materiae* con un alcance muy general. De esta manera, el TEDH razona que si bien en primer lugar ha de verificar el respeto de las condiciones definidas en los artículos 47 y 48 CEDH, una vez comprobado que ha llegado el asunto a sus manos de forma regular, goza de plenitud de jurisdicción para conocer sobre todas las cuestiones de hecho y de Derecho que se susciten durante el examen del asunto.

B) En lo que afecta al nivel de *relaciones entre el TEDH y los órganos estatales*, las principales resoluciones se han producido respecto a los legisladores nacionales. El tema cobró todo su esplendor a propósito del *caso Marckx contra Bélgica de 13 de junio de 1979*, al estimarse contraria al CEDH la legislación belga sobre el diferente estatuto jurídico de los hijos legítimos y naturales⁶⁶. Y la polémica estalló porque el TEDH tiene competencia para examinar violaciones concretas de derechos reconocidos en el CEDH y no una legislación nacional en abstracto. Como

⁶⁶ Desgraciadamente, Bélgica tardó 8 años en cambiar su legislación al respecto. Ello provocó que el TEDH tuviera que resolver un asunto similar, el *caso Vermeire contra Bélgica de 29 de noviembre de 1991*.

señala Thomuschat al referirse al "*general amendment of legislation*", el TEDH no tiene la facultad de revisar el Derecho interno *in abstracto* como, por ejemplo, la función del Tribunal Constitucional Federal alemán en el proceso de *Normenkontrolle* ⁶⁷.

En realidad, la sentencia es de gran alcance porque condena al Estado belga. Sin embargo, y pese a que teóricamente, el TEDH sólo tiene competencia para ejercitar un control *in concreto*, en ocasiones anteriores había entrado a examinar la compatibilidad de leyes internas con el CEDH. Así lo hizo en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976*:

"El TEDH estima, en estas condiciones, que se encuentra llamado a averiguar si la Ley de 27 de mayo de 1970 -sobre educación sexual en la escuela- y la legislación subsidiaria de carácter general promulgada en virtud de sus cláusulas infringen o no el CEDH y el Protocolo núm. 1".

Con posterioridad, el TEDH ha intentado mostrarse más moderado, de forma que ha reconocido que su misión general no es controlar *in abstracto*, salvo que no sea posible limitarse al caso concreto. En este sentido, es ilustrativo el párrafo 54 del caso *Olsson contra Suecia de 24 de marzo de 1988*:

"Los demandantes, al exponer sus pretensiones, han alegado la supuesta incompatibilidad con el CEDH tanto de la legislación sueca de protección a la infancia como de su aplicación por los tribunales de dicho Estado.

Recuerda el TEDH que en los asuntos planteados por una demanda individual, con arreglo al artículo 25 CEDH, tiene que *limitarse en cuanto sea posible al examen del caso concreto* de que conoce. Su misión no consiste en revisar *in abstracto* la ley y la práctica antes mencionadas, sino en averiguar si la manera en que se han aplicado a los señores de Olsson, o en que éstos han sido afectados, ha violado el CEDH".

En el mismo nivel, pero no apuntando a modificar o enmendar una legislación, sino a "crearla", se ha suscitado la cuestión de la superación del *self-restraint* por parte del TEDH⁶⁸, excediéndose en sus funciones judiciales para invadir la función legislativa de los Estados Contratantes. A esta situación *de exceso* se ha llegado según algunos

⁶⁷ Ch. Tomuschat, "Quo Vadis Argentoratum? The succes story of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 13, núm. 11-12, 30 diciembre 1992, pág. 405.

⁶⁸ Sobre el problema del *self-restraint* de los jueces y la proporcionalidad en la correcta aplicación del Derecho en el marco de los órganos tutelares del CEDH, véase E. García de Enterría, "El principio de proporcionalidad en la extradición", *Poder Judicial*, núm. 15; véase asimismo P. Mahoney, "Judicial activism and judicial self-restraint in the European Convention of Human Rights: two sides of the same coin", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1990.

autores con la interpretación extensiva que ha hecho el TEDH del artículo 8 CEDH (reunificación familiar como manifestación del respeto a la vida familiar) en el *caso Beldjoudi y Teychene contra Francia de 26 de marzo de 1992*⁶⁹, sobre el que volveremos en el capítulo XI, relativo a la expulsión de extranjeros.

C) Por lo que se refiere al tercer nivel, esto es, la correcta *división de poderes entre las autoridades estatales en el orden interno*, el TEDH ha tenido ocasión de examinar un extenso número de asuntos en los que se contestaba la separación de facultades entre las autoridades administrativas y las judiciales en punto a las garantías frente a la privación de libertad (artículo 5) y al desarrollo de un proceso justo (artículo 6). Al tiempo, al examinar si la ley penal interna era acorde con las previsiones convencionales, se ponía el acento sobre las funciones de los órganos legislativos. A modo de ejemplo, en el *caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica* anteriormente citado, el TEDH hace notar que el procedimiento (internamiento de vagabundos en Bélgica) previsto por la *legislación* belga se resiente de un carácter *administrativo* que no asegura garantías comparables a las exigidas para las detenciones en materia penal por el artículo 5.4 CEDH (éste habla de un recurso ante un *tribunal*). En este caso, por tanto, se evalúan las funciones de los tres poderes clásicos del Estado.

Dentro de este tercer nivel cabe abordar una última cuestión para concluir el epígrafe: tanto en este nivel como en los dos primeros nos hemos referido a la distribución horizontal del poder. Pues bien, pretendemos llevar a cabo ahora una consideración sobre la distribución vertical del poder, lo cual se planteará en los Estados Partes descentralizados políticamente en varios focos normativos de poder y en relación a la denominada igualdad política. Lógicamente, si antes se ha visto que el TEDH no es competente (salvo contadas excepciones que se han dado en la práctica) para declarar legislación interna contraria al CEDH, la cuestión de la distribución vertical del poder en el plano interno no se va a plantear de forma manifiesta. Sin embargo, sí ha habido algunos apuntes jurisprudenciales al efecto, sobre los que volveremos en el Capítulo VII, relativo al principio de igualdad. Por ahora, baste anunciar que en el *caso Dudgeon contra Reino Unido de 22 de octubre de 1981*, se atisbó que el examen de una eventual diferencia en el trato de los homosexuales hombres y mujeres según las legislaciones de los distintos Estados miembros del Reino Unido no puede realizarse desde una perspectiva horizontal, a la luz de la comparación de las distintas legislaciones, sino a la vista de las previsiones convencionales.

⁶⁹ Sobre este caso, véase el extenso e interesante comentario de J. Y. Carlier en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 15, 1 julio 1993, págs. 445-466.

3.-El CEDH como sistema de fines

Cuando abordamos los fines recogidos en el CEDH y sus Protocolos adicionales ya señalamos que el CEDH, de acuerdo con los designios mostrados en los trabajos preparatorios (primero democracia política y derechos cívico-políticos, y más tarde democracia social y derechos socio-económicos, así como democracia solidaria y derechos de solidaridad), contempla sobre todo derechos cívico-políticos, pero no exclusivamente, ya que también se recogen algunos derechos socio-económicos⁷⁰). El TEDH ha reconocido esta circunstancia: en el *caso Airey contra Irlanda de 9 de octubre de 1979* recuerda la instancia jurisdiccional de Estrasburgo que el CEDH "enuncia esencialmente derechos civiles y políticos", mas comprueba que un gran número de ellos posee "prolongaciones de orden económico y social".

El TEDH ha superado el dualismo artificial⁷¹ entre ambas categorías de derechos a través de la noción de *obligación positiva*. En particular, en el citado *caso Airey*, el TEDH destaca que la realización de numerosos derechos enunciados en el CEDH conlleva para los Estados "una obligación de adoptar medidas positivas". Esto significa que ha quedado desfasada la idea inicial del Estado liberal de Derecho, para el que los derechos civiles y políticos suponían una actitud abstencionista estatal, mientras los derechos sociales reclamaban prestaciones estatales. La superación de esa división radical ha ido pareja a la evolución del Estado de Derecho estudiada en el Capítulo II.

La jurisprudencia del TEDH nos muestra múltiples ejemplos de esta tendencia: en el *caso Plattform "Arzte für das Leben" contra Austria de 21 de junio de 1988*, el TEDH señaló que la libertad real y efectiva de reunión pacífica (artículo 11 CEDH) no se satisface por el Estado con un simple deber de no ingerencia, sino que tiene la obligación positiva de velar por el desarrollo pacífico de una manifestación lícita.

En otro ámbito, para que el derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 CEDH) sea efectivo, el Estado tiene la carga de adoptar medidas que garanticen a un hijo natural los medios para "desarrollar una vida normal", particularmente en lo relativo a la obtención de la filiación y en materia de sucesiones y liberalidades. Esta protección, en la que se aprecia

⁷⁰ Para un acercamiento al desarrollo que los derechos sociales han tenido en la jurisprudencia de los órganos tutelares de Estrasburgo, véase M. Enrich Mas, "Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme", *Affari Internazionali*, núm. 1, 1992.

⁷¹ Según F. Sudre (*La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pág. 31) "la noción de *obligaciones positivas* forjada por los órganos del Convenio invita a superar la distinción artificial, sistematizada por los Pactos de Naciones Unidas de 1966, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales".

claramente la dimensión socio-económica del derecho al respeto de la vida privada y familiar, se tuvo en cuenta en el *caso Marckx contra Bélgica de 13 de junio de 1979* y en el *caso Johnston y otros contra Irlanda de 18 de diciembre de 1986*.

En el *asunto "lingüístico belga" de 23 de julio de 1968*, el TEDH sostuvo que el derecho a la instrucción, para que sea efectivo, implica que el Estado garantice a todos un derecho de acceso a las escuelas existentes y asegure el reconocimiento oficial de los estudios cursados.

En otro contexto, el TEDH ha reconocido que el derecho a un proceso justo supone que el Estado ha de asumir la organización de un sistema de asistencia judicial gratuita (*caso Artico contra Italia de 13 de mayo de 1980*) o incluso un sistema de traducción e interpretación para los extranjeros (*caso Oztürk contra RFA de 21 de febrero de 1984*).

Al margen de las anteriores "mixturas" o "prolongaciones" socio-económicas de los derechos contemplados en el CEDH, el TEDH ha desarrollado una interpretación amplia de algunos de esos derechos, de los que de forma indirecta ha deducido otros no reconocidos directamente. El ejemplo paradigmático lo destaca Carrillo Salcedo al referirse a la protección de los extranjeros amenazados de expulsión, a través de una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del artículo 3 CEDH (prohibición de torturas y tratos o penas inhumanos o degradantes)⁷². Por último, esa deducción o extensión de derechos ha propiciado que se vaya forjando la democracia solidaria: como veremos, por la técnica de los derechos implícitos ha venido a reconocerse el derecho al medio ambiente como *derecho subjetivo*, en la sentencia dictada por el TEDH en el *caso López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994*, extremo sobre el que volveremos en el capítulo VIII.

III.-LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA

*1.-La noción del Estado de Derecho en la normativa comunitaria*⁷³

⁷² J. A. Carrillo Salcedo: "Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 2, 1991, pág. 441.

⁷³ Para un acercamiento a las expectativas del sistema comunitario de normas, de órganos y de fines, véase el reciente trabajo de R. Arnold, "Reflexiones sobre una futura Constitución europea", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, verano 1994, así como el extenso estudio de I. Granado Hijelmo, "Europa en un

Aun a riesgo de llevar a cabo un análisis excesivamente simplista, vamos a seguir en este apartado el mismo proceder que en los anteriores. De esta manera, nos acercaremos a las visiones formal, jerarquizada y material del Estado de Derecho, y a su paralela triple dimensión como sistema de normas, órganos y fines, llevando a cabo un examen normativo y, después, jurisprudencial.

1.1.-La normativa comunitaria como sistema de normas

Desde la perspectiva del sistema de normas, y sin perjuicio de que el *Derecho comunitario* se integre en el ordenamiento interno de los Estados miembros, es preciso recordar que la Comunidad Europea posee su propio sistema de fuentes del Derecho. Entre ellas, cabe distinguir el *Derecho originario*, formado por los Tratados constitutivos y sus reformas (Acta Unica y Tratado de Maastricht), el *Derecho surgido de los compromisos exteriores de la Comunidad* (marco que podría ser utilizado para ratificar el CEDH) y el *Derecho derivado* producido por los órganos comunitarios, constituido por los reglamentos (decisiones generales en la CECA), las directivas (recomendaciones en la CECA), decisiones (decisiones individuales en la CECA), recomendaciones (en el ámbito de la CEE y de la Euratom) y dictámenes, y los llamados *actos atípicos*⁷⁴.

Las distintas fuentes guardan una serie de relaciones con arreglo a unos principios desarrollados por la jurisprudencia del TJCE. En cualquier caso, dentro de este orden normativo comunitario no se plantean especiales fricciones. Éstas surgen cuando introducimos *otros dos bloques normativos*: de un lado, el *Derecho no estrictamente comunitario* (también denominado *Derecho complementario*)⁷⁵, elaborado según el

momento constituyente: el proyecto de Constitución para la Unión Europea", *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 1, año 1995. Sobre el debate actual, con un examen y recopilación de los documentos básicos de la construcción de la Europa comunitaria, véase J. C. Masclet (comp.), *Où en est l'Europe politique?*, La documentation française - problèmes politiques et sociaux, núms. 721-722, febrero 1994, así como J. Ziller, y J. P. Brouant (comp.), *L'Espace économique européen: une Europe à dix-sept*, La documentation française - problèmes politiques et sociaux, núm. 728, mayo 1994.

⁷⁴ Entre estos suelen incluirse *los actos de alcance interno* (estatutos y reglamentos internos de las diversas instituciones, órganos y comités), *los denominados actos sui generis* (las decisiones que no coinciden, ni por sus destinatarios ni por sus efectos, con las contempladas en el artículo 189 del Tratado de la Comunidad Europea) y *los actos surgidos de la práctica de las instituciones* (comunicaciones, conclusiones, declaraciones, deliberaciones, resoluciones). Véase al respecto J. V. Louis, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Colección Perspectivas Europeas, Luxemburgo, 4a ed., 1991, págs. 92-94.

⁷⁵ Véase G. Isaac, *Manual de Derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 2a ed., 1991. Según el autor francés, "por oposición al Derecho derivado y al Derecho surgido de los

método de cooperación intergubernamental en el marco de los dos *pilares* de cooperación (correspondientes a los asuntos de justicia e interior y a la política exterior y de seguridad común)⁷⁶; de otro lado, el *Derecho estatal*.

Las instituciones comunitarias se han mostrado en algunos terrenos particularmente beligerantes frente a los Estados, al ver sustraídas sus competencias. De manera notoria se han producido tensiones en el campo de la inmigración y del asilo (como veremos en el capítulo XI), en donde se ha impuesto el método de cooperación en detrimento del de integración; en otros términos, el bloque normativo de Derecho complementario ha prevalecido en este ámbito sobre el Derecho comunitario derivado. Ahora bien, esta prevalencia no ha resultado absoluta, quedando delimitada por la intervención del TJCE.

Por lo que respecta a las relaciones recíprocas entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, el primero ha establecido una serie de principios, que se concretan básicamente en los de *efecto directo*⁷⁷ y de *primacía* del Derecho comunitario⁷⁸. Conviene destacar que no existe un principio de jerarquía entre las normas comunitarias y las estatales, sino de competencia. En lo que se refiere al caso español, la asunción voluntaria del Derecho comunitario y de los citados principios se operó por el hecho de la adhesión de nuestro país a la Comunidad Europea el 1 de enero de 1986, merced a la base constitucional habilitada por el

compromisos exteriores de las Comunidades, que resulta, tanto uno como otro, del ejercicio por parte de las instituciones comunitarias de competencias que les han sido atribuidas por los tratados, nos encontramos frente a un Derecho que resulta de los acuerdos entre Estados miembros, en los ámbitos de la competencia nacional considerada. En la medida en que su objeto se sitúa en el campo o en la prolongación de los objetivos definidos por los Tratados, merecen el nombre de 'Derecho complementario' y pueden ser consideradas como Derecho comunitario en sentido amplio; pero, por su régimen interestatal, mantienen relaciones específicas con el ordenamiento jurídico comunitario" (pág. 142).

76 Sobre la incidencia en la noción de Estado de Derecho del bloque normativo de cooperación gubernamental elaborado en el marco del espacio Schengen, véase P. Boeles, "Schengen and the rule of law", en el colectivo *Schengen. Internationalisation of central chapters of the law on aliens, refugees, privacy, security and the police*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1991.

77 La doctrina ha distinguido entre *aplicabilidad directa*, para referirse a las características técnicas de la norma comunitaria, y *efecto directo*, para hablar de la creación de un derecho invocable por un particular en el plano interno. En este sentido, puede verse B. Vilá Costa, *Lecciones de Derecho Comunitario*, Barcelona, Ariel, 2a ed., 1994, pág. 114.

78 Véase M. A. Alegre Martínez, "La primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales", *Revista de Derecho Político*, núm. 38, 1993.

artículo 93 CE para ceder *el ejercicio de competencias soberanas*⁷⁹, teniendo carácter de *lex specialis*⁸⁰ respecto al artículo 96 CE, que cubre el ámbito de todos los Tratados internacionales válidamente ratificados por España. Sin lugar a dudas, el mecanismo de las cuestiones prejudiciales es particularmente idóneo para asegurar la compatibilidad entre el bloque normativo comunitario y el estatal, en especial cuando están en juego derechos fundamentales.

El alcance del *principio de primacía del Derecho Comunitario* obliga a hacer dos observaciones en cuanto a su proyección sobre el principio de juridicidad anteriormente estudiado (en sus facetas de principio de constitucionalidad y de principio de legalidad): de un lado, que el artículo 96 CE "dote de *rango* constitucional a la primacía del ordenamiento comunitario no significa en absoluto, (...) que se transforme por ello en *parámetro de constitucionalidad*"⁸¹; pero, de otro lado, la virtualidad del artículo 93 CE "supone en la práctica que cualquier autoridad española (Cortes, Gobierno, Comunidades Autónomas, Poder Judicial...) no puede legítimamente dictar una norma o aplicar una medida que se aparte del Tratado o de una norma de Derecho derivado, que se han convertido, por la calidad de España de Estado miembro, en su *parámetro de legalidad* para el ámbito de la acción comunitaria"⁸².

Por su parte, el *principio del efecto directo* conlleva una consecuencia novedosa en cuanto al genérico *principio de seguridad jurídica* en su vertiente de publicidad de las normas. Recordemos que la mención del artículo 1.5 del Código civil al BOE ha quedado obsoleta, desde el momento en que la Comunidad Europea dispone de su propio

79 El artículo 93, que parecía exclusivamente orientado a la adhesión de España a la Comunidad Europea, tiene el siguiente enunciado: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión". Véase J. Juste Ruiz, "La aplicación del Derecho comunitario europeo y la Constitución de 1978", en AA.VV, *Diez años de régimen constitucional* (coord. por E. Alvarez Conde), Universitat de València-Tecnos, 1989. Con carácter general, pueden verse A. Mangas Martín, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid, Tecnos (Colección "Ciencias Jurídicas"), 2a ed., 1987; y S. Muñoz Machado, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1986.

80 En tal sentido, J. A. González Casanova, y O. La Rosa, "Phénomène régional et intégration", en *L'Espagne et les Communautés Européennes*, Bruselas, 1979, págs. 129-130.

81 B. Vilá Costa, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 135.

82 *Ibidem.*

boletín oficial (el Diario Oficial de la Comunidad Europea), por no hablar de los diversos boletines oficiales existentes en el plano interno.

A tenor de lo expuesto, la *elefantiasis legislativa* no es ajena a este ámbito europeo, de tal manera que es difícil conocer las normas comunitarias no sólo a los ciudadanos europeos sino incluso al propio jurista. Cada vez adquieren mayor papel los especialistas en Derecho Comunitario, dado que hoy pocos aspectos de la vida política europea escapan a la regulación comunitaria. A mayor abundamiento, al margen de este aspecto cuantitativo, el sistema de normas comunitario cualitativamente reviste un carácter complejo. Dicha complejidad, presente desde los Tratados constitutivos, lejos de superarse, ha ido adquiriendo vigor, forjándose un enmarañado entramado normativo. El famoso tecnicismo del TUE no hace sino acentuar tal característica⁸³.

1.2.-La normativa comunitaria como sistema de órganos

Por lo que se refiere a la visión jerarquizada y al sistema de órganos, conviene destacar tres planos, que guardan un paralelo con los tres bloques normativos mencionados:

A) En primer lugar, *en el marco estrictamente comunitario*, no se respeta el principio de la separación de poderes tal y como es concebido en un Estado de Derecho, por efecto del ya tópico déficit democrático. En efecto, si se recurre a la clásica división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), puede observarse que el funcionamiento del sistema político comunitario se ha desarrollado de forma inversa a de los sistemas nacionales: si en éstos se ha evolucionado desde la soberanía parlamentaria hasta la revalorización del poder judicial, pasando por el fortalecimiento del ejecutivo, en el sistema comunitario se ha caminado

⁸³ Las siguientes palabras de Constantinesco demuestran lo expresado: "Se había reprochado al Acta Unica una presentación compleja, incluso confusa, de sus disposiciones. Un reproche análogo, más agravado podría ciertamente ser formulado respecto del Tratado de la Unión Europea, cuyas disposiciones no se presentan siempre según una articulación perfectamente clara. Sin duda, ello ocurre necesariamente con todo texto constitucional o legislativo que modifica un texto preexistente, y que sería el único en ser difundido, sin que nunca haya estado disponible una versión 'consolidada' del conjunto (o una versión 'comparada' yuxtaponiendo el texto inicial y la revisión). Además, el Tratado de la Unión, aún más que el Acta Unica, está marcado por una estructura compleja que asocia en un mismo conjunto normativo elementos heterogéneos yuxtaponiendo disposiciones que provienen incontestablemente de los procedimientos comunitarios y disposiciones que son fruto de la cooperación intergubernamental, categorías diferentes entre las cuales ha hecho falta en ocasiones tender 'pasarelas'. En fin, el Tratado de la Unión viene acompañado, como ocurrió con el Acta Unica, de varios Protocolos y Declaraciones anejas" (V. Constantinesco, "La structure du Traité instituant l'Union Européenne", *Cahiers de Droit Européen*, núm. 3-4, agosto, 1993, cit. págs. 251-252).

de un poder judicial fuerte a un parlamento cuyas funciones deben ser reforzadas, ante un ejecutivo comunitario que concentra demasiados poderes⁸⁴.

En este contexto, existen posturas extremas en cuanto a la concepción del sistema comunitario de órganos. Por una parte, algunos autores han afirmado que "en verdad, en *la democrática distribución de poderes que caracteriza a la estructura comunitaria*, han sido mantenidos como separados y distintos -según el esquema del equilibrio de poderes- el poder normativo, el poder ejecutivo y el poder judicial"⁸⁵. Otros autores, por su parte, han criticado "*la no democrática naturaleza de la Constitución original de la Comunidad Europea (...)*. Al menos, en el marco de los Tratados originarios el poder está firmemente concentrado a todos los niveles en las manos de los gobiernos de los Estados miembros. (...) Aunque el déficit democrático existe y continuará existiendo incluso con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (el 1 de noviembre de 1993), no cabe duda de que se ha reducido desde la fundación de la Comunidad"⁸⁶. La primera postura peca de optimista. La segunda es más realista. Y, en realidad, al margen del *TJCE*, la estructura institucional comunitaria es muy deficiente desde una perspectiva democrática, pese a que la ampliación de las facultades codecisorias hayan mitigado en cierta medida tal deficiencia: la última palabra la tiene el *Consejo de Ministros*, que realmente retiene el poder legislativo y el ejecutivo. Este lo comparte con la *Comisión europea*. Aquél lo ejerce conjuntamente con el *Parlamento*. A estas cuatro instituciones mencionadas (*Parlamento*, *Consejo de Ministros*, *Comisión* y *TJCE*) cabe añadir el *Tribunal de Cuentas*, que ha adquirido el rango de institución por obra del TUE. Al margen de las instituciones, existen una serie de órganos al servicio de las mismas, entre los que destacan: *el Comité Económico y Social*, *el Comité de las Regiones*, *el Banco Central Europeo* y *el Banco Europeo de Inversiones*⁸⁷.

84 Un interesante enfoque político del sistema comunitario puede verse en la monografía de F. Attina, *Introducción al sistema político de la Comunidad Europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (traducción de A. Elvira), 1992.

85 N. Catalano, y R. Scarpa, *Principios de Derecho Comunitario*, Madrid, Tecnos, 1988 (la versión italiana, de 1984, está editada por Giuffrè), pág 52.

86 G. F. Mancini, y D. T. Keeling: "Democracy and the European Court of Justice", *The modern law review*, vol. 57, nº 2, march 1994, págs 176-177.

87 El sistema institucional comunitario se recoge básicamente en el artículo 4 TCEE (tal como ha sido modificado por el artículo G.6 TUE) y en los artículos 4-A y 4-B del TCEE (tal como han sido añadidos por el artículo G.7 TUE). El primero de ellos tiene el siguiente tenor literal: "1. La realización de las funciones asignadas a la Comunidad corresponderá a: -un Parlamento Europeo, -un Consejo, -una Comisión, -un Tribunal de Justicia, -un *Tribunal de Cuentas*. Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado. 2. El Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité de las

En cualquier caso, si nos remontamos a los orígenes, es preciso reconocer que los Tratados constitutivos erigieron "un sistema institucional de nueva concepción, con un reparto de poderes que lo diferencia de cualquier otro sistema nacional o internacional anterior, dado el carácter comunitario de sus principios y filosofía"⁸⁸.

B) En el *plano de la relación entre los órganos de la Comunidad y los Estados Partes actuando por el método de la cooperación intergubernamental* se han producido importantes tensiones, de manera significativa en materia de derechos humanos. A título de ejemplo, puede verse la severa crítica vertida sobre los Estados miembros por el Parlamento europeo en su *Informe sobre los derechos humanos en el mundo y la política de la Comunidad en este terreno correspondiente a 1991-1992*⁸⁹. Los conflictos en esta sede surgirán cada vez que las materias encuadradas en los dos pilares de cooperación del "templo" de la Unión Europea (la PESC o Política exterior y de seguridad común -Título V del TUE-, y la Política en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior -Título VI-) ofrezcan una posibilidad de incursión por parte de las instituciones comunitarias. Lo anterior da pie para mencionar otros dos "órganos o poderes" que forman parte de los atributos clásicos de la soberanía estatal, un ejército europeo y una policía europea⁹⁰; lógicamente, entran en el terreno de la cooperación, no de la integración.

C) Respecto al *plano de relaciones entre los órganos comunitarios y los órganos internos*, nuevamente en el ámbito de la justicia se aprecia la

Regiones, con funciones consultivas". El artículo 4 B dispone que "con arreglo a los procedimientos previstos en el presente Tratado, se crean un Sistema Europeo de Bancos Centrales, (...) y un Banco Central Europeo (...). Según el artículo 4 B "se crea un Banco Europeo de Inversiones (...)".

88 J. M. Laguna, *Historia de la Comunidad Europea*, Bilbao, Ediciones Mensajero, 1991, pág. 162.

89 Este informe del Parlamento Europeo, redactado bajo los auspicios del Comité de Libertades Públicas y Asuntos de Interior, y aprobado mediante su Resolución de 12 de marzo de 1993, expresa que "el Parlamento Europeo ha adquirido una cierta y perceptible autoridad en la esfera de los derechos humanos, es el órgano más apropiado de la Comunidad para cumplir con tal función, y es privilegio de un Parlamento formular cuestiones y decir cosas que un Gobierno no puede". En este contexto, lanza una severa denuncia a los Estados miembros por la política restrictiva a la que se ha llegado en materia de inmigración y asilo en el espacio de cooperación intergubernamental Schengen, y le preocupa que la Europa comunitaria no sea respetuosa con los derechos humanos y se convierta en una "fortaleza". Sobre el fenómeno de la inmigración y el asilo volveremos en el Capítulo XI.

90 Parece que es lenta la marcha en este ámbito. En cuanto al ejército europeo, parece que su porvenir tampoco está asegurado, y todo apunta a que la cooperación se hará en el ámbito de la UEO, con la atenta vigilancia de la OTAN. Respecto a la policía europea (Europol) prevista en el TUE parece que se tiende a utilizar el modelo de la cooperación policial del espacio Schengen.

mayor idoneidad para prevenir conflictos. Si se piensa en las *cuestiones prejudiciales*, habrá de convenirse que son un ejemplo paradigmático de la complementariedad entre el juez nacional y el juez internacional (comunitario), lo que se acentúa si existe un punto conflictivo sobre derechos humanos. En particular, la problemática actual sobre la discriminación positiva en favor de la mujer en el ámbito laboral haría conveniente que los jueces internos se dirigiesen al TJCE para evitar una contradicción entre la jurisprudencia comunitaria y la nacional. Este aspecto reviste un enorme alcance, como estudiaremos en el capítulo VII (el derecho a la igualdad y no discriminación).

1.3.-La normativa comunitaria como sistema de fines

Por lo que se refiere al sistema de fines, es evidente que una organización internacional con vocación de integración, esto es, con pretensiones de constituirse en un Estado federal y no en una mera Confederación, ha de poseer una estructura constitucional que asegure el respeto de los derechos humanos. En tal sentido, la obra *pretoriana* del TJCE en esta materia ha sido destacada tanto por las deficiencias de la parte orgánica comunitaria como por la ausencia en la Unión Europea de un catálogo de derechos.

Ahora bien, aunque entre los objetivos primordiales de las Comunidades Europeas (paz, integración política, unión económica, y cohesión social) no figuraba de manera explícita la promoción y protección de los derechos fundamentales, las instituciones comunitarias no han permanecido ajenas a este propósito. En efecto, como ha señalado la profesora Mangas Martín, "es frecuente reprochar a los Tratados comunitarios la ausencia de un compromiso formal de respeto a los derechos humanos. (...) Genéricamente la crítica puede ser válida, pero también es cierto que a lo largo de los Tratados se pueden encontrar referencias concretas que trazan las coordenadas para la elaboración del Tribunal de Justicia de un sistema de derechos fundamentales de la integración económica y social"⁹¹.

Volviendo a los *Tratados constitutivos*, efectivamente hay algunos derechos dispersos a lo largo del texto de los mismos, básicamente relacionados con la no discriminación por razón de origen nacional y de sexo, o con la realización del mercado interior⁹².

⁹¹ A. Mangas Martín, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, op. cit., pág.152.

⁹² De esta manera se reconocen: el principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 7 TCEE); la no discriminación por razón del sexo (artículo 119 TCEE); derecho a la libre circulación de los trabajadores (artículos. 48 a 51 TCEE); derecho de establecimiento (artículos 52 a 58 TCEE); libre circulación de los servicios (artículos 59

Por lo que respecta a las dos reformas *constitucionales* de los Tratados, tanto el Acta Unica como el TUE contienen menciones a los derechos humanos. De hecho, los compromisos formales de las instituciones europeas relativos a la promoción y defensa de los derechos humanos, son asumidos por vez primera en el Derecho originario con motivo del Acta Unica Europea de 17 de febrero de 1986. En su Preámbulo se declara que la promoción de la democracia debe basarse en los derechos fundamentales, mencionándose expresamente el CEDH y la CSE del Consejo de Europa, así como los valores libertad, igualdad y solidaridad. Además, de la declaración preambular puede desprenderse una alusión implícita al sistema global de derechos humanos, al mencionarse la Carta de las Naciones Unidas⁹³.

Por otra parte, pese a que el *Tratado de Maastricht* no recoge expresamente entre sus objetivos (artículo B del Tít. I) la tarea promotora y protectora de los derechos fundamentales, sí prescribe (como vimos) en el artículo F.2 del Tít. I su respeto de conformidad con el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Así pues, el TUE, pese a excluir la referencia a la CSE, incluye por vez primera en el texto articulado de los Tratados (ya no sólo en el Preámbulo) el respeto genérico de los derechos humanos. Esta cláusula genérica de respeto se reproduce en el concreto campo de la inmigración y el derecho de asilo en el artículo K.2 TUE, del que daremos cumplida cuenta en el Capítulo XI. En fin, entre los objetivos de la política exterior y de seguridad común, sí se incluye

"el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales" (artículo J.1, apartado 2 del TUE).

a 66 TCEE); mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores (artículo 117 TCEE); derecho al trabajo y a la seguridad social, así como derecho de sindicación y negociación colectiva (artículo 118 TCEE); secreto profesional (artículo 214 TCEE); derecho de propiedad (artículo 222 TCEE).

⁹³ Estos son los pasajes más significativos del Preámbulo del Acta Unica: "Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular *la libertad, la igualdad y la justicia social*, (...) Conscientes de la responsabilidad que incumbe a Europa de procurar cada vez más una postura uniforme y de actuar con cohesión y *solidaridad*, con objeto de proteger más eficazmente sus intereses comunes y su independencia, así como reafirmar muy especialmente los principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los derechos humanos que ellos propugnan, a fin de aportar conjuntamente su propia contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de acuerdo con el compromiso que asumieron en el marco de la Carta de las Naciones Unidas".

En el ámbito del *Derecho derivado*, las instituciones comunitarias también han colaborado en la promoción y defensa de los derechos humanos, a través de actos típicos (un gran número de Directivas relativas al principio de no discriminación, por ejemplo) y *atípicos*⁹⁴.

2.-La noción de Estado de Derecho en la jurisprudencia comunitaria⁹⁵

2.1.-Caracterización del TJCE

Para referirnos a la jurisprudencia comunitaria, conviene anticipar algunas notas acerca del órgano del que emana aquélla: el TJCE. Se trata, como hemos dicho anteriormente, de una de las cinco instituciones

⁹⁴ El punto de arranque más sobresaliente en este sentido se produjo en la "cumbre" (hoy denominada "Consejo Europeo") de Copenhague en 1973, en donde se adoptó la *Declaración sobre la identidad europea*, en la que los entonces nueve Estados miembros expresaron su compromiso de "salvaguardar los principios de la democracia representativa, del imperio de la Ley, de la justicia social, y del *respeto de los Derechos del Hombre*, que constituyen los elementos fundamentales de la idea europea". Por su parte, la Comisión adoptó el 4 de febrero de 1976 el *Informe relativo a la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*. En el Parlamento Europeo también han sido innumerables las preguntas escritas y orales presentadas por los diputados europeos al Consejo y a la Comisión, las cuales han engrosado un interesante debate sobre el respeto de los derechos humanos. Su acto formal más importante tal vez haya sido la *Declaración de derechos y libertades de 12 de abril de 1989*. Por lo demás, las iniciativas singulares del Consejo Europeo, de la Comisión y del Parlamento ya tuvieron ocasión de converger en una acción interinstitucional de extraordinario relieve el 5 de abril de 1977, con la *Declaración Común sobre el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos de las Comunidades Europeas*. Las tres instituciones que participan en el proceso decisorio de la Comunidad reconocen que "el respeto del derecho" comprende no sólo el respeto a las reglas de los Tratados y del Derecho derivado, sino asimismo "los principios generales del Derecho y en particular a los Derechos Fundamentales, principios y derechos sobre los que se funda el Derecho Constitucional de los Estados miembros", por lo que tendrán en cuenta los Derechos Fundamentales "tal como resultan, en especial, de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales", afirmando, en suma, que "en el ejercicio de sus poderes y en la consecución de los objetivos de las Comunidades Europeas, respetan y continuarán respetando esos derechos". En términos similares, el Consejo Europeo adoptó en Stuttgart el 19 de junio de 1983 la *Declaración solemne sobre la Unión Europea*.

⁹⁵ Para la comprensión global del ordenamiento comunitario, como sistema de normas, de órganos y de fines, es esencial la lectura de la famosa *sentencia de 15 de julio de 1964, dictada en el caso Flaminio Costa contra ENEL*, asunto núm. 6-64, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, Vol. X, 1964, Luxembourg, El asunto tiene su origen en una solicitud de decisión prejudicial en el sentido del artículo 177 del Tratado CEE, presentada por el Giudice conciliatore de Milán el 20 de febrero de 1964. En la sentencia se consolida la noción de *orden jurídico comunitario* y su carácter particular en lo relativo a su rango respecto a los sistemas jurídicos nacionales: tal relación se concreta en el principio de *primacía de las normas comunitarias*. Por lo demás, el TJCE introduce la idea de *limitación definitiva de los derechos soberanos de los Estados miembros*.

básicas de la Comunidad, junto con el Consejo, la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Cuentas. En este marco institucional de una *Comunidad de Derecho* como la constituida por las Comunidad Europea es imprescindible la existencia de un órgano que tenga encomendado el control judicial, así como la interpretación y desarrollo del Derecho comunitario a la luz de la evolución de la realidad europea. El artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea describe la función general del TJCE:

"garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado".

Es lógico que, una vez creado este Derecho se impusiera evitar interpretaciones y aplicaciones arbitrarias, garantizando el carácter y la naturaleza de la *Ley común* para todos. Por esta razón, algún autor ha definido la creación del TJCE como la idea "más feliz y original de las conseguidas por los redactores"⁹⁶. Sus múltiples funciones han propiciado que se le caracterice como un tribunal constitucional, como una jurisdicción administrativa, como un tribunal de casación o como una jurisdicción consultiva⁹⁷. En cualquier caso, parece que sus características permiten pensar que se trata de una *jurisdicción internacional superada*⁹⁸.

Pese a que el debate sobre el déficit democrático se ha centrado casi exclusivamente en el Consejo de Ministros, el Parlamento y la Comisión, así como en sus respectivas relaciones, el TJCE no ha sido ajeno a las

96 A. Tizano, *Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Nápoles, 1967, pág. 1 (citado por D. Ruiz-Jarabo Colomer: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Estudios de Derecho Comunitario*, Madrid, CGPJ, Madrid, 1989). Con carácter general, véase M. Díez de Velasco, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Tecnos, 1984.

97 Estas funciones y su respectiva caracterización han sido expuestas por N. Catalano, y R. Scarpa, *Principios de Derecho Comunitario*, ya cit., págs. 51 y ss.

98 En este sentido G. Isaac, *Manual...*, op. cit., 1ª ed., pág. 241. Por su parte, Ruiz-Jarabo Colomer ("El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", ya cit., pág. 41) ha señalado que "en principio se puede decir que se trata de un órgano jurisdiccional internacional, si bien con características propias importantes que han llevado a muchos autores a negar tal carácter o a considerarlo como un Tribunal Federal". Entre los estudiosos que sostienen esta última postura se encuentra H. Rasmussen, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Estudios de Derecho Comunitario*, Madrid, CGPJ, 1989, pág. 41. En fin, hay quien al hablar de los Tratados constitutivos como Constitución económica apunta que "dentro de esta Constitución, podemos definir al Tribunal de Justicia como órgano constitucional" (J. de Miguel Zaragoza, "El Tribunal de Justicia. Organización y competencia. Recursos. Procedimiento ordinario y especiales", en *Iniciación al Estudio del Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, CGPJ, 1984, pág. 24).

discusiones institucionales⁹⁹. En este sentido, tanto el Acta Unica como el TUE han introducido cambios en el sistema judicial de la Comunidad. Lógicamente, la adhesión de nuevos miembros ha afectado, como no podía ser de otra forma, al poder judicial comunitario. En este contexto, el Acta Unica preveía la creación del *Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, concretamente en el artículo 11 del Acta¹⁰⁰, que añadía el artículo 168 A al TCEE.

De conformidad con la anterior previsión, en noviembre de 1988 el Consejo tomó la decisión de crear ese Tribunal de Primera Instancia, que empezó a funcionar el 1 de noviembre de 1989. Por lo que se refiere al enfoque dogmático que anima nuestro trabajo, es pertinente señalar que este Tribunal ya cuenta con una nutrida jurisprudencia relativa a los derechos de los funcionarios comunitarios.

2.2.-Valor de la jurisprudencia del TJCE en la construcción del sistema de derechos humanos

Con el examen de la jurisprudencia del TJCE en éste y en los siguientes epígrafes, quedará patente que la institución más eficaz en la defensa de los derechos humanos sigue siendo el Tribunal de Luxemburgo. Para ello, ha sabido explotar las posibilidades de la interpretación y de la integración, sobre todo tomando en consideración la parquedad de la base jurídica habilitante. En efecto, su jurisprudencia se ha elaborado a partir de una interpretación extensiva de la tarea de asegurar el "respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado" (artículo 164 del Tratado CEE)¹⁰¹.

⁹⁹ En ese relativo vacío de estudios sobre la reforma institucional del TJCE se inscribe un interesante trabajo de Bzdera, en el que se analiza la propuesta de reforma del TJCE presentada por Jacqué y Weiler tendente a adaptar la alta instancia europea a la "federalización" gradual de la Comunidad. Véase A. Bzdera, "L'enjeu politique de la réforme institutionnelle de la Cour de Justice de la Communauté Européenne", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 356, marzo 1992.

¹⁰⁰ Este es el enunciado del apartado 1 del artículo 11 del Acta Unica: "A instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, el Consejo, por unanimidad, podrá agregar al Tribunal de Justicia un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de derecho y en las condiciones establecidas por el Estatuto, de determinadas categorías de recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas. Este órgano jurisdiccional no tendrá competencia para conocer ni de los asuntos promovidos por los Estados miembros o por las instituciones comunitarias ni de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 177".

¹⁰¹ La dicción de este precepto da pie, efectivamente, a una amplia interpretación. Los términos "respeto del Derecho" facultarán al TJCE para fundamentar sus decisiones en otras

Sobre esta base, la primera oportunidad en que el TJCE tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema fue en el *asunto Stork* en 1959¹⁰², en el que unas empresas alemanas acusaban a la Alta Autoridad de haber violado preceptos de la Ley Fundamental de Bonn. El TJCE no entró en el fondo del asunto ni examinó la presunta violación alegando que "no tiene que pronunciarse sobre las reglas de Derecho interno", pues ello implicaría la subordinación del Derecho comunitario a un ordenamiento nacional.

De nuevo, en los *asuntos Comptoirs de vente* de 1960¹⁰³, el TJCE y las partes afrontaron mal la cuestión, al entender aquél que tendría que proteger un derecho tal como aparece en un sistema constitucional, siendo que el TJCE, como juez de la legalidad de los actos de las Instituciones comunitarias, no se declara competente "para garantizar el respeto de las reglas de Derecho interno, incluso constitucionales, en vigor en uno u otro Estado miembro"; así, negó expresamente que existiera un principio general de Derecho comunitario, explícito o no, que garantizara el mantenimiento de derechos adquiridos.

La conocida como *historic decision* que perfilará un cambio jurisprudencial significativo en la materia (aunque todavía tímido) se pronunciará en el *asunto Stauder 1969*¹⁰⁴. En dicha decisión el TJCE declaró que

"la disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de poner en causa los derechos fundamentales de la persona comprendidos

normas que no sean los Tratados y, en concreto, serán la vía para desembocar en el concepto de principios generales del Derecho. Por otra parte, la virtualidad del artículo 164 se completa con el recurso a los artículos 173 y 215 TCEE. El primero de ellos se refiere a los recursos contra los actos de las instituciones de la Comunidad y prevé que el TJCE controle y verifique la legalidad de esos actos y se pronuncie sobre las obligaciones del Tratado, pero también sobre las obligaciones de "toda norma jurídica relativa a su aplicación". El segundo precepto habla de "principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros".

102 *Asunto Entreprise Friedrich Stork y Cie, Kohlengrosshandlung contra Alta Autoridad, de 4 de febrero de 1959*, Rec. vol. V, 1958-59, págs. 45 y ss.

103 *Asuntos núm.s 36, 37, 38-59, y 40-59 Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr "Präsident", "Glütling", "Mausegatt" y Entreprise I. Nold KG contra Alta Autoridad de la CECA de 15 de julio de 1960*, Rec. vol. VI, deuxième partie, 1960, págs 859 y ss.

104 *Asunto Erich Stauder contra ciudad de Ulm-Sozialamt de 12 de noviembre de 1969*, Rec. vol. XV, 1969, págs. 419 y ss. En concreto, 7º motivo, pág. 425. El asunto trae su origen de una cuestión prejudicial dirigida por el Tribunal Administrativo de Stuttgart: "¿Puede considerarse como compatible con los principios generales del Derecho comunitario en vigor el hecho de que la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 12 de febrero de 1969 (69/71/CEE) vincula la cesión de manteca de precio reducido a los beneficiarios de algunos regímenes de asistencia social a la divulgación del nombre del beneficiario a los vendedores?" Tales beneficiarios eran víctimas de la guerra y debían llevar vales de racionamiento en los que figuraba su nombre.

en los principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto asegura el Tribunal".

El paso dado por la sentencia anterior se consolidaría un año después con el *asunto Internationale Handelsgesellschaft de 1970*¹⁰⁵. En este caso, el Tribunal empieza por dejar bien sentado que el Derecho Comunitario tiene un efecto superior a las Constituciones nacionales (en la materia propia de las Comunidades, naturalmente), y que, por tanto, el TJCE no puede verificar la legalidad de los textos comunitarios en función del Derecho constitucional alemán. Hasta aquí se revalida la jurisprudencia anterior. Sin embargo, en otro pasaje el TJCE introduce elementos novedosos de largo alcance, añadiendo:

"Considerando que conviene (...) examinar si alguna garantía análoga inherente al Derecho Comunitario ha sido violada;

que el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, que asegura el Tribunal de Justicia;

que la salvaguarda de esos derechos, aunque inspirándose en tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada, en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad;

que ha lugar a examinar, a la luz de las dudas expuestas por el Tribunal administrativo, si el régimen de fianza ha atentado a los derechos de carácter fundamental cuyo respeto debe ser asegurado en el ordenamiento jurídico comunitario"¹⁰⁶.

Según López Garrido, "en esta sentencia el Tribunal de Justicia entra decididamente a la construcción de una teoría de los derechos fundamentales"¹⁰⁷.

Más tarde, en el *asunto Nold de 1974*¹⁰⁸, el Tribunal sistematizaría y consolidaría su doctrina en este campo. Así, reitera de manera contundente las afirmaciones vertidas en casos anteriores, en el sentido de que

105 *Asunto Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide un Futtermittel de 17 de diciembre de 1970, Rec. vol. XVI, 1970, págs. 1125 y ss.* Versó sobre un problema de organización de mercados en el sector de los cereales.

106 Motivo 4º, pág. 1135.

107 D. López Garrido, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 127.

108 *Asunto Nold, Kohlen- un Baustoffgrosshandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas de 14 de mayo de 1974, Rec. vol. XXI, 1974, págs. 491 y ss.*

"no admitirá medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados".

Una vez abierta esa línea de protección de los derechos, el TJCE ha emanado y sigue emanando una rica jurisprudencia en el campo de los derechos fundamentales, no haciendo otra cosa que adaptarse a las exigencias de las democracias europeas, que no pueden sino respetar esos derechos¹⁰⁹.

Por supuesto, excede los límites de este trabajo examinar una a una las sentencias del TJCE sobre derechos fundamentales. Baste apuntar, por tanto, que la tendencia jurisprudencial ha seguido una *vis* expansiva. En definitiva, "ha sido el Tribunal de Justicia, a través de lo que se ha llamado actividad 'pretoriana', quien ha impulsado decisivamente que en el Derecho del Mercado Común Europeo se haya ido estableciendo, (...) un cierto concepto de derecho fundamental"¹¹⁰. En el mismo sentido, de Miguel Zamora, tras hacer alusión a la importancia de los procesos para la adopción de decisiones comunitarias, los procesos para evitar bloqueos en la actividad de los órganos comunitarios y los procesos para mantener el equilibrio institucional, dice que la conjunción de todo ello "y sobre todo *la aparición de una parte dogmática que Loewenstein llama el núcleo de la constitución material y que en gran parte es obra pretoriana, obra del Tribunal de Justicia*, nos permiten reconocer una Constitución"¹¹¹.

2.3.-La normativa comunitaria como sistema de normas

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, en la *sentencia Lisotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz de 13 de diciembre de 1979* (Vol. XVIII-2, 1979, págs. 3727 y ss.) el TJCE examinó el derecho de propiedad en relación a la prohibición de plantar nuevas viñas. En los *asuntos Firma Anton Durberck contra Comisión de las Comunidades Europeas de 1 de abril de 1982* (Rec. 1982-1, págs. 1251 y ss.), y *Edeka Zentrale contra RFA de 15 de julio de 1982* (Rec. 1982-2, págs. 2745 y ss.) el TJCE abordó el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. En los *casos Vittorio Testa, Salvino Maggio y Carmine Vitali contra Bundesanstalt für Arbeit de 19 de junio de 1980* (Rec. 1980-2, págs. 1979 y ss.), se cuestionaron algunos derechos relacionados con la seguridad social. En la *sentencia proceso penal contra F. Levy de 26 de octubre de 1989* (Rec. 1989-4, págs. 3511 y ss.) se examinó el respeto de ciertas garantías procesales. En la *sentencia National Panasonic (UK) Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 1980* (Rec. 1980-2, págs. 2033 y ss.) el TJCE se enfrentó con la protección de la intimidad de las personas morales. El derecho al secreto profesional se halló en el fondo del *asunto A.M. and Europe Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas de 18 de mayo de 1982* (Rec. 1980-2, págs. 1575 y ss.). En el *asunto Razzouk y Beydoun contra Comisión de las Comunidades Europeas de 20 de marzo de 1984* (Rec. 1984-2, págs. 1509 y ss.), el TJCE analizó el principio de no discriminación por razón de sexo, en relación a una pensión de viudedad de un consorte de funcionaria de la Comisión.

¹¹⁰ D. López Garrido, *Libertades económicas...*, *op. cit.*, pág. 127.

¹¹¹ J. de Miguel Zaragoza, "El Tribunal de Justicia...", *cit.* pág. 24.

En primer lugar, conviene recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC el Derecho comunitario no forma parte del bloque de constitucionalidad, como tampoco lo integran los tratados internacionales clásicos¹¹². Sin embargo, dicha afirmación queda relativizada cuando hablamos de tratados internacionales sobre derechos humanos o de normativa comunitaria en la materia; en efecto el mandato del artículo 10.2 CE impone que las normas comunitarias sobre derechos humanos se apliquen como parámetro interpretativo si son más favorables a la realización de los derechos¹¹³, y máxime si esas normas han sido desarrolladas por la jurisprudencia del TJCE¹¹⁴.

Siguiendo con el esquema de nuestro trabajo, hemos de observar que el TJCE se ha visto llamado a pronunciarse sobre los dos principios básicos del Estado de Derecho, el de seguridad jurídica y el de legalidad, que deben respetarse igualmente en el ámbito comunitario a la hora de la elaboración de las normas.

El caso *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa de 13 de marzo de 1990*¹¹⁵ recoge los aspectos fundamentales del principio de seguridad jurídica:

"Debe recordarse que, cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, *el carácter de certitud y de previsibilidad constituye, conforme a una jurisprudencia constante del*

112 A esta misma conclusión ha llegado el Consejo Constitucional francés. Así, en la decisión 93-335 DC, sostuvo que "la apreciación de la constitucionalidad de las disposiciones que el legislador estime tener que adoptar, no puede llevarse a cabo a partir de la conformidad de la ley con las estipulaciones de un tratado o de una convención internacional, sino únicamente de la confrontación de la ley con las exigencias de carácter propiamente constitucional". Para un análisis más actual de la jurisprudencia francesa, véase J. Trémeau, "La jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en 1994 (primera parte)", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, núms. 11-12, primavera-verano 1995.

113 En este sentido, y pese a lo dicho en la nota anterior, una autoridad en la materia ha aportado argumentos contundentes en favor de la integración del CEDH en el bloque de constitucionalidad, una aportación que sería trasladable a nuestro sistema constitucional: véase D. Rousseau, "L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité", en el colectivo Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme (dir. par D. Rousseau et F. Sudre), Nancy, éd. STH, 1990.

114 De la misma manera que no hemos entrado a analizar la problemática relativa a la ejecución de las sentencias del TEDH, tampoco vamos a examinar la efectividad de las sentencias del TJCE. Sobre este particular, véase J. V. Louis, "Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, núm. 1, enero-abril, 1983.

115 Rec. 1990-3, pág. I-716.

Tribunal de Justicia, un imperativo que se impone con especial rigor" (apartado 23).

En estrecha conexión con el principio anterior, el TJCE se ha pronunciado sobre una de las manifestaciones principales del principio de legalidad, la *irretroactividad de las normas* con carácter general. Así lo hizo en el *caso Diversinte, SA, e Iberlacta, SA, contra Administración Principal de Aduanas de la Junquera de 1 de abril de 1993*¹¹⁶, del que se desprende la interrelación del enfoque dogmático y orgánico, en el sentido de que tales principios se encaminan a defender los derechos de los ciudadanos, tarea que debe hacer efectiva el órgano judicial comunitario.

"Como acertadamente recuerda el órgano de remisión, de reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia se desprende que si bien, por regla general, *el principio de seguridad de las situaciones jurídicas se opone a que el punto de partida del ámbito de aplicación temporal de un acto comunitario se fije en una fecha anterior a su publicación*, puede ocurrir de otro modo, con carácter excepcional, siempre que lo exija el fin perseguido y se respete debidamente la confianza legítima de los interesados.

No obstante, procede recordar que, aunque, según esta jurisprudencia, los *efectos retroactivos* de los actos comunitarios no han de excluirse necesariamente, *es preciso que los actos que tengan tales efectos contengan en su exposición de motivos las indicaciones que justifiquen los efectos retroactivos que se pretenden (...) la motivación exigida por el artículo 190 del Tratado CEE tiene por objeto que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y que el Tribunal de Justicia pueda ejercer su control "* (apartados 9-12).

En otro ámbito, el TJCE, en su *Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993*¹¹⁷, ha acogido el *principio de la aplicación de la norma más favorable*. Tal pronunciamiento se ha producido con motivo del análisis sobre las "prescripciones mínimas" en materia de mejora de las condiciones de vida y laborales de los trabajadores sobre la base del artículo 118 A del Tratado CEE, en relación con el Convenio núm. 179 de la OIT (seguridad en la utilización de productos químicos en el trabajo),

¹¹⁶ Rec. 1993-4, Parte I, pág. I-1911. El caso tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Económico Administrativo Central de Madrid, sobre la validez de la retroactividad del último párrafo del artículo 3 del Reglamento (CEE) núm. 744/87 de la Comisión, de 16 de marzo de 1987, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 805/86 por el que se establece un gravamen sobre la leche desnatada en polvo y desnaturalizada procedente de España y por el que se introduce una excepción al Reglamento (CEE) núm. 1378/86 en lo que respecta a los montantes compensatorios "adhesión" en los intercambios con España.

¹¹⁷ Véase este dictamen en el DOCE núm. C 109, 19 de abril de 1993.

teniendo en cuenta por tanto la complementariedad del sistema de derechos humanos. En estos términos ha explicado su postura el TJCE:

"En efecto, si, de una parte, la Comunidad decide promulgar normas menos rigurosas que las decretadas por un Convenio de la OIT, los Estados miembros pueden, de conformidad con el artículo 118 A, apartado 3, establecer *medidas de protección reforzada* en las condiciones laborales o aplicar a estos efectos las disposiciones del Convenio de la OIT. Si, de otra parte, la Comunidad decide promulgar *medidas más severas (y más favorables, por tanto, añadimos nosotros)* que las previstas por un Convenio de la OIT, nada impide la plena aplicación del Derecho comunitario sobre la base del artículo 19.9 de la Constitución de la OIT, que autoriza la adopción, por los Estados miembros, de *medidas más vinculantes* que las previstas por los convenios y recomendaciones adoptados en el marco de esta organización" (apartado 18).

En cualquier caso, con anterioridad el TJCE había venido sentando una doctrina proclive a esa interpretación más favorable a los principios generales del Derecho comunitario y, por ende, a los derechos fundamentales. Así lo ha confirmado recientemente el TJCE en su *sentencia de 27 de enero de 1994, dictada en el asunto A. A. Herbrink contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*¹¹⁸:

"Constituye jurisprudencia reiterada (...) que los textos de Derecho comunitario deberán interpretarse, en la medida de lo posible, de la manera que mejor se adecúe a las disposiciones del Tratado y a los principios generales del Derecho comunitario, y, más particularmente, al principio de confianza legítima" (apartado 9).

2.4.-La normativa comunitaria como sistema de órganos

En el ámbito del equilibrio de poderes, el primer asunto (*caso S. A. Roquette Frères contra Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de octubre de 1980*¹¹⁹) que llegó al TJCE versó sobre el derecho del Parlamento a ser consultado antes de que la legislación comunitaria fuese adoptada en determinados campos previstos por los Tratados. El TJCE, anulando el Reglamento controvertido del Consejo, empleó un lenguaje novedoso en aquel momento:

"La consulta prevista para ello en (...) el Tratado es el medio que permite al Parlamento (...) tomar parte en el proceso legislativo de la Comunidad. Tal poder representa un *factor esencial en el equilibrio institucional* establecido por el Tratado. Aunque limitado, tal equilibrio

118 Rec. 1994-I, Parte I, pág. I-253.

119 Rec. 1980, págs. 3333 y ss.

refleja a nivel comunitario el *principio fundamental democrático* según el cual el pueblo debe participar en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa" (apartado 33).

El déficit democrático que afecta al entramado institucional de la Comunidad Europea ha llevado al órgano más perjudicado (el Parlamento europeo) a, cuanto menos, intentar evitar que sus ya menguadas competencias se vean aún más menoscabadas por la *vis atractiva* que puedan pretender ejercer las otras instituciones y que, al fin y al cabo, es connatural a todo poder. Este fue el marco de discusión suscitado en la *sentencia de 28 de junio de 1994, pronunciada en el caso Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*¹²⁰. En su pronunciamiento, el órgano que tiene el cometido de asegurar el (des)equilibrio institucional comunitario, recuerda (apartados 14 y 17 respectivamente) que

"según reiterada jurisprudencia, el Parlamento Europeo está legitimado para plantear ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación contra un acto del Consejo o de la Comisión, siempre y cuando dicho recurso sólo tenga por objeto la protección de sus prerrogativas y se fundamente únicamente en motivos referentes a la violación de éstas. (...) Es jurisprudencia reiterada que, en el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección de la base jurídica debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre dichos elementos figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto".

En otro orden de cosas, es preciso señalar que el deficiente orden institucional comunitario no tiene porqué proyectarse en el ámbito interno. Cada orden jurídico (el comunitario y el nacional) es autónomo en su respectiva esfera de competencia, y así lo han reconocido tanto el TJCE como el TC; lo que importa, en definitiva es que se satisfagan los derechos de los ciudadanos, pues no puede perderse de vista que, al fin y al cabo, las normas comunitarias son Derecho vigente en España¹²¹. En

120 En esta sentencia se resolvió el recurso presentado por el Parlamento en el que solicitaba, con arreglo al párrafo primero del artículo 173 del Tratado CEE, la anulación del Reglamento (CEE) nº 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea.

121 En este sentido, algunos se han preguntado "cuál ha sido la incidencia de los principios de primacía y de efecto directo de las normas comunitarias desde la percepción de los órganos judiciales españoles, en casi dos lustros de aplicación del Derecho comunitario en España. Sin pretender más que una leve aproximación, debe decirse que los órganos judiciales españoles han sido exponentes de un gran interés y atención por los posibles efectos administrativos y sociales, y en menor grado civiles y mercantiles de las normas comunitarias (más de 300 asuntos censados en *aplicación* o en *toma en consideración* de normas comunitarias, procedentes de tribunales inferiores, Superiores de Justicia de las Autonomías, del Tribunal Central de Trabajo, del Tribunal de Defensa de la Competencia o

este sentido, el TJCE ha reconocido a los Estados miembros la facultad de ejecutar las obligaciones comunitarias de conformidad con su respectivo sistema nacional de órganos. El *caso Francovich y otros de 19 de noviembre de 1991*, sobre el que volveremos más tarde, lo expresa en estos términos (Apartado 42):

"El Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario".

Por su parte, el TC ha confirmado la misma postura en su reciente *sentencia núm. 102 de 31 de julio de 1995* (FJ 14):

"Conviene recordar que (...) el principio cardinal consiste en que la adhesión de España a la Comunidad Europea no altera en principio la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así pues, la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias (*SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 236/1991 y 79/1992*). Por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien naturalmente ostente la competencia según las reglas del Derecho interno puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho Comunitario (*STC 141/1993*)".

Por último, queremos dejar apuntada la posibilidad de que se produzcan contenciosos paralelos en las dos jurisdicciones europeas: el TEDH del Consejo de Europa y el TJCE de la Comunidad Europea. Volveremos sobre esta cuestión en el capítulo VII, referente al principio de igualdad. Por el momento, bastaría anticipar que tal circunstancia podría provocar el efecto adicional de situar a las autoridades nacionales en la difícil tesitura de tener que optar por una de las "dos verdades europeas"; una opción que, ciertamente, habrá de decantarse por el mayor respeto de los derechos humanos. La controvertida adhesión de la Comunidad Europea al CEDH tal vez paliaría estos contenciosos, al propiciarse una solución uniforme.

2.5.-La normativa comunitaria como sistema de fines

del Tribunal Económico-Administrativo Central, del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, en su caso)" (V. Abellán Honrubia y B. Vilá Costa, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo, op. cit.*, págs. 136-137).

El TJCE ha reafirmado recientemente el fin de la protección de los derechos humanos otorgando un mayor papel al individuo, en la tendencia contemporánea de erigirlo en sujeto del Derecho Internacional de los derechos humanos. Baste para ilustrar lo que decimos la referencia a la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el *caso Andrea Francovich y otros contra República Italiana, de 19 de noviembre de 1991*¹²². En el fondo del asunto se halla la demanda de unos particulares que acusaban a su propio Estado, primeramente ante el juez nacional (italiano), por la no transposición de la *Directiva núm. 90/987 sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empleador*, lo cual apunta específicamente a asegurar un mínimo "comunitario" (según el Tribunal) de protección a los empleados. El TJCE condenó a Italia, tras comprobar que se cumplían los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad del Estado, el primero de los cuales consiste en la atribución de derechos a favor de particulares¹²³.

Con ella, como dice Labayle, se da un paso decisivo en la protección jurisdiccional de los particulares, de forma que tras sancionar la responsabilidad de un Estado por la no transposición de una Directiva comunitaria, el Tribunal establece "el principio de una reparación que ya no hará inútil el recurso al juez"¹²⁴.

En síntesis, el Tribunal de Justicia ha adoptado la solución de garantizar "directamente" los derechos individuales sobre la base de la Directiva, a pesar de no hallarse ésta transpuesta al ordenamiento interno italiano. Con ello, ciertamente, se subraya el papel del Estado como simple

¹²² Rec. 1991-9, págs. I-5357 y ss. El caso tiene su origen en una decisión prejudicial sobre la interpretación del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CEE, así como de la Directiva 80/9876 CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

¹²³ Estos son los párrafos (38 a 42) más sobresalientes de la sentencia: "Cuando, como ocurre en el presente asunto, un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercera del artículo 189 del Tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos. El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas. Estos requisitos son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario" (Rec. 1991-9, pág. I-5417).

¹²⁴ H. Labayle, "L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers", *Revue française de Droit administratif*, 8 (4) julio-agosto 1992, pág. 619.

mediatizador técnico en la transposición de normativa comunitaria (Directivas, que no tienen efecto directo, a diferencia de los Reglamentos comunitarios), poniéndose de relieve, en cambio, el papel del individuo como titular de derechos¹²⁵.

El TJCE, no obstante, no ha llegado a elevar la posición del individuo hasta el punto de facultarle para invocar la aplicabilidad de una Directiva en las relaciones entre particulares (en el sentido de la conocida *Drittwirkung*), de manera que no ha ampliado la legitimación reconocida en el asunto Francovich frente a las entidades estatales. Esta doctrina ha quedado sentada en la *sentencia Paola Faccini Dori contra Recreb Srl de 14 de julio de 1994*¹²⁶. El razonamiento del Tribunal se condensa en los apartados 20 a 23:

"Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, a partir de la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (...) apartado 48, que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona.

(...) Baste con señalar a este respecto que según se desprende de la citada sentencia (...), la jurisprudencia sobre la invocabilidad de las Directivas contra las entidades estatales se funda en el carácter obligatorio que el artículo 189 reconoce a la Directiva, que sólo existe respecto a 'todo Estado miembro destinatario'.

(...) Ampliar dicha jurisprudencia al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar Reglamentos".

125 Dicho esto, es ilustrativo transcribir las palabras de H. Labayle (*ibidem.*), referidas tanto a la Unión Europea como al Consejo de Europa: "Uno de los grandes méritos del Derecho europeo consiste en haber suscitado la reflexión en el Derecho interno en cuanto a la protección jurisdiccional de los particulares. Sabemos desde hace tiempo que esta misión protectora incumbe a las jurisdicciones nacionales, ya se trate de garantizar los derechos ejercidos en virtud del derecho comunitario o bien en virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos. De manera subsidiaria, como es el caso de los órganos de Estrasburgo, o de forma complementaria, como es la voluntad jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, el juez europeo se limitaba hasta ahora a proporcionar lo esencial al justiciable: un título jurídico para hacer valer sus derechos sin certificar siempre la eficacia de los mismos". Esta actitud ha cambiado en beneficio de los particulares quienes, recibiendo mayor protección por parte de las instancias jurisdiccionales europeas (ahora nos centraremos en el Tribunal de Luxemburgo), también ven realizada su participación activa en la defensa de sus derechos.

126 En esta sentencia se resolvió una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Por otra parte, nos parecen cruciales las conclusiones del Abogado General, Carl Otto Lenz, presentadas el 9 de febrero de 1994 en el marco de este proceso, pues se enmarcan en la línea que invita a interpretar en sentido progresivo los objetivos de la normativa comunitaria europea, especialmente cuando están en juego derechos de las personas. Esta invitación al dinamismo interpretativo, como vimos, debe hallarse presente asimismo en nuestro ordenamiento a tenor de la fórmula estatal del artículo 1.1 CE y de la *cláusula de progreso* del artículo 9.2 CE. Además, el Abogado razona sobre la base de uno de los pilares del Estado de Derecho, el de seguridad jurídica, al que ya no se detiene en calificar de principio, sino incluso de derecho fundamental. Reza así el apartado 66 de sus conclusiones:

"Por razones de *seguridad jurídica*, que constituye un *derecho fundamental* del ciudadano al que se impone una carga, debe prepararse desde ahora al público respecto al hecho de que en el futuro deberá reconocerse *eficacia horizontal a las Directivas*".

CAPITULO IV. CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO (II): ESPACIO SOCIAL

SUMARIO:

I.-CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

II.-EL MARCO NORMATIVO SOCIO-ECONÓMICO DEL CONSEJO DE EUROPA: ESPECIAL REFERENCIA A LA CARTA SOCIAL EUROPEA: 1.-Introducción. 2.-Orígenes de la Carta. 3.-Estructura de la Carta Social Europea y de su Protocolo Adicional de 1988 como sistema de normas, de órganos y de fines. 4.-Sistema de normas y sistema de fines: los derechos reconocidos. 5.-Sistema de órganos: el mecanismo de control. 6.-Perspectivas de la Carta Social Europea.

III.-EL ESPACIO SOCIAL EUROPEO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA: EN ESPECIAL, LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA: 1.-Configuración del espacio social europeo sobre la base de la Carta. 2.-La Carta como sistema de normas. 3.-La Carta como sistema de órganos. 4.-La Carta como sistema de fines.

IV.-LA NORMATIVA SOCIO-ECONÓMICA DE LA COMUNIDAD EUROPEA: 1.-La cohesión económica y social como objetivo presente en el sistema de normas de la Comunidad Europea. 2.-La operatividad del sistema de órganos comunitario en la consecución de la cohesión económica y social. 3.-Los derechos sociales como plasmación del sistema de fines comunitario. 4.-Perspectivas del espacio social europeo comunitario.

V.-LA REALIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS SOCIO-ECONÓMICAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE: 1.-La normativa comunitaria como sistema de normas. 2.-La normativa comunitaria como sistema de órganos. 3.-La normativa comunitaria como sistema de fines.

I.-CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Nuestro propósito en este capítulo es abordar la problemática del espacio social europeo, como subsuelo o base estandarizada del Estado social, desde dos perspectivas convergentes y compatibles: se trata de analizar la realización de los derechos sociales como objetivo de la democracia social a la que apunta el Consejo de Europa (a través, básicamente, de la CSE de 1961) y como exigencia de la política de cohesión económica y social de la Europa comunitaria.

Tal como se ha venido reiterando, el tratamiento doctrinal y la realización de los derechos sociales han estado descuidados en relación a los derechos cívico-políticos. Y no sólo los derechos sociales, sino las cuestiones sociales en general, han quedado relegadas a un segundo plano.

En el marco del Consejo de Europa, ya señalamos que los derechos cívico-políticos fueron anteriores en el tiempo y siguen siendo objeto de mayor preocupación. Sin embargo, y pese a la mayor efectividad del CEDH como instrumento básico de derechos cívico-políticos, no cabe despreciar las potencialidades y el desarrollo progresivo adquirido por la CSE, que constituirá el centro de nuestras reflexiones en los dos próximos apartados.

En el ámbito de la Unión Europea, al margen de que su cometido no sea específicamente la defensa de los derechos humanos, es un tópico referirse al *déficit social europeo*: la *Europa social* y la *Europa de los ciudadanos o de las personas* quedan marginadas frente a la *Europa de los negocios*. Ante tal situación, estimamos que la política de cohesión económica y social, como toda política, es instrumental y, por consiguiente, ha de estar al servicio de la gente.

Las dos perspectivas apuntadas se encuadran respectivamente en los dos foros principales que operan en Europa y que consideramos básicos para entender la construcción europea, la Comunidad Europea y el Consejo de Europa (especialmente este último). Ambos contribuyen a la formación y realización del Derecho *social* europeo de los derechos humanos o, si se prefiere, del Derecho europeo de los derechos *sociales*: En su obra sobre *Le Droit social européen*, Prétot adopta un enfoque amplio de Derecho europeo, que coincide a grandes rasgos con el aquí mantenido. Ahora bien, el tratamiento del Consejo de Europa y de la Comunidad

Europea es desigual¹, habiéndose convertido en más prolija la literatura *social* relativa a la segunda².

II.-EL MARCO NORMATIVO SOCIO-ECONÓMICO DEL CONSEJO DE EUROPA: ESPECIAL REFERENCIA A LA CARTA SOCIAL EUROPEA

1.-Introducción

En el año 1961, como recordamos, llegó la hora a los derechos sociales, con la adopción de la Carta social de Turín. Así se daban los primeros pasos en el reconocimiento del principio de la indivisibilidad de los derechos. Pese a ello, todavía hay que seguir avanzando. En este sentido, es curioso comprobar cómo el Consejo de Europa tiene como criterio para admitir a nuevos miembros que éstos acepten el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y no en cambio la Carta Social Europea. En nuestra opinión, tanto en aras a la indivisibilidad de los derechos aquí sostenida, como por ser igualmente relevante la instauración de la democracia política (derechos cívico-políticos) y la democracia social (derechos socio-económicos), aceptar la Carta Social también habría de ser criterio para formar parte del Consejo de Europa³.

A la indivisibilidad de los derechos y, consecuentemente, al lugar que realmente deben ocupar los derechos sociales, se añade otra circunstancia que justifica el tratamiento de este tratado hermano del Convenio de Roma de 1950: nos referimos a su desconocimiento. En efecto, casi treinta años después de su firma en Turín, la Asamblea del Consejo de

¹ Así, su obra, publicada en París, PUF-Collection "Que sais-je?", núm. 2522. 1993 (2a ed.), 127 págs., se divide en dos grandes partes: La primera, sobre "Le Conseil de l'Europe", se contiene en menos de veinte páginas (exactamente las págs. 9 a 26); la segunda, acerca de "Les Communautés européennes" tiene una extensión mayor (págs. 27-122).

² J. C. Séché ofrece un buen panorama actual de esta bibliografía en su trabajo "L'Europe sociale après Maastricht", *Cahiers de Droit Européen*, núms. 4-5, febrero 1994, pág. 509 y ss. Entre los estudios en lengua española destaca los siguientes: T. Sala Franco y otros, *Derecho social comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991; M. Fraga Iribarne, "La dimensión social de la Europa comunitaria", *Revista española de derecho del trabajo*, 1989, núm. 37; G. Garzón Clariana, "El nuevo derecho social de la Comunidad europea", *Revista de Instituciones Europeas*, 1992; J. J. Martínez Murillo, "Maastricht y la nueva política social", *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, núm. B-71, 1992.

³ La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su *Recomendación 1168 (1991) de 24 de septiembre de 1991, relativa al futuro de la Carta Social del Consejo de Europa* dispone que "la aplicación de normas suficientemente próximas en materia de derechos sociales, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, debería ser un criterio de admisión en el Consejo de Europa".

Europa, tras subrayar el alcance de la Carta como instrumento de progreso social, puso de manifiesto que todavía no era bastante conocida ni entre los medios interesados (los interlocutores sociales -empleadores y trabajadores, básicamente-), ni entre el gran público; por ello, hizo un llamamiento a los Gobiernos para que incrementaran la información sobre la Carta, implicando a los medios de comunicación en la medida de lo posible⁴.

En fin, cabe advertir que, siendo la CSE el tratado europeo (la normativa europea) de derechos sociales por excelencia⁵, y teniendo en cuenta el citado desconocimiento y el parco tratamiento de ella en la doctrina española, hemos estimado procedente consagrar una buena parte de este capítulo a un detallado análisis de la misma. Por lo demás, dado el mayor acento que suele ponerse por la doctrina en el adjetivo "social" de nuestra fórmula estatal y en la paralela cláusula de progreso del artículo 9.2 CE, nos ha parecido justificado que esa exhaustividad haya repercutido en una mayor extensión del presente Capítulo.

2.-Orígenes de la Carta

Uno de los objetivos del Consejo de Europa es facilitar el "progreso económico y social" de sus Estados miembros (artículo 1.a de su Estatuto). Para realizar este progreso social hace falta tener presentes (siguiendo a Wiebringhaus⁶) tres factores esenciales: de un lado, todo progreso social es una fuente de gastos adicionales que, por ejemplo, en lo que respecta a la mejora de las condiciones laborales, han de soportar el Estado o los empresarios; de otro lado, con independencia de quién la asuma, esta carga financiera se traduce necesariamente en un aumento del coste y de los precios de los bienes producidos en el país que intenta llevar a cabo ese progreso social. Por ello, y en tercer lugar, ese país corre el riesgo de ver debilitado su comercio internacional si no convence a los otros países para que realicen un progreso social similar. Todo lo cual, por consiguiente, requiere una concertación internacional, aspecto éste que justifica una vez más la perspectiva del Estado internacionalmente integrado.

⁴ *Recomendación de la Asamblea 839 (1978) relativa a la revisión de la Carta Social Europea* (28 de septiembre de 1978. Rapport: Doc. 4198).

⁵ Para una aproximación del papel de la CSE en el organigrama del Consejo de Europa, véase P. Leuprecht, "La place de la Charte sociale européenne dans les travaux du Conseil de l'Europe", *Affari sociali internazionali*, núm. 1, 1992.

⁶ H. Wiebringhaus, "Rapport introductif sur la Charte Sociale Européenne", en el colectivo *La Charte Sociale Européenne. Dix années d'application*, Université Libre de Bruxelles, pág. 25.

De los *Trabajos Preparatorios* del CEDH se desprende que la prioridad dada a los derechos cívico-políticos era provisional, y que debían venir completados próximamente por derechos sociales. Así, se decidió incluir un primer grupo de derechos sociales en el CEDH⁷.

En estas condiciones, hubo que esperar a la entrada en vigor del Convenio en 1953 para relanzar la idea de recoger una "política social de progreso" en una Carta Social Europea, según las palabras pronunciadas por el Secretario General del Consejo de Europa el 16 de abril de 1953. Con este punto de partida, la evolución de los trabajos para la elaboración de la Carta conoció dos fases distintas, con la intervención sucesiva de los dos principales órganos del Consejo de Europa: la Asamblea Parlamentaria de 1953 a 1956, y el Comité de Ministros de 1956 a 1961.

En la fase parlamentaria, la Asamblea encargó a su Comisión de Asuntos Sociales la elaboración de un proyecto de Carta, sobre la base del Memorandum de 15 de abril de 1953. Aunque antes señalábamos que el Comité de Ministros asumió el protagonismo en la preparación del tratado en 1956, ya desde el principio había encargado al Comité Social un proyecto, con lo cual se sucedieron proyectos paralelos con concepciones diversas. Ante tales divergencias, a finales de 1958 se convocó por la OIT una Conferencia tripartita en Estrasburgo, a petición del Consejo de Europa. En dicha Conferencia participaron delegaciones de los Estados miembros compuestas (como en la OIT) por representantes gubernamentales y por representantes de los trabajadores y de los empresarios. De este encuentro surgieron recomendaciones que tuvieron una gran relevancia para dar impulso al texto definitivo de Carta Social Europea, firmada finalmente en Turín el 18 de octubre de 1961⁸.

Como puede observarse, el compromiso para adoptar este texto internacional de derechos sociales no fue nada fácil, tardándose ocho años para ello, a diferencia del año que duró la elaboración del CEDH.

En otro ámbito, tengamos presente que también desde el punto de vista del Derecho interno, la inclusión de los derechos sociales en las Constituciones nacionales fue tardía en comparación con los derechos

7 Estos son la prohibición del trabajo forzoso, el derecho de sindicación, el derecho de propiedad y el derecho a la educación. También, con algunos matices, se incluyen entre los derechos sociales el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete y al derecho de defensa gratuita cuando hay insuficiencia de recursos, así como el derecho a una indemnización en caso de error judicial o detención ilegal.

8 Para una visión exhaustiva de la Carta social europea véase D. Harris, *The European Social Charter*, University Press of Virginia, 1984.

cívico-políticos⁹. En el plano internacional, el primer hito histórico en el terreno del reconocimiento de los derechos sociales fue la Declaración Universal de 1948¹⁰. Con origen indirecto en estas fuentes, vio la luz la CSE, el primer tratado internacional que garantiza los derechos fundamentales del individuo en el plano económico y social, siendo habitual decir que la Carta es el "equivalente" o la "hermana" del CEDH. A semejante solución se llegó en 1966, como sabemos, en el marco de la ONU con dos documentos separados, uno para los derechos civiles y políticos, el otro para los derechos sociales, económicos y culturales¹¹.

Si bien la Carta Social no es comparable en cuanto a su eficacia con el Convenio de Roma de 1950 en el ámbito europeo, sí es el instrumento regional de derechos sociales más avanzado¹².

3.-Estructura de la Carta Social Europea y de su Protocolo Adicional de 1988 como sistema de normas, de órganos y de fines

⁹ Ya indicamos que el constitucionalismo social hace su aparición con la Constitución mejicana de 1917 y, por lo que respecta a Europa y con los matices estudiados en el capítulo II, la de Weimar de 1919. En cambio, en el período liberal burgués de la Revolución de 1789 resulta ilustrativo recordar que en la Constitución francesa de 1791 sólo contemplaba un derecho social, el derecho al trabajo.

¹⁰ En concreto, se trata de los artículos 22 a 25: derecho a la seguridad social, derecho al trabajo, derecho de sindicación, derecho al descanso y al tiempo libre, derecho a un nivel de vida adecuado.

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor el 23 de marzo de 1976), y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor el 3 de enero de 1976).

¹² En efecto, los otros dos sistemas regionales de protección de los derechos humanos (el interamericano y el africano) presentan un panorama más negativo en materia de derechos sociales: en el sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (denominada Pacto de San José de Costa Rica) sólo cuenta con un precepto programático en relación a los derechos sociales (artículo 26). Esta laguna viene a colmarla el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17 de noviembre de 1988 (llamado Pacto de San Salvador) mas no ha entrado en vigor todavía. En cuanto al sistema africano, la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 27 de junio de 1981 sólo se ocupa de los derechos sociales en los artículos 15 (derecho al trabajo), 16 (derecho a la salud física y mental) y 17 (derecho a la educación). En relación al incipiente sistema árabe, la Carta de la Liga de los Estados árabes de 15 de septiembre de 1994 prevé los siguientes derechos socio-económicos: el derecho de sindicación y huelga (artículo 29), el derecho al trabajo (artículo 30), y la igualdad de oportunidades y de remuneración (artículo 32).

En este epígrafe, en vez de utilizar el esquema seguido hasta ahora basado en el sistema de normas, de órganos y de fines (esquema que sí retomaremos en el análisis jurisprudencial), vamos a apoyarnos en la propia estructura de la Carta. Obviamente, la estructura se pondrá en relación con cada sistema y, en este sentido, dedicaremos los dos epígrafes siguientes a analizar, respectivamente: de un lado, el sistema de normas y fines, a través del examen de los derechos reconocidos; de otro lado, el sistema de órganos, por medio del mecanismo de control instaurado.

La Carta Social Europea se estructura en un Preámbulo, cinco Partes y un Anexo.

El **preámbulo** apunta, de manera general, los **fines** perseguidos por la Carta: el goce de los derechos sociales *sin discriminación*, la mejora del nivel de vida y la promoción del bienestar de los pueblos de los Estados Contratantes, a través de instituciones y acciones apropiadas. Sería ocioso entrar ahora en el indudable valor interpretativo que posee el Preámbulo para conocer el sentido y alcance de las disposiciones de la Carta. Sin embargo, sí conviene recalcar la referencia al goce de los derechos sociales sin discriminación, pues en ella reside el valor fundamental para la realización del espacio social europeo: *la igualdad*.

La **primera parte** contiene 19 puntos en donde se **enumeran los derechos y principios (fines)** que los Estados Partes se comprometen a aceptar como base de su política social. Según la Carta, esta primera parte tiene un carácter declarativo¹³, mas los Estados no pueden adoptar medidas legislativas o administrativas que le sean contrarias.

La **segunda parte** comprende 19 artículos, que se corresponden con los 19 puntos de la primera parte, que vienen así a ser **detallados o especificados**. En efecto, estos 19 preceptos definen el contenido y alcance de los principios y derechos enunciados en la primera parte, dándoles la forma de compromiso formal, a través de una cláusula típica de obligatoriedad.

La **tercera parte** es elemental para la comprensión del **sistema de normas** establecido por la Carta, e incluye un único precepto (el artículo 20). Éste establece los criterios para la determinación *rationae materiae* de los compromisos de las Partes Contratantes, de acuerdo con la fórmula del "núcleo flotante", según la cual cada Estado Parte puede elegir entre las disposiciones de un bloque mínimo esencial de la Carta, al que habrá que añadir (también a su elección) otras disposiciones complementarias. De esta manera, los Estados han de optar entre 5 de los

¹³ El artículo 20.1 de la Carta dispone que "Cada Parte Contratante se compromete: a) a considerar la Parte I de esta Carta como una *declaración* de los objetivos que cada una perseguirá a través de todos los medios apropiados".

7 artículos que componen el "núcleo duro" de la Carta para poder ratificarla, a saber: el artículo 1 (derecho al trabajo), 5 (derecho de sindicación), 6 (derecho de negociación colectiva), 12 (derecho a la seguridad social), 13 (derecho a la asistencia social y médica), 16 (derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica) y 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia). Además de este núcleo, cada Parte Contratante ha de aceptar un número adicional de disposiciones "de manera que el número total de artículos y de párrafos enumerados que la vinculen no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados" (artículo 20.1.c). Como podemos apreciar, rige un curioso *sistema de ratificación parcial o "a la carta"*.

El artículo 20 prevé asimismo la posibilidad de que los Estados Contratantes amplíen ulterior y progresivamente el número de disposiciones por las que se sientan vinculados. Este precepto, por lo demás, impone a los Estados la obligación de mantener un sistema de inspección laboral acorde con las circunstancias nacionales.

La **cuarta parte**, que se extiende del artículo 21 al 29, recoge el **sistema de órganos** (se refiere al control de la aplicación de la Carta). El sistema de control consiste básicamente en la presentación de informes por los Estados cada dos años (*rappports biennaux/reports at two-yearly intervals*) al Secretario General del Consejo de Europa sobre las medidas adoptadas en relación a las disposiciones aceptadas. El Comité de Ministros puede asimismo requerir a las Partes para que presenten otros informes a intervalos apropiados sobre las disposiciones de la Carta no aceptadas.

En el procedimiento de control intervienen sucesivamente cuatro órganos: el Comité de Expertos Independientes, el Comité Gubernamental (que se denominaba inicialmente Subcomité del Comité Social Gubernamental), la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros.

La **quinta parte** (artículos 30 a 38) también se refiere al **sistema de normas**: acoge, al margen de las cláusulas finales habituales en todo tratado internacional, algunas disposiciones relativas a las posibles derogaciones que pueden acordar las Partes Contratantes en caso de guerra o de peligro público que amenace la vida de la nación, a la definición de las relaciones entre la Carta y el derecho interno o internacional convencional, a la aplicación de la Carta por medio de convenios colectivos, a la aplicación territorial de la Carta, y a la posibilidad que tiene el Comité de Ministros de reformar la Carta.

Se contempla asimismo la posibilidad de denunciar la Carta en su conjunto o artículos y párrafos de la Parte II, sin que en este último caso pueda rebajarse el compromiso mínimo para la ratificación exigido por el artículo 20 (esto es, 10 artículos o 45 párrafos). Esta posibilidad de denuncia ha sido utilizada por Portugal, por ejemplo, país que pese a

haber aceptado todas las disposiciones de la Carta en el momento de ratificarla (el 30 de septiembre de 1991) hizo una reserva al artículo 6, párrafo 4 (acciones colectivas), para excluir el lock-out o cierre patronal, por ser éste contrario a la Constitución portuguesa actual (artículo 57.3).

Por último, en el **anexo** a la Carta se ofrece la interpretación que ha de darse a algunos preceptos de la misma (interpretación del **sistema de normas**), así como una definición de su alcance respecto a determinadas categorías de personas protegidas, como los extranjeros o los refugiados.

En lo que respecta al **Protocolo Adicional a la Carta**, de 5 de mayo de 1988 (entrada en vigor el 4 de septiembre de 1992), mantiene **idéntica estructura a la de la Carta**, esto es: **un Preámbulo, cinco Partes y un Anexo**.

La **primera parte** contiene 4 puntos que enumeran derechos y principios, los cuales se detallan paralelamente como derechos bajo una fórmula más normativa en los 4 artículos de la **segunda parte**. En realidad, lo que hace el Protocolo es ampliar y mejorar la protección de algunos derechos ya incluidos en la Carta, referentes al derecho al trabajo y a la protección social.

La **tercera parte**, referida a los compromisos a asumir por los Estados Contratantes, comprende únicamente el artículo 5. Este precepto dispone que las Partes han de vincularse al menos por uno de los artículos de la Parte II del Protocolo, sin perjuicio de ampliar su aceptación *a posteriori*.

La **cuarta parte** (artículo 6) se remite a la Carta en cuanto al sistema de control de su aplicación. La **quinta parte** (artículos 7 a 13) y el **anexo** al Protocolo se corresponden prácticamente con las partes respectivas de la Carta.

4.-Sistema de normas y sistema de fines: los derechos reconocidos

La Carta y su Protocolo Adicional reconocen un catálogo de derechos sociales que, sin perjuicio de ser mejorado (tanto con vistas a cubrir lagunas como a superar algunos desfases), es bastante apreciable.

Vamos a dar un pequeño repaso (siguiendo nuevamente a Wiebringhaus¹⁴) a esos derechos, dejando apuntada la problemática más

¹⁴ Véase H. Wiebringhaus, "La Charte Sociale Européenne", *Annuaire Français de Droit International*, 1963, págs. 714-715.

destacable en relación a algunos de ellos. Así, pueden ser agrupados en distintos grupos:

A) *Derechos relativos al trabajo en general*: el derecho al trabajo propiamente dicho en el artículo 1, el derecho a condiciones de trabajo equitativas en el artículo 2, el derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo en el artículo 3, el derecho a una remuneración justa en el artículo 4, derecho de los trabajadores a igualdad de oportunidades e igual tratamiento en cuestiones de ocupación y empleo sin discriminación por razón de sexo en el artículo 1 del Protocolo, derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en el marco de la empresa en el artículo 2 del Protocolo, y derecho de los trabajadores a participar en la determinación y mejora de las condiciones laborales y del lugar de trabajo en el artículo 3 del Protocolo.

B) *Derechos sindicales*: Se hallan cubiertos por dos preceptos. Por una parte, el artículo 5, relativo al derecho de asociación propiamente dicho, que abarca el derecho de sindicación de los trabajadores y el derecho de organizarse en asociaciones patronales los empresarios (en ambos casos para la defensa de sus propios intereses); por otra parte, el artículo 6, referente al derecho de negociación colectiva, que comprende el derecho a la adopción de medidas colectivas por los trabajadores y por los empleadores (derecho de huelga y lock-out, respectivamente).

C) *Derechos que garantizan la protección de los trabajadores y de otros grupos de personas*: derecho de los niños y de los adolescentes a una protección particular en el artículo 7, el derecho de las trabajadoras a una protección especial en el artículo 8, el derecho a la protección de la salud en el artículo 11, el derecho a la seguridad social en el artículo 12, el derecho a la asistencia social y médica en el artículo 13, el derecho al beneficio de los servicios sociales en el artículo 14, el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica en el artículo 16, el derecho de la madre y del niño a una protección social y económica en el artículo 17, y el derecho de las personas ancianas a la protección social en el artículo 4 del Protocolo Adicional.

De todos estos derechos, nos parece sumamente ilustrativo, a efectos de entender el sistema de normas y el sistema de fines, el artículo 12 CSE, desde la perspectiva del consenso social o del estándar mínimo social europeos, desde una doble perspectiva: por una parte, dicha norma fija un parámetro mínimo en materia de seguridad social, que en ningún caso podrá ser rebajado; por otra parte, establece una cláusula de progreso para que ese nivel mínimo sea paulatinamente elevado. Se percibe, además, el enfoque propuesto tomando como base el sistema de derechos

humanos, toda vez que esa disposición toma en consideración las normas universales (en particular, de la OIT) en este terreno¹⁵.

D) *Derechos relativos a la formación profesional*: el derecho a la orientación profesional en el artículo 9, el derecho a la formación profesional en el artículo 10, y el derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social en el artículo 15.

E) Y, finalmente, *derechos que garantizan la libre circulación de los trabajadores*, que se recogen en dos preceptos: el artículo 18 prevé el derecho al ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio de las otras Partes Contratantes; y el artículo 19 contempla el derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y a la asistencia.

La problemática que presentan algunos derechos de los distintos grupos merece un somero comentario:

En cuanto al *grupo A*, es obvio que la situación de crisis actual y de paro generalizado en Europa (tanto en Occidente como en Europa Central y del Este) va a hacer contemplar como objetivo muy loable, pero inalcanzable, la política de pleno empleo: así, el derecho *al* trabajo *in abstracto* (ya de por sí no justiciable) deviene utópico. Por ello, los esfuerzos promotores y protectores hay que centrarlos en el derecho *en* el trabajo en sus aspectos concretos y, particularmente, bajo el prisma de la igualdad (no discriminación en el acceso al trabajo, en la promoción, en la percepción de la remuneración, etc.).

En relación al *grupo B* (derechos sindicales), la cuestión más polémica tiene que ver con el reconocimiento o no del derecho de huelga a los funcionarios públicos, especialmente cuando tienen bajo su responsabilidad el desempeño de servicios esenciales para la comunidad. Problema particular presentan las restricciones al derecho de sindicación y huelga de los policías y la prohibición de esos derechos a los militares. Además de ello, en algunos países se ha planteado la incompatibilidad de

¹⁵ En este sentido, prescriben los apartados 2 y 3 respectivamente del artículo 12 CSE: "En vista a asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen a:

2. mantener el régimen de seguridad social a un nivel satisfactorio, al menos igual al necesario para la ratificación del Convenio internacional del Trabajo núm. 102, relativo a la *norma mínima de la seguridad social*.

3. esforzarse por *eleva*r progresivamente el régimen de seguridad social a un nivel más alto".

la cláusula de *closed-shop*¹⁶ con la Carta (en el Reino Unido), así como la cuestión del *lock-out* (recordemos la ya citada reserva de Portugal).

Por lo que se refiere al *grupo C*, se cuestionan, sobre todo, determinadas discriminaciones positivas en favor de la mujer que, paradójicamente, se pueden tornar en perjudiciales para las trabajadoras. Así, por ejemplo, la posibilidad de que sea el padre quien se ocupe del hijo recién nacido, y no la madre quien disfrute todo el permiso de maternidad (aunque sea pagado); o también la prohibición de que la mujer trabaje en las minas, lo cual puede suponer una discriminación para ella en el acceso a un puesto de trabajo, en lugar de significar un signo de protección¹⁷.

En lo concerniente al *grupo D*, es preciso fomentar una buena política de orientación y formación profesional, concebida tanto desde una perspectiva positiva como negativa, esto es, tanto formando gente en aquellos sectores económicos más necesitados de personal como, por esta vía, evitando que la gente se siga cualificando en ocupaciones saturadas (lo cual redundaría en un aumento del paro). Y ello a través de incentivos como becas de estudio, prácticas en empresas, etc.

¹⁶ Se trata de "acuerdos de seguridad sindical", por los que el empleador puede contratar o despedir en su empresa a ciertos trabajadores por negarse a pertenecer a un concreto sindicato.

¹⁷ Desgraciadamente el *Protocolo de reforma de la Carta Social Europea de 21 de octubre de 1991* (todavía pendiente de entrada en vigor) hace caso omiso de la propuesta de la Asamblea General del Consejo de Europa (Recomendación 1168, de 24 de septiembre de 1991, relativa al futuro de la Carta Social del Consejo de Europa) de suprimir del artículo 8 sus apartados 4.a (regulación del empleo de las trabajadoras respecto al trabajo nocturno en la industria) y 4.b (prohibición de emplear a las trabajadoras en las minas y, en su caso, en todo tipo de trabajo inadecuado para ellas por razón de su naturaleza peligrosa, insalubre o penosa) y sustituirlos por un párrafo 4 con el siguiente tenor: "garantizar a las mujeres el pleno respeto de sus derechos a la igualdad de trato, velando para que se aseguren medidas específicas de protección que puedan ser necesarias en el mundo del trabajo". Si bien se ha suplido este desfase por la vía de la jurisprudencia, la vigencia de estas normas de la Carta Social ha provocado problemas de compatibilidad con el Derecho interno de algunos países: así, España (país que ha aceptado todas las disposiciones de la Carta) denunció la misma por lo que respecta al artículo 8, apartado 4.b, no hallándose vinculada por el mismo desde el 5 de junio de 1991. Y ciertamente esta norma, por obsoleta, puede provocar disfunciones: como muestra de ello puede verse la *STC 229/1992, de 14 de diciembre*, que resuelve un recurso de amparo por lesión del derecho a la no discriminación por razón de sexo reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española. En él, el Tribunal da la razón a la actora en el sentido de reconocerle su derecho a ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en la empresa HUNOSA, tras haber superado las oportunas pruebas de admisión. En relación al artículo 8.4.b de la Carta Social, el Tribunal expresa en su FJ 2 que "no cabe duda de que la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta, sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos".

Finalmente, en lo referente al *grupo E*, hay que tener presente el fuerte movimiento migratorio que vive Europa. La Carta Social no es ajena al hecho de la movilidad geográfica y por este motivo especifica en su Anexo que el derecho a ejercer una actividad lucrativa en otro Estado Parte tiene virtualidad una vez se está en el Estado, no garantizándose la entrada en un país concreto.

5.-Sistema de órganos: el mecanismo de control

Hemos indicado anteriormente que el sistema de control de la aplicación de la Carta aparece regulado en la Parte IV de la misma (artículos 21 a 29) y que se basa en la presentación de informes bienales por los Estados al Secretario General del Consejo de Europa sobre las disposiciones aceptadas, así como informes sobre las disposiciones no aceptadas si así lo requiere el Comité de Ministros.

Esos informes, cuya elaboración presupone una dura carga para los Gobiernos, se redactan según un formulario oficial adoptado por el Comité de Ministros. Dichos informes también deben ser enviados por los Estados a determinadas organizaciones nacionales de trabajadores y de empresarios, las cuales pueden formular observaciones y comunicarlas al Secretario General.

El procedimiento de control empieza propiamente con el examen de los informes bienales y de las eventuales observaciones de los interlocutores sociales por el *Comité de expertos independientes*. Este órgano, compuesto por un máximo de 7 miembros elegidos por el Comité de Ministros y que obran a título individual, tras comprobar si se han respetado o no las disposiciones de la Carta, emite unas "Conclusiones". En este Comité hay, además, un representante de la OIT, a título consultivo (artículo 26 de la Carta).

A continuación, estas conclusiones y los informes bienales se transmiten al *Comité gubernamental*, órgano que se compone de un representante de cada uno de los Estados Partes. Este Comité trabaja en presencia de observadores de dos organizaciones internacionales de empleadores y de dos organizaciones internacionales de trabajadores, las cuales ostentan facultades consultivas. Se puede igualmente consultar a un máximo de dos representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales dotadas de *status* consultivo ante el Consejo de Europa sobre temas en los que las mismas estén especialmente cualificadas (como el bienestar social o la protección económica y social de la familia). Este Comité, tras el estudio de la documentación mencionada, debe redactar un "Informe" para el Comité de Ministros.

En algunos casos, el criterio predominantemente jurídico del control llevado a cabo por el Comité de Expertos, frente al sesgo político del examen realizado por el Comité Gubernamental, ha dado lugar a informes contrarios por ambos órganos de control.

En otro estadio, las Conclusiones del Comité de Expertos también son enviadas a la *Asamblea parlamentaria*, la cual comunicará al Comité de Ministros su "Dictamen" (*avis/views*) sobre esas Conclusiones.

Al final, sobre la base de los documentos que le hacen llegar los tres órganos de control mencionados (las Conclusiones del Comité de Expertos, el Informe del Comité Gubernamental y el Dictamen de la Asamblea Parlamentaria), el *Comité de Ministros* debe ejercer las funciones que le atribuye la Carta, concretadas en un poder de "Recomendación"¹⁸.

Sin embargo, el Comité de Ministros, cuando ha utilizado este poder de recomendación, lo ha hecho de manera muy genérica, y nunca dirigiendo una recomendación particular a un Estado (estas resoluciones individuales se han quedado siempre en fase de proyecto); y ello pese a que sólo se requiere mayoría de dos tercios, cuando la regla general para la adopción de recomendaciones por el Comité de Ministros es, según el Estatuto del Consejo de Europa, la unanimidad.

En definitiva, la lentitud y el excesivo peso político del procedimiento descrito, hacen perder eficacia a cada ciclo de control, siendo sin duda lo más interesante, como dice Wiebringhaus¹⁹, la fuerza moral de las Conclusiones del Comité de Expertos Independientes. No obstante, como el mismo autor observa, "los puntos de vista adoptados, por una parte, por el Comité de Expertos Independientes y la Asamblea Parlamentaria, y por otra parte, por el Comité Gubernamental, se han acercado sensiblemente a lo largo de los últimos ciclos de control, y ya es posible actualmente hablar, a este respecto, de una verdadera *jurisprudencia común*"²⁰.

6.-Perspectivas de la Carta Social Europea

¹⁸ Según dispone el artículo 29: "Por mayoría de dos tercios (...) el Comité de Ministros podrá (...) dirigir todas las recomendaciones necesarias a cada una de las Partes Contratantes".

¹⁹ Véase H. Wiebringhaus, "L'état d'application de la Charte Sociale Européenne", *Annuaire Français de Droit International*, 1973, páginas 932-933.

²⁰ Véase H. Wiebringhaus, "La Charte Sociale Européenne: vingt ans après la conclusion du Traité", *Annuaire Français de Droit International*, 1982, pág. 943.

En cuanto al sistema de normas y a los derechos reconocidos como fines en la Carta, la Asamblea General del Consejo de Europa, en su *Resolución 839 (1978) relativa a la revisión de la Carta Social Europea*, proponía la inserción en la misma de diez nuevos derechos²¹. De esos derechos, han sido reconocidos por el Protocolo de 1988 adicional a la Carta los relativos a la codecisión, participación e información de los trabajadores en la empresa, así como a la protección socio-económica de la tercera edad, no así el resto. Sin embargo, y dado que tampoco ha sido aprovechado el Protocolo de Reforma de la Carta de 21 de octubre de 1991 para introducirlos, sí sería conveniente insistir en los demás derechos. De éstos, podría pensarse que el derecho a la educación ya tiene acogida en el artículo 2 del Protocolo número 1 al Convenio Europeo de 1950, pese a que en éste se reconoce con una faceta eminentemente cívico-política, no prestacional. Por lo que respecta a la protección socio-económica de la tercera edad, al derecho a la vivienda y a la protección socio-económica de los desfavorecidos, podrían entenderse comprendidos en el artículo 13 (derecho a la asistencia social y médica) de la Carta con una interpretación amplia, aunque es indudable que no sería impertinente su reconocimiento por separado. Por lo demás, en el capítulo X abordaremos ampliamente el derecho a la asistencia social.

Respecto al sistema de órganos o mecanismo de defensa de la Carta, es evidente su debilidad, tanto por la lentitud de los ciclos de control a causa de la intervención de cuatro órganos sucesivamente, como por el confuso reparto de competencias entre esos órganos.

En este caso, el *Protocolo de Reforma de la Carta Social de 1991* (que no ha entrado en vigor y desgraciadamente no es probable que ello ocurra en un futuro próximo)²² sí pretende "tomar medidas para mejorar la eficacia de la Carta, en particular el funcionamiento de su mecanismo

21 Se trataba de los siguientes: 1) derecho a la codecisión de los trabajadores en las empresas, así como el derecho a la información relativa a la situación financiera y la planificación futura de la empresa en la cual trabajan; 2) derecho a la participación de los trabajadores en materia de fijación de las condiciones de trabajo; 3) protección de los trabajadores contra los efectos de la racionalización y contra los efectos de la introducción de nuevas tecnologías; 4) derecho de los hombres y de las mujeres a la igualdad de oportunidades y de tratamiento en todos los ámbitos económicos, sociales y culturales; 5) derecho a la educación y, en particular, a una educación de base; 6) derecho a un permiso para educación; 7) derecho a una vivienda decente; 8) derecho de los trabajadores fronterizos a una protección social y económica apropiada, así como a una protección contra la discriminación en materia fiscal; 9) derecho de las personas ancianas a una protección económica y social; y 10) derecho de las categorías más desfavorecidas de la población a una protección social y económica reforzada.

22 Para una aproximación a este Protocolo de reforma, véase M. Castillo Daudí, "La Carta Social Europea treinta años después: El Protocolo de 21 de octubre de 1991", *Tribuna Social*, núm. 27, marzo 1993, págs. 22-25.

de control"²³. La Asamblea dejaría de ser un órgano estricto de control (lo cual ayudaría a aligerar el procedimiento), revisándose su papel, que debe ser el de instancia política de iniciativas y de debates. Por su parte, el Comité de expertos independientes y el Comité gubernamental asumirían funciones jurídicas y políticas respectivamente.

Se intenta, así, mejorar la participación de los interlocutores sociales en el procedimiento de control, así como de las Organizaciones No Gubernamentales relacionadas con cuestiones socio-económicas.

Pese a estas iniciativas, el Protocolo de 1991 no recoge las propuestas más avanzadas o progresistas realizadas por la Asamblea parlamentaria en su *Recomendación 1168 (1991) relativa al futuro de la Carta Social del Consejo de Europa*, y especialmente la transformación y mayor relevancia de uno de los órganos de control (el Comité de Expertos) en un *Comité europeo de derechos sociales* para examinar, entre otras cuestiones, *reclamaciones colectivas*²⁴. A tal efecto, está discutiéndose actualmente en el Consejo de Europa un nuevo Protocolo.

III.-EL ESPACIO SOCIAL EUROPEO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA: EN ESPECIAL, LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Vamos a retomar el esquema que viene sirviendo de base a nuestras reflexiones, para conservar la estructura y coherencia del trabajo. Así,

²³ Para ello, se incluyen las siguientes propuestas de reforma: se traduce una nueva concepción de las respectivas competencias del Comité de Expertos Independientes y del Comité Gubernamental, indicándose claramente que el primero "apreciará desde un *punto de vista jurídico*, la conformidad de las legislaciones, las reglamentaciones y prácticas nacionales con el contenido de las obligaciones" recogidas en la Carta, y que el segundo "seleccionará, de manera motivada, sobre la base de *consideraciones de política social y económica*, las situaciones que deberían en su opinión ser objeto de recomendaciones dirigidas a cada Parte Contratante afectada". Al mismo tiempo, se insiste en la utilización del artículo 29 de la Carta, para que el Comité de Ministros adopte recomendaciones individuales (ahora, además, sin mayoría cualificada), lo que no ha hecho nunca hasta el momento. Por otra parte, se amplía el número de miembros del Comité de Expertos a 9 como mínimo (antes eran 7 como máximo), que serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria, y ya no designados por el Comité de Ministros, para subrayar su independencia.

²⁴ Ya con anterioridad, sobre el sistema de control, la Asamblea Parlamentaria (Recomendación 839 de 1978) propuso, entre otros aspectos, un *derecho de petición* a reconocer a los individuos y a grupos de personas, así como la creación de un *Tribunal social europeo* o de una *Sala social* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tampoco hay que olvidar que uno de los proyectos -el tercero, de septiembre de 1956- de la fase parlamentaria de elaboración de la Carta ya preveía la institución de un *Comisario europeo de asuntos sociales* y de una *Cámara social europea*.

estudiaremos la configuración del espacio social europeo como sistema de normas, de órganos y de fines. Básicamente analizaremos la "jurisprudencia" de los órganos de control de la Carta, y, sobre todo, del Comité de Expertos Independientes, siendo precisamente la independencia la cualidad que otorga mayor credibilidad a este órgano protector. Nos apoyaremos para ello en las publicaciones oficiales del Consejo de Europa, en particular, en el *Recueil de Jurisprudence relative à la Charte Sociale Européenne*, y en los sucesivos suplementos que han ido apareciendo²⁵, prácticamente desconocidos en nuestro país.

Ciertamente, no se trata de una jurisprudencia en el sentido que solemos utilizarla (como conjunto de decisiones de órganos jurisdiccionales), pues ni los órganos de la Carta son jurisdiccionales ni sus actos tienen forma de sentencia. Por ello, el Prefacio del propio *Recueil* pone la palabra *jurisprudencia* entrecomillada: "es por ello -se aclara en las primeras palabras del *Recueil*- que se trata más bien de una compilación de interpretaciones dadas por los diferentes órganos de control instituidos por la Carta". Y su "utilidad -continúa expresando el Prefacio- reside en precisar más aún el alcance de las diferentes disposiciones y en definir así la extensión de las obligaciones que las mismas conllevan para los Estados contratantes". Por otra parte, y dado que nos referimos a las denominadas por el TEDH "prolongaciones socio-económicas" de los derechos cívico-políticos consagrados en el CEDH, será insoslayable hacer alguna referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, de la que también se hacen eco los propios órganos de la Carta.

Convendría, para finalizar estas líneas introductorias, volver a destacar al carácter independiente del Comité de expertos y su importante actividad, tendente a sentar las bases de un cierto consenso social europeo a través de la definición de conceptos que pueden quedar grabados en la "conciencia común" (y, por ello mismo, en la legislación y en la práctica). Esta circunstancia precisa ser resaltada, dado que los Estados (representados en el Comité gubernamental) intentan poner el contrapunto a los avances propiciados por los expertos. Es el caso de determinadas condiciones justas y equitativas de trabajo²⁶.

25 Tanto el *Recueil* como los suplementos existen en las dos versiones oficiales del Consejo de Europa, en francés y en inglés. La versión inglesa del *Recueil* se denomina *Case Law on the European Social Charter*. El *Recueil* se publicó en 1982 (184 págs), el primer suplemento en 1986 (52 págs.), el segundo en 1987 (31 págs.) y el tercero hasta la fecha en 1993 (155 págs.).

26 A título de ejemplo, podemos mencionar estas palabras del Comité gubernamental: "El Comité aprecia el reconocimiento explícito por parte del Comité de expertos independientes del principio según el cual ciertas nociones, como la 'duración razonable del trabajo diario y semanal' o 'el nivel de vida decente', que son formuladas de manera muy general en la Carta, han de ser evaluadas teniendo en cuenta el contexto económico y social

1.-Configuración del espacio social europeo sobre la base de la Carta

A) El tránsito del Estado liberal al Estado social

La jurisprudencia relativa a la CSE ofrece ejemplos que evocan el paso del Estado liberal al Estado social, poniendo el acento en que el tratado social europeo consagra esa evolución en el viejo continente. En particular, al interpretar el derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica (artículo 16 CSE), el Comité de expertos ha declarado:

"Este artículo, que garantiza el derecho de la familia a una protección económica, jurídica y social, debe ponerse en conexión con otra serie de disposiciones de la Carta, cuyo objetivo consiste más en favorecer el desarrollo de los individuos en el marco de una sociedad evolucionada, como los artículos 14 y 17, que en poner remedio a una situación de necesidad, como el artículo 13. Este conjunto de disposiciones de la Carta se basa claramente en la idea de que, *tras la Revolución industrial y las agitaciones sociales que la misma conllevó, el Estado moderno está llamado a asumir algunas tareas nuevas y, en particular, la de realizar, tal como prevé el artículo 16, las condiciones de vida indispensable para el pleno desarrollo de la familia; la afirmación tradicional de que la familia constituye la célula fundamental de la sociedad se conserva en el artículo 16, pero viene completada por la idea de que su desarrollo no podría quedar abandonado, en el momento actual, a la mera voluntad individual, como en la época de la sociedad liberal. La aceptación de estos principios condujo a los autores del artículo 16 a insertar en él la obligación de poner en marcha una verdadera política familiar*"²⁷.

B) El dinamismo y la progresividad de los objetivos sociales

Los órganos de control de la Carta han definido el alcance de los objetivos sociales propugnados, especialmente en casos relativos a un derecho fundamental como es el derecho al trabajo, paradigmáticamente reconocido en el artículo 1º CSE: el dinamismo y la progresividad que implica la realización del pleno empleo deben llevar a una intervención

de los Estados en cuestión, la 'conciencia común' de los sectores de población afectados, las situaciones coyunturales y el hecho de que los Gobiernos deban elegir prioridades. Pese a que estas nociones puedan ser objeto de una interpretación subjetiva, no pueden engendrar obligaciones jurídicas determinadas" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte Social Européenne*, pág. 13).

²⁷ *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 136.

que haga desaparecer las desigualdades, con acciones que favorezcan la integración de los sectores más desfavorecidos. En esta línea, ha reconocido el Comité de expertos independientes:

"Para determinar si un Estado satisface efectivamente esta obligación -de realización del pleno empleo- hay que situarse en una *perspectiva dinámica* y apreciar la situación existente en un momento dado, teniendo en cuenta la *continuidad del esfuerzo* llevado a cabo. (...) *Esta acción debería dirigirse especialmente a las categorías de personas que se hallan en situación más desventajosa en la búsqueda de empleo*, ya sea a causa de un desequilibrio regional ya sea por disparidades basadas en el sexo, ya sea a causa de la edad, teniendo en cuenta que los trabajadores de edad más avanzada y los jóvenes se hallan más expuestos al riesgo de paro"²⁸.

Pese al dinamismo requerido, los órganos tutelares de la CSE no desconocen que ésta empieza su andadura en un momento de crisis (desgraciadamente corre la misma suerte que la consagración de nuestra fórmula estatal, y lo nocivo que ello resulta para el adjetivo "social"). Así, el Comité de expertos matiza que

"No puede exigirse a cada uno de los Estados afectados, en un período de recesión económica como el que conoce Europa desde 1973, que mantenga el dinamismo y el ritmo de progreso continuo requerido por el artículo 1º de la Carta"²⁹.

Asimismo en el terreno del derecho al trabajo y, concretamente, un salario justo (artículo 4 CSE), el Comité de expertos ofrece una interpretación que acarrea la introducción del calificativo "social" en los Estados Partes, aun en el caso de no poseer una fórmula estatal semejante a la alemana o a la española. Y ello porque, en la definición del espacio social europeo, cada Estado tiene la obligación de intervenir para la realización de los derechos sociales y del valor igualdad, en otras palabras, actuar como *Estado social*; esa intervención puede revestir efectivamente un carácter subsidiario, pues en el campo laboral no cabe desconocer una de las fuentes del Derecho del trabajo, cual es el convenio colectivo³⁰.

28 *Ibidem*, pág. 1.

29 *Ibidem*, pág. 2.

30 "El Comité subraya que, si en un Estado que ha aceptado este compromiso (derecho a una remuneración equitativa), no es posible asegurar el pleno ejercicio del derecho a la igualdad de remuneración a todos los trabajadores por el juego de los convenios colectivos, *el Estado debe intervenir*, ya sea a través de métodos legales de fijación de salarios, ya sea por medio de cualquier otra medida apropiada. (...) La disposición del artículo 4.3 -derecho de trabajadores y trabajadoras a una remuneración igual para un trabajo de valor igual- podría considerarse satisfecha si, de una parte, la regla 'a trabajo igual, salario igual' fuese consagrada de Derecho y de hecho, y si, de otra parte, la Parte interesada justificara que ha

C) Lo social entre lo político y lo jurídico

Teniendo en mente los necesarios avances que requiere la CSE para superar la debilidad de su mecanismo protector, estimamos que los órganos de control (y, en particular, el Comité de expertos) han adoptado en su actuación una perspectiva que puede ser calificada de loable. En efecto, suelen tener presente la estrecha relación entre la norma y la realidad, entre lo jurídico y lo político, lo cual coadyuva al mejor encuadre del enfoque y del método expuestos en el capítulo I y que intenta presidir el conjunto de nuestro trabajo. Esta perspectiva la ha adoptado el Comité de expertos, ora en supuestos injustificados pese a ser cuasi-ficticios, ora en casos antisociales aunque sean excepcionales. El Comité se ha referido a esos supuestos injustificados con motivo de la prohibición del trabajo forzoso (artículo 1.2 CSE)³¹.

D) Los objetivos sociales requieren medidas positivas por parte de los poderes públicos

La consecución del espacio social impone (según la jurisprudencia de la CSE) a los Estados *obligaciones positivas* a los Estados, lo que se plasma en la adopción de medidas concretas para favorecer el cumplimiento de los derechos sociales. Tales obligaciones y medidas, que sin duda recuerdan la *remoción de los obstáculos* y la *promoción de las condiciones adecuadas* de nuestra cláusula de progreso (artículo 9.2 CE), aparecen bajo distintos nombres en la jurisprudencia de los órganos de la CSE:

- en relación a la no discriminación en el empleo, el Comité de expertos señala que los derechos garantizados por la Carta

"exigen no sólo que el Estado remueva los obstáculos jurídicos que impidan el acceso a ciertos empleos, sino también que se emprenda una *acción positiva y concreta* en vista a crear, en el terreno de los hechos, una situación susceptible de asegurar una completa igualdad de trato"³²;

tomado todas las medidas en su poder para alcanzar una igualación de las remuneraciones para trabajos de valor comparable" (*Ibidem*, pág. 34).

31 "El hecho de que una disposición, que castiga con tres meses de prisión a todo marinero que abandone el navío, nunca haya sido aplicada, únicamente podría hacer más fácil su abolición o su modificación, pero no puede constituir una razón suficiente para estimar la situación conforme al artículo 1, apartado 2" (*ibidem*, pág. 3).

32 *Ibidem*, pág. 6.

- respecto al derecho de sindicación de los trabajadores y de asociación de los empresarios, el Comité de expertos da fe del carácter mixto, sobre todo del primero: si como derecho cívico-político supone una *obligación negativa* o de no ingerencia por el Estado o por los empresarios, como derecho socio-económico conlleva una *obligación positiva* por parte de los poderes públicos, para favorecer su ejercicio³³.

- con motivo del examen del derecho a la negociación colectiva (artículo 6 CSE) y, en concreto, del compromiso de las Partes Contratantes de "favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores" (apartado 1 del artículo 6), ha declarado el Comité de expertos que:

"El Estado Contratante que la ha aceptado, está obligado a adoptar *medidas positivas* para favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores o sus organizaciones"³⁴.

- en el examen del derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y a la asistencia (artículo 19 CSE), el Comité de expertos ha afirmado que:

"las Partes Contratantes, para respetar los compromisos derivados de este artículo, no deben limitarse al asegurar la no discriminación entre nacionales y extranjeros, sino que deben desarrollar una *acción positiva y continua*. Es así, por ejemplo, que las disposiciones del apartado 6 estipulan que las Partes Contratantes *se comprometen a facilitar lo más posible la reunificación familiar*"³⁵.

Interpretando los apartados 4 y 6 del propio artículo 19 CSE, el Comité de expertos ha señalado, respectivamente, que el Estado debe adoptar una "acción específica"³⁶ para evitar discriminaciones salariales,

³³ *Ibidem*, pág. 44: "Este artículo (5 de la CSE) consagra el principio según el cual los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse tanto a nivel nacional como internacional para la salvaguarda de sus intereses económicos y sociales. El Comité ha comprobado que esta disposición comporta una doble *obligación*, una de aspecto negativo y otra de *carácter positivo*. El cumplimiento de la primera obligación exige la ausencia en el orden jurídico interno de cada Estado Contratante de cualquier disposición legislativa o reglamentaria o de cualquier práctica administrativa de naturaleza atentatoria contra la libertad de los empleadores y de los trabajadores para constituir organizaciones profesionales o para adherirse a ellas. En virtud de la segunda obligación, *el Estado contratante debe adoptar, por vía legislativa o cualquier otra, medidas adecuadas destinadas a garantizar el ejercicio de la libertad sindical y, en particular, a proteger las organizaciones de los trabajadores contra toda ingerencia de los empleadores*".

³⁴ *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 54.

³⁵ *Ibidem*, pág. 153.

³⁶ *Ibidem*, pág. 162.

y que está obligado asimismo a tomar "medidas prácticas"³⁷ para ayudar a los trabajadores migrantes y a sus familias a obtener una vivienda apropiada.

E) Interpretación integral de la fórmula *consenso europeo social y democrático de Derecho*

Desde otro punto de vista, la conjunción de los enfoques que se derivan de los calificativos de la fórmula estatal española, también ha hallado su reflejo en la jurisprudencia relativa a la Carta. De ella se desprende la conexión de los elementos sociales (que requieren intervención) con los elementos liberales (la libertad de contratación de las partes, la negociación colectiva) y los democráticos (que conllevan la no exclusión o no discriminación de un grupo social, cuya voluntad ha de tenerse en cuenta en la configuración de la voluntad general del pueblo). La citada conexión evoca la *interpretación integral* de los tres calificativos de nuestra fórmula estatal. En este sentido, nuevamente la igualdad de remuneración es ilustrativa, de tal manera que el principio general de libertad de contratación en materia salarial no impide la intervención o supervisión del poder público para la consecución de un principio democrático fundamental, cual es la no discriminación por razón de sexo:

"El Comité no ha obviado subrayar la gran importancia del derecho protegido por esta disposición -artículo 4.3 CSE-, que deriva directamente de los principios fundamentales de la Carta, a saber, *el goce de los derechos sociales sin discriminación por razón de sexo, principio inspirado a su vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos y presente en las Constituciones de numerosos Estados democráticos.* (...) La *intervención del legislador parece necesaria* a fin de determinar al menos las reglas generales en las que deben inspirarse los interlocutores sociales en el marco de las negociaciones salariales (por ejemplo, abolición de los baremos diferenciales, nulidad de los contratos o cláusulas discriminatorias, etc.)"³⁸.

F) El consenso social europeo ante la crisis económica actual

El Comité de expertos no ha pasado por alto cómo la crisis económica ha repercutido en la crisis del Estado social, comprobando en algunos Estados la tendencia hacia la limitación (recorte de pensiones) o

37 *Ibidem*, pág. 170.

38 *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 36.

la privatización (planes de pensiones privados, por ejemplo) de las medidas de protección sociales. Por ello, para evitar el "rapto capitalista" al que aludimos en el Capítulo II, el órgano independiente de la CSE ha recordado que, en cualquier caso, esta normativa europea contiene prescripciones mínimas que, en ningún caso son susceptibles de intervención ni de negociación *a la baja*³⁹.

La crisis, según el Comité de expertos, puede justificar una política de austeridad en el terreno de la seguridad social. Sin embargo, advierte sobre la necesidad de no perder de vista los objetivos de la CSE para evitar la marginación de los grupos más desfavorecidos. Las medidas austeras, han de ser analizadas cuidadosamente, pues quizá nos apercibamos de que el problema no reside en la carencia de recursos, sino en la mala gestión de los mismos. Esta observación constituye en la práctica una orientación general de las políticas sociales en Europa, lo que permite la mejor comprensión del espacio social europeo⁴⁰.

No obstante el citado ambiente de crisis, el Comité ha insistido en el carácter progresivo de los objetivos de la CSE (una progresividad esencial para forjar el espacio social europeo), especialmente significativos

³⁹ "Siendo consciente de las razones socio-económicas que hayan podido justificar estas medidas restrictivas (en particular, la reducción de algunas prestaciones por enfermedad, la disminución de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones por incapacidad laboral, así como derogaciones al sistema reglamentario de adaptación del salario mínimo y de las pensiones al índice medio de salarios), el Comité expresa el deseo de que las autoridades continúen teniendo en cuenta, en cualquier otra acción similar que se dispongan a emprender en el futuro, del nivel de protección prescrito por los tratados normativos internacionales aceptados por este país" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, Supplément 2, pág. 24).

⁴⁰ *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, Supplément 3, pág. 116: "Una de las tendencias observadas en la introducción general a las Conclusiones XI-1 y XI-2 se ha mantenido globalmente a lo largo del período considerado: en efecto, este período ha estado marcado por esfuerzo por parte de casi todas las Partes contratantes afectadas para controlar el aumento de los gastos de seguridad social, tomando en consideración particularmente el envejecimiento demográfico al que prácticamente no escapa ninguno de los referidos países. Con tal fin, los gobiernos han adoptado un cierto número de medidas que tiene por finalidad, principalmente, mejorar la gestión de los recursos, frenar los gastos y dar un mejor destino a las prestaciones para permitir que se beneficien de ellas los que las necesiten, especialmente los parados de larga duración. De una manera general, todos los regímenes de seguridad social introducen mayor flexibilidad en el plano de las prestaciones, a fin de ofrecer a los individuos una oferta más amplia y, al mismo tiempo, mayores responsabilidades. Esta evolución puede presentar ventajas, pues los interesados tienen ahora, por ejemplo en el Reino Unido, en donde la privatización de los regímenes de las pensiones de jubilación se extiende, posibilidades más amplias de elegir la proporción de sus salarios que deseen invertir en un plan de jubilación. Conviene hacer notar que una mayor flexibilidad y una mayor elección ofrecida a los individuos en el marco de los regímenes de seguridad social, conllevan igualmente el riesgo de provocar la marginación de los miembros más vulnerables de la colectividad".

en relación a algunos derechos como la reducción de la jornada y de la semana laborales (artículo 1, apartado 2 CSE). Sólo circunstancias excepcionales pueden atemperar (y la crisis económica mundial da pie, desgraciadamente, a un amplio juego restrictivo) esa progresividad. El Comité, empero, no renuncia a llevar a cabo un análisis más profundo de la cuestión, para así poner de manifiesto una paradoja del Estado social: la crisis económica y el paro en ocasiones pueden favorecer al trabajador, acortando la duración del tiempo de trabajo diario y semanal⁴¹.

2.-La Carta como sistema de normas

La labor de los órganos de control de la CSE, en la medida en que no ejercen propiamente funciones jurisdiccionales, ni se pronuncian sobre casos concretos, consiste básicamente en depurar los ordenamientos nacionales de normas y prácticas contrarias a las prescripciones mínimas de aquélla. En otras palabras, se opera un control *in abstracto* de la legislación nacional tomando como parámetro los objetivos sociales marcados por la normativa europea. Dichos objetivos se han centrado, especialmente, en la protección de los colectivos más vulnerables. De este modo, la tutela de los niños y de los adolescentes, mediante la prohibición de trabajos que les priven del beneficio de la instrucción obligatoria (artículo 7.3 CSE) no ha escapado a la atención y a la sensibilidad del Comité de expertos⁴².

Este mismo fenómeno del trabajo *infantil*, provocó que los órganos de la CSE pusieran en entredicho la compatibilidad de la situación legal española con las prescripciones mínimas europeas (artículo 7.1 CSE). Así, el Comité de expertos expresó sus reticencias en relación al desfase que existía en España entre la edad de instrucción obligatoria (14 años) y la edad mínima para ser admitido en el empleo (16 años), lo que provocaba

41 "El artículo 2, apartado 1, prevé que la duración de la semana de trabajo sólo puede verse reducida progresivamente cuando 'el aumento de la productividad y los demás factores que entren en juego lo permitan' lo que otorga un carácter muy relativo al dinamismo de esta disposición. Ya se ha subrayado que, entre los 'demás factores', el nivel de paro figuraba en un buen lugar. La crisis económica y el paro que ha resultado de ella han favorecido así, a lo largo de los últimos años, las reducciones del tiempo de trabajo en numerosos países de Europa, pues esta medida -que se derivaba especialmente de la idea del reparto del trabajo- parecía propicia para combatir el creciente paro" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, *Supplément 3*, pág. 15).

42 "El Comité ha notado que existen disposiciones legislativas que autorizan a los niños de 15 años o más, todavía sujetos a la obligación escolar, a distribuir diarios a partir de las seis de la mañana, es decir, antes de ir a la escuela, a condición no obstante de que la duración de este trabajo no exceda de dos horas por día. Teniendo en cuenta la jurisprudencia constante a este respecto, el Comité ha considerado que ningún trabajo debería ser efectuado por esos niños antes de ir a la escuela por la mañana" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, *Supplément 1*, pág. 25).

la actividad profesional de muchos adolescentes durante ese período intermedio. Como se sabe, la legislación actual española ha elevado a 16 años la escolaridad obligatoria, con lo cual, al menos desde el punto de vista normativo, se ha intentado un remedio a la referida situación. De lo anterior puede percibirse que la jurisprudencia de la CSE ha surtido efectos en nuestro Derecho interno, lo que ha permitido orientarlo en el sentido de corregir progresivamente las disfuncionalidades existentes todavía hoy en el Estado social español. Pese a ello, el Comité de expertos ha advertido que aún no se ha puesto fin absolutamente a la posibilidad del trabajo de los menores de 16 años, por lo que las autoridades españolas deberían adoptar medidas positivas al efecto⁴³.

En otro campo social, el Comité de expertos ha observado, a la vista del sistema de normas contenido en la Carta, la compatibilidad del Derecho nacional y del Derecho internacional en materia de protección social de la mujer antes y después del parto, a través del correspondiente permiso pagado (artículo 8.1 CSE). Esto no hace sino confirmar que desde la perspectiva del sistema de derechos humanos, es más fácil percibir que el orden internacional y el nacional son compatibles⁴⁴.

En otro aspecto relativo al terreno laboral (el derecho a condiciones de trabajo equitativas establecido en el artículo 2 CSE), el Comité ha precisado, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, que para apreciar la conformidad de la normativa nacional con el sistema de

43 "El Comité ha extraído del informe español que existía en este país una prohibición absoluta de ejercer una actividad profesional antes de los 16 años, sin derogación posible. Sin embargo, el examen del informe español ha mostrado que ningún texto legislativo o reglamentario fijaba la duración máxima o la naturaleza de los trabajos que los niños emparentados con el empleador, todavía sometidos a la instrucción obligatoria (dieciséis años desde la Ley de 3 de octubre de 1990) podían efectuar en el seno de la empresa familiar. El Comité ha considerado que esta situación no era conforme a esta disposición de la Carta, pues todos los jóvenes todavía sujetos a la obligación escolar deben ser protegidos contra los abusos resultantes del ejercicio de actividades extra-escolares penosas o de duración excesiva" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, *Supplément 3*, págs. 75-76).

44 "El Comité estima, tras un atento estudio de las legislaciones nacionales y de las convenciones internacionales en vigor en la materia, que las dos exigencias evocadas más arriba -la específica referente a la protección social de la mujer trabajadora en caso de maternidad, y la genérica relativa a la salud de la madre y del niño- son conciliables en la medida en que las legislaciones nacionales, de una parte, reconocen a las mujeres la facultad de utilizar íntegra o parcialmente el derecho que se les reconoce de interrumpir su trabajo durante una duración de al menos doce semanas y les aseguran su libertad de elección a través de un régimen de prestaciones de un nivel suficiente; pero, de otra parte, obligan tanto a la interesada como al empleador a respetar, en el marco de este período global, un tiempo mínimo de interrupción del trabajo que debe situarse tras el nacimiento y que debe ser razonablemente fijado en 6 semanas" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, *Supplément 1*, pág. 29).

normas constituido por la CSE, el Estado puede optar libremente por la fuente del Derecho utilizada, con tal de que asegure el libre y efectivo ejercicio de los derechos reconocidos⁴⁵.

En fin, la adopción en nuestro trabajo del sistema de derechos humanos como elemento estructural, propicia la visión conjunta y la interrelación del sistema de normas, órganos y fines. Una vez más, en relación al derecho básico a un salario justo sin discriminación sexual, el Comité de expertos ha puesto de manifiesto: de un lado, la compatibilidad de normas internacionales (tanto universales como europeas) y nacionales en la materia; de otro lado, la convergencia de acciones de los distintos órganos (tanto internacionales como nacionales); por último, la confluencia de tales normas y órganos al fin común de garantizar la efectividad del derecho mencionado, concibiéndolo como derecho subjetivo susceptible de obtener la contundente tutela jurisdiccional:

"Desde el punto de vista de los métodos empleados por los Gobiernos para asegurar el cumplimiento del principio enunciado en el apartado 3 del artículo 4 de la Carta, el Comité ha podido comprobar tanto en el examen de los informes sobre las disposiciones aceptadas como en el de los relativos a las disposiciones no aceptadas, una tendencia hacia el otorgamiento de garantías judiciales que deriva del reconocimiento de un derecho subjetivo en esta materia. Estimulados por algunas normas o directrices internacionales, entre las cuales, además de la Carta cabe destacar el Convenio n° 100 de la OIT, el artículo 119 del Tratado constitutivo de la CEE y, más recientemente, la Directiva 75/117 de la CEE, algunos Estados han reconocido efectivamente a las trabajadoras el derecho de acudir ante una instancia jurisdiccional (en la mayor parte de los casos jurisdicciones de trabajo) para ver asegurada una protección efectiva de ese derecho"⁴⁶.

3.-La Carta como sistema de órganos

El hecho de que la CSE contenga derechos que (por su carácter mixto) se recogen asimismo en el CEDH⁴⁷, puede sin duda dar lugar a interpretaciones divergentes o contenciosos paralelos *ad extra*, es decir, entre los órganos de control de aquélla y los órganos tutelares de éste. Esa

⁴⁵ "La idea es que una obligación debe existir en materia de duración del trabajo (obligación para el empleador, pero también para el trabajador); poco importa cuál sea la fuente: ley, reglamento, convenio colectivo u otro procedimiento, a condición de que una autoridad pueda controlar el respeto de esta obligación con el fin de garantizar su efectividad" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, Supplément núm. 3, pág. 14).

⁴⁶ *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 36.

⁴⁷ Pensemos en el derecho a no ser sometido a un trabajo forzoso (artículo 4 CEDH y 1.2 CSE) o en el derecho de sindicación (artículo 11 CEDH y 5 CSE).

potencial fuente de conflictos lógicamente requiere una voluntad positiva por parte de las instituciones afectadas. Esto es lo que se desprende de la actitud del Comité de expertos en relación a la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad sindical:

"Habiendo tenido conocimiento de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto Young, James y Webster), el Comité ha reconsiderado el alcance del artículo 5 de la Carta, a la vista de la libertad de adherirse a asociaciones sindicales. (...) Conforme a lo que ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto mencionado (párrafo 52 de la sentencia) respecto al artículo 11 del Convenio de Derechos Humanos, debe subrayarse que, igualmente en lo que se refiere al artículo 5 de la Carta, interpretándolo 'como que autoriza cualquier tipo de coacción en materia de pertenencia sindical', se afectaría a la sustancia misma de la libertad que el mismo entiende garantizar"⁴⁸.

Otros derechos, como el derecho a la asistencia social reconocido en el artículo 13.1 CSE (que abordaremos en profundidad en el capítulo X), han provocado conflictos *ad intra*, al haber dado lugar a importantes divergencias interpretativas entre los mismos órganos de control de la Carta. Así, mientras el Comité de expertos ha mantenido que el artículo 13 CSE reconoce un auténtico derecho subjetivo a la asistencia social, el Comité gubernamental se ha pronunciado en sentido contrario⁴⁹. La primera postura nos parece más correcta desde la perspectiva política, al ser suscrita por un órgano independiente, y desde el punto de vista jurídico, atendidas las circunstancias actuales así como los trabajos preparatorios del artículo 13 CSE y otros trabajos posteriores del Consejo de Europa sobre la materia (nos remitimos nuevamente al capítulo X).

Estos conflictos interpretativos *ad intra* han ido reduciéndose progresivamente. De la misma manera que en el ámbito del CEDH, el Comité de Ministros se ha ido mostrando cada vez más recatado y respetuoso con la tarea de la Comisión y del Tribunal europeos de derechos humanos, el Comité gubernamental de la CSE también ha ido estimando en mayor grado la labor del Comité de expertos. Como ya apuntamos, Wiebringhaus ha puesto de relieve la evolución de esta tendencia, desde las discrepancias de que se resentía el sistema de control en su funcionamiento inicial hasta el acercamiento de posiciones mencionado, lo que ha propiciado una *jurisprudencia común*.

En conexión con el papel a jugar por las autoridades nacionales en el efectivo cumplimiento de las disposiciones de la CSE, no podemos eludir un aspecto destacado por el Comité gubernamental: se trata del papel de los jueces en la consecución de los objetivos marcados por el consenso

48 *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 46.

49 *Ibidem*, pág. 120.

social europeo. Ello engarza con lo expuesto en el capítulo I sobre la validez del estudio de la jurisprudencia. En concreto, refiriéndose al derecho de los niños y de los adolescentes a la protección (artículo 7 CSE), ha dicho el citado Comité:

"El Comité cree necesario volver sobre la interpretación que hay que dar a las palabras 'trabajos ligeros determinados' que figuran en el artículo 7 apartado 1, y estima que la 'determinación' de esos trabajos puede efectuarse tanto por medio del establecimiento de listas de trabajos permitidos o prohibidos, como a través de controles efectuados por la Inspección de trabajo o la Inspección escolar, o incluso *extraerse de decisiones jurisprudenciales* emitidas en la materia"⁵⁰.

De manera más contundente, el Comité de expertos se ha congratulado por el grado de aplicación alcanzado por la CSE en algunos Estados. Así, por ejemplo, ha subrayado el papel de las jurisdicciones holandesas (incluido el Tribunal Supremo) en el reconocimiento de la aplicabilidad directa de algunos de sus preceptos, sin perjuicio de recordar la facultad que se atribuye el propio Comité en la interpretación última y el control en la aplicación de la Carta⁵¹.

Sobre este particular ha destacado Fernández Segado el papel del juez en la consecución del Estado social⁵². En este sentido, el Comité de expertos ha destacado la función de los jueces en la *modelación* del Estado social ha sido el del derecho a la negociación colectiva (artículo 6 CSE):

"Tratándose del lock-out, el Comité ha notado que, en ausencia de disposiciones legislativas que establezcan un régimen jurídico propio, la *jurisprudencia* se ha esforzado en precisar las condiciones de su ejercicio. De esta forma ha destacado que la evolución jurisprudencial

50 *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, Supplément núm. 1, pág. 23.

51 "Del informe de los Países Bajos, el Comité ha examinado las informaciones sobre el estado de la reciente jurisprudencia en materia de acción colectiva. En particular, ha tomado nota del contenido de la sentencia de 30 de mayo de 1986, en la que el Tribunal Supremo holandés ha reconocido la aplicabilidad directa, en Derecho interno, del artículo 6.4 y del artículo 31 de la Carta Social Europea, en virtud del artículo 93 de la Constitución de los Países Bajos. (...) Las diversas jurisdicciones que aplicarán a partir de ahora el artículo 31 de la Carta determinarán, por vía de interpretación, en relación a cada caso concreto, si las condiciones establecidas por esta disposición a la introducción de cualquier restricción al ejercicio del derecho de huelga, han sido respetadas. El Comité se reserva, no obstante, el verificar si la aplicación directa del artículo 31 por las jurisdicciones neerlandesas es conforme a su propia jurisprudencia" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, Supplément núm. 3, pág. 59).

52 Véase F. Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, op. cit., pág. 754: "En el Estado social su actuación (la del juez) se nos revela, en muchos casos, como enormemente positiva en orden a la efectiva realización de los valores materiales del ordeamiento y, por ello mismo, con vistas a esa transformación de la sociedad que exige el principio del Estado social, salvo cuando tal principio se limite a lo puramente nominal".

tiende a atenuar su carácter de falta contractual para el empresario y a justificarla través de circunstancias que exoneren cuando haya fuerza mayor, abuso del derecho de huelga por los asalariados, circunstancias apremiantes o desorganización de la empresa por la acción colectiva de los trabajadores"⁵³.

Ciertamente, si en algún ámbito la jurisprudencia es inexistente o los criterios definidores poco claros, se hace necesaria la promulgación de una ley que precise el alcance de la protección social. Este ha sido el caso de la garantía efectiva del derecho a una remuneración equitativa (artículo 4 CSE) en Italia⁵⁴.

4.-La Carta como sistema de fines

El Comité de expertos ha descendido a uno de los aspectos que tal vez afecten de manera más directa a la sociedad del bienestar y del "bien-ser" a la que aludimos en el primer capítulo: se trata de la seguridad y la higiene en el trabajo, reconocidas como derecho y principio fundamental en el artículo 3 CSE. Sin duda, al margen de la degradada situación de sectores como la minería (especialmente en nuestro país), muchos accidentes laborales se producen como consecuencia de fallos o errores humanos, pero ello no puede servir de pretexto para eludir la tarea de prevención que corresponde a los poderes públicos, teniendo presente además que el progreso científico tampoco está exento de riesgos para la salud pública:

⁵³ *Recueil de jurisprudence relative à la Charte Sociale Européenne, Supplément núm. 2, pág. 16.*

⁵⁴ El Comité de expertos ha tenido ocasión de levantar acta de la situación italiana: "El Comité había observado, en el precedente ciclo de control, que en Italia la protección del salario que se desprende del artículo 36 de la Constitución, se dejaba a la apreciación de las jurisdicciones competentes. Por ello, había expresado su deseo de conocer la jurisprudencia en la materia. El informe -estatal- indica que todavía están siendo efectuadas investigaciones sobre este punto, cuyos resultados serán comunicados en los plazos más breves posibles; pero, según las informaciones comunicadas por el Ministerio de Trabajo, no existiría jurisprudencia en este terreno. En estas condiciones, el Comité ha debido reconducir su conclusión negativa, subrayando -como lo había hecho con anterioridad-, que una protección eficaz y socialmente más aceptable sólo podría quedar garantizada mediante una ley que fije claramente los límites precisos en materia de retenciones en los salarios por deudas contraídas por el trabajador con su empleador. (...) Considerando que la protección otorgada por el artículo 36 de la Constitución italiana -que garantiza el derecho a una remuneración equitativa- no es suficiente, y que convendría poner remedio a la inseguridad jurídica fijando límites a las deducciones posibles en este caso, el Comité confirma su decisión precedente, a saber, que Italia no satisface enteramente las exigencias de esta disposición, y que convendría que adoptara las medidas necesarias para hallarse de conformidad con la Carta" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte..., Supplément núm. 3, págs. 43-44*).

"El Comité ha considerado que este artículo (3) establece un principio ampliamente reconocido, que deriva directamente del derecho a la integridad de la persona humana, siendo este mismo uno de los principios fundamentales de los derechos humanos"⁵⁵.

En relación con el objetivo del *bien-ser*, el Comité de expertos ha reconocido que el derecho a una remuneración equitativa constituye el "corolario indispensable" de los tres primeros derechos fundamentales de la Carta, a saber: el mencionado derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3 CSE), el derecho al trabajo (artículo 1) y el derecho a condiciones de trabajo equitativas (artículo 2). Ese derecho, consagrado en el artículo 4 CSE, se erige en "uno de los objetivos económicos primordiales de la actividad humana"⁵⁶. Este objetivo apunta claramente a la posesión de recursos mínimos para vivir dignamente, aspecto que será objeto de amplio estudio en el capítulo relativo a la asistencia social (capítulo XI).

En otro orden de cosas, conviene recordar que, si bien la CSE recoge básicamente derechos socio-económicos, algunos de ellos (como el derecho de sindicación ya mencionado, o la interdicción del trabajo forzoso), poseen un carácter mixto, acentuado por el principio de indivisibilidad. En relación al primero y su corolario esencial (el derecho a la negociación colectiva del artículo 6 CSE), los órganos de control de la CSE lógicamente han destacado su vertiente social, de manera que han puesto el acento en el valor igualdad, sin por ello desconocer el valor libertad. En esta línea, han reconocido que el derecho de huelga de los trabajadores puede estar reconocido normativamente de manera más contundente que el paralelo

⁵⁵ *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 22: "Formulando sus conclusiones en cuanto a la aplicación de esta disposición por los Estados interesados, el Comité ha estimado tener que subrayar que, en general, pese a la fuerte progresión de las medidas preventivas, la automatización creciente del proceso productivo y la creación de órganos encargados de la seguridad y la higiene en las empresas, el número de accidentes de trabajo sigue siendo muy elevado. Más allá del aspecto humanitario difícilmente cuantificable, pero no menos importante, el Comité quiere llamar la atención sobre las repercusiones de orden social y económico de este fenómeno, representadas por el coste de cada accidente para la colectividad, el esfuerzo de conocimientos perdido o inutilizable, las infraestructuras necesarias para la rehabilitación física y la reinserción social y económica de los trabajadores, etc."

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 28: "Las Partes Contratantes -continúa diciendo el Comité de expertos- que han aceptado este precepto deberían adoptar las medidas necesarias para garantizar, en todos los sectores económicos, una remuneración equitativa, en la más amplia acepción social y económica del término: es decir, una remuneración que tenga en cuenta las necesidades fundamentales sociales, culturales y económicas de los trabajadores y de sus familias, el esfuerzo particular llevado a cabo por los trabajadores durante las horas extraordinarias, y el derecho de los trabajadores masculinos y femeninos a un salario igual por un trabajo de valor igual".

derecho de los empresarios al cierre patronal, sin llegar al extremo de excluir totalmente este último⁵⁷.

Como es sabido, la temprana jurisprudencia de nuestro TC adoptó una orientación similar en la *sentencia núm. 11 de 8 de abril de 1981*. En ella, reconociendo la posición más débil del trabajador y la consiguiente intervención (exigida por el Estado social) pública para restablecer la igualdad de armas, también se otorgó prevalencia al derecho de huelga frente al cierre patronal.

Por último, la jurisprudencia relativa a la Carta ha señalado que los fines y principios contenidos en ella (y fundamentalmente, el principio de igualdad), deben tenerse presentes en la interpretación del sistema de normas de manera que, aunque no haya una ley específica en la materia en cuestión, tanto la práctica de los tribunales como, por supuesto, de la Administración, habrán de velar asimismo por el respeto de este principio cuando tal materia tenga su origen en fuentes normativas privadas. Sin lugar a dudas, esta jurisprudencia guarda un claro paralelismo con la concepción de los principios rectores de la política económica y social consagrados en nuestra Ley Suprema, que sobre la base del artículo 53.3 deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Queremos concluir este epígrafe poniendo de relieve una vez más la utilidad de nuestro estudio desde el prisma del sistema de derechos humanos, al percibir la compatibilidad y confluencia de objetivos de la disposición de referencia de la CSE y de una Directiva comunitaria a propósito del derecho a una remuneración equitativa (artículo 4 CSE). Además, queda claro que el sistema de fines debe ser protegido por el sistema de órganos, a través de los derechos consagrados en el sistema de normas. En el seno del mecanismo de control de la CSE, la Asamblea Parlamentaria se ha expresado en tal sentido, en el marco del siempre polémico debate sobre la igualdad de remuneración de ambos sexos:

"No parece absolutamente necesario, para admitir la conformidad de la legislación con la disposición de referencia de la Carta (el derecho de los trabajadores masculinos y femeninos a una remuneración igual por un trabajo de valor igual), prever por medio de una disposición legal

57 "La Carta no implica necesariamente que la legislación y la jurisprudencia establezcan una identidad jurídica completa entre el derecho de huelga -que, por lo demás, es citado expresamente por la propia Carta y viene reconocido como derecho fundamental por diversas Constituciones de los Estados miembros- y la práctica del lock-out. Por consiguiente, el Comité estima, de una parte, que no se puede reprochar a un Estado el no haber adoptado disposiciones legislativas que instauren un régimen jurídico de lock-out; de otra parte, que las jurisdicciones competentes pueden establecer ciertas limitaciones al ejercicio del lock-out en casos concretos en donde el mismo revista particulares caracteres de abuso de derecho o esté desprovisto de justificación, ya sea por circunstancias de fuerza mayor, ya sea por la desorganización de la empresa causada por la acción colectiva de los trabajadores" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, Supplément núm. 1. pág. 21).

expresa la nulidad de convenios colectivos contrarios. En particular, y a título de ejemplo, puede subrayarse que la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la igualdad de remuneración (75/117/CEE) exige que los convenios contrarios al principio de igualdad 'sean nulos, puedan ser declarados nulos o puedan ser enmendados' (artículo 4 de la Directiva). En efecto, para que la Carta sea respetada, es suficiente que las disposiciones convencionales contrarias al principio de igualdad puedan ser modificadas y que la diferencia de salario pueda ser concedida por la instancia judicial competente"⁵⁸.

IV.-LA NORMATIVA SOCIO-ECONOMICA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

1.-La cohesión económica y social como objetivo presente en el sistema de normas de la Comunidad Europea

López de Silanes nos aporta una primera idea sobre qué se esconde tras la noción de cohesión económica y social en el plano comunitario: "Reducción de las diferencias interregionales y del atraso de las regiones menos favorecidas mediante la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y las acciones desarrolladas por los Fondos con finalidad estructural, el Banco Europeo de Inversiones y otros instrumentos financieros y el fomento de actuaciones que contribuyan a corregir los desequilibrios regionales y el ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas y la reconversión de las regiones industriales en decadencia"⁵⁹. La primera impresión, a la vista de tal definición, es el mayor énfasis en aspectos de política general, en detrimento de los derechos socio-económicos.

Por otra parte, la cohesión económica y social comunitaria constituía un objetivo de segundo plano, que ha ido ganando terreno paulatinamente. Como ha expresado Séché, "los objetivos del Tratado CEE eran principalmente de orden económico. De inspiración liberal, éste se basaba en la idea de que el crecimiento económico, que sin duda coadyuvaría al establecimiento del mercado común, contribuiría a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Las preocupaciones sociales eran subsidiarias respecto al desarrollo armonioso de las actividades económicas. Sin embargo, la Comunidad no se limita a una unión económica, sino que debe asegurar al mismo tiempo, mediante una acción común, el progreso social y perseguir la mejora constante de las

58 *Recueil de jurisprudence relative à la Charte..., Supplément núm. 1.* pág. 9.

59 J. P. López de Silanes, *Diccionario de las Comunidades Europeas*, Madrid, Pirámide, 1988, pág. 50.

condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos"⁶⁰. A esto último es precisamente a lo que aspiran los Estados miembros de la Comunidad Europea de conformidad con el Preámbulo del *Tratado CEE de 1957*⁶¹.

De una forma más vaga, por razones obvias, el *Preámbulo del Tratado Euratom de 1957* también se refería a que el potencial nuclear facilitaría el progreso de la paz en los Estados miembros y sería fuente de "múltiples aplicaciones contribuyendo al bienestar de sus pueblos". En cuanto al *Tratado CECA de 1951*, no se olvide que, aunque el objetivo explícito era poner en común la producción de carbón y de acero, el objetivo último que subyacía en él (a tenor del Plan Schuman de 1950) era forjar una política común de defensa y, en suma, establecer las bases de la paz en Europa y la reconciliación franco-alemana⁶². Sin perjuicio de este trasfondo político, el Preámbulo del Tratado de la primera Comunidad Europea contenía, entre los principios de la filosofía que inspiraba a los promotores de la construcción europea, la preocupación por el progreso socio-económico⁶³.

La primera reforma de los tratados constitutivos, llevada a cabo por el Acta Unica Europea de 1986, amplió la originaria visión socio-económica, introduciendo tres vías adicionales para dotar de mayor contenido social al mercado interior: la armonización legislativa en materia de condiciones de trabajo, el desarrollo del diálogo social, y la reducción de las diferencias socio-económicas entre regiones para conseguir la cohesión económica y social del conjunto de la Comunidad. Al margen de ello, hay que tener presente que el ambicioso Preámbulo del Acta contiene una expresa referencia a la *Carta Social Europea* de 1961, así como a *la igualdad y a la justicia social*. Por otra parte, el artículo 23 del

60 J. C. Séché, "L'Europe sociale après Maastricht", *Cahiers de Droit européen*, núms. 5-6, febrero 1994, pág. 511.

61 "Decididos a asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos países, eliminando las barreras que dividen Europa. Fijando como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos. (...) Preocupados por reforzar la unidad de sus economías y asegurar su desarrollo armonioso, reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas".

62 Esta idea ha sido expresada claramente por C. Gutiérrez Espada, *El sistema institucional de la Unión Europea*, op. cit., pág. 118.

63 Ello en la medida en que los Estados miembros se declaraban "conscientes de que Europa no se construirá sino por medio de realizaciones concretas que primeramente creen una solidaridad de hecho, y por medio del establecimiento de bases comunes de desarrollo económico; (...) preocupados por conseguir, a través de la expansión de sus producciones fundamentales, la elevación del nivel de vida y el progreso de las obras de paz".

Acta Unica introdujo en el Tratado CEE un nuevo título V, relativo a la "cohesión económica y social".

La tímida atención a las cuestiones sociales volvió a aparecer en el *Consejo Europeo de Roma de 14 y 15 de diciembre de 1990*, en donde se pidió a la *Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política* que "prestase especial atención a los temas relativos a la cohesión económica y social", así como a "la necesidad del diálogo social". En ese Consejo se lanzaron otras propuestas que se plasmaron en la segunda reforma de los tratados originarios, el Tratado de Maastricht. En éste, en cambio, se ha suprimido toda referencia a la Carta Social Europea. No obstante, es preciso recordar que un año antes de la celebración de la mencionada Conferencia Gubernamental, el 11 de diciembre de 1989 once Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros (el Reino Unido quiso quedar excluido) adoptaron la *Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores*, sobre cuyos limitados efectos nos detendremos más adelante⁶⁴.

Al margen de la notoria supresión de la referencia a la Carta social europea de 1961 en el TUE, los objetivos sociales de la Unión han quedado desplazados del texto articulado del Tratado de Maastricht, para incluirse básicamente en dos Protocolos anejos al mismo: de un lado, el *Protocolo sobre la política social*; de otro lado, el *Protocolo sobre la cohesión económica y social*. El primero de ellos fue objeto de una importante cláusula de salida (*opting out*) por parte del Reino Unido⁶⁵, reveladora del poco interés de esta Parte Contratante por las cuestiones sociales, así como de la postura insolidaria de que hiciera gala la Dama de Hierro, Margaret Thatcher, al lanzar su clásica frase *I want my money back*. A primera vista, el Protocolo sobre la política social contiene una pretensión de eficacia atenuada, pues las Partes Contratantes "desean proseguir la vía trazada por la Carta Social de 1989". Sin embargo, el artículo 1 del Acuerdo sobre política social anejo al Protocolo vislumbra una pretensión más ambiciosa:

"Los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros son el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones".

⁶⁴ J.C. Séché ("L'Europe sociale...", cit., pág. 520) ha sintetizado el alcance de la Carta: "Este documento, que está *desprovisto de efecto jurídico*, hace referencia, en particular, al principio de subsidiariedad, a la vista de las responsabilidades respectivas de los Estados miembros, de la Comunidad y de los interlocutores sociales".

⁶⁵ En este sentido, también aparece anejo al citado Protocolo el *Acuerdo sobre la política social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*.

Este último inciso es trascendente, pues indica que los objetivos comunitarios no pretenden extenderse exclusivamente a las personas que ya ostentan la condición de trabajadores (lo que sería un claro exponente de *exclusivismo social*), sino que, como indica el artículo 2 del propio Acuerdo sobre política social, su ámbito cubre también "la integración de las personas excluidas del mercado laboral".

Por lo que afecta al segundo Protocolo, una de las novedades del TUE, como indicaremos al hablar del sistema de órganos, ha venido constituida por la creación del Fondo de Cohesión. Los objetivos de éste en la promoción del medio ambiente y de las infraestructuras de transporte podría pensarse que suponen una concreción del derecho a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos. No obstante, y antes de adentrarnos en la problemática de los derechos sociales en el ámbito de la Unión, es preciso criticar el prisma desde el que se aborda el progreso social y económico de sus pueblos, toda vez que se subordina a la realización del mercado interior, de la integración económica⁶⁶. Con ello, no se hace sino poner el progreso social en función de la economía, cuando es ésta (medio) la que ha de estar en función de aquél (fin).

Pese a lo anterior, nuestra línea argumental nos lleva a recalcar el objetivo marcado en el Protocolo sobre la cohesión económica y social. En él se expresa que

"la Unión se ha fijado el objetivo de fomentar el progreso económico y social, entre otros medios a través del fortalecimiento de la cohesión económica y social".

Por consiguiente, queda claro que la política de cohesión económica y social es un medio para conseguir el fin del progreso social, en el que se debe incluir, por supuesto, el desarrollo de los derechos sociales.

2.-La operatividad del sistema de órganos comunitario en la consecución de la cohesión económica y social

En el centro operativo de la política de cohesión económica y social se sitúa la Comisión, como motor de la política comunitaria: dispone del derecho de iniciativa (elabora los proyectos) y ejecuta las decisiones

⁶⁶ En el Preámbulo del TUE se expresa la decisión de los Estados miembros de "promover el progreso social y económico de sus pueblos, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente, y a desarrollar políticas que garanticen que los avances en la integración económica vayan acompañados de progresos paralelos en otros ámbitos".

comunitarias, con el soporte de los diferentes Fondos europeos⁶⁷. En concreto, el *Fondo social europeo* aparece regulado en los artículos 123 a 128 del Tratado CEE. El artículo 123 especifica el objetivo de dicho Fondo:

"Para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado común y contribuir así a la elevación del nivel de vida, se crea, en el marco de las disposiciones siguientes, un Fondo social europeo, encargado de fomentar, dentro de la Comunidad, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores".

Por otra parte, la Comisión, según el artículo 3 del Protocolo sobre política social, no sólo debe emprender acciones públicas (a nivel estrictamente comunitario o en cooperación con las autoridades nacionales), sino fomentar la consulta y el diálogo entre los interlocutores sociales⁶⁸. Estos, por su parte, remitirán a la Comisión, dictámenes o, en su caso, recomendaciones.

Además de los instrumentos mencionados, el TUE ha creado, como apuntamos, un *Fondo de cohesión* (con vistas a una cooperación al desarrollo de la infraestructura de transportes y del medio ambiente), y un *Comité de las Regiones* de carácter consultivo compuesto por representantes de los entes regionales y locales.

Para tener una idea más cabal de todos estos mecanismos, no pueden obviarse las previsiones del *Protocolo sobre la cohesión económica y social anejo al TUE*. En efecto, en él se recuerda que entre 1987 y 1993 los Fondos Estructurales de la Comunidad han sido duplicados en términos reales, lo cual implica grandes transferencias, en particular en proporción con el PNB de los Estados miembros menos prósperos; además, destaca que el *Banco Europeo de Inversiones* está prestando crecientes cantidades en favor de las regiones más desfavorecidas⁶⁹.

⁶⁷ Fondo europeo de desarrollo regional, Fondo social europeo, Fondo europeo de orientación y de garantía agraria, Fondo europeo de desarrollo (para la cooperación con terceros países).

⁶⁸ Dice así el apartado 1 del artículo 3: "La Comisión tendrá por cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel comunitario y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando porque ambas partes reciban un apoyo equilibrado".

⁶⁹ El Banco europeo de inversiones está regulado en los artículos 129 y 130 del Tratado CEE. Según el segundo, "tendrá por misión contribuir al desarrollo equilibrado y estable del mercado común en interés de la Comunidad, recurriendo a los mercados de capitales y a sus propios recursos. A tal fin, el Banco facilitará, mediante la concesión de préstamos y garantías y sin perseguir fines lucrativos, la financiación, en todos los sectores de la economía, de los proyectos siguientes: a) (...) desarrollo de las regiones más atrasadas, b) (...) modernización o reconversión de empresas (...), c) (...)".

En el *Protocolo sobre la cohesión económica y social* se destaca, como novedad precisamente, la creación de un *Fondo de Cohesión* antes del 31 de diciembre de 1993, para el cumplimiento de lo previsto en materia de redes transeuropeas y medio ambiente. El plazo no se cumplió: para su efectiva creación fue decisiva la *propuesta de Reglamento por el que se establece un Fondo de Cohesión* de principios de 1994⁷⁰. En cualquier caso, el Fondo de Cohesión está destinado a aportar contribuciones financieras comunitarias a proyectos medioambientales e infraestructurales en los Estados miembros que tengan un PNB per cápita inferior al 90 % de la media comunitaria y que cuenten con un programa que conduzca al cumplimiento de las condiciones de convergencia económica según los dispuesto en el artículo 104 C del Tratado.

En cuanto al *Comité de las Regiones*⁷¹, su alcance puede ser matizado, pero es la primera vez que se crea un órgano con vocación federal (por la presencia regional) cuya composición no acoge a representantes gubernamentales de los Estados miembros; se reconoce, en definitiva, la legitimidad política de los entes subestatales.

Al margen de los Fondos estructurales, así como del Fondo de cohesión y del Comité de las Regiones, hay que hacer mención particular de un órgano específico que puede llevar a cabo una tarea de conexión entre políticas estructurales y promoción de los derechos socio-económicos: nos referimos al *Comité Económico y Social*.

Lo cierto es que, desde la constitución de las Comunidades Europeas, se barajó la posibilidad de crear a nivel comunitario una institución consultiva de conformación económico-social semejante a la existente en algunos Estados Miembros (Francia, Italia o Bélgica, por ejemplo). Sin embargo, como en todas las negociaciones que se emprenden en sede comunitaria, los intereses estatales en juego no tardaron en suscitar la polémica: de un lado, la RFA expresaba sus reticencias a la instauración de tal institución, por temor a una desviación corporativa que se impusiera a las instituciones decisorias. De otro lado, Francia (que contaba con la experiencia nacional de un órgano de este tipo) confiaba en que no se darían los efectos perversos apuntados por los alemanes. La solución final consistió en crear un "Comité" corporativo integrado por representantes de los distintos medios socio-profesionales en cada una de las Comunidades, con una competencia no decisoria, sino meramente

⁷⁰ *Diario Oficial de la Comunidad Europea de 9 de febrero de 1994.*

⁷¹ España cuenta con 21 puestos en dicho foro consultivo: de un lado, los 17 Presidentes de las Comunidades Autónomas y, de otro lado, 4 representantes de la Federación española de municipios (en concreto, se trata de los alcaldes de Barcelona, Córdoba, la Coruña y Madrid).

consultiva, y en una posición absolutamente secundaria como órgano auxiliar⁷².

A través del *Convenio relativo a ciertas instituciones comunes a las Comunidades Europeas de 25 de marzo de 1957*, las funciones encomendadas a los Comités de la CEE y de la Euratom fueron atribuidas a un solo órgano, el actual Comité Económico y Social⁷³, operación de fusión que no afectó al Comité Consultivo de la CECA.

Empezábamos este epígrafe hablando de una de las cinco instituciones de la Comunidad, la Comisión, y su tarea primordial en la política de cohesión socio-económica. Sin embargo, no debe olvidarse que el Parlamento y el Consejo tampoco han sido ajenos al loable propósito de forjar el progreso social. Estas tres instituciones han tenido como uno de los núcleos impulsores de su actividad normativa y de su práctica el artículo 119 del Tratado CEE, que recoge el principio básico del espacio social, el de igualdad, concretado en la no discriminación entre mujeres y hombres. Por otra parte, ante la dispersión y parquedad de los Tratados Constitutivos en lo referente a la realización de los derechos sociales, esos órganos han intentado entrar decididamente en el campo social a través de la utilización de los denominados *preceptos multifuncionales*, como son los artículos 100 ó 235 del Tratado CEE⁷⁴.

72 Véase A. Mangas Martín, "Los órganos auxiliares", en el colectivo *Tratado de Derecho Comunitario* (García de Enterría, E. -coord.- y otros), Madrid, Civitas, 1986, Tomo I, pág. 171.

73 Para un conocimiento más exhaustivo sobre este órgano comunitario N. Bernard, C. Laval, y A. Nys, *Le Comité économique et social*, Thèses et travaux politiques, Institut d'Etudes Européennes de l'Université de Bruxelles, 1972; así como G. Muhr, *L'Union Européenne, l'Europe des citoyens et le Comité Economique et Social*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 1985. El funcionamiento del Comité aparece regulado en los artículos 193 a 198 del Tratado CEE y en los artículos 165 a 170 del Tratado Euratom, así como en su Reglamento Interno.

74 En particular, merced a la cobertura jurídica ofrecida por estos dos preceptos, el Consejo ha adoptado un gran número de actos en el terreno social. Así, sobre la base del artículo 100 del Tratado CEE, el Consejo ha adoptado Directivas, por unanimidad, relativas a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en ámbitos que, como prevé tal disposición, tienen una incidencia directa en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común: *por ejemplo, en el terreno de la igualdad de remuneración entre hombre y mujeres*, la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975; *en el marco de las relaciones de trabajo*, la Directiva 75/129/CEE, de 22 de febrero de 1975, relativa a los despidos colectivos (modificada por la Directiva 92/56, de 24 de junio de 1992), o la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, o también la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empleador (modificada por la Directiva 87/164/CEE, de 1 de diciembre de 1987); y, *en el campo de la seguridad e higiene en el trabajo*, entre las múltiples Directivas, destaquemos las más recientes, como la Directiva 83/477/CEE, de 19 de septiembre de 1983,

Por último, en relación al TJCE, baste ahora con avanzar su incisivo papel en el reconocimiento de los derechos sociales y el consiguiente reproche manifestado a algunos países que, como el Reino Unido, prácticamente hacen caso omiso de las mínimas prescripciones en materia social (cuestión que será tratada más extensamente en el apartado dedicado a la jurisprudencia comunitaria).

3.-Los derechos sociales como plasmación del sistema de fines comunitario

Como señalamos anteriormente, si bien entre los objetivos primordiales de las Comunidades Europeas se hallaba (junto a la paz, la integración económica y la unión política) la consecución de la cohesión social (por este orden cronológico y decreciente en cuanto a su importancia), no aparecía de manera explícita, la promoción y protección de los derechos fundamentales, y menos aún de los derechos sociales. No obstante, dos de los Tratados constitutivos (CEE y CECA) contenían disposiciones y principios relativos a la defensa de los derechos de los ciudadanos europeos (sobre todo de los trabajadores⁷⁵) y, en la práctica, una de las acciones de las Comunidades en este ámbito ha venido marcada por la garantía del principio de igualdad entre los trabajadores de distintos sexos.

En la actualidad, la Unión Europea sigue poniendo el acento en los derechos cívico-políticos, y la referencia en el TUE al Convenio Europeo de 1950 así lo corrobora. Por el contrario, no se hace alusión a la Carta social europea de 1961, a diferencia del Acta Unica Europea, en la que, como vimos, sí se menciona ese tratado básico de derechos sociales del Consejo

relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos ligados a una exposición al amianto durante el trabajo, o la Directiva 86/188/CEE, de 12 de mayo de 1986, relativo a la protección de los trabajadores contra los riesgos ligados a una exposición al ruido durante el trabajo. Por otro lado, sobre la base del artículo 235, que permite al Consejo estatuir por unanimidad, tras una proposición de la Comisión, sobre las medidas apropiadas si una acción de la Comunidad se revela necesaria para realizar uno de los objetivos comunitarios, podemos mencionar las más recientes Directivas: la 86/278/CEE, de 24 de julio de 1986, relativo al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, o la 86/613/CEE, de 11 de diciembre de 1986, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad independientes, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

⁷⁵ Pensemos en las disposiciones del Tratado CEE aplicables a la circulación de los trabajadores asalariados (artículo 48) y autónomos (artículos 52 y 59).

de Europa. Tampoco han prosperado las propuestas para que la Unión Europea ratifique como tal dicha Carta⁷⁶.

Las anteriores deficiencias han pretendido ser paliadas en cierta medida por la Comunidad, ya que pese a no contar por el momento con un catálogo exhaustivo de derechos, ha adoptado un instrumento específico de derechos sociales: *la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989*. Ahora bien, la medida ha sido más aparente que real. Esta Carta tiene un ámbito subjetivo más reducido que la del Consejo de Europa, pues el sujeto no es universal, al restringirse a los trabajadores. Vamos a detenernos brevemente en la Carta comunitaria. Antes, empero, conviene exponer los principios y derechos socio-económicos que se recogen en la que se ha dado en llamar *parte dogmática de una futura Constitución de la Unión Europea, en concreto, la Declaración de derechos y libertades fundamentales adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989*⁷⁷: protección a la familia en el ámbito jurídico, económico y social (artículo 7); derecho a la libre elección y ejercicio de profesión y de lugar de trabajo (artículo 12.1); derecho a una formación profesional adecuada (artículo 12.2); derecho a condiciones de trabajo justas, a la higiene y seguridad en el trabajo y a una remuneración decorosa (artículo 13); derechos a la negociación y al conflicto colectivo, y derecho de huelga (artículo 14); derecho a la protección de la salud, a la seguridad social, a la asistencia social y médica y de acceso a la vivienda (artículo 15); y derecho a la educación (artículo 16).

La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores fue adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, celebrado los días 8 y 9 de diciembre de 1989, por todos los países miembros de la Unión, a excepción del Reino Unido. A través de ella sus signatarios pretendieron consagrar solemnemente los progresos ya realizados en el campo social, así como acometer otros nuevos, con la idea de equiparar (como mínimo) la dimensión social a los aspectos económicos a efectos de la construcción del gran mercado único entonces previsto para 1992. Hay que insistir, a este respecto, en que la Carta social europea del Consejo de Europa y la Carta comunitaria no son incompatibles, sino complementarias⁷⁸.

⁷⁶ Ello fue sugerido en el pasado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, con la adopción de la *Resolución 915 (1989) de 9 de mayo de 1989*.

⁷⁷ Cfr. A. Rallo Lombarte, "Los derechos de los ciudadanos europeos", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 5, Valencia, 1994, págs. 67-87.

⁷⁸ Tal conclusión queda claramente expresada por A. Clapham, "Is there any competition between the two social Charters?", *Affari sociali internazionali*, núm. 1, 1992.

La Carta presenta una serie de iniciativas tendentes a desarrollar los derechos de los trabajadores; con esta finalidad, hace un llamamiento a los interlocutores sociales, a los Estados miembros y a la Comunidad.

El instrumento comunitario objeto de análisis se estructura en dos partes: un Título I bajo el enunciado "Derechos sociales fundamentales de los trabajadores", y un Título II con la rúbrica "Cumplimiento de la Carta". Los derechos sociales que la Unión considera fundamentales para los trabajadores según esa Carta son los siguientes: libre circulación; libre elección y ejercicio de una profesión, así como una justa remuneración; mejora de las condiciones de vida y de trabajo; protección social; libertad de asociación y de negociación colectiva; formación profesional; igualdad de trato entre hombres y mujeres; información, consulta y participación de los trabajadores; protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo; protección de los niños y de los adolescentes; protección de las personas ancianas y de los incapacitados.

En cuanto a las acciones para el cumplimiento de la Carta, las garantías previstas se refieren a medidas generales o de tipo legislativo, y no de protección frente a concretos actos de aplicación, quedando excluida la jurisdicción del TJCE. Por otra parte, la precariedad de la Carta no sólo se manifiesta en el práctico desconocimiento de una "parte orgánica"; en efecto, la "parte dogmática" también es en cierta medida deficiente, en tanto que denota un cierto *exclusivismo social* (sobre el que ya tuvimos ocasión de reflexionar), al referirse únicamente a los trabajadores, y no a todas las personas⁷⁹.

4.-Perspectivas del espacio social europeo comunitario

El establecimiento de un *verdadero espacio social europeo, en donde las políticas sociales sean realmente un medio para favorecer y fortalecer el respeto de los derechos socio-económicos*, no debería concebirse como uno de los nuevos desafíos del siglo XXI. Es un desafío, desde luego, pero no es nuevo. Por una parte, constituye un *desafío* porque se trata de un terreno en el que todavía queda mucho por andar; en cualquier caso, el déficit social actual no hace sino poner de manifiesto de manera más sólida la necesidad de avanzar en un ámbito cuyo carácter

⁷⁹ El Título II señala que "la garantía de los derechos sociales fundamentales de la presente Carta, así como la puesta en práctica de las medidas sociales indispensables para el buen funcionamiento del mercado interior son sobre todo, en el marco de una *estrategia de cohesión económica y social*, de la responsabilidad de los Estados miembros conforme a las prácticas nacionales, y en particular *por medio de legislación y de convenios colectivos*. (...) la Comisión elaborará cada año, en el curso del último trimestre, un informe sobre la aplicación de la Carta por los Estados miembros y por la Comunidad Europea. El informe de la Comisión será transmitido al Consejo europeo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social".

dinámico exige, pese a las mejoras, que siempre se busquen deficiencias y, consecuentemente, se adopten medidas positivas, ínsitas al progreso. Pero, por otra parte, el mencionado desafío *no es nuevo* porque "la *dimensión social* en la Comunidad Europea forma parte integrante del proyecto de los padres fundadores. La formación profesional y la readaptación de los trabajadores afectados por la crisis del carbón y de la siderurgia se hallan inscritas en el Tratado CECA"⁸⁰.

Las solidaridades de hecho a las que se refería el Preámbulo del Tratado CECA parece que han seguido una línea de retroceso, más que de progreso. La *presencia, en el texto del Tratado de París, de la dimensión social*, se ha visto acompañada por una *práctica ausencia de proyección social*. Ciertamente, el *acervo social* forjado hasta la fecha por las instituciones comunitarias no debe ser desconocido, en especial la jurisprudencia sobre política social del TJCE, que estudiaremos en el siguiente apartado. Pero, como decíamos, en materia social se imponen medidas progresivas, para lo que se requiere voluntad política por parte de las instituciones comunitarias. En cuanto al TJCE, es obvio que la extracción de las máximas posibilidades interpretativas tienen su límite en los textos legales comunitarios. Por ello, para ensanchar la jurisprudencia social del TJCE, se impone extender la presencia de la dimensión social en la normativa comunitaria, incluso a través de la reforma de los Tratados constitutivos. En este contexto, la próxima Conferencia intergubernamental de 1996⁸¹ debería hacerse eco de estas exigencias, de forma que la fase post-Maastricht resulte más alentadora de lo que fue el *producto final* del TUE⁸².

Sobre esto último, hemos tenido ocasión de lamentar la supresión en el TUE de la referencia a la Carta Social Europea del Consejo de Europa, que en cambio sí figuraba en el Preámbulo del Acta Unica. Junto a la ausencia de los derechos sociales, el alcance limitado del Protocolo sobre política social y del Protocolo sobre cohesión económica y social anejos al TUE no invitan a ser excesivamente optimistas si nos fijamos en los ambiciosos objetivos (incluso sociales) que contiene el artículo 2 TUE:

"La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y

⁸⁰ P. Fontaine, *Une idée neuve pour l'Europe. La déclaration Schuman-1950-1990*, Collection "Documentation européenne", Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, págs. 28-29.

⁸¹ En la Cumbre del Consejo de Madrid, celebrado los días 15-16 de diciembre de 1995, se ha fijado la fecha de la Conferencia Gubernamental para el 28 de marzo de 1996.

⁸² Para un acercamiento a los principales desafíos que deberá afrontar dicha Conferencia, véase J. V. Louis, "Algunas reflexiones sobre la reforma de 1996", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 1, 1995, págs. 9-41.

monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, *un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*".

Este último lugar reservado a las cuestiones sociales resulta expresivo de la situación a la que las mismas quedan relegadas, según los artículos 3 y 3A TUE. En primer lugar, para lograr los fines del artículo 2, el artículo 3 prevé acciones referentes a "una política en el ámbito social que incluye un Fondo social europeo" (letra i) y al "fortalecimiento de la cohesión económica y social" (letra j), que prácticamente vienen a reproducir la última parte del artículo 2. En cambio, el apartado 1 del artículo 3A tiene un tenor de más largo alcance y en nuestra opinión ofrece un sesgo restrictivo y preocupante para la realización de los derechos sociales, en la medida en que para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, se prevé que la Comunidad adopte

"una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al *principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*".

En efecto, esta opción por una economía liberal de mercado deja muy poco espacio a lo social, y contrasta abiertamente con el *consenso social europeo* que se está forjando, tanto en el Consejo de Europa como en la Comunidad Europea. Contrasta asimismo con el último Proyecto de Constitución de la Unión Europea de 9 de febrero de 1994 (*proyecto "Herman"*), en cuyo artículo 2 proclama como uno de los objetivos de la Unión

"desarrollar un espacio jurídico y económico sin fronteras interiores regido por el *principio de la economía social de mercado*".

Este modelo de economía social de mercado, cuya existencia se reconoce también en el marco del Estado social y democrático de Derecho español, conlleva ineludiblemente el reconocimiento y defensa de los derechos sociales. Por ello, el *Proyecto Herman*, en coherencia con la proclamación de tal principio, recoge en el Título VIII ("Derechos humanos garantizados por la Unión") una serie de derechos sociales: protección de la familia (punto 7), derecho al trabajo (punto 11.a), derechos sociales colectivos (punto 12), protección social (punto 13), y derecho a la educación (punto 14).

En el primer Capítulo señalamos que tanto el Proyecto Herman como los demás proyectos que le precedieron perseguían una construcción europea desde una perspectiva quizá un tanto utópica en el momento actual, especialmente porque la parte orgánica de la Constitución suponía la culminación del método de integración frente al de cooperación y la consecuente consagración de un verdadero Estado federal europeo. Por ello, optamos en nuestro trabajo por sentar primero las bases de esa construcción europea, sobre lo que ya es una realidad, un acervo, en Europa. Ahora bien, nos parece loable el objetivo mencionado en el artículo 2 del Proyecto Herman, puesto que no habla de una utopía, sino de uno de los mínimos para la realización del consenso europeo social y democrático de Derecho que estamos intentando extraer de la normativa europea sobre derechos humanos. Así pues, con independencia de la denominación con la que quiera etiquetarse el resultado de la Conferencia intergubernamental de 1996⁸³, el principio de economía social de mercado debe servir de guía en el desarrollo de la misma.

V.-LA REALIZACION DE LAS EXIGENCIAS SOCIO-ECONOMICAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA A TRAVES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

Cada año, el TJCE emite un buen número de sentencias en materia de política social que, por tanto, directa o indirectamente, afectan a la realización de los derechos sociales. Así, por ejemplo, Traversa destacó cuatro ámbitos sobre los que ha tenido que pronunciarse la instancia jurisdiccional de Luxemburgo durante el año 1991⁸⁴:

- de un lado, se ha pronunciado sobre la prohibición de la conocida como discriminación "inversa" o "indirecta" entre hombres y mujeres enunciada en el artículo 119 del Tratado CEE, en combinación con la Directiva 75/117/CEE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de remuneración salarial (*sentencia de 7 de febrero de 1991, caso Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg*), y con la Directiva 79/7/CEE referente a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (*sentencia de 13 de marzo de 1991, caso Ann Cotter, Norah McDermott contra Minister for Social Welfare y Attorney General*);

- de otro lado, los jueces comunitarios han tenido que interpretar más casos relativos a la Directiva 77/187/CEE sobre el mantenimiento de

83 En este sentido, de plantea si la Conferencia apuntará hacia una Constitución, una Constitución-marco, una Carta Constitucional, un Tratado "base", un Maastricht "bis", un Convenio... Véase sobre el particular J. V. Louis, "Algunas reflexiones...", cit., pág. 17.

84 Véase E. Traversa, "Jurisprudence communautaire en matière de politique sociale (1991)", *Revue trimestrielle de Droit européen*, núm. 1, 1993.

los derechos de los trabajadores en los casos de transmisión de empresas y continuación de la relación laboral (*sentencia de 25 de julio de 1991, caso Giuseppe d'Urso y otros contra Ercole Marelli Elettromeccanica Generale*)⁸⁵;

- en tercer lugar, los jueces de Luxemburgo han tenido que decidir sobre el eventual conflicto entre el monopolio legal en la colocación de la mano de obra y las reglas de la concurrencia del Tratado CEE, sobre la base de los artículos 59, 86 y 90 del mismo (*sentencia de 23 de abril de 1991, caso Klaus Höffner y Fritz Elser contra Macrotron, GmbH*);

- y, en cuarto lugar, los jueces europeos de la capital luxemburguesa se han visto llamados a resolver sobre el derecho de los particulares (y señaladamente de los trabajadores) a la reparación de los daños causados por la no transposición de una Directiva por un Estado miembro (a propósito del ya mencionado *caso Francovich y otros contra República Italiana, de 19 de noviembre de 1991*).

Sin perjuicio de que retomemos a continuación algunos de estos supuestos, vamos a operar con jurisprudencia más reciente, y desde la visión temática más amplia que nos ofrece el esquema seguido sobre la base de los sistemas de normas, órganos y fines.

1.-La normativa comunitaria como sistema de normas

El carácter mínimo de las exigencias comunitarias, en la consecución del espacio social europeo, se puede percibir en aquellos casos en los que, siendo limitado el alcance de la aproximación de legislaciones nacionales en algún aspecto de la política social, se requiere que ese nivel básico sea respetado por la normativa nacional para garantizar los derechos de los trabajadores.

En la *sentencia de 8 de junio de 1994*, dictada en el *caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, se requirió al TJCE para que se pronunciara sobre si el Reino Unido había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE, al no adaptar correctamente su Derecho interno a ciertas disposiciones de la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Una vez más ha quedado patente, tras el fallo inculpatario, que el rechazo del Reino Unido hacia la política

⁸⁵ Esta cuestión ha estado recientemente de rabiosa actualidad a propósito de la fusión o transmisión (la terminología todavía es controvertida y se halla pendiente ante los tribunales internos españoles) de dos grandes empresas españolas: *Galerías Preciados* y *El Corte Inglés*.

social europea no es una circunstancia aislada; antes al contrario, no sólo se manifiesta en los momentos en que intenta bloquear las negociaciones conducentes a evitar la acentuación del déficit social europeo en la normativa comunitaria, sino asimismo en la negativa a aplicar dicha política.

A la vista de los apartados 8, 14, 15, y 25 de dicha sentencia, queda resumida claramente la infracción por parte del Reino Unido de la normativa mínima europea, no sólo desde el punto de vista del TJCE, sino asimismo de las informaciones aportadas por el órgano motor de la política comunitaria (la Comisión). Por su parte, el Gobierno británico lleva a cabo una interpretación *sui generis* de la normativa europea de referencia, desvirtuándola al máximo y haciendo gala de una postura *antisocial* y alineada con la parte más fuerte de la relación laboral.

"La Comisión considera que la normativa británica (*the Employment Protection Act* -en adelante, la EPA-) no cumple las exigencias de la Directiva ni las obligaciones que se derivan del artículo 5 del Tratado.

(...) El Gobierno del Reino Unido reconoce que en el Reino Unido la representación de los trabajadores en la empresa se basa tradicionalmente en el reconocimiento voluntario de los sindicatos por parte del empresario y que, en consecuencia, el empresario que no reconoce al sindicato no está sometido a las obligaciones previstas por la Directiva, pero sostiene que la Directiva no ha querido modificar las normas o las prácticas nacionales de designación de los representantes de los trabajadores.

No es posible aceptar el punto de vista del Gobierno del Reino Unido.

Al armonizar las normas aplicables a los despidos colectivos, *el legislador comunitario ha querido, a la vez, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad*".

Creemos que el ejemplo anterior exime de recopilar más casos en los que se percibe la preocupación de las instituciones europeas por que se respete el parámetro social mínimo establecido por el sistema de normas comunitaria.

2.-La normativa comunitaria como sistema de órganos

Desde la visión del sistema de derechos humanos (que se halla reforzada por el efecto directo del Derecho comunitario), se puede percibir cómo el TJCE indica a los órganos nacionales que hagan confluir sus esfuerzos en la consecución de los objetivos sociales europeos, para que en algunos casos incluso apliquen las normas comunitarias de oficio. En la

sentencia de 11 de julio de 1991 (caso A. Verholen y otros contra Sociale Verzekeringsbank Amsterdam), el TJCE precisó que el juez nacional puede apreciar la conformidad de una regulación nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva incluso de oficio, esto es, cuando las partes ni siquiera han invocado ante la jurisdicción el beneficio de tales disposiciones.

Desde una visión *ad intra* del sistema de órganos comunitario, la actuación de esos órganos propiamente comunitarios en la política social se ha visto favorecida por la jurisprudencia del TJCE. Por otra parte, se vislumbra otra vez la idea de que la parte orgánica está en función de la dogmática. La *sentencia de 8 de abril de 1976, caso Defrenne núm. 2*, ofreció la cobertura jurídica suficiente para ello en el apartado 63:

"en ausencia de cualquier referencia expresa a las funciones que deba ejercer eventualmente la Comunidad en vista al cumplimiento de la política social, conviene referirse al sistema general del Tratado y a los medios que el mismo ha instituido, tales como los previstos en los artículos 100, 155, y, en su caso, 235".

Pese a que este asunto se refería específicamente a la realización del principio de igualdad de remuneración consagrado en el artículo 119, Banks ha puesto de relieve cómo "la Comisión y, más tarde, el Consejo, han aplicado la lógica de la sentencia Defrenne igualmente a otros aspectos de la política social"⁸⁶; más concretamente, el autor se centra en los aspectos relativos a la protección contra los accidentes y las enfermedades profesionales y a la higiene en el trabajo, cubiertos por el artículo 118 y mejorados por el 118 A (introducido en el Tratado CEE por el artículo 21 del Acta Unica).

3.-La normativa comunitaria como sistema de fines

En fechas recientes se publicó una sentencia fundamental para comprender el sistema de fines en el seno de la Comunidad Europea. En ella el TJCE confirma en términos claros su jurisprudencia en relación a fines y principios básicos para la consecución del espacio social europeo: aludimos, por una parte, al principio de igualdad y, por otra, al siempre controvertido fin o función social del derecho de propiedad.

En este contexto, la *sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1994 dictada en el caso SMW Winzersekt GmbH contra Land Rheinland-Pfalz*, resuelve una cuestión prejudicial relativa a la utilización de la mención del método de elaboración denominado "méthode champenoise" por

⁸⁶ K. Banks, "L'article 118 A. Élement dynamique de la politique sociale communautaire", *Cahiers de Droit européen*, núms. 5-6, febrero 1994, pág. 538.

otros vinos que no tengan derecho a la denominación de origen "champagne". El Tribunal, tras declarar justificada la prohibición impuesta a estos últimos de utilizar aquella mención, ofrece unos interesantes argumentos sobre la intervención de las autoridades públicas, tanto para ingerirse en el derecho de propiedad en aras a su función social ("función en la sociedad" dice el Tribunal) como para delimitar el contenido del principio de igualdad sobre la base del "interés general". Todo ello en el *marco de la política social comunitaria* -y, en concreto de la agrícola- y bajo la égida del amplio margen de apreciación que corresponde a las autoridades comunitarias.

En cuanto al margen de apreciación, que conlleve unas amplias facultades interventoras, dice el apartado 21:

"A este respecto debe señalarse que el *legislador comunitario* dispone, en materia de política agrícola común, de un *amplio poder de apreciación*, que corresponde a las responsabilidades políticas que le atribuyen los artículos 40 y 43 del Tratado, y que este Tribunal de Justicia ha declarado, en numerosas ocasiones, que tan sólo el carácter manifiestamente inapropiado de una medida adoptada en este sector, en relación con el objetivo que la Institución competente persiga conseguir, puede afectar a la legalidad de tal medida".

Respecto al derecho de propiedad y a su función social, se señala en el apartado 22:

"Por otro lado, ha de recordarse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual *ni el derecho de propiedad ni el libre ejercicio de actividades profesionales constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración con respecto a su función en la sociedad*. Por consiguiente, pueden establecerse restricciones al derecho de propiedad y al libre ejercicio de una actividad profesional, siempre que tales restricciones obedezcan a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, con respecto a la finalidad perseguida, una intervención desmesurada e intolerable que vulnere aspectos sustanciales de los derechos así garantizados"⁸⁷.

Al margen de las limitaciones a la propiedad, que evocan sin duda las extensas funciones del Estado social, hay otro aspecto en esta sentencia que permite restringir más, si cabe, el ejercicio de los derechos. Nos referimos a la diferencia que establece el Tribunal entre los "aspectos sustanciales" de un derecho y las "modalidades de ejercicio" del mismo; esto, en seguida nos hace pensar en la diferencia establecida en la

⁸⁷ En este contexto, y en cuanto al fondo del asunto, el Tribunal declara en el apartado 23 que "en cuanto a la vulneración del derecho de propiedad que alega Winzersekt, debe hacerse constar que la mención 'méthode champenoise' es una indicación que, antes de la adopción del Reglamento, podían utilizar todos los productores de vinos espumosos. No puede considerarse que la prohibición de utilizar tal mención vulnere un presunto derecho de propiedad de Winzersekt".

jurisprudencia constitucional española en torno al "contenido esencial" de un derecho y los "aspectos incidentales" relativos a su ejercicio. Como sabemos, esta diferencia ha sido básica para la intervención (en el marco del Estado social español) y utilización de un mayor margen de apreciación del legislador español, de tal forma que le ha facultado para adoptar leyes ordinarias en lugar de las de procedimiento más costoso (leyes orgánicas) en materias tales como los medios de comunicación social. El TJCE declara en su apartado 24:

"Por lo que se refiere al libre ejercicio de una actividad profesional, debe indicarse que los párrafos segundo y tercero del apartado 5 del artículo 6 del Reglamento nº 2333/92 *no vulneran aspectos sustanciales del derecho* al libre ejercicio de una actividad profesional, que invoca *Winzersekt*, puesto que *sólo afectan a las modalidades de ejercicio de tal derecho, sin poner en peligro su propia existencia*. Por consiguiente, es importante comprobar que tales disposiciones persiguen objetivos de interés general, que no afectan de un modo desproporcionado a la situación de productores como *Winzersekt* y que, por tanto, el Consejo no ha rebasado, en el caso de autos, los límites de su *margen de apreciación*".

Por lo que se refiere al principio general de igualdad, el Tribunal de Justicia afirma en el apartado 30:

"A este respecto, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables, y que no se traten de forma idéntica situaciones diferentes, a menos que dicha diferenciación esté objetivamente justificada⁸⁸.

En otra sentencia anterior ya citada (*caso Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg, de 7 de febrero de 1991*), el TJCE evoca la doctrina de la *irreversibilidad de las conquistas sociales*, que también ha sido aplicada por nuestro TC, como ya tuvimos ocasión de ver. Nada parece más acorde con los fines del espacio social europeo y del Estado social español, respectivamente, que la confirmación de esta doctrina como factor de progreso. Lo que antecede significa que, en caso de discriminación, la nivelación debe producirse tomando como referencia las condiciones más favorables a los interesados, y no la situación más desfavorable.

En cuanto al fondo del asunto, la señora Helga Nimz trabajaba en la Administración de la ciudad de Hamburgo. Según el convenio colectivo

⁸⁸ En cuanto al fondo, dice el apartado 31: "En el caso de autos, procede declarar que los párrafos segundo y tercero del apartado 5 del artículo 6 del Reglamento núm. 2333/92 se aplican a todos los productores de vino espumoso de la Comunidad, excepto a aquellos que tiene derecho a la denominación controlada 'Champagne'. El hecho de ser titular de dicha denominación controlada es un elemento objetivo que puede fundamentar una diferencia de trato. Por ello, está justificado un trato diferente para cada uno de esos dos grupos de productores".

que regía el contrato de trabajo de los agentes de la función pública a los que pertenecía la demandante (*Bundesangestelltentarifvertrag*), para el paso a un grupo salarial superior se tenía en cuenta la antigüedad en el servicio. Los períodos de antigüedad se calculaban sobre la base del conjunto del tiempo trabajado respecto de los empleados que trabajan al menos tres cuartos del horario normal, y únicamente la mitad del período trabajado respecto de los empleados que observaban un horario comprendido entre la mitad y los tres cuartos del horario normal. El juez de instancia de Hamburgo, tras comprobar que el 90% de los empleados que se encontraban en el segundo supuesto eran mujeres, sometió una cuestión prejudicial al TJCE, al efecto de saber si el aumento del salario sobre la base de los citados criterios eran o no contrarios al artículo 119 del Tratado CEE o, eventualmente, a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres reconocida en la Directiva 75/117/CEE).

El Tribunal, tras confirmar su jurisprudencia relativa a la aplicabilidad directa de las disposiciones del Tratado que son suficientemente precisas, decidió que el artículo 119 del Tratado CEE era aplicable al caso. Así, y confirmando igualmente el principio de supremacía del Derecho comunitario sobre las disposiciones de Derecho nacional (incluidas las de naturaleza *convencional*)⁸⁹, resolvió que los criterios de apreciación para el paso de un grupo salarial a otro en el caso controvertido eran contrarios artículo 119. En tal sentido, el TJCE declaró que el juez nacional debía aplicar a los miembros del grupo afectado por la discriminación apuntada el mismo régimen del que eran beneficiarios los miembros del grupo favorecido.

Comentando esta sentencia, Traversa se ha referido a la idea del mantenimiento de las conquistas sociales y del respeto del Derecho comunitario no sólo por las personas públicas, sino también privadas: según el autor, por esta vía el Tribunal ha reconocido que "el principio de igualdad de trato debe ser entendido en el sentido de una igualación al alza (*une égalisation vers le haut*): en efecto, es el grupo desfavorecido el que debe ser elevado al nivel del grupo favorecido, y no a la inversa. La sentencia confirma, por lo demás, el pleno efecto directo tanto vertical (respecto de las autoridades públicas) como horizontal (en las relaciones entre particulares) de las disposiciones del Derecho comunitario inmediatamente aplicables, como lo son precisamente las del artículo 119 del Tratado CEE"⁹⁰.

⁸⁹ Refiriéndose a la *sentencia de 27 de junio de 1990, caso Kowalska*, declaró el TJCE que la prohibición de discriminación entre trabajadores hombres y mujeres se impone no sólo a la acción de las autoridades públicas, sino asimismo a cualquier convenio colectivo que regule las relaciones laborales.

⁹⁰ E. Traversa, "Jurisprudence communautaire...", cit., págs. 83-84.

La jurisprudencia social acabada de esbozar acaso disipe dudas en torno a las vacilaciones de las que en ocasiones ha hecho gala el TJCE al abordar la efectividad de los fines sociales de la política comunitaria. Acaso también refuerce la efectividad de los mismos las reflexiones que operamos en el capítulo II sobre los principios constitucionales rectores de la política social y económica. Como muestra de esas vacilaciones podemos mencionar el *caso Sloman Neptun Schiffahrts AG contra Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, sentencia de 17 de marzo de 1993*⁹¹. En ella se resuelve una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 92 y 117 del Tratado CEE. Veamos los apartados 25 a 28:

"Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia (...), las disposiciones del artículo 117 tienen un carácter esencialmente programático. *Este artículo contempla objetivos sociales cuya aplicación debe resultar de la actuación de la Comunidad, de la estrecha colaboración entre los Estados miembros y del funcionamiento del mercado común.*

Es muy cierto que el carácter programático de los objetivos sociales enunciados por el artículo 117 no implica que carezcan por completo de efectos jurídicos. En realidad constituyen elementos importantes, especialmente, para la interpretación de otras disposiciones del Tratado y del Derecho comunitario derivado en el ámbito social. Sin embargo, la realización de estos objetivos debe ser el resultado de una política social cuya definición corresponde a las autoridades competentes (...).

Por consiguiente, ni las orientaciones generales de la política social definida por cada Estado miembro ni las medidas específicas, como las contempladas en las resoluciones de remisión, pueden ser objeto de un control jurisdiccional en lo que se refiere a su conformidad con los objetivos sociales enunciados en el artículo 117 del Tratado.

Finalmente, aunque la mejora de las condiciones de vida y de trabajo constituye una de las finalidades esenciales del Tratado, como así lo indican su preámbulo y sus artículos 2 y 117, los Estados miembros disponen a este respecto de una libertad de decisión que impide que la obligación contenida en el artículo 5 del Tratado genere, en favor de los justiciables, derechos que deban ser protegidos por órganos jurisdiccionales nacionales".

Para reafirmar la eficacia de los fines sociales comunitarios, acabemos citando un asunto en el que se suscitó el alcance de una libertad fundamental para la defensa de los intereses de los trabajadores, la libertad sindical: el *caso Henry Maurissen y Union syndicale contra Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, sentencia de 18 de enero de 1990*. El mismo tiene por objeto la anulación de dos decisiones del Presidente del Tribunal de Cuentas: de un lado, la de 17 de marzo de 1987, por la que se da instrucciones al servicio de correo interno del Tribunal para que se abstenga provisionalmente de hacer circular boletines sindicales; de otro lado, la de 31 de marzo de 1987, negándose a

91 Rec. 1993-3, págs. I-935-936.

dispensar del servicio a los representantes de la *Union syndicale* para permitirles asistir a las reuniones de los sindicatos con la Comisión de las Comunidades Europeas que se refieren a cuestiones generales de personal. Los apartados 11 a 13 de la sentencia recogen el alcance del derecho de sindicación⁹²:

"Para examinar el fundamento de los recursos, procede recordar previamente que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 *bis* de su Estatuto, *los funcionarios gozarán del derecho de asociación; podrán, en particular, ser miembros de organizaciones sindicales o profesionales de funcionarios europeos.*

Las instituciones comunitarias y los organismos que se les asimilan a efectos de la aplicación del Estatuto de funcionarios en virtud del artículo 1 de dicho Estatuto están obligados a no hacer nada que pueda obstaculizar el ejercicio de la libertad sindical reconocida por las citadas disposiciones del artículo 24 bis.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...), la libertad sindical así reconocida implica, según los principios generales del Derecho del Trabajo, no únicamente la facultad, para los funcionarios y agentes, de constituir libremente las asociaciones que quieran, sino también la de dichas asociaciones para dedicarse a cualquier actividad lícita en defensa de los intereses profesionales de sus miembros".

92 Rec. 1990-1, págs. I-117 y ss.

CAPITULO V. CONSENSO EUROPEO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO (III): ESPACIO DEMOCRATICO

SUMARIO:

I.-CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

II.-INTRODUCCIÓN AL TEMA: 1.-La democracia como producto occidental y su universalización. 2.-La necesaria imbricación entre democracia y derechos humanos. 3.-La necesidad de una noción global de democracia, como política, social y solidaria. 4.-El entendimiento de la democracia como regla de la mayoría con respeto de la minoría.

III.-EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-El sistema de normas. 2.-El sistema de órganos. 3.-El sistema de fines.

IV.-EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-El sistema de normas en una sociedad democrática. 2.-La regla democrática en el sistema de órganos. 3.-El sistema democrático de fines.

V.-EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA NORMATIVA COMUNITARIA: 1.-El sistema de normas. 2.-El sistema de órganos. 3.-El sistema de fines.

VI.-EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: 1.-El sistema de normas en una sociedad democrática. 2.-La regla democrática en el sistema de órganos. 3.-El sistema democrático de fines.

I.-CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Probablemente no exista en la Ciencia Política ni en el Derecho Constitucional una palabra tan frecuentemente pronunciada como la de democracia. En efecto, desde su origen (que suele situarse en la obra de los teóricos griegos del Estado de los siglos V y IV a. de C.) dicho concepto se ha situado en el centro de esa búsqueda del Estado o de la ciudad ideal a la que nos referimos en el capítulo I. En este sentido, parece haberse convenido que la mejor forma de gobierno es la democracia, aunque algunas voces de influencia *churchilliana* hayan preferido calificarla como la menos mala¹. Ahora bien, en este ámbito la terminología no ha sido en absoluto inocente, y conocida es la oposición entre democracia *liberal* y democracia *verdadera* (como gustaban llamarla los bolcheviques), o entre democracia *formal* y democracia *real*. En realidad, en todos estos casos, el calificativo venía a desvirtuar o a vaciar de contenido el sustantivo, que quedaba así falseado. Como ejemplo ilustrativo de ello, pensemos en la antigua República *democrática* alemana.

En la actualidad, la tensión entre *democracia política* y *democracia social* ha desembocado en una compatibilidad de ambas, en una conciliación entre el valor libertad y el valor igualdad, entre los derechos cívico-políticos y los derechos socio-económicos (habremos de añadir el valor y los derechos de solidaridad), lo que propicia una noción global de democracia. Al tiempo, existe otro par de términos igualmente común en la doctrina, que se refiere a la tensión-compatibilidad entre *democracia procedimental* y *democracia sustantiva*². Tanto la concepción

¹ En estos términos se refiere R. Cotarelo ("La universalización de la democracia", *Sistema*, núm. 4, 1991, págs. 9-10) a la vieja pregunta sobre el mejor gobierno posible: "El más antiguo interrogante de la filosofía política, aquel que da nacimiento a la historia de la reflexión humana sobre los asuntos políticos, es la pregunta por la mejor forma de gobierno. Estamos acostumbrados a clasificar a los teóricos según el tipo de contestación que hayan ido dando al problema: demócratas radicales, aristócratas, sincréticos como Aristóteles, monárquicos, contractualistas, partidarios de unas u otras formas de gobiernos mixtos, anarquistas..., y apenas reparamos ya en que, por extrañío que pueda parecer al tratarse de una cuestión política y, por tanto, esencialmente opinable, hoy se da una manifiesta unanimidad en la respuesta. Existe escasísimo acuerdo acerca de qué sea la belleza, el hombre o el valor, por citar tres cuestiones nucleares en tres tipos de disciplinas con amplia producción (estética, antropología y economía). La teoría política, sin embargo, parece haber cumplido su programa, pues a su pregunta originaria da una respuesta cierta y segura: la mejor forma de gobierno es la democracia".

² La democracia procedimental o procesal se refiere al método o conjunto de reglas que permiten establecer y mantener un conjunto de instituciones que posibilitan la división de poderes, básicamente a través de elecciones libres, periódicas y competidas. Tal tipo de democracia constituye el punto de partida necesario para la realización de la democracia

procedimental como la sustantiva, según Cotarelo, poseen elementos que propician la universalización de la democracia³. En cualquier caso, ya se trate de democracia política o de democracia social, de democracia procedimental o de democracia sustantiva, su elemento estructural lo constituyen los derechos humanos. Incluso desde la visión procedimental, es evidente que el desarrollo de unas elecciones libres aparece como fundamental para el ejercicio del derecho de voto, como veremos posteriormente. Esto no significa sino que la universalización de la democracia corre paralela a la universalización de los derechos humanos.

Por otra parte, de la tipología mencionada se desprende una lógica dificultad para definir democracia. Es por ello que, como afirma Cotarelo, "parte del talante democrático reside en admitir la pluralidad de definiciones de la democracia e incluso, la posibilidad de que sea imposible ponerse de acuerdo a la hora de especificar una en concreto. Hasta puede afirmarse que la democracia empieza allí donde compiten pacíficamente distintas ideas de la democracia"⁴. Reconocida la difícil tarea definitoria, el autor no renuncia a ensayar su propia concepción: "Entiendo por democracia aquella forma de organizar el Estado de Derecho en el cual *las decisiones se adoptan por mayoría con el debido respeto a los derechos de las minorías*, siendo el primero de éstos la posibilidad de convertirse en mayorías en un proceso electoral periódico, libre e igual. Dentro de la definición se encuentran algunas determinaciones que son condiciones imprescindibles de aquélla: el imperio de la ley, los derechos fundamentales de la persona, y la limitación del poder o andamiaje de frenos y contrapesos"⁵. De esta definición, al margen de la necesaria referencia a los derechos, nos parece importante, para el cabal entendimiento de la democracia, la mención a la regla de la mayoría con respeto de la minoría.

En suma: en el marco del debate sobre la consciente y provocada confusión terminológica (o, sencillamente, el peso de la inercia histórica,

sustantiva, esto es, para propiciar el efectivo respeto de los valores democráticos (libertad, igualdad y solidaridad) y una participación cotidiana en la vida política.

3 Véase R. Cotarelo, "La universalización...", cit., pág. 13: "Una ojeada a la organización política contemporánea de los más diversos pueblos (desde el Japón a Israel, pasando por la India) prueba que *no hay factor cultural alguno antagónico con la concepción procedimental de la democracia*. (...) Son tres, a nuestro juicio, los factores principales que han contribuido al generalizado enraizamiento y consolidación de la democracia en el mundo contemporáneo; dos de tipo técnico-material y uno de carácter jurídico-político y moral: el progreso tecnológico, *el nuevo tratamiento de los derechos fundamentales de la persona*, y la transparencia informativa en los órdenes nacional e internacional".

4 *Ibidem*, págs. 10-11.

5 *Ibidem*, pág. 11.

como advierte Sartori⁶), es necesario que medie la realización efectiva de los derechos humanos, al ser éste un concepto que, pese a las conocidas sombras propiciadas por los particularismos culturales, ha progresado en la tendencia hacia el universalismo y, por tanto, puede poner luz al objetivo de universalizar también la democracia.

Las consideraciones precedentes no eximen de recordar la más famosa definición de democracia, pronunciada por el ex-Presidente de los Estados Unidos de América, Abraham Lincoln en la inauguración del cementerio nacional de Gettysburg el 19 de noviembre de 1863 en los siguientes términos: "the government of the people, by the people, and for the people shall not perish from the earth". Como es sabido, la UNESCO llevó a cabo en 1949 un análisis crítico de esta proposición, manifestándose que la partícula "por el pueblo" se aproximaba más al espíritu esencialmente democrático, mientras que "del pueblo" y "para el pueblo" suscitaban ciertas reservas, dado que en nombre del pueblo y para su beneficio se han pretendido justificar intervenciones supuestamente *sociales* que realmente escondían prácticas antidemocráticas.

En cuanto a la constitucionalización del adjetivo democrático, suele señalarse como antecedente privilegiado el Preámbulo que encabezaba la Constitución francesa de 1848⁷; incluso hoy, la Constitución francesa actual de 1958 recoge la famosa definición de Lincoln, en el párrafo quinto de su artículo 1º: "Su principio -de Francia- es: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo"⁸. Por lo que respecta a la Constitución española vigente⁹, debe hacerse notar que no acoge el sustantivo "democracia" (a diferencia de la Ley para la Reforma

⁶ Véase G. Sartori, *Teoría de la democracia. Tomo II: Los problemas clásicos*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, págs. 357-358.

⁷ El Preámbulo de la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848, proclamaba en su apartado II que "la República francesa es *democrática*, una e indivisible".

⁸ La versión original dice así: "Son principe est: gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple".

⁹ Véase la monografía de M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos ("Temas clave de la Constitución española"), 1989.

Política¹⁰), sino el adjetivo "democrático/a" para referirse a la sociedad española (Preámbulo constitucional) o a nuestras instituciones¹¹.

II.-INTRODUCCIÓN AL TEMA

1.-La democracia como producto occidental y su universalización

Como ha observado la doctrina, "no hay duda alguna de que los orígenes históricos de la democracia son incontestablemente occidentales. (...) Pero, pese a que la fuente de la historia y de la *prehistoria* de la democracia se sitúe en Europa del Oeste y en América del Norte, si sus premisas al tiempo intelectuales, culturales y sociales o económicas se desarrollan igualmente en Occidente, sus desarrollos ulteriores e insospechados al principio la han conducido poco a poco sobre vías bastantes alejadas de su primera matriz"¹².

La anterior aseveración ha quedado reflejada en los instrumentos internacionales regionales de derechos humanos. Efectivamente, sólo los documentos del continente europeo y del americano aluden explícitamente a la democracia, con el sesgo occidental que introduce la referencia a la libertad individual. Así, aparece proclamada en el Estatuto del Consejo de Europa y en el CEDH, al igual que en el documento fundacional de la Organización de Estados Americanos. En cambio, se omite cualquier mención a los valores democráticos en los instrumentos de derechos humanos de otras áreas culturales: en particular, en la *Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos*, adoptada por la Organización para la Unidad Africana el 27 de junio de 1981 y en la *Carta Árabe de Derechos Humanos* adoptada por el Consejo de la Liga Árabe el 15 de septiembre de 1994¹³. Estos dos últimos instrumentos regionales, al contrario que los occidentales, exaltan más bien los valores de la colectividad, y sobre todo la Carta africana.

¹⁰ En el artículo 1.1 de la Ley para la Reforma Política, de 4 de enero de 1977, se establecía que "la democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo".

¹¹ Pensemos en la cláusula típica referida a los partidos políticos (artículo 6), a los sindicatos y asociaciones de empresarios (artículo 7) y otras asociaciones, cuya estructura interna y funcionamiento han de ser "democráticos".

¹² G. Hermet, *Culture et démocratie*, París, UNESCO, 1993, pág. 47.

¹³ Puede verse una traducción de la Carta árabe al francés (por M. A. Al Midani) en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 7, núms. 4-6, 23 junio 1995, págs. 212-214.

A la vista de estos textos internacionales de derechos humanos, podemos realizar dos observaciones. Primera, que la fuerza ganada por el universalismo de los derechos ha de llevar irremediamente a la universalización de la democracia, por la estrecha conexión entre ambos conceptos ya apuntada; segunda, que sin embargo es clara la resistencia a la asunción de un valor como la democracia, procedente de la órbita occidental modernizada, por lo que su victoria¹⁴, aún está por llegar a todos los rincones del planeta (a ello, ciertamente, ha contribuido la flexibilidad y la facilidad con la que se ha hecho uso -y abuso- por doquier y por cualquier, según ha apuntado Kelsen)¹⁵.

En el ámbito universal, la propia Declaración de 1948 ha sido criticada por acoger una visión occidental del mundo, y ello pese a que la concepción democrática se recoge en un solo precepto, el artículo 29.2, para expresar que las restricciones a los derechos y libertades consagrados deben atenerse a las exigencias de una "sociedad democrática". En realidad, más que el texto en sí, lo que ha suscitado reticencias ha sido el origen occidental de la Declaración, lo que se explica (aunque no se justifique, obviamente) porque un gran número de países del denominado Tercer Mundo todavía estaban colonizados. Tal circunstancia ha llevado a afirmar que el documento de 1948, más que por su universalidad, se caracteriza por su generalidad¹⁶. Por su parte, los dos Pactos Internacionales de 19 de diciembre de 1966 se hacen eco de las aspiraciones de esos países subyugados, y por eso proclaman en sendos artículos 1 el derecho a la autodeterminación de los pueblos. En ambos

14 Véase G. Sartori, *La democracia después del comunismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, págs. 18-19: "Geográficamente la victoria de la democracia se circunscribe al mundo modernizado. (...) Pero en los inicios de los años noventa el hecho es que la victoria de la democracia se detiene *grosso modo* en los confines de Africa, excluye a una gran parte del continente asiático (China es grandísima), y se topa con el rechazo de los países islámicos en los que la política y la religión, lo espiritual y lo temporal, son una sola cosa. Por lo tanto, la victoria espacial de la democracia está todavía muy lejos de ser global".

15 Como ya advertía Kelsen (*Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Guadarrama, 1977, pág. 11), "la democracia es la consigna que durante los siglos XIX y XX domina casi totalmente sobre los espíritus. Precisamente ésta es la razón de que haya perdido, como todos los lemas, su sentido intrínseco. Copiando la moda política, este concepto -el más explotado entre todos los conceptos políticos-, resulta aplicado a todos los fines y a todas las ocasiones posibles".

16 Así lo ha expresado Sánchez Ferriz (*Estudio sobre las libertades*, op. cit., págs. 104-105), "a medida que la Declaración se ha ido haciendo más universal por obra de la progresiva incorporación de Estados a la ONU (que en el momento de su aprobación contaba con 58), también la polémica se ha ampliado llegando a cuestionar los fundamentos o planteamientos realmente universales de la Declaración. A lo sumo, se podría hablar de generalidad, pero no de universalidad, porque la Declaración quierase o no es fruto del pensamiento occidental".

Pactos se recoge asimismo el espíritu democrático desde el prisma de la limitación de los derechos¹⁷.

En cualquier caso, habría que concluir reconociendo que la democracia, más que un conjunto de instituciones o de reglas (que lo es también) debe ser el reflejo de un *modo de vida*, como expresó en su día el Director General de la UNESCO, Federico Mayor Zaragoza, o como una *cultura*. A tenor de ello, es ineludible traer a colación el papel esencial de la educación en todo régimen que pretenda consolidarse como democrático. El régimen constitucional español cuenta con un precepto esencial en este ámbito, y sin embargo poco estudiado en la doctrina: el artículo 27.2 CE¹⁸. Según esta prescripción constitucional

"la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el *respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*".

Dicha disposición está inspirada en el artículo 26.2 de la Declaración Universal:

"La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".

Como puede apreciarse, el precepto español añade ese *plus de democraticidad*, en relación a la disposición internacional. La proyección del artículo 27.2 en nuestro régimen político ha sido sintetizada significativamente por Prieto de Pedro, al manifestar que acoge el denominado *principio de enculturación democrática y universalismo cultural de los derechos humanos*¹⁹, fórmula ésta que a su vez alberga la conocida como *cultura de los derechos o pedagogía de la libertad*.

¹⁷ Es así que la idea de "sociedad democrática" juega como parámetro para establecer restricciones al derecho de sindicación (artículo 8.1.a del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales) o a los derechos de reunión pacífica y de asociación (artículos 21 y 22.2, respectivamente, del Pacto de derechos civiles y políticos). A la vista de estos preceptos, lo que interesa subrayar es que se pone en relación democracia con derechos humanos, pues la sociedad democrática es la "medida para proteger los derechos y libertades de los demás".

¹⁸ Sobre la proyección de este precepto en la consolidación de nuestro régimen democrático, a la luz de las prescripciones internacionales en la materia, véase R. Sánchez Ferriz, y L. Jimena Quesada, *La enseñanza de los derechos humanos*, op. cit.

¹⁹ J. Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 282-284.

Por su parte, las Naciones Unidas (en especial, la UNESCO), han venido incrementando sus esfuerzos en este terreno, y hoy constituye un marco necesario de referencia la *Declaración de Montreal de 9 de marzo de 1993, sobre educación en derechos humanos y en democracia*²⁰.

2.-La necesaria imbricación entre democracia y derechos humanos

La jurisprudencia de los órganos tutelares del CEDH ha puesto de manifiesto la indicada correlación entre democracia y derechos humanos, especialmente al enfrentarse con asuntos relativos a la libertad de expresión: en el *caso Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976* ya afirmó la trascendencia de la libertad de expresión como

"uno de los principales fundamentos de una *sociedad democrática* y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual" (párrafo 49).

El enfoque democrático que venimos adoptando adquiere particular interés si nos enfrentamos con unos derechos considerados al margen del multiculturalismo, universales o absolutos. Nos referimos al derecho a la vida, como valor supremo y presupuesto para el ejercicio de los demás derechos, y a la integridad corporal y moral. El asunto que vamos a abordar no nos lleva a introducirnos en un lejano relativismo cultural, sino en la misma civilización occidental situada más allá del Atlántico. El ejemplo nos servirá asimismo para establecer una comparación con uno de los focos importantes del constitucionalismo actual, el de los Estados Unidos de América: se trata del *caso Soering contra Reino Unido de 7 de julio de 1989*. El demandante era un ciudadano alemán que había cometido un brutal asesinato en Estados Unidos, por el que había muchas posibilidades de que fuera condenado a la pena capital en el Estado de Virginia. Las autoridades norteamericanas pedían su extradición al Reino Unido (país en que se hallaba en el momento de la demanda) al objeto de juzgarle. El TEDH aceptó las alegaciones del demandante, en el sentido de que una extradición del Reino Unido hacia los Estados Unidos podía constituir un tratamiento inhumano y degradante contrario al artículo 3 CEDH, no por la ejecución

²⁰ Esta Declaración recoge las conclusiones y el plan de acción propuestos tras la celebración del Congreso Internacional sobre educación en derechos humanos y en democracia (Montreal, 8-11 de marzo de 1993), organizado por la UNESCO y por el Centro de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en colaboración con la Comisión Canadiense para la UNESCO.

de la pena de muerte que se le podía infligir sino por la angustiosa espera que debía soportar en el "corredor de la muerte" desde la celebración del proceso hasta la ejecución de la sentencia.

Sin perjuicio de otras consideraciones, el razonamiento del TEDH encierra grandes consecuencias: el carácter democrático del orden jurídico virginiano en general, y en particular los elementos positivos de los procedimientos de juicio y de condena en Virginia no suscitan dudas al Tribunal. Sin embargo, atendiendo al largo período que se ha de pasar en el "corredor de la muerte" (la duración media oscila en torno a los siete años), se percibe una excepción a la regla democrática: en otras palabras, aunque el procedimiento sea legal, en este caso se quiebra el juego democrático. Esto, sin pretender una extrapolación innecesaria, nos parece que conduce a plantear el alcance de la democracia estadounidense: si este caso aislado, en Europa puede significar una violación de derechos humanos, el número de personas que sufren en estos momentos el "corredor de la muerte" en Estados Unidos pone en entredicho el actual modelo democrático estadounidense. Si a ello añadimos que dicho modelo no contiene el adjetivo "social" en su fórmula estatal, la exportación de dicho modelo plantea serias dudas²¹.

La lectura en clave democrática de este caso es todavía más contundente si pensamos que en Europa se ha conseguido un *consenso europeo* en cuanto a la protección del derecho a la vida, a través del artículo 2 CEDH completado por el *Protocolo núm. 6, de 28 de abril de 1983, relativo a la abolición de la pena de muerte*. Incluso en el caso de que en los Estados miembros de Estados Unidos donde existe la pena de muerte ésta venga respaldada por una decisión ratificada por la mayoría del pueblo del Estado en cuestión, podrían suscitarse dudas en cuanto al entendimiento de la democracia como gobierno de la mayoría con respeto de la minoría. Esto lo examinaremos en el epígrafe 3, en donde observaremos que la Corte interamericana de derechos humanos ha puesto en duda la procedencia de la regla de la mayoría cuando ello implica violar derechos que encierran valores absolutos (caso de la extensión de los supuestos de aplicación de la pena capital en la nueva Constitución ratificada por la mayoría del pueblo en el Perú).

Si centramos nuestra atención nuevamente en el continente europeo, conviene subrayar que, sobre la base de las previsiones

²¹ En cualquier caso, la tradición constitucional de los Estados Unidos de América se ha convertido en referencia obligada para Europa, como ha observado J. Pérez Royo al comparar la tradición americana y la tradición europea ("Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992). En este sentido, se refiere a "la sorprendente modernidad del Derecho Constitucional americano desde los propios orígenes del Estado Constitucional y lo que convierte a dicha tradición constitucional en el punto de referencia indispensable del constitucionalismo histórico" (pág. 240).

convencionales, algunos Estados han abolido totalmente la pena de muerte, incluso para supuestos que en las circunstancias actuales difícilmente podrían producirse: en concreto, en España se ha suprimido la previsión del artículo 25 del Código Penal Militar²², relativa a la posible aplicación de la pena capital en tiempos de guerra, y de acuerdo con la puerta que deja abierta la CE a esta posibilidad. Para vedar un posible retorno a esta posibilidad, y dado que (a falta de ratificación del Protocolo núm. 6, el artículo 2 CEDH no prevé una cláusula de progresividad similar a la de la CADH, sería conveniente reformar el artículo 15 CE. En el momento actual, la ratificación del Protocolo núm. 6 pasaría por reformar la CE si en ese "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra" queda cualquier resquicio de duda sobre el posible restablecimiento de la pena de muerte, haciendo una interpretación a *contrario sensu* del primer inciso.

3.-La necesidad de una noción global de democracia, como política, social y solidaria

Tuvimos ocasión de apuntar en el capítulo I que cada generación de derechos ha ido pareja a una forma de Estado. La evolución histórica, subrayábamos, no ha provocado que cada nueva forma estatal elimine la anterior generación de derechos, sino que ha ido adaptándola a las nuevas circunstancias y mejorándola con la introducción de nuevos derechos. La asunción de cada nueva generación de derechos se ha visto confirmada por el principio de indivisibilidad. De manera paralela, si antes hemos conectado cada generación o categoría de derechos con un tipo de democracia, parece lógico sostener (utilizando el símil) que se ha producido una serie de *generaciones de democracias* y, al tiempo, mantener el carácter indivisible o global de los distintos tipos democráticos. El profesor Ferrando ha sintetizado esta trayectoria al estudiar el paso de la democracia política a la democracia social²³, trayectoria que habremos de prolongar hasta a la democracia solidaria.

²² Tal supresión fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 1995, por 303 votos a favor y una abstención.

²³ Véase J. Ferrando Badía, *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos*, Madrid, Tecnos, 2a ed., 1989, pág. 106: "La época contemporánea, que está presenciando la conversión o transformación de la democracia política en social, constata también que esta última reconoce los derechos del hombre, pero, a diferencia de la democracia liberal-burguesa, los considera como exigencias, es decir, adquieren dimensión imperativa. El hombre concreto tiene necesidades que, si no son satisfechas, le impiden alcanzar su plenitud humana. Sólo el hombre es plenamente libre cuando está liberado de condicionamientos materiales y espirituales. Y para ello necesita, este *hombre concreto*, de la intervención del Estado. Todas las democracias del mundo reconocen, hoy día, los llamados derechos sociales: al trabajo, al salario equitativo, al descanso, a la seguridad social plena y eficiente... El hombre concreto -titular de esos derechos sociales- requiere del Estado, en el marco de las democracias occidentales, la prestación de ciertos servicios,

En la línea apuntada, ya pusimos de manifiesto que el Consejo de Europa emprendió rápidamente las tareas para convertir en realidad la democracia política con la adopción del CEDH, al que siguió una manifestación paralela de democracia social: la CSE. Ahora bien, esta postergación de la vertiente social de la democracia ha redundado en una menor garantía de los derechos sociales. En este sentido, es curioso comprobar cómo el Consejo de Europa tiene como criterio para admitir en su seno nuevos miembros que éstos acepten el CEDH, y no en cambio la CSE. Esto es criticable, tanto en aras a la indivisibilidad de los derechos aquí sostenida, como por ser igualmente relevante la instauración de la democracia política (derechos cívico-políticos) y la democracia social (derechos socio-económicos), de forma que aceptar la Carta Social también habría de ser criterio para formar parte del Consejo de Europa²⁴.

Tras los avances en el terreno de la democracia política y social, la democracia solidaria o tolerante era una asignatura pendiente, y precisaba que la base de derechos cívico-políticos, ampliada posteriormente por medio de derechos socio-económicos, se viera finalmente ensanchada a los derechos de solidaridad. En el desarrollo de este proceso, el 10 de noviembre el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la *Convención-marco para la protección de las minorías nacionales*, que quedó abierta a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa el 1 de febrero de 1995. Su entrada en vigor, de acuerdo con el artículo 28, se producirá tras un período de tres meses desde el momento en que doce Estados miembros del Consejo de Europa hayan expresado su consentimiento para obligarse por la misma.

Es interesante resaltar que, una vez se produzca su entrada en vigor, el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá invitar a Estados no miembros del Consejo de Europa a adherirse a tal Convención (artículo 29), lo cual pone de relieve la entidad del fenómeno de las minorías en Europa. Esto se toma en consideración en el Preámbulo, en donde se destaca que

"los acontecimientos violentos de la historia europea han mostrado que la protección de las minorías nacionales es esencial para la estabilidad, la *seguridad democrática* y la paz del continente".

Dos puntos conviene subrayar en relación a esta Convención. En primer lugar que, con su adopción, se da respuesta al llamamiento hecho

para lo cual éste ha tenido que intervenir en esferas que, en principio, le estaban vedadas en la época de la democracia liberal".

²⁴ La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su *Recomendación 1168 (1991) de 24 de septiembre de 1991, relativa al futuro de la Carta Social* del Consejo de Europa dispone que "la aplicación de normas suficientemente próximas en materia de derechos sociales, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, debería ser un criterio de admisión en el Consejo de Europa".

en la Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa adoptada en Viena el 9 de octubre de 1993, en la cual se expresa que la envergadura del fenómeno de las minorías es tal que hace más aconsejable adoptar una Convención que un nuevo Protocolo adicional al Convenio de Derechos Humanos de 1950. En segundo lugar, desde el punto de vista de la protección de las minorías como grupo y de sus correspondientes derechos colectivos, debe advertirse que no se produce gran avance, pues pese a que el artículo 1 de la Convención dice literalmente que

"La protección de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a dichas minorías forma parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos",

en el resto del articulado siempre se habla de "toda persona perteneciente a una minoría nacional" y no de la minoría nacional entendida como grupo. En otros términos, no se reconoce ningún derecho colectivo, y así se expresa en el *rapport* explicativo del Consejo de Europa.

Por otra parte, no se establece un mecanismo específico de protección; antes bien, se confía a los Estados la adopción de las medidas legislativas y ejecutivas pertinentes para dar cumplimiento a la Convención. El informe explicativo expresa claramente esta precariedad protectora, al decir que la Convención alberga básicamente "normas programáticas".

Ciertamente, la profundización en la democracia exige que se avance en el terreno de la garantía de los derechos colectivos. Este era el sentido, por ejemplo, del proyecto de Protocolo adicional al CEDH presentado por el Gobierno austríaco al Comité de Ministros en noviembre de 1991, así como de los proyectos sucesivos de la Unión federalista de comunidades étnicas europeas, proyectos todos ellos que no prosperaron. La misma suerte corrió la *Recomendación 1201 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a un protocolo adicional al CEDH sobre los derechos de las minorías nacionales*. En cualquier caso, todas estas propuestas animan a la reflexión, y a especular sobre las perspectivas de desarrollo del que Klebles ha denominado *Derecho europeo en materia de minorías*²⁵. Habrá que esperar a ver si el mandato asumido por los expertos gubernamentales de presentar un proyecto de Protocolo adicional antes del 31 de diciembre de 1995 aporta luz a esas perspectivas.

²⁵ Véase H. Klebes, *Introduction à "La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales"*, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 7, núms. 4-6, 23 de junio de 1995, pág. 169 y ss.

4.-El entendimiento de la democracia como regla de la mayoría con respeto de la minoría

Si retomamos la famosa noción de democracia tal como fue esbozada por Lincoln, seguramente hayamos de convenir que la nota más paradigmática del carácter democrático de un régimen venga dada por la extensión del derecho de sufragio a todas las personas, esto es, por el reconocimiento del sufragio universal²⁶. Pero esto es sólo un punto de partida, según dijimos al hablar de la concepción procedimental de la democracia. A ello, lógicamente, habría de añadirse que la democracia no sólo consiste en acudir periódicamente a las urnas, sino en participar de manera cotidiana en la vida social. Para ello, sin duda, ocupa un lugar fundamental la libertad de expresión y el derecho de información (como se ha puesto de manifiesto recordando el *asunto Handyside*) y el derecho a la educación. De este último también pueden extraerse consecuencias importantísimas en clave democrática:

- de un lado, es obvio que cuanto mayor sea el nivel educativo de una persona, mejores condiciones ostenta para poder participar de manera libre y responsable, tanto para ejercer el derecho de sufragio (activo o pasivo) como para participar cotidianamente.

- de otro lado, las discriminaciones en la esfera de la enseñanza han provocado en épocas pasadas resultados contrarios al principio democrático, de tal forma que sólo podían votar y ser votados (y por consiguiente, gobernar) un reducido número de personas, ya se estableciese esa distinción mediante criterios económicos (sufragio censitario) o académicos (sufragio capacitario), criterios que a la sazón se hallaban estrechamente ligados, pues sólo estaban en condiciones de estudiar aquéllos que disponían de medios económicos para ello. Por esa vía, quedaba facultada la minoría para gobernar a la mayoría, por medio de argumentos antidemocráticos (no siempre exentos de cinismo) relativos a la incapacidad de las clases populares para ejercer el derecho de sufragio. Afortunadamente, esta situación ha ido cambiando, de suerte que la extensión de la democracia ha facilitado el acceso de todos a la enseñanza sobre la base de criterios objetivos, como también el derecho de acceso de todos a los cargos públicos según criterios no discriminatorios. En estas condiciones, se imponía que quedaran disipadas las dudas en

²⁶ Nos hemos referido a la constitucionalización por vez primera del adjetivo "democrático" en la Constitución francesa de 1848; pues bien, ello se produjo en medio del ambiente revolucionario de 1848. En efecto, el reconocimiento del derecho de sufragio al conjunto de los ciudadanos mayores de sexo masculino se limitó a unos pocos países europeos en el siglo XIX, siendo Francia y Suiza los dos primeros en reconocerlo, ambos en 1848.

torno al entendimiento de la democracia como gobierno de la mayoría con respeto de la minoría.

En relación a la primera parte de la fórmula (regla de la mayoría), es preciso recalcar que antaño sólo llegaban al poder personas que poseían un alto nivel de instrucción (es decir, con estudios universitarios), lo cual estaba al alcance de pocos. Por ello, nos parece esencial el reconocimiento del derecho a la formación profesional, tal como aparece contemplado en el artículo 10.1 CSE²⁷.

Aún podríamos traer a colación otro precepto fundamental de la CSE (el artículo 19) que evoca, ya no sólo la consecución del valor igualdad, sino que introduce medidas sociales positivas en favor de una minoría (los trabajadores migrantes y sus familias), medidas que requerirán un ejercicio de comprensión y tolerancia por los nacionales: el Estado social y democrático conlleva la conjugación de estos dos valores (igualdad y tolerancia)²⁸.

Si nos centramos en la segunda parte de la fórmula (respeto de la minoría), sin salirnos del marco del Consejo de Europa, y más concretamente del CEDH, un asunto capital es el que dio lugar a la *sentencia Tyrer contra el Reino Unido de 25 de abril de 1978*. El razonamiento del TEDH reviste un alto interés desde el prisma de la universalización de los derechos humanos y de la democracia, así como para el cabal entendimiento de ésta según la fórmula apuntada. En el fondo de la controversia se discutió si el régimen disciplinar aplicable a los varones menores que hubieran agredido verbal o físicamente a otras personas en la Isla de Man (territorio bajo la dependencia de la Corona británica) era o no contrario al artículo 3 CEDH (prohibición de torturas y tratos o penas inhumanos y degradantes): el régimen consistía en infligir

²⁷ Sobre esta disposición, el Comité de expertos de la CSE ha sentado una singular jurisprudencia: "Según el Comité, las disposiciones del apartado 1 del artículo 10 revisten una importancia particular, toda vez que ponen el acento en la *democratización del acceso a la enseñanza técnica superior y universitaria*. A estos efectos, el apartado 1 estipula que el único criterio a retener en el otorgamiento de facilidades de acceso a esta enseñanza (centros en número suficiente, nivel razonable de gastos escolares; becas y otras ayudas o ventajas) debería ser el criterio de la aptitud intelectual" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 100).

²⁸ El Comité de expertos ha subrayado que "la originalidad de este artículo reside en algunos elementos específicos que contiene y que lo distinguen de la mayor parte de las otras disposiciones de la Parte II de la Carta. En efecto, su alcance supera la simple garantía de la igualdad de tratamiento entre trabajadores extranjeros y trabajadores nacionales, en el sentido de que, tomando en consideración el *handicap* de hecho que afecta a los migrantes, prevé la puesta en práctica por parte de los Estados de medidas más favorables y más positivas respecto de esta categoría de personas que de sus propios nacionales" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 153).

un castigo corporal judicial. Pese a que se había comprobado que la mayoría de la población activa de la Isla estaba a favor de conservar esta violencia institucionalizada (31.000 firmas de los 45.000 electores aproximadamente), el TEDH declaró que tal medida atentaba contra la integridad física y moral, que deriva de un valor absoluto y universal como es la dignidad de la persona. En suma, la regla mayoritaria debía ceder en este caso²⁹.

Nos parece ilustrativo comparar este asunto, aunque ello suponga realizar un *excursus* por el continente americano, con el resuelto por la *Opinión Consultiva 3 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 8 de septiembre de 1983, sobre restricciones a la pena de muerte*³⁰. En concreto, en el fondo del asunto se hallaba la reserva hecha por el Gobierno de la República de Guatemala al artículo 4.4 CADH³¹, ya que el artículo 54 de la Constitución guatemalteca solamente excluye la aplicación de la pena de muerte a delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos, supuesto este último que también

29 Veamos el razonamiento de la jurisdicción europea: "El *Attorney General* de la Isla de Man ha alegado que el castigo judicial corporal objeto de la acusación no viola el Convenio porque no pugna con la opinión pública local. (...) El Tribunal debe, no obstante, averiguar si las demás circunstancias del castigo sufrido por el demandante lo han convertido en "degradante" según el artículo 3. Las penas judiciales corporales implican, por su propia naturaleza, que un ser humano ejecuta una violencia física sobre uno de sus semejantes. Se trata además de violencias institucionalizadas, en el presente caso permitidas por la ley, decretadas por órganos judiciales del Estado e infligidas por su policía. De esta manera, aunque el demandante no sufriera lesiones físicas graves o duraderas, su castigo, consistente en tratarlo como un objeto en las manos del Poder público, afecta a algo cuya protección figura precisamente entre las finalidades principales del artículo 3: la *dignidad* y la integridad física de la persona. Tampoco puede descartarse que la pena pudiera haber producido secuelas psicológicas funestas".

Realmente, la particularidad de la Isla de Man no sólo se ha dejado sentir en la infracción del derecho a la integridad física reconocido en el CEDH. En efecto, también en el contexto de la aplicación de la CSE, y concretamente en relación al derecho de huelga, los órganos de control han puesto de manifiesto notorias incompatibilidades del Derecho interno con la normativa europea de referencia. Ha indicado en este sentido el Comité gubernamental: "La situación británica ha sido criticada por los expertos independientes a causa de la posibilidad que tiene el empleador de despedir a todos los huelguistas, la cual, si bien es raramente utilizada, restringe indebidamente el derecho de huelga, y porque en la Isla de Man la huelga pone fin al contrato de trabajo. La mayoría del Comité (excepto dos delegaciones) ha confirmado su posición y ha considerado que la existencia de la posibilidad legal que tiene el empleador de despedir a los trabajadores que han hecho huelga, constituye una violación de la Carta" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, *Supplément 3*, pág. 67).

30 *Opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos), serie A, núm. 3.

31 Según el artículo 4.4 CADH: "En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delito político ni comunes conexos con los políticos".

prohíbe el artículo 4.4 citado. La Corte declaró que tal reserva era contraria al objeto y fin del Tratado americano. Pero a nuestros efectos interesa el razonamiento que realizó la Corte en torno al artículo 4.2 CADH cuyo último inciso prescribe que "tampoco se extenderá (la pena de muerte) a delitos a los cuales no se la aplique actualmente". Según los párrafos 52 y 56 de la opinión consultiva

"en verdad, el texto revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de dicha pena, sea en su imposición, sea en su aplicación. (...) No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible".

Pues bien, conociendo este antecedente, procede traer a colación un caso reciente de flagrante contradicción con esta jurisprudencia. Nos referimos al polémico artículo 140 de la actual Constitución política del Perú, de 31 de diciembre de 1993³², que ha ampliado los supuestos delictivos (a los casos de terrorismo) susceptibles de ser castigados con la pena capital (antes sólo se preveía para el supuesto de delito de traición a la patria en caso de guerra exterior), ampliación que ha sido ratificada en referéndum por el pueblo peruano. Sin embargo, la citada extensión podría estimarse contraria al respeto de los derechos humanos, pues si la violación del derecho a la integridad física conculca el valor dignidad, *a fortiori* se produce esa conculcación cuando se trata del derecho a la vida. A propósito de este supuesto, ciertamente el pueblo sigue siendo soberano. Ello sin perjuicio de las conocidas artimañas que conducen a la manipulación popular cuando se lleva a cabo un referéndum, desde la misma formulación de la pregunta sometida a consulta hasta la agrupación de preguntas en un "paquete" que en su conjunto contenga reformas favorables que hagan pasar por alto las *dudosas*. Esas dudas han queda puestas de manifiesto con motivo de la *Opinión Consultiva OC-14 de 9 de diciembre de 1994*, cuyo trasfondo sí era el artículo 140 de la Constitución peruana y la eventual responsabilidad internacional de los agentes públicos que den cumplimiento a dicho precepto³³.

Finalmente, en la Comunidad Europea y a otro nivel, podría recordarse la problemática de la adopción de decisiones comunitarias. Básicamente, el interés se centra en ver la evolución experimentada al máximo nivel directivo: en el seno del Consejo de Ministros no había un

³² Para una aproximación al texto constitucional peruano, véase F. Fernández Segado, "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994.

³³ *Opinión consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994*, responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), serie A, núm. 14.

cabal entendimiento del gobierno de la mayoría con respeto de la minoría, puesto que la regla general de la unanimidad llevaba (como ocurre con todo derecho de veto) a invertir los términos, con preponderancia de las minorías, que podían bloquear la adopción de una decisión en cualquier momento. Como es conocido, ello produjo en la época la famosa "crisis de la silla vacía" provocada por la ausencia reiterada del ministro francés de turno, que dio lugar al compromiso de Luxemburgo de 1965, mediante el cual se acordó exceptuar el criterio unánime a través de la introducción de algunas decisiones susceptibles de ser tomadas por mayoría.

Únicamente restaría por ver si ha habido en España una lectura democrática del principio mayoritario, con respeto de las minorías. En este sentido, podemos apuntar distintos supuestos en los que ello se ha producido. A título de ejemplo, mencionaremos dos casos que guardan relación con el ámbito municipal: de un lado, nos referimos al ya mencionado respeto de las minorías en el seno de las Comisiones informativas de los Ayuntamientos; de otro lado, nos parecen ilustrativas las medidas adoptadas por alguna Comunidad autónoma para dar entrada y permitir ejercer el derecho de acceso a las radios municipales a los grupos, no sólo más significativos, sino también de menor relevancia de la localidad³⁴.

III.-EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA

De entrada, hemos de poner de relieve que el Consejo de Europa ha sido caracterizado por algunos autores como *Pacto Europeo de Defensa de*

³⁴ Para la comprensión de este ejemplo hemos de partir de dos preceptos de la Constitución: por una parte, del artículo 149.1.27, en el que se contempla la materia medios de comunicación social como compartida entre el Estado y las Comunidades autónomas, correspondiendo a aquél el establecimiento de las normas básicas, y a éstas su desarrollo y ejecución; por otra parte, del artículo 20.3, según el cual la ley garantizará el acceso "de los grupos sociales y políticos significativos" a los medios de comunicación públicos. Pues bien, con apoyo en el artículo 149.1.27 se promulgaron las normas básicas sobre radios municipales en la Ley 11/1991, de 8 de abril, de organización y control de las emisoras municipales de radiodifusión sonora, que en todo caso prevé el respeto del pluralismo y, por consiguiente, de la previsión del artículo 20.3 CE, sin perjuicio de la mejora de lo básico por las Comunidades autónomas. En este sentido, el caso valenciano presenta una singular y apreciable normativa: el Decreto 34/1992, de 2 de marzo, del Gobierno valenciano, por el que se regula el procedimiento de concesión de emisoras municipales de radiodifusión sonora, prescribe en su artículo tercero, párrafo 2, que "se facilitará, en base a criterios objetivos, el acceso de los *grupos sociales y políticos más significativos* de la localidad, *así como el derecho de antena a los grupos políticos, sociales y culturales de menos significación* en el ámbito local". Ciertamente, podría indagarse si esa mayor o menor significación tiene que ver con criterios cuantitativos o, en cambio, cualitativos. No vamos a entrar en tal operación pues, en todo caso, no son descartables los criterios cuantitativos.

*la Democracia*³⁵. Por otra parte, ya sabemos que el respeto de la democracia y de los derechos humanos (como elementos inseparables) constituyen un umbral mínimo por debajo del cual no pueden situarse los países que quieren acceder al Consejo de Europa. Así, se han ido incorporando los países del Este europeo (recordemos las últimas incorporaciones de Letonia, Albania o Moldavia)³⁶, que a partir de ese momento podrían verse sentados en el banquillo de los órganos tutelares del CEDH si fueran Estados demandados.

El Consejo de Europa, sensible a la construcción europea desde la misma caída del muro de Berlín, ha mostrado una actitud abierta hacia esos nuevos países otorgándoles la calidad de *asociados* (posibilidad por el artículo 5 del Estatuto del Consejo de Europa). Para ello han de ofrecer muestras de querer conformarse con los principios que gobiernan esta organización regional, según expresa el propio Estatuto (los "principios de libertad individual, libertad política y preeminencia del Derecho, sobre los que se basa toda *democracia verdadera*"), así como con las disposiciones del artículo 3 del Estatuto (reconocer "el principio de la preeminencia del Derecho y el principio en virtud del cual toda persona situada bajo su jurisdicción debe gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales").

Esta actitud de apertura ha estado presente en el Consejo de Europa desde el propio comienzo de su funcionamiento y desde el inicio de los trabajos preparatorios del Convenio europeo de 1950 y sus protocolos adicionales. En un principio, lógicamente, se lamentó la no participación en la elaboración de la normativa del Consejo de Europa de países occidentales de gran extensión, o de países de Europa Central. Fue el caso de España o de la antigua Yugoslavia³⁷. En el caso de nuestro país, es

35 M. Aguilar Navarro, "El Consejo de Europa contemplado por un parlamentario español", *Revista de Instituciones Europeas*, 1978-1, pág. 35.

36 Sobre el particular, puede verse J. F. Flauss, "Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe", *Journal européen de droit international*, vol. 5, núm. 3, 1994.

37 En este contexto, son ilustrativas las palabras de uno de los representantes irlandeses en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, el señor Stanford, quien en el curso de la tercera sesión de dicha Asamblea (celebrada en Estrasburgo, del 26 de noviembre al 11 de diciembre), quiso hacer una observación general en el marco de la concreta elaboración del Protocolo adicional al CEDH: "Me gustaría añadir, muy brevemente, un apunte de orden general. Me parece penoso, hasta un punto difícil de expresar, que dos grandes países de Europa situados al Oeste del telón de acero no participen en nuestras deliberaciones. Me refiero a Yugoslavia y a España. Diciendo esto, quiero dejar de lado el tema de cuáles serán las modalidades según las cuales será aplicado este Convenio tras su adopción, pero querría sugerir con toda deferencia (y esta sugerencia podrá ser eventualmente retenida y transformada en resolución), que este Convenio sea remitido, tras

ilustrativo traer a la memoria cómo sólo con el fin de la dictadura se ratifica el Convenio de Roma de 1950, concretamente en 1979, lo que denota la imbricación entre democracia y derechos humanos. El segundo caso, lamentablemente, ha caminado en sentido contrario, conociendo un retroceso en el respeto de los derechos humanos, que se han visto ultrajados en el conflicto entre las antiguas repúblicas yugoslavas³⁸.

Por otra parte, debe reconocerse la influencia que en la verificación del test democrático ejerce el juego político y el peso específico de los diferentes países. Así, por ejemplo, el espíritu de apertura al que nos referíamos puede llegar a plasmarse en una excesiva flexibilidad, que en la práctica suele conducir a extremar las cautelas a la hora no ya de admitir a un Estado miembro en la organización (que es una operación más sencilla), sino de expulsarlo de la misma si no respeta las reglas democráticas³⁹ (pensemos en la situación actual de violación de derechos humanos en Turquía⁴⁰ o en la escasez de las demandas interestatales

su adopción, a los Gobiernos de Yugoslavia y de España, con una carta cortés y diplomática que exprese nuestra esperanza y nuestro deseo de que puedan adherirse y unirse a nosotros en esta Asamblea. Algunos encontrarán poco indicado que España y Yugoslavia se vean así situadas en el mismo plano, pero creo que es más razonable dirigirse a la una y a la otra al mismo tiempo" (*Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, vol. VIII, pág. 127).

38 El 14 de diciembre de 1995 se ha aprobado el *Plan de Paz para Bosnia* en el Palacio del Eliseo de París. Lo firmaron los Presidentes de Bosnia (Izetbegovic), Croacia (Tudjman) y Serbia (Milosevic). Por otra parte, al margen de los tres Presidentes balcánicos, lo firmaron como testigos privilegiados los Presidentes de Francia (Chirac), Estados Unidos de América (Clinton), Reino Unido (Major), RFA (Kohl), Rusia (Chernomirdin) y la Unión Europea (González). En cualquier caso, asuntos introducidos ante la Comisión, como el de *X contra Austria y Yugoslavia*, (demanda núm. 2143/64, decisión de 30 de junio de 1964) ya han pasado a la historia. El demandante era un nacional yugoslavo al que las jurisdicciones yugoslavas habían condenado a nueve años de prisión por malversación de caudales públicos (trabajaba en una empresa pública denominada "Surovina", de la que era director regional). Tras conseguir evadirse de territorio yugoslavo y alcanzar tierras austríacas, solicitó el asilo al Ministro austríaco del Interior, que no tomó decisión alguna al respecto. X alegaba que su eventual extradición le representaría "represalias muy graves e inhumanas" contrarias al artículo 3 CEDH. La demanda fue declarada inadmisibile, al no encontrar fundadas la Comisión las alegaciones de X (véase esta decisión en *Yearbook of the European Convention on Human Rights...1964*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1966, págs. 315-331).

39 Recordemos que esta posibilidad está prevista en el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa.

40 En cualquier caso, la inestabilidad actual en Turquía arrastra un legado de décadas que presenta un balance negativo sobre el respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos. A este respecto, es ilustrativo recordar la adopción de medidas excepcionales, de conformidad con el artículo 15 CEDH, por parte del Gobierno turco, depositada en la Secretaría General del Consejo de Europa el 28 de febrero de 1961, tras la asunción de los poderes del Estado por parte de las Fuerzas Armadas Turcas el 27 de mayo de 1960. Véase el texto de la nota verbal (de 27 de febrero de 1961) de la Delegación Permanente de Turquía ante el Consejo de Europa, así como de la retirada de la derogación

previstas en el artículo 24 CEDH⁴¹ respectivamente). En la primera situación los Estados suelen ser diplomáticos; en el segundo supuesto, intentan evitar la ruptura de relaciones diplomáticas.

1.-El sistema de normas

Es significativo el hecho de que los dos instrumentos normativos principales del Consejo de Europa (el CEDH y la CSE) vinculen estrechamente democracia y derechos humanos, a través de una fórmula negativa: las ingerencias en los derechos y libertades sólo se podrán producir cuando sean "necesarias en una sociedad democrática". En realidad, por la mencionada relación entre democracia y derechos humanos, cabe deducir que la cláusula democrática impregna todas las normas del CEDH y de la CSE.

En cuanto al CEDH, la plasmación de esa cláusula en sólo algunas de sus disposiciones responde a que se trata de los que consagran los derechos más significativos en la concepción liberal de la democracia y que en lo básico coinciden con el grupo de las que podemos catalogar, con la profesora Sánchez Ferriz, como *libertades públicas*⁴²: el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia (artículo 8.2); la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9.2); la libertad de expresión (artículo 10.2); o la libertad de reunión pacífica y de asociación (artículo 11.2).

Si acudimos al instrumento emblemático de la democracia social, observaremos que también aparece esta cláusula sobre las limitaciones o restricciones "en una sociedad democrática". Pero, a diferencia del CEDH,

(en fecha 4 de diciembre de 1961), en *Yearbook of the European Convention on Human Rights/Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'homme-1961*, The Hague/La Haye, Martinus Nijhoff, 1962., págs. 55-63. Por lo demás, recordemos que la situación turca dio origen a las primeras demandas interestatales en el marco del CEDH, por medio de las cuales otros Estados Partes en el texto convencional denunciaban las masivas y flagrantes violaciones de derechos humanos en Turquía. Si nos acercamos más al momento presente, es preciso mencionar que el primer informe del Comité establecido en la Convención contra la Tortura de 1987 abordó la situación de Turquía.

41 Es curioso comprobar que en el sistema interamericano establecido en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana para entender de las demandas interestatales no es obligatoria, a diferencia del sistema europeo: la razón estriba en que en el continente americano se temía que las demandas interestatales fuesen una coartada para menoscabar la soberanía de los Estados, llevando a cabo ingerencias en los asuntos internos de otros países.

42 Véase la aproximación al tratamiento que dispensa a las libertades públicas el CEDH en R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2a ed., 1995, págs. 286 y ss.

no aparece en disposiciones aisladas (por ejemplo, no se recoge en el artículo 5 CSE, relativo al derecho de sindicación, o en el artículo 6 CSE, referente al derecho a la negociación colectiva), sino en un único y genérico precepto (el artículo 31 CSE) que prevé limitaciones y restricciones al conjunto de los derechos reconocidos.

Por lo que se refiere a la democracia solidaria o tolerante, según el Preámbulo de la Convención marco de las minorías nacionales, los Estados signatarios consideran

"que una sociedad pluralista y *verdaderamente democrática* no solamente debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de toda persona perteneciente a una minoría nacional, sino igualmente crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad".

2.-El sistema de órganos

Ya nos referimos al mayor déficit democrático de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa respecto al ya deficitario Parlamento de la Unión Europea, dado que sólo este último es elegido mediante sufragio universal directo. Ahora bien, no cabe olvidar que los objetivos políticos (de cooperación) del Consejo de Europa no eran tan ambiciosos (de integración) como los de la Unión Europea desde una perspectiva institucional.

En la práctica, la función más democrática del Consejo de Europa es la jurisdiccional, asegurada por dos órganos en la actualidad (la Comisión y el TEDH), hasta que se fundan en un Tribunal único, cuando entre en vigor el Protocolo núm. 11⁴³. En cierto sentido, también podríamos decir que el Protocolo núm. 9 democratiza el sistema judicial del Convenio, dando entrada al individuo y reconociéndole el *ius standi* ante el TEDH.

43 Sobre el alcance de esta reforma, ha señalado F. Castro-Rial Garrone ("Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1993)", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 1, 1995) que "la mayor novedad del Protocolo se refiere al carácter de la atribución de la competencia. Ha sido necesario que transcurrieran más de cuarenta años para que finalmente se lleve a cabo la idea originaria de los redactores del texto que deseaban crear un órgano único de carácter judicial con competencia obligatoria. El carácter de su competencia es ahora obligatoria y se perfecciona el sistema confiriendo la legitimación activa directa del particular". Véanse asimismo los trabajos de J. A. Carrillo Salcedo, "Vers la réforme du mécanisme de contrôle institué par la Convention européenne des Droits de l'homme", *Revue Générale de Droit International Public*, septiembre 1993; y de A. Osuna, "El Protocolo de Enmienda núm. 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 19, núm. 3, 1994.

Por otra parte, el Comité de Ministros ha modificado el procedimiento de adopción de algunas decisiones, para evitar minorías de bloqueo. Esta fue la finalidad perseguida por el Protocolo 10 cuando modificó la mayoría de dos tercios precisa para reconocer la violación del Convenio por un Estado Parte (según el artículo 32 CEDH)⁴⁴ en el caso de que la Comisión o los Estados legitimados para ello no sometieran el asunto al Tribunal en el plazo de tres meses desde el informe de la Comisión, tal como prevé el artículo 48 CEDH.

3-El sistema de fines

Nos parece esencial, para la comprensión del sistema de fines convencional, traer a la memoria las proposiciones de Teitgen, que actuó de ponente de la Comisión de cuestiones jurídicas y administrativas de la Asamblea Consultiva, redactando un primer borrador que serviría de base para la elaboración del CEDH y sus Protocolos. La ponencia, presentada en la reunión de 29 de agosto de 1949⁴⁵, en el marco de la primera sesión de la Asamblea Consultiva, se estructuraba en cinco apartados: el apartado I mencionaba los derechos y libertades fundamentales que, teniendo en cuenta la Declaración Universal de 1948, deberían reconocerse y garantizarse a toda persona por los Estados partes⁴⁶. El apartado II era fundamental, pues se refería a la celebración de elecciones libres (reconocido finalmente en el artículo 3 del Protocolo núm. 1) y, en relación directa con ello, la libertad de expresión y de asociación para ejercer y organizar la oposición política⁴⁷. En el apartado III se recoge el

44 El artículo 1 del Protocolo núm. 10 de 25 de marzo de 1992 establece que "las palabras 'de los dos tercios' son suprimidas del párrafo 1 del artículo 32 del Convenio".

45 Véase *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, Martinus Nijhoff Publishers, 1975, vol. I, págs. 167-171.

46 "La seguridad de su persona, conforme a los artículos 3, 5 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La inmunidad contra todo arresto, detención o exilio arbitrario conforme a los artículos 9, 10 y 11 DUDH. La exención de toda esclavitud y servidumbre, conforme al artículo 4 DUDH. La inviolabilidad de su vida privada, de su domicilio, de su correspondencia y de su familia, conforme al artículo 12 DUDH. El derecho de no ser molestado en razón de sus opiniones y la libertad de expresarlas por la palabra y la prensa. La libertad de práctica y de enseñanza religiosos, conforme al artículo 18 DUDH. La libertad de reunión, conforme al artículo 20 DUDH. La libertad de asociación, conforme al artículo 20 DUDH. La libertad sindical, conforme al apartado 4 del artículo 23 DUDH. El derecho de casarse a través del libre y pleno consentimiento y de fundar una familia, conforme al artículo 16 DUDH. Los derechos de los padres relativos a la educación de sus hijos conforme al apartado 3 del artículo 26 DUDH" (*ibidem*, pág. 169).

47 "El Convenio comportará el compromiso de los Estados miembros de respetar de buena fe *los principios fundamentales de la democracia* y, en particular, sobre su territorio

valor superior de igualdad y no discriminación, finalmente plasmado en el artículo 14 CEDH. El apartado IV contempla la cláusula referente a las eventuales limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades, siempre que respeten las exigencias de la sociedad democrática⁴⁸. Por último, el apartado V prevé el antecedente del artículo 17 CEDH, asimismo esencial para adecuarse a las exigencias de una sociedad democrática⁴⁹.

En este orden de consideraciones, es obvio que la cláusula *pas de liberté pour les ennemis de la liberté* del artículo 17 posee un alto significado: luchar contra los enemigos de la libertad implica luchar contra los enemigos de la democracia. Este texto, sin duda, ofrece una formulación básica para acoger la conocida como democracia militante o beligerante que, como veremos al estudiar la jurisprudencia, ha sido utilizada para dar cobertura a la declaración de inconstitucionalidad de partidos anti-régimen o anti-democráticos, circunstancia de especial significación en Alemania⁵⁰.

metropolitano: A) organizar a intervalos razonables elecciones por sufragio universal, libre y secreto, en vista a asegurar la concordancia de la acción gubernamental y de la legislación con la expresión de la voluntad popular; B) no obstaculizar mediante medida arbitraria alguna el derecho de crítica y el derecho de organizar una oposición política" (*ibidem*).

48 "En el ejercicio de los derechos y en el goce de las libertades garantizadas por el Convenio, nadie será sometido más que a las limitaciones establecidas por la ley exclusivamente en vista a asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás, y a fin de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden y de la seguridad públicos y del bienestar general en una sociedad democrática. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en contra de los fines y principios del Consejo de Europa" (*ibidem*, págs. 169-171).

49 "Ninguna disposición del Convenio podrá ser interpretado en el sentido de implicar para un Estado, un grupo o un individuo un derecho cualquiera a librarse a una actividad o a cumplir un acto tendente a la destrucción de los derechos u libertades enunciados en él".

50 Ya dijimos que esta controvertida facultad fue utilizada para declarar inconstitucionales el partido nazi y el partido comunista. En relación a esta última decisión, la Comisión europea de derechos humanos, en la demanda núm. 250/57 del Partido comunista de Alemania, decidió que los miembros de una organización que se dedicaba notoriamente a actividades tendentes a la destrucción de los derechos y libertades enunciados en el Convenio, no podían invocar las disposiciones convencionales relativas al derecho de asociación, pues ello lo impide el artículo 17 CEDH. Según la Comisión "Esta disposición fundamental (el artículo 17 CEDH) tiene por objetivo la salvaguarda de los derechos, que este Convenio enumera, para la protección del libre funcionamiento de las instituciones democráticas. (...) El recurso a la dictadura para la instauración de un régimen es incompatible con el Convenio en tanto que comporta la destrucción de numerosos derechos y libertades consagrados por el Convenio de Derechos Humanos" (*Yearbook of the European Convention on Human Rights... 1958-1959*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1960, pág. 493).

IV.-EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA

1.-El sistema de normas en una sociedad democrática

Hemos estudiado, siguiendo a Loewenstein, que la Constitución es una técnica para la realización de la libertad. Por otra parte, veremos que el alcance de la libertad se define mejor en sentido negativo, esto es, como la ausencia de privación de libertad. Pues bien, si aunamos estos dos aspectos, y sin perder de vista el elemento estructural de nuestro estudio, podemos convenir que el alcance del sistema de normas en una sociedad democrática se mide mejor cuando muestra su capacidad de *autodefensa* a través de dos mecanismos fundamentales: de un lado, la posibilidad de establecer límites a los derechos y, de otro lado, la posibilidad de suspender el ejercicio de éstos.

En cuanto a los límites, debe tenerse en cuenta que el CEDH no sólo conoce el límite derivado del contenido esencial de los derechos (aspecto éste que se recoge en el artículo 53 CE), sino que además no permite una interpretación encaminada a la destrucción de los derechos reconocidos (elemento éste que, en cambio, no aparece formulado explícitamente en nuestro texto constitucional). Pero, además, como ha indicado la profesora Freixes Sanjuán, el TEDH ha desarrollado esta teoría de los límites configurándola como una de sus principales construcciones jurisprudenciales. En esta línea, señala la autora que "la progresiva configuración del *test* de los límites por parte del Tribunal Europeo, resulta de especial interés en la interpretación que sobre los límites a los derechos cabe realizar en un sistema de derechos, como el español, en el cual no existe regulación concreta sobre el alcance que pueden tener las limitaciones que se puedan imponer a los derechos. (...) A partir del artículo 10.2 CE, la interpretación del Tribunal Europeo sobre los límites, sienta una construcción de alcance general que se revela de especial significación. El *test* elaborado por el TEDH constituye una garantía de suma importancia, que actúa como límite de los límites, y que deben respetar tanto el legislador como el aplicador de las normas reguladoras del ejercicio de los derechos fundamentales, así como los particulares que al ejercitar sus derechos puedan originar restricciones sobre los derechos de otras personas"⁵¹.

Por lo que respecta a las medidas de derogación o suspensión de las normas que reconocen derechos (el denominado *Derecho excepcional*), suele convenirse asimismo que constituyen un mecanismo de defensa del

⁵¹ T. Freixes Sanjuán, "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 11/12, primavera-verano 1995, pág. 105.

propio sistema de normas y, en última instancia, del orden constitucional democrático. En el texto constitucional español se prevé la suspensión de derechos colectiva (estados de alarma, excepción y sitio, artículo 55.1 CE en relación con 116 CE) e individual (artículo 55.2 -"en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas"-)⁵². Por lo que se refiere al CEDH, reviste un gran interés examinar los casos relativos al artículo 15, referente a la suspensión de derechos, que al fin y al cabo supondría una suspensión de la democracia si se ejerciese de manera inadecuada.

Respecto a las posibles derogaciones previstas en el artículo 15 CEDH, hemos de destacar dos casos que tienen su origen en la lucha contra el terrorismo del IRA (*Irish Republican Army*). El primero, *el caso Lawless contra Irlanda, de 1 de julio de 1961*⁵³, se refiere al internamiento administrativo de un sospechoso terrorista del IRA por atentado contra la seguridad del Estado. El TEDH, tras comprobar que el Gobierno de la República de Irlanda estaba legitimado para declarar que había un peligro público que amenazaba la vida de la nación⁵⁴, declaró que la notificación de derogación era conforme al artículo 15 y que las medidas adoptadas en consecuencia no vulneraban las obligaciones convencionales (básicamente los derechos a la libertad personal y al proceso justo -artículos 5 y 6 CEDH respectivamente-, en relación con el artículo 17 CEDH).

En el segundo caso, más reciente (*caso Branningan y McBride contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1993*⁵⁵), sobre el arresto de sospechosos en virtud de la legislación sobre la prevención del terrorismo, el TEDH se pronunció en favor de la validez de la derogación británica realizada conforme al artículo 15 CEDH en Irlanda del Norte. No obstante este fallo, el TEDH realiza una consideración general de extremada importancia en el párrafo 48:

⁵² Sobre el particular, España tiene formulada la siguiente Declaración relativa al CEDH: "España declara que interpreta: (...) 2.-Las disposiciones de los artículos 15 y 17 (del CEDH), en el sentido de que permiten la adopción de las medidas contempladas en los artículos 55 y 116 de la Constitución española".

⁵³ Serie A, núm. 3, sobre el fondo del asunto. Previamente, el TEDH pronunció otra sentencia, el 7 de abril de 1961, en relación a los incidentes procedimentales propiciados por las excepciones preliminares del Gobierno irlandés (Serie A, núm. 3).

⁵⁴ Ese peligro residía en la existencia de un ejército secreto que actuaba fuera del orden constitucional usando la violencia para conseguir sus objetivos, y no sólo dentro del país, sino también fuera del mismo, lo que comprometía las relaciones con el país vecino.

⁵⁵ Serie A, núm. 258-B.

"La preeminencia del Derecho, uno de los principios fundamentales de una *sociedad democrática*, implica un control judicial de los atentados del Ejecutivo al derecho individual a la libertad".

En el marco de la CSE el potencial juego restrictivo del artículo 31 CSE ha sido utilizado por algunos Estados en el terreno de los derechos sociales de manera análoga a la prevista en el artículo 15 CEDH para los derechos cívico-políticos. Sin embargo, el Comité de expertos ha declarado que ese juego limitador no puede conllevar la supresión total de un derecho (por ejemplo, el derecho de huelga)⁵⁶. Por otra parte, es interesante poner de relieve cómo los órganos del CSE se han felicitado por constituir ésta el primer instrumento internacional de derechos humanos que ha consagrado expresamente este derecho, y cómo el progreso social ha llevado a configurarlo como *un exponente del espacio democrático europeo occidental*. A ello, habríamos de añadir que esos visos de motor para la construcción europea, para ser tales, deben extenderse al Este de Europa, como se desprende de la actividad del Comité gubernamental de la CSE⁵⁷.

2.-La regla democrática en el sistema de órganos

⁵⁶ "El Comité ha tenido conocimiento de que, durante un período de once meses a lo largo del período de referencia, la ley (islandesa) núm. 14/1988 ha prohibido toda huelga o cualquier otra forma de acción colectiva. Además, parece que el Gobierno islandés había recurrido a medidas análogas un número considerable de veces entre 1978 y 1988. La justificación invocada por el Gobierno se basaba en consideraciones económicas. El Comité ha recordado que el anexo a la Carta preveía expresamente que el ejercicio del derecho de huelga garantizado por el artículo 6.4 podía ser reglamentado, a condición de que cualquier otra restricción eventual a este derecho quedara justificada en los términos del artículo 31. El Comité ha estimado que una supresión total del derecho de huelga no podría ser considerada como una 'restricción' justificada en los términos del artículo 31 de la Carta" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, *Supplément 3*, pág. 61).

⁵⁷ "El Comité ha tomado en consideración el actual tenor del artículo 6.4 y el contenido de los trabajos preparatorios relativos al mismo. Ha buscado las motivaciones y las circunstancias que han presidido la mención, en esta disposición, del derecho de huelga, que hace de la Carta el primer instrumento internacional en reconocerlo explícitamente. Le ha parecido que es una razón de naturaleza política la que explica la mención, mientras que no ha ocurrido otro tanto en relación al derecho al lock-out de los empleadores, que sin embargo también se deriva incontestablemente de la noción de 'acciones colectivas'. *Los autores de la Carta han querido mostrar que el derecho de huelga formaba parte de un acervo común a las democracias de Europa Occidental.* (...) El artículo 6.4 reconoce el derecho de huelga en lo que posee como *fundamentalmente común a las democracias occidentales*, y el proceder del Comité ha consistido en intentar definir -siquiera sea parcialmente- ese *denominador común*" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, *Supplément 3*, pág. 64).

Una vez los ciudadanos han participado en las elecciones para elegir a los órganos democráticos que han de gobernarlos, parece lógico que el propio ordenamiento contemple la defensa de tales instituciones democráticas. Así lo prevé el CEDH, y el TEDH lo ha recordado en reiterada jurisprudencia. Por ejemplo, en el *caso Brogan y otros contra el Reino Unido de 29 de noviembre de 1988*⁵⁸, el TEDH, tras considerar la extensión del terrorismo en la sociedad moderna, reconoce la necesidad de establecer un justo equilibrio entre la defensa de las instituciones democráticas en interés común y la salvaguarda de los derechos individuales. Al final, pese a que según el TEDH era incontestable el hecho de que las privaciones de libertad controvertidas se inspiraban en un fin legítimo (proteger a la colectividad contra el terrorismo), ello no bastaba para desconocer las exigencias específicas del artículo 5.3, de tal forma que la prolongación de la detención policial sin intervención judicial violó tal precepto.

En otro orden de cosas, desde el prisma del principio de participación democrática, resulta ilustrativa la jurisprudencia relativa a la CSE sobre los órganos establecidos en determinados países que tienen por cometido favorecer el ejercicio del derecho a la formación profesional (artículo 10 CSE). En efecto, el Comité de expertos de la CSE ha puesto de relieve una medida "antisocial" en la medida en que supone un retroceso en relación a la anterior composición paritaria de esos órganos, al haber inclinado la balanza en favor del colectivo socialmente más fuerte (el empresariado) y haber roto así la igualdad de armas. Ello, ciertamente, amén de constituir una medida más o menos dudosa desde un enfoque democrático (por vedar la participación de un grupo)⁵⁹. Por otra parte, esto mismo recuerda el efecto que tiene sobre las instituciones representativas la *nueva fase del capitalismo desarrollado*, según expresión del profesor de Cabo.

El ejemplo británico guarda similitudes con el ya mencionado relativo a la composición de las Comisiones informativas municipales en España, pues en ambos casos se producía una exclusión de algún grupo.

58 Serie A, núm. 145-B.

59 "El Comité ha notado que la Agencia de formación (Training Agency) ya no era, a diferencia de la Comisión de formación a la que ha venido a sustituir, una organización nacional tripartita. Aunque el artículo 10 de la Carta no exija que el campo de la formación profesional dependa de un órgano tripartito, esta disposición prevé expresamente en sus apartados 1 y 4 la consulta de las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores. La participación de los empleadores no suscita duda alguna, a tenor de la política del Gobierno del Reino Unido consistente en implicarles cada vez más en la elaboración y en la puesta en funcionamiento de los programas de formación profesional. El Comité desearía que en el próximo informe se ofrezcan informaciones detalladas sobre la manera en que las nuevas estructuras aseguran la consulta de las organizaciones de trabajadores para la adopción de decisiones relativas a la formación profesional" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, Supplément 3, pág. 111).

Quizá el ejemplo nacional sea más ilustrativo desde el entendimiento de la democracia como regla de la mayoría con respeto de la minoría, toda vez que en el caso puesto de manifiesto por el Comité de expertos de la CSE se da la situación inversa, esto es, la exclusión del grupo mayoritario (el de los trabajadores). Sin embargo, los dos supuestos conculcan el mismo valor: el pluralismo democrático.

3.-El sistema democrático de fines

A) El fin de proteger las instituciones democráticas frente al fin de organizar y ejercer la oposición política

Hemos visto que, junto a la organización de elecciones libres, el informe presentado por Teitgen durante los trabajos preparatorios del Convenio preveía asimismo el fin de organizar y ejercer la oposición política, lo que plantea el alcance y límites de la libertad de expresión, como clave de bóveda del sistema democrático.

En este último sentido, cabe recordar que las limitaciones a la libertad de expresión han de basarse en los objetivos legítimos previstos en el apartado 2 del artículo 10 CEDH: seguridad nacional, defensa del orden público, prevención de la criminalidad, protección de la salud, de la moral, de la reputación de terceros o de sus derechos, protección de la confidencialidad de determinadas informaciones y de la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Tan abundante ramillete de supuestos ha permitido que generalmente los Estados Contratantes encuentren fácilmente alguno o varios motivos para justificar cada una de sus ingerencias. No obstante, hemos de considerar que la lista de motivos reviste un carácter taxativo, y no meramente enunciativo, al comportar restricciones a un derecho fundamental. Por lo demás, esos objetivos han de estar previstos por la ley y su aplicación resultar necesaria en una sociedad democrática.

Es preciso, por añadidura, tener en cuenta que el artículo 14 CEDH impide que los objetivos del artículo 10.2 den cobertura a medidas discriminatorias (el artículo 14 prohíbe la discriminación por razón de "opiniones políticas y otras"). Finalmente, cabe señalar que por mor del artículo 18 CEDH el objetivo invocado para justificar una ingerencia y el objetivo realmente buscado por tal medida deben necesariamente coincidir⁶⁰.

⁶⁰ Esta disposición tiene el siguiente tenor: "Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas".

En este contexto, en el *caso Castells contra España de 23 de abril de 1992*, el Estado demandado alegó que la condena por injurias al Gobierno español, infligida al entonces senador de Herri Batasuna Miguel Castells, había sido necesaria para proteger el orden público y la reputación de uno de los poderes del Estado democrático⁶¹. La cuestión se planteó acerca de si el apartado 2 del artículo 10 CEDH permitía invocar este último motivo, teniendo en cuenta que esta disposición se refiere a "la protección de terceros" y a "la protección de la autoridad y de la imparcialidad del poder judicial". La palabra "terceros" parece querer referirse a personas individuales o jurídicas cuya situación de inferioridad con respecto a los medios de comunicación les coloca en la necesidad de ser protegidos de los ataques injustos que éstos, desde su fácil acceso a la opinión pública, les pueden dirigir. El TEDH, tras comprobar que el objetivo era legítimo y que estaba previsto por la Ley (el Código Penal), no estimó la medida necesaria en una sociedad democrática. Los párrafos 68 a 72 del informe de la Comisión, cuyo razonamiento fue asumido por el TEDH, resultan altamente ilustrativos:

"(...) La libertad de expresión, en una sociedad democrática, constituye un elemento esencial para la formación de las opiniones políticas. En consecuencia, las críticas dirigidas a un Gobierno deberían encontrar respuesta bajo la forma de contraargumentos. (...) Las autoridades españolas han elegido la vía de la represión penal de un oponente político (...) en respuesta a las afirmaciones que este último había realizado en el marco de un debate público, antes que utilizar los medios ordinarios de réplica de los que dispone un Estado democrático. (...) Actuando de esta manera, las autoridades españolas han sobrepasado el margen de apreciación que les otorga el apartado 2 del artículo 10 CEDH. Por ello, la condena impuesta al demandante constituye una ingerencia en su derecho a la libertad de expresión que no encuentra justificación en una sociedad democrática".

En definitiva, la necesidad de la ingerencia deberá ser apreciada en relación con el sistema de valores propio de una sociedad que merezca el calificativo de "democrática", la cual se caracteriza por el pluralismo, la tolerancia y un espíritu abierto.

B) El fin de proteger las instituciones democráticas mediante restricciones al acceso a la función pública

En este ámbito, el TEDH ha emitido dos pronunciamientos de gran trascendencia relativos a las actitudes políticas de dos miembros de la

⁶¹ El representante de la coalición radical vasca había publicado en la prensa vasca (en el periódico *Punto y hora de Euskal Erria*) un artículo titulado "Impunidad ultrajante". En él, tras recordar los nombres de etarras supuestamente asesinados por grupos de extrema derecha, involucraba al Gobierno como responsable de tales actos.

función pública docente en Alemania: nos referimos al *caso Kosiek*, y al *caso Glasenapp*, ambos de 28 de agosto de 1986. En ambos supuestos, el TEDH halló justificada la ingerencia de las autoridades públicas alemanas consistente en revocar del puesto docente a los demandantes, a tenor del margen de apreciación del que disponen las autoridades nacionales para estimar la conformidad o no de determinados comportamientos con el orden constitucional y democrático interno. En el primer caso, la revocación se produjo por los actos de militancia en la extrema derecha del señor Kosiek (Partido nacionalsocialista alemán); en el segundo, por simpatizar con la extrema izquierda (Partido comunista de Alemania). Los dos demandantes invocaban la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, en combinación con el principio de no discriminación del artículo 14 CEDH. En sus fallos, el TEDH, tras declarar que los docentes también se hallan protegidos por el artículo 10 CEDH, consideró no obstante que la ingerencia estaba prevista por la Ley, perseguía un fin legítimo y era necesaria en una sociedad democrática⁶². Por lo demás, el TEDH recordó que el acceso a la función pública no es un derecho reconocido por el CEDH o sus Protocolos, a diferencia de la Declaración Universal de 1948 (artículo 21.2) o del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 (artículo 25).

Recientemente el *caso Dorothea Vogt contra Alemania* ha planteado un supuesto de hecho similar, relativo a la revocación de una profesora de su puesto docente en un instituto, por su pertenencia al Partido Comunista Alemán. La Comisión, en su informe de admisibilidad de 30 de noviembre de 1993 declaró por trece votos a favor y uno en contra que el Estado alemán había violado los artículos 10 (libertad de expresión) y 11 CEDH (libertad de asociación), informe que ha sido confirmado esta vez (suponiendo por tanto un cambio de jurisprudencia) por el TEDH. Según los párrafos 83 y 90 respectivamente del informe de la Comisión⁶³:

62 Para articular la previsión legal, la legitimidad del objetivo perseguido y la necesidad de la ingerencia, a los aspirantes a la función pública se les hace firmar en Alemania una declaración como la que sigue, que también suscribieron los señores Glasenapp y Kosiek: "Me doy por enterado/a de que el nombramiento para un puesto en la Administración pública se debe anular si se efectuó dolosamente. Conozco que se da por supuesto que un aspirante para ingresar en la función pública no pertenece ni ayuda a ninguna organización cuya actividad vaya contra el orden constitucional o pretenda oponerse o poner en peligro el régimen liberal y democrático, y conozco que, en el caso de que se haya ocultado alguna de las actividades mencionadas, se considerará que el nombramiento se efectuó dolosamente".

63 El 22 de febrero de 1995 se celebró la audiencia ante el TEDH en Estrasburgo, y en el momento de redactar estas líneas, la alta jurisdicción europea aún no se había pronunciado. Realmente, el cambio que puede operarse en la jurisprudencia del TEDH si se confirma el informe de la Comisión, revestirá una gran envergadura.

"El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura que caracterizan a una sociedad democrática (...) para estimar que la medida de revocación adoptada respecto a la demandante, excluida de la función pública en razón de su pertenencia activa al DKP, era desproporcionada en relación al fin perseguido. La Comisión (...) hace notar igualmente que si bien en 1956 el antiguo Partido Comunista de Alemania (Kommunistische Partei Deutschlands - KDP) fue declarado anticonstitucional por el Tribunal Constitucional Federal, en este caso, al contrario, tratándose del DKP, el Tribunal alemán no ha emitido una decisión similar" (párrafo 89).

En estrecha conexión con los *casos Kosiek, Glasenapp, y Vogt*, parece que la jurisprudencia relativa a la CSE presenta reticencias importantes, desde el ángulo del derecho al trabajo (artículo 1), en cuanto a la toma en consideración de circunstancias externas a la cualificación del trabajador (sea funcionario o no), como es el caso de la militancia en un determinado partido político. En efecto, sin perjuicio de las condiciones que un empleador (ya sea privado, ya sea público) estime conveniente establecer en la selección de sus trabajadores, es obvio que dichos requisitos no deben en ningún caso ser incompatibles con "una sociedad democrática" en el sentido del artículo 31 CSE. Como decíamos, sobre esta controversia se ha pronunciado el Comité de expertos en el marco del artículo 1 CSE:

"La estrecha relación establecida, en algunos casos, entre 'lealtad' y 'fidelidad a la Constitución' y 'comportamiento político' (en el sentido de manifestación práctica de la opinión política), crean en este contexto, una confusión. *La existencia de medidas que no se basen ni en la naturaleza de las funciones, ni en un elemento esencial relacionado con las cualificaciones de la persona afectada, ni en un acto explícito que ponga en cuestión la lealtad o la fidelidad a la Constitución, podría constituir una discriminación y debería ser considerada como no conforme con el artículo 1, apartado 2, de la Carta*"⁶⁴.

En el momento en que el Comité de expertos emitió estas conclusiones, el TEDH todavía no había fallado en los *casos Glasenapp y Kosiek*. Una vez hechos públicos estos fallos, el Comité volvió a acometer expresamente esta problemática, y se mostró dispuesto a dialogar con el Gobierno alemán sobre el alcance del deber de fidelidad al orden constitucional y los problemas que tan general y uniforme condición podría acarrear para el goce efectivo, sin discriminación, de los derechos reconocidos en la CSE⁶⁵. El fallo condenatorio del TEDH en el *caso Vogt* ha

⁶⁴ *Recueil de jurisprudence relative à la Charte..., Supplément 1*, pág. 2.

⁶⁵ *Recueil de jurisprudence relative à la Charte..., Supplément 3*, pág. 2: "Tratándose de la cuestión del *deber de fidelidad al orden constitucional*... el Comité ha tomado nota de las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos de 28 de agosto de 1986 (asuntos *Glasenapp y Kosiek*). El Comité ha estimado que, en lo que se refiere a la Carta, el acceso a la función pública, desde el momento en que no es objeto de exclusión alguna o de reserva en el

venido a confirmar las reticencias expresadas por el Comité de Expertos de la CSE; tras el citado fallo, lógicamente, las interpretaciones divergentes entre los órganos del CEDH y los de la CSE deberían considerarse zanjadas.

C) El fin democrático relativo a la celebración de elecciones libres, periódicas y participativas

Este fin, como ya avanzamos, está recogido en el artículo 3 del Protocolo adicional al CEDH, según el cual

"Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".

En una temprana jurisprudencia, la Comisión estableció el alcance de este precepto de una manera restrictiva, en tanto que no incluía en su ámbito al derecho de sufragio. Tal jurisprudencia, que iría evolucionando paulatinamente, puede resumirse así:

"Del artículo 3 no se desprende que (los Estados Partes) reconozcan a toda persona el derecho a participar en tales elecciones; dicho de otro modo, *el derecho de voto no está, como tal, consagrado por el artículo 3*, como por lo demás ha declarado ya la Comisión en su decisión de 4 de enero de 1960 sobre la admisibilidad de la demanda núm. 530/59. (...) Los Estados contratantes pueden, por tanto, excluir del escrutinio a ciertas categorías de ciudadanos, en tanto que dicha exclusión no impida la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo"⁶⁶.

Entre las categorías de personas que pueden sufrir restricciones al derecho de sufragio se encuentran los condenados a penas de prisión. Esta fue la circunstancia que dio lugar a la demanda núm. 2728/66, *caso X contra República Federal de Alemania*, en la que el demandante, condenado a pena de prisión, denunciaba como contrario al artículo 3 del

apartado 2 del artículo 1 de la Carta, es una de las formas de acceso al trabajo y se halla sujeto, por este hecho, a la aplicación de tal artículo. Sin embargo, el Comité ha estimado útil profundizar el diálogo que se abre así con el Gobierno de la República Federal y, sin poner en cuestión el principio constitucional del Derecho alemán, llamar la atención de este Gobierno sobre el hecho de que una de las principales dificultades nacidas de las modalidades de aplicación del deber de fidelidad al orden constitucional por las autoridades federales y por las autoridades nacionales de los Länder -cuyas prácticas, por lo demás, son diversas en la materia- se deriva del carácter de generalidad y de uniformidad, en relación a los empleos en cuestión, de las condiciones impuestas a las personas que pertenezcan o que sean candidatos a la función pública".

⁶⁶ *Yearbook of the European Convention on Human Rights...1961*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1962, pág. 417, extracto de la decisión sobre inadmisibilidad de la demanda núm. 1065.

Protocolo núm. 1 el hecho de que se le hubiera impedido votar en las elecciones al Land de Sarre en junio de 1965 y al Parlamento federal alemán (Bundestag) en septiembre de 1965. La Comisión declaró la inadmisibilidad de la demanda en su decisión de 6 de octubre de 1967⁶⁷.

En lo que se refiere a la escasa jurisprudencia del TEDH sobre esta materia, destaca el primer asunto que se le sometió, el caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica de 2 de marzo de 1987*⁶⁸, sobre el modo de designación de los representantes del Consejo flamenco. La sentencia es trascendental, pues consolida la evolución jurisprudencial de la Comisión y reconoce en consecuencia que el derecho de sufragio (activo y pasivo) está comprendido en el artículo 3 del Protocolo. Los párrafos 46 a 51 dan cuenta de tal evolución. Llama la atención cómo el TEDH utiliza el Preámbulo (habitualmente considerado como el depositario del objeto y fin de un tratado) del CEDH y los *Trabajos Preparatorios* para dar soporte y fuerza a su interpretación:

"El Tribunal, al tener que resolver por primera vez una reclamación relativa al artículo 3 del Protocolo 1, considera necesario determinar, en el marco del litigio, el sentido que atribuye al texto del precepto en cuestión.

Según el preámbulo del Convenio, el mantenimiento de las libertades fundamentales 'se apoya sustancialmente en un régimen político verdaderamente democrático'. El artículo 3 del Protocolo núm. 1, al confirmar un principio característico de dicho régimen tiene, pues, en el sistema del Convenio, una gran importancia.

Donde casi todos los demás preceptos normativos del Convenio y de los Protocolos (...) emplean las palabras 'toda persona tiene derecho' o 'nadie puede', el artículo 3 utiliza la frase 'la Altas Partes Contratantes se comprometen'. A veces se ha deducido de esto que no nacen del artículo derechos y libertades individuales 'directamente reconocidos a toda persona' que dependa de la jurisdicción de las Partes sino tan sólo obligaciones entre los Estados. Si fuese así, la señora Mathieu-Mohin y el señor Clerfayt no habrían podido acudir a la Comisión, puesto que, según el artículo 25 del Convenio, sólo puede interponer una demanda la persona que se considere víctima de una violación de sus propios derechos y libertades.

Una interpretación tan restrictiva no resiste el menor examen. Según el preámbulo, el Protocolo núm. 1 asegura 'la garantía colectiva de derechos y libertades distintos de los que se incluyen ya en el Título I del Convenio'; además, su artículo 5 precisa que 'Las Altas Partes Contratantes consideran los artículos 1, 2, 3 y 4 (...) como artículos

67 *Yearbook of the European Convention on Human Rights...1967*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1969, pág. 341.

68 Serie A, núm. 113.

adicionales al Convenio' cuyos 'preceptos' -todos, incluido el artículo 25-'se aplicarán en consecuencia'. Por su parte, el Protocolo núm. 4 se refiere especialmente a los 'derechos y libertades' protegidos por 'los artículos 1 a 3' del Protocolo núm. 1. Los trabajos preparatorios del Protocolo núm. 1 no ponen de manifiesto, por lo demás, ninguna intención de excluir, en el ámbito del artículo 3, el sistema del recurso individual, siendo así que, durante mucho tiempo, se consideró la posibilidad -finalmente descartada- de dejar esta materia fuera de la fiscalización del Tribunal. Además, en estos trabajos se alude con frecuencia a la 'libertad política', a los 'derechos políticos y libertades de la persona', al 'derecho a elecciones libres' y al 'derecho de voto'.

(...) En cuanto a la naturaleza de los derechos que de esta manera confirma el artículo 3, el criterio de la Comisión ha evolucionado. De la idea de un derecho 'institucional' a la celebración de elecciones libres (...), se ha pasado al concepto de 'sufragio universal' (...); y después, como consecuencia, se ha hablado de derechos subjetivos de participación: el 'derecho de voto' y el 'derecho de presentarse como candidato' en las elecciones al Parlamento. (...) El Tribunal ha estado de acuerdo con esta última concepción".

V.-EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

Parece pertinente hacer una reflexión similar a la realizada en el caso del Consejo de Europa. En este sentido, también debe destacarse la actitud abierta de la Comunidad Europea para cooperar con los países del Este de Europa⁶⁹. En cambio, a diferencia de la amplia proyección del Consejo de Europa para abrir sus puertas a nuevos socios, los Estados integrantes de la Comunidad han sido más reticentes a la hora de propiciar la ampliación. En cualquier caso, se entremezclan intereses económicos y políticos, de manera que la viabilidad económica ha de examinarse conjuntamente con la superación de las condiciones políticas (de respeto a la democracia y a los derechos humanos), lo que supone dos escollos importantes de máxima actualidad en relación a países como Turquía⁷⁰;

⁶⁹ Véase I. Lirola Delgado, "Las relaciones entre la Unión Europea y los Países de Europa Central y Oriental: los Acuerdos europeos en el marco de la ampliación de la Unión Europea", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 1, 1995.

⁷⁰ Véase el artículo "Reflexiones sobre Europa y Turquía" de C. Carnero González, publicado en el diario *El País*, del viernes 22 de septiembre de 1995, pág. 6. En él, el autor se refiere al dictamen que prepara la Unión Europea para evaluar la posible puesta en marcha de la unión aduanera con Turquía a partir del 1 de enero de 1996: "Uno de los objetivos de la UE, por tanto, es poner en marcha un marco de cooperación con Turquía que permita el máximo desarrollo de las relaciones. La unión aduanera es el medio más adecuado. Pero la UE no es sólo una entidad de índole económica que pueda basar sus lazos con terceros países en el intercambio de mercancías. Al contrario, *el cada vez mayor perfil*

En la Comunidad Europea existen preceptos (artículos 230 Tratado CEE, Declaración aneja al Acta Unica, o artículo F.1 y 2 del TUE) que apoyan esa idea del respeto de la democracia y los derechos humanos. En cuanto a la última disposición citada, al insistir en que ese respeto se llevará a cabo de conformidad con el CEDH, nos permite deducir que la adhesión al Consejo de Europa es un requisito previo para la adhesión a la Comunidad. Por otra parte, aunque a diferencia del Consejo de Europa no existe en la Comunidad un procedimiento de expulsión de los países que no respeten los principios democráticos, podría llegarse a tal resultado por la vía de algunos preceptos⁷¹.

Al margen de lo anterior, cabe destacar que la cooperación de la Comunidad no se ha circunscrito a las fronteras europeas, sino que ha extendido sus acciones a otros continentes. De estas acciones, hemos de poner de relieve la cooperación con los países ACP (Asia, Caribe y Pacífico), que ha dado lugar a las denominadas *Convenciones de Lomé*. En este contexto, la cláusula de condicionalidad política significa el sometimiento de las ayudas al mantenimiento del régimen democrático y del respeto a los derechos humanos. También en el momento presente se está suscitando la cuestión de la ayuda a Cuba, para lo que la Unión Europea pone como requisito que el Gobierno cubano lleve a cabo un ejercicio democrático liberando a los presos políticos⁷².

Lo anterior lleva fácilmente a pensar que la Comunidad se halla facultada para exigir la *imposición* del régimen democrático a los países

político de la UE implica que cuestiones como el desarrollo democrático y el respeto a los derechos humanos sean factores determinantes a la hora de suscribir acuerdos. Es decir, la UE debe buscar un denominador político común con aquellos Estados con los que pretende establecer relaciones estructuradas".

⁷¹ Artículos 5, 224, 225 y 230 del Tratado CEE, así como el artículo 138 A del Tratado CE introducido por el TUE, que realzan el pluralismo político. J. Roldán Barbero ("Democracia y Derecho europeo", cit., págs. 108-109) ha traído a colación estos preceptos a la hora de hablar de la eventual adhesión y expulsión de los países candidatos a la entrada en la Comunidad: "De algunas fuentes puede colegirse que la pertenencia al Consejo de Europa es un *prius* para la adhesión a las Comunidades, si bien la candidatura de Turquía, por ejemplo, ha sido aparcada en espera de una *modernización* que afecte también a la esfera política de este Estado. A diferencia del Consejo de Europa, no existe un régimen sancionatorio específico y explícito para el Estado miembro que conculque los principios democráticos; pero es sencillo pensar en algunas otras disposiciones que resultarían inmediatamente transgredidas y harían incompatible la permanencia en la Comunidad con el mantenimiento de un sistema autoritario".

⁷² Véase el artículo de I. Cembrero en el diario *El País*, del martes 26 de septiembre de 1995, titulado "La UE reclama a Cuba la libertad de todos los presos políticos", pág. 5: "La Unión Europea condiciona la puesta en marcha de su acuerdo de cooperación con Cuba a la amnistía de los presos políticos de la isla, que los embajadores de los Quince estiman en unos 500".

Europeos del Centro y Este de Europa que llaman a la puerta comunitaria, y para *promover la traslación* de las categorías democráticas a los países no europeos. Esta consideración es importante, pues la ayuda prestada por la Comunidad a otros países debe consistir en una sincera cooperación, sin que pueda suscitarse el menor alarde de imperialismo por parte europea. Y ello es así porque un valor asociado a la democracia es la igualdad soberana de los Estados. A tenor de lo expuesto, "la cultura de la democracia no puede sino ser igualmente una cultura de las relaciones internacionales. (...) La democratización del orden internacional corresponde, en efecto, desde una primera perspectiva, a la puesta en funcionamiento de relaciones más igualitarias entre los Estados soberanos. Antaño se decía *un hombre, un voto*. (...) Ahora habría que decir, *un Estado, un voto*"⁷³.

Sólo desde esta visión podrá ser entendido el sentido de responsabilidad y de solidaridad hacia los otros pueblos según han expresado los Estados miembros de la Comunidad en el Preámbulo del Acta Unica. La declaración preambular, además, se remite a la Carta de las Naciones Unidas, lo que, consecuentemente, debe hacer concebir con cautelas el principio de no ingerencia en los asuntos internos y, desde el punto de vista de nuestro estudio, justifica una vez más la opción por el sistema de derechos humanos como elemento estructural del trabajo⁷⁴.

Al hilo de lo expuesto, y para concluir esta introducción, conviene preguntarse si se respeta esa proyección de la democracia en las relaciones internacionales cuando las *potencias* occidentales, de un lado, proporcionan ayuda sometiéndola a la condicionalidad política y, de otro lado, están vendiendo armas a los propios países beneficiarios. ¿Responde esto a una verdadera cooperación? Esta misma pregunta, desde luego, cabría plantearla en relación a España, por cuanto el Preámbulo constitucional proclama la voluntad de la Nación española de "colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra".

1.-El sistema de normas

73 G. Hermet, *Culture et démocratie*, op. cit., pág. 222.

74 "Conscientes de la responsabilidad que incumbe a Europa de procurar adoptar cada vez más una postura uniforme y de actuar con cohesión y solidaridad, con objeto de proteger más eficazmente sus intereses comunes y su independencia, así como reafirmar muy especialmente los principios de la *democracia* y el respeto del Derecho y de los derechos humanos que ellos propugnan, a fin de aportar conjuntamente su propia contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de acuerdo con el compromiso que asumieron en el marco de la Carta de las Naciones Unidas".

Pese a que la palabra democracia no aparecía expresamente consignada en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, es conocido que los países fundadores estuvieron animados por similar propósito que el imperante en la creación del Consejo de Europa. El artículo 230 se haría eco de tal propósito común:

"La Comunidad establecerá todo tipo de cooperación adecuada con el Consejo de Europa".

Se trataba de formar un grupo compacto de socios occidentales democráticos, frente al totalitarismo que afloró en la Segunda Guerra Mundial. En el Preámbulo del Acta Unica sí se proclamará contundente y explícitamente el espíritu democrático, y su necesaria conexión con los derechos humanos, reconociendo que tal espíritu se hallaba presente desde el inicio de la obra comunitaria⁷⁵.

La idea de democracia quedará contenida con mayor énfasis, y con mayor normatividad (si cabe), en el TUE. En efecto, por una parte se acoge en el Preámbulo,

"Confirmando su adhesión a los principios de libertad, *democracia* y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho,

(...) Deseando fortalecer el *funcionamiento democrático* y eficaz de las Instituciones (...)".

Por otra parte, en el texto articulado cobra gran relevancia el artículo 138-A, al reconocer "los partidos políticos a escala europea" y, de manera más explícita, el artículo F.1:

"La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los *principios democráticos*".

Por último, el artículo G.38 del TUE ha añadido un Título XVII al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sobre "Cooperación al desarrollo", de manera que se ha reforzado la cobertura jurídica a la acción que lleva desarrollando la Comunidad en el marco de las Convenciones de Lomé. En dicho Título se contienen los artículos 130 U a 130-Y. Nos interesa especialmente el apartado 2 del artículo 130-U, pues deja claro la idea de la condicionalidad política:

⁷⁵ "Animados por la voluntad de proseguir la obra emprendida a partir de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

(...) Decididos a promover conjuntamente la *democracia*, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el CEDH y en la CSE".

"La política de la Comunidad en este ámbito contribuirá al *objetivo general de desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como al objetivo de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*".

2.-El sistema de órganos

Pese a que la democracia se halle enraizada en la tradición europea occidental, algún autor ha observado que no se permitiría la adhesión a la Comunidad de un Estado que dispusiera de un sistema político similar al comunitario⁷⁶, a causa del conocido *déficit democrático institucional*.

Lógicamente, la tradición democrática exige una plasmación no sólo desde una perspectiva dogmática o de protección de los derechos humanos, sino asimismo desde un prisma orgánico. Por ello, como ha recordado Roldán Barbero, "más allá del problema atinente a los derechos fundamentales, se ha pretendido extender a la integración europea otras instituciones propias de la democracia, como el propio orden constitucional"⁷⁷. Sin embargo, esta última pretensión encuentra conocidas reticencias políticas y resistencias gubernamentales; entre los más conocidos obstáculos (puesto de relieve hasta la saciedad), "el propagado déficit democrático de la Comunidad Europea encuentra su faceta más sobresaliente en el papel secundario asignado al Parlamento europeo"⁷⁸.

En sentido inverso, Mancini y Keeling han examinado la "sorprendente e importante contribución del Tribunal de Justicia al proceso por el cual la Comunidad ha evolucionado hacia una más democrática estructura de la que aparentemente habían concebido los fundadores"⁷⁹.

El TUE no ha propiciado avances notables en este terreno, si bien ha ampliado sensiblemente la participación del Parlamento en el proceso

76 Cfr. F. Pasetti Bombardella, "Le Parlement face au Conseil", en J. V. Louis, y D. Waelbroeck, *Le Parlement Européen dans l'évolution institutionnelle*, Bruselas, 1988, pág. 18 (citado por J. Roldán Barbero: "Democracia y Derecho europeo", cit., pág. 109).

77 J. Roldán Barbero, "Democracia y Derecho europeo", cit., pág. 112.

78 *Ibidem*.

79 G. G. Mancini, y D. T. Keeling, "Democracy and the European Court of Justice", *The modern law review*, vol. 57, núm. 2, marzo 1994, pág. 177. En el mismo sentido se ha expresado F. Mancini, "La Corte di Giustizia: uno istrumento per la democrazia nella Comunità europea", *Il Mulino*, mayo-junio 1993.

decisorio comunitario⁸⁰, y prevé una cláusula de comunitarización para ampliar los poderes del TJCE a campos que le están sustraídos. Sobre el papel, quizá el progreso más destacado haya sido la creación del Defensor del Pueblo europeo (artículo 8-D, apartado 2 del TUE); ciertamente, esta institución garantista nos permite engarzar el enfoque orgánico con el dogmático, y por lo mismo subrayar la correlación entre democracia y derechos humanos.

Parece oportuno hacer referencia a la institución más representativa (y, por ende, con vocación más democrática), el Parlamento, para afirmar que el déficit democrático que padece en la práctica y en los textos articulados de los Tratados constitutivos no se corresponde con el loable papel que se le encomienda en el Preámbulo del Acta Unica como "medio de expresión indispensable"⁸¹.

Por su parte, también el *Proyecto Herman* contempla en su Preámbulo la necesidad de democratizar el sistema de órganos comunitario:

"Los Estados miembros y el Parlamento europeo han aprobado la presente Constitución de la Unión Europea con la finalidad de (...) - incrementar la eficacia, la transparencia y la *vocación democrática de sus instituciones*".

El Proyecto Herman, en fin, prescribe en su artículo 45 que el respeto de la democracia constituye el baremo mínimo para poder integrarse en la Unión Europea:

"Todo Estado europeo cuyas instituciones y sistema de gobierno se basen en los *principios democráticos* y respondan al Estado de Derecho, que respete los derechos humanos fundamentales, los derechos de las minorías y el Derecho internacional y se comprometa a adoptar el acervo comunitario, podrá solicitar su adhesión a la Unión".

80 En realidad, el Parlamento está trabajando para reforzar su propio papel, pero también para potenciar el conjunto de la Comunidad, como ha recordado F. Attina, *El sistema político de la Comunidad Europea, op. cit.*, págs 48-49: "La potenciación de la Comunidad, la extensión de sus competencias, la eficacia de sus instituciones y el reforzamiento de la propia institución parlamentaria están en el centro de los trabajos del Parlamento. El *desarrollo sistémico* es el principal contenido de la función de impulso y control del ejecutivo comunitario y los actos de iniciativa parlamentaria que se ocupan de cuestiones institucionales constituyen una gran parte de la producción parlamentaria desde que los ciudadanos europeos eligen a sus representantes en Estrasburgo".

81 "Convencidos de que la idea europea, los resultados logrados en los ámbitos de la integración económica y de la cooperación política, así como la necesidad de nuevos desarrollos, responden a *los deseos de los pueblos democráticos europeos, que ven en el Parlamento Europeo, elegido por sufragio universal, un medio de expresión indispensable*".

3.-El sistema de fines

No cabe duda de que si se persigue una Unión política (objetivo ya consignado en los tratados constitutivos, como tuvimos ocasión de ver) que se acerque a un Estado federal, no basta con la existencia de unas normas que tengan mayor o menor eficacia en el suelo comunitario, ni que se supere el déficit orgánico o institucional europeo; es necesario perfeccionar los fines comunitarios para que esa Unión política sea además democrática: de esta manera (y recurriendo a los elementos clásicos del Estado) sería precisa la conformación de un verdadero pueblo europeo, cohesionado a través de una ciudadanía europea. En este contexto, se ha expuesto que "la ciudadanía de la Unión europea es uno de los principios fundamentales de consagrados por el Tratado de la unión europea, basada en la nacionalidad de los ciudadanos de los Estados miembros"⁸². La condición de nacionalidad tendremos ocasión de matizarla al abordar el fenómeno de la inmigración y el asilo en el capítulo XI.

En todo caso, las medidas, ora adoptadas, ora propuestas, para alcanzar esa ciudadanía europea van desde la creación de unos símbolos comunes, como la bandera europea de las doce estrechas amarillas sobre fondo azul, el himno europeo⁸³, el pasaporte europeo o el permiso de conducir europeo, hasta la constitución de equipos de fútbol europeos, pasando por la acuñación de una moneda europea (el *EURO* a partir del año 2.002, según el Consejo europeo de Madrid, de 15-16 de diciembre de 1995)⁸⁴ y, sobre todo, por el *reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos comunitarios en el Estado miembro en que residan para las elecciones más cercanas a su realidad (las municipales) y a nivel europeo (Parlamento europeo)*. Aun con todo, serios obstáculos (a los que no son ajenos las posturas *euroescépticas* o abiertamente *anticomunitarias*) se alzan frente al reconocimiento de una real ciudadanía europea y una paralela unión política, tanto que el mismo Tratado de Maastricht eludió el término "unión política" (por presiones británicas, especialmente) para referirse al más ambiguo "unión europea".

82 G. Sebastien, "La citoyenneté de l'Union européenne", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm. 5, 1993, pág. 264.

83 El himno de la alegría de la novena sinfonía de Beethoven, adoptado en enero de 1972.

84 Ya dejamos apuntada también la posibilidad de crear un lazo directo entre el ciudadano europeo y la Comunidad a través de un impuesto (sobre la renta de las personas físicas o de las sociedades), que podría llevar aparejado un sentimiento constitucional europeo.

Volvamos al derecho de sufragio que, como hemos estudiado en el marco del Consejo de Europa con motivo del artículo 3 del Protocolo adicional al CEDH, contribuye decisivamente a forjar la democracia procedimental. Como es sabido, las prescripciones del TUE referentes al derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros comunitarios en el pais de residencia en las elecciones municipales (artículo 8-B.1 del TUE) provocaron reformas constitucionales en algunos pais tras la resolución de las dudas de constitucionalidad por los respectivos intérpretes supremos de sus *Leyes Superiores*⁸⁵. Entre ellos, en España, donde se reformó la Constitución por primera vez (27 de agosto de 1992), pues según la *Declaración de 1 de julio de 1992* del TC el sufragio pasivo de los extranjeros comunitarios en los comicios locales era contrario al artículo 13.2 CE, que sólo prevé la posibilidad del sufragio activo en este ámbito⁸⁶.

⁸⁵ Sin duda alguna, el pronunciamiento más importante en este sentido (en la medida en que sólo tras él quedó abierta la vía para la entrada en vigor del Tratado de Maastricht) ha sido la *sentencia de 12 de octubre de 1993, dictada por la sala II del Tribunal Constitucional Federal Alemán de Karlsruhe*. Ya dijimos que la Comunidad Europea difícilmente permitiría la adhesión a ella de un Estado que presentara un déficit democrático institucional similar al comunitario. Pues bien, la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* expresa esta idea en el *segundo principio rector*: "El principio democrático no impide a la República Federal de Alemania formar parte de una comunidad interestatal organizada a nivel supranacional. No obstante, *es requisito para esta participación que la legitimación y la influencia emanada del pueblo quede asegurada también dentro de una unión de Estados*" (utilizamos la traducción realizada por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, publica en *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, págs. 975-1030). Ha sido abundantísima la literatura aparecida a raíz de la sentencia alemana. Como síntesis de las reflexiones doctrinales, véase la contribución de V. Götz, "Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *Juristen Zeitung*, 27/1993, págs. 1081-1086.

⁸⁶ Sobre este particular, véanse los trabajos de E. Arnaldo Alcubilla, "El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992; y de A. Rallo Lombarte, "El Tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros", *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992. Las primeras elecciones en donde ha sido posible el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en tales elecciones han tenido lugar en mayo de 1995. En cuanto al sufragio activo, teóricamente hubiera sido posible en los comicios locales de mayo de 1991, dado que se introdujo esta posibilidad mediante la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General; sin embargo, la disposición transitoria tercera de esta Ley establecía una cláusula de demora, con lo cual se ha llegado a un resultado similar al del sufragio pasivo. La disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 8/1991 dispone que "lo previsto para los ciudadanos extranjeros residentes en España en el artículo 176.1 de la Ley Orgánica 5/1985 según la redacción dada por la presente Ley Orgánica, *solamente será de aplicación a partir de las primeras elecciones municipales convocadas con posterioridad a 1992*". Por su parte, el artículo 176.1 al que se hace referencia, establece lo siguiente: "(...) gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos pais permitan el voto de los españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado o en el marco de la *normativa comunitaria*".

Respecto al derecho de los extranjeros comunitarios de ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que se resida (artículo 8-B.2 del TUE), las discusiones principales se centran en torno a la elaboración de un procedimiento electoral uniforme que asegure condiciones democráticas de representatividad⁸⁷.

Como observábamos, el derecho de sufragio es un punto de partida y contribuye a la reducción del déficit democrático en cuanto al origen del poder. Ahora bien, como ha advertido Mangas Martín, la democraticidad no sólo atañe al origen del poder, sino también a su ejercicio⁸⁸, que es el verdadero talón de Aquiles de la (en teoría) institución europea más representativa.

En esta línea, es indudable que al referirnos a unión política, la participación política se revela esencial, de tal suerte que, al margen del derecho de sufragio activo y pasivo, es indispensable el reconocimiento de otros derechos, como el de petición ante el Parlamento europeo (artículo 8-D, apartado 1, del TUE) extensible también a los extranjeros no comunitarios, o de medidas como la posibilidad de presentar quejas ante un Defensor del Pueblo europeo, o la protección diplomática y consular del ciudadano europeo por otro Estado miembro en el territorio de un Estado tercero para el supuesto que el Estado miembro del nacional no tenga representación diplomática o consular en ese tercer Estado (artículo 8-C del TUE), o la constitución de verdaderos partidos políticos europeos que fueran verdadero cauce de representación popular (artículo 138-A del TUE⁸⁹).

Desgraciadamente, esta idea de participación no es percibida siempre por el ciudadano, que percibe un abismo entre las instituciones comunitarias y los asuntos cotidianos que les afectan. El entramado institucional comunitario es visto a menudo más como una maquinaria al servicio de una *tecnoburocracia* asentada en Bruselas, que como un medio al servicio de los ciudadanos. En este sentido, no sería descabellado hablar, utilizando el símil del *rapto capitalista* propiciado en detrimento

87 Sobre esta problemática, véase E. Alvarez Conde, y E. Arnaldo Alcubilla, "Criterios para la unificación electoral europea", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 18-monográfico, 1994.

88 A. Mangas Martín, El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general", *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, D-17, septiembre de 1992, págs. 38-39.

89 El artículo 138-A del TUE establece: "Los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión".

de las cuestiones sociales, de *rapto tecnológico* producido en perjuicio de la participación democrática del *homo europeus*⁹⁰.

En definitiva, a lo que debe propender la Comunidad Europea es a construir un espacio que los ciudadanos perciban democrático; un espacio en el que las personas sientan cercanas las decisiones que les atañen, y no lo vean como fruto de una maquinaria burocrática y tecnocrática que deshumanice el proceso y le reste democraticidad; un espacio en el que, en fin, se despierte la identidad europea y el sentimiento de ser ciudadano europeo. En este sentido, y para concluir el epígrafe poniendo en relación los sistemas de normas, de órganos y de fines, recordemos las diversas nociones de Europa de los ciudadanos (o de las personas), que a nuestro modo de ver no pueden sino ser complementarias: en dicha noción "habría que situar tanto las disposiciones convencionales que tienen como objetivo democratizar la vida de las instituciones comunitarias, como las que configuran la noción jurídica de pueblo europeo (o, si se prefiere, comunitario), a través de la ciudadanía de la Unión, o las que incorporan garantías básicas de los Derechos humanos, cumpliendo un requisito inexcusable en toda organización de Derecho"⁹¹.

VI.-EL ESPACIO DEMOCRÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

1.-El sistema de normas en una sociedad democrática

En el marco jurisprudencial, se revelan interesantes una vez más las conclusiones del Abogado General Carl Otto Lenz, presentadas el 9 de febrero de 1994 en el marco del proceso que dio lugar a la *sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994*. En dichas conclusiones, al reflexionar sobre una eventual aplicabilidad de las Directivas en las relaciones entre particulares (que él no descarta en el futuro) realiza estas disquisiciones, en los apartados 68, 69 y 70:

"En contra de la eficacia horizontal de las Directivas se formula un argumento fundado en el *principio de democracia*. Según este argumento, el déficit democrático, que se lamenta de todos modos en el ámbito de la legislación comunitaria, podría agravarse en el caso de que

⁹⁰ De acuerdo con este sentido crítico, véase P. Fontaine, *L'Europe des citoyens*, Bruxelles-Luxembourg, Série "Documentation européenne"-L'Europe en mouvement, Commission des Communautés européennes, 1991, pág. 5.

⁹¹ E. Pérez Vera, "El Tratado de la Unión europea y los derechos humanos", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, mayo-agosto 1993, núm. 2, pág. 460.

los Parlamentos nacionales fueren preteridos también respecto a la aplicación de las Directivas.

(...) En relación con el supuesto *déficit democrático*, quisiera precisar, por una parte, que los derechos del Parlamento Europeo a participar en la elaboración de la legislación comunitaria han sido reforzados gradualmente por el Acta Unica Europea y el Tratado de Maastricht. Por otra parte, no puede sostenerse, a mi juicio, que se ha preterido la intervención del legislador nacional.

(...) El legislador nacional tiene plena libertad, dentro del plazo para la adaptación del Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva, para elegir la forma y los medios de llevar a cabo la misma. Incluso después de expirado dicho plazo, la obligación del legislador nacional de efectuar la adaptación a la Directiva subsiste, así como un margen que le permite atenerse a dicha obligación de una u otra manera, en la medida admitida por la Directiva".

Así pues, de las palabras del Abogado General se desprende que no tiene mucho fundamento pretender proyectar el déficit democrático de la Unión Europea al ámbito interno, puesto que en este último marco no es sino el Estado quien está en condiciones de evitar (haciendo un mero ejercicio de voluntad política) la supuesta proyección de un defecto de democraticidad. Es más, por aplicación del principio de subsidiariedad, el Derecho comunitario deja en manos de los ordenamientos nacionales el establecer el arreglo institucional más conveniente para la ejecución de las obligaciones comunitarias. Esto último, como se sabe, ha dado lugar a no pocos conflictos de competencias Estado-Comunidades Autónomas en el ámbito interno.

En cualquier caso, se desprende de las argumentaciones de Carl Otto Lenz la relación entre el sistema de normas, el sistema de órganos y el sistema de fines: el juego democrático del Estado de derecho conlleva que la normativa comunitaria haya de cumplirse, con independencia del arreglo institucional de que se trate (y sin perjuicio de un mayor o menor déficit orgánico en el ámbito interno o en el europeo), pues ello viene justificado por el fin último de salvaguardar los derechos de los ciudadanos.

Analicemos a continuación el sistema de órganos y el sistema de fines.

2.-La regla democrática en el sistema de órganos

El TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el respeto de las reglas del juego democrático en el seno de los órganos de la Comunidad. En concreto, en el *caso Comisión de las Comunidades Europeas contra*

*BASF AG de 15 de junio de 1994*⁹², el TJCE prescribe el respeto de las minorías en el funcionamiento interno de la Comisión (apartado 62):

"El principio de colegialidad así establecido se basa en la igualdad de los miembros de la Comisión, en cuanto a la participación en la adopción de decisiones, e implica en particular, por una parte, que se delibere colectivamente sobre las decisiones y, por otra parte, que todos sus miembros sean responsables en forma colectiva, en el plano político, de todas las decisiones adoptadas".

Si nos situamos en la perspectiva del principio de participación democrática en el sistema de órganos comunitario y, en concreto, en la participación de determinados colectivos (sindicatos o asociaciones de trabajadores o funcionarios) en el proceso de toma de decisiones, deberíamos traer a colación nuevamente el *caso Henry Maurissen y Union Syndicale contra Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, sentencia de 18 de enero de 1990*⁹³ (apartado 35):

"las instituciones y organismos comunitarios están obligados a respetar las actividades sindicales que resulten necesarias para garantizar una participación eficaz en dicho proceso de concertación. En efecto, la libertad sindical implica precisamente la posibilidad para los sindicatos de participar en esa concertación y verse así asociados a la elaboración de las decisiones".

3.-El sistema democrático de fines

La estrecha relación entre derechos humanos y democracia puede considerarse introducida en el ámbito de los fines de los Quince por la vía de los principios generales del Derecho comunitario. El TJCE se ha erigido en garante de algunos derechos considerados indispensables en un sistema democrático, como es la libertad de expresión. En este sentido, en la *sentencia de 5 de octubre de 1994*, dictada en el *asunto TV10 SA contra Commissariaat voor de Media*, el TJCE consideró que

"el mantenimiento del pluralismo que pretende garantizar la política audiovisual neerlandesa tiene por objeto proteger la diversidad de opiniones y, por lo tanto, la libertad de expresión"⁹⁴.

Este asunto se resolvió la limitación por los Estados a la libre prestación de servicios en materia audiovisual, en el sentido de perseguir

92 Rec. 1994-6, págs. I-2555 y ss.

93 Rec. 1990-1, págs. I-117 y ss.

94 Rec. 1994-10, pág. I-4833, apartado 25.

los monopolios informativos que atenten contra el pluralismo social necesario en toda sociedad democrática.

Por otra parte, el TJCE se ha considerado competente para controlar las limitaciones al poder de los Estados en materia de policía de extranjeros. Lo más interesante es que la instancia jurisdiccional de Luxemburgo ha utilizado el *parámetro de democraticidad* establecido por el CEDH (artículos 8, 9, 10 y 11) y sus Protocolos (en concreto, el artículo 2 del Protocolo núm. 4). En particular, en la *sentencia de 28 de octubre de 1975*, pronunciada en el *caso Rutili contra Ministro del Interior* (sobre la que volveremos en el capítulo XI), el TJCE declaró que

"las atentados que afecten, en virtud de las necesidades del orden y de la seguridad públicas, a los derechos garantizados por los artículos citados no pueden superar el marco de lo que es necesario para la salvaguarda de tales necesidades *en una sociedad democrática*"⁹⁵.

⁹⁵ Rec. 1975, pág. 1232, apartado 32.

CAPITULO VI. ESPACIO EUROPEO DE DERECHO Y VALOR LIBERTAD: EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

SUMARIO:

I.-REFLEXIONES PRELIMINARES: 1.-Consideraciones generales. 2.-Europa como espacio de libertad y de seguridad. 3.-Significados de la libertad en el ordenamiento constitucional español.

II.-EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-Alcance de la libertad y de la seguridad personales. 2.-Los principios que garantizan el derecho a la libertad. 3.-Algunas facetas particulares de la libertad individual.

III.-LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-Definición y contenido objetivo de la libertad personal. Sus limitaciones. 2.-Las garantías concretas de la libertad personal. 3.-Restricciones a la libertad personal y de movimientos en relación a determinadas categorías de personas.

IV.-EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN EL MARCO NORMATIVO COMUNITARIO: LIBERTAD PERSONAL Y LIBERTADES ECONOMICAS.

V.-LA DEFENSA DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.

VI.-EL DERECHO A LA LIBERTAD EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA: 1.- La definición de la libertad y la seguridad personales de conformidad con los parámetros europeos. 2.-La duración de la prisión provisional. 3.-La duración de la detención preventiva. 4.-El derecho a la libertad en situaciones excepcionales. 5.-El derecho a la libertad en el Estado social en relación a determinadas categorías subjetivas.

I.-REFLEXIONES PRELIMINARES

1.-Consideraciones generales

No sin razón se ha señalado que la historia de la humanidad es la historia de la lucha del hombre por la libertad. De la misma forma que hablamos de la democracia como uno de los conceptos más frecuentemente utilizados en la filosofía y en la teoría política, podemos aplicar ahora tal observación a la libertad. En esta línea, la teoría marxista de la lucha de clases y su análisis sobre la dominación de un grupo social sobre otro, ofrece un buen ejemplo de ese combate histórico en favor de la libertad¹.

En realidad, el respeto de la libertad se sitúa de manera indisoluble en el mismo núcleo de la Teoría del Estado y de la Teoría Constitucional, aunque normalmente se insiste más en el fenómeno del poder. En efecto, la idea del Estado como organización, como poder, pierde su valor si no se la concibe como instrumento al servicio de la libertad. El monopolio estatal de la fuerza se justifica sólo en la medida en que salvaguarda la libertad de los que la ejercen correctamente y, de manera correlativa, la reprime de manera *racional* frente a quienes abusan de ella.

Tanto si se adopta una concepción contractualista optimista como pesimista, el pacto social es necesario. En otras palabras, el ejercicio institucionalizado de la coacción sirve a la vez para impedir que el hombre sea un lobo para el propio hombre (según expresión hobbesiana), y para disciplinar el correcto ejercicio de la libertad. De aquí podemos extraer dos consecuencias: por un parte, la obediencia espontánea y la disciplina del individuo evita el uso de la fuerza estatal; por otra parte, y en caso contrario, el empleo de la coacción sobre el cuerpo humano es el medio más contundente del que dispone el Estado². Por ello, se ha dicho

¹ Recordemos que Marx concebía la transición de un modo de producción a otro en términos de oposición entre hombre libre y esclavo, patricio y plebeyo, varón y siervo, maestro artesano y oficial, es decir, opresores y oprimidos, que en el momento en que le tocó vivir se encarnaban en burguesía y proletariado respectivamente.

² Esta consideración la recoge Y. Madiot (*Les droits de l'homme*, París, M. A. Éditions, 1987, pág. 164) citando a Jean Imbert: "La coacción sobre el cuerpo es, sin duda, uno de los medios más radicales a través de los cuales una colectividad cualquiera puede asegurar, de una manera metódica y regular, la obediencia y la disciplina del individuo. A lo largo de los siglos pasados, han sido innumerables los que, en nombre de este principio, han sido quemados, desmembrados, colgados, torturados o privados de libertad por los motivos más

que "la libertad física del individuo es uno de los primeros derechos del hombre"³.

Desde el punto de vista de la Teoría Constitucional, es evidente que el concepto de Constitución como limitación se refiere a la limitación del poder con el fin de asegurar espacios de libertad al individuo. En este sentido, Loewenstein evocó la idea de Constitución como técnica de la libertad, como un mecanismo surgido de la ideología liberal cuyo telos es "la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político"⁴. La parte orgánica distribuye y separa los poderes para evitar que, tendiendo al abuso, los unos puedan imponerse sobre los otros y, de manera indirecta, abusar de la libertad de los ciudadanos; éstos necesitan que se respete la parte dogmática para conseguir que la libertad se erija en esa "tranquilidad de espíritu" de la que hablaba Montesquieu.

De esta definición se desprende claramente que la otra cara de la libertad es la seguridad. De hecho, el derecho a la libertad y a la seguridad personales suelen reconocerse conjuntamente: así ocurre, como veremos, en el artículo 5 CEDH o el artículo 17 CE. La libertad, por lo demás, puede concebirse en abstracto, como *un valor o principio supremo* de cualquier ordenamiento jurídico; o puede también consagrarse como *auténtico derecho subjetivo en un sentido pasivo* (derecho a la libertad personal, que requiere únicamente *que no se produzca una privación o una ingerencia en la misma*) o *activo* (piénsese en la libertad de expresión de los artículos 10 CEDH y 20 CE). De las múltiples facetas de la libertad, vamos a centrarnos exclusivamente en el derecho a la libertad personal y en el derecho a la libertad de movimientos, por ser los dos aspectos mínimos y básicos para el ejercicio de los demás derechos y libertades.

Por otra parte, los múltiples aspectos que comporta la libertad individual provocan que ésta se vea continuamente amenazada por los problemas planteados por el progreso científico y tecnológico: pensemos en la protección de la intimidad frente al uso de la informática, o de la integridad física y moral frente a las experimentaciones terapéuticas y las manipulaciones genéticas. Ahora bien, en sentido correlativo no debe perderse de vista que el Estado social y democrático de Derecho ha venido a *enriquecer* las numerosas vertientes inherentes al *libre desarrollo de la*

diversos: si el hombre dispone normalmente de su cuerpo, es a condición de no entrar en conflicto con el orden establecido".

3 *Ibidem.*

4 K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución, op. cit.*, pág. 151: "En este sentido, cada Constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder".

personalidad, de manera que se ha dado entrada a nuevos derechos dignos de tutela⁵.

Al hilo de esto último podríamos hablar de una crisis de la libertad: en este sentido, si utilizamos el símil del *hurto tecnológico* y del *hurto capitalista* esbozados en los capítulos anteriores, nos apercibiremos de que en la actualidad se produce la paradoja de que el Estado se ve obligado a realizar una suerte de dejación de su monopolio de la fuerza y de su consiguiente papel como garante de la libertad y de la seguridad, para dar entrada a las empresas privadas de seguridad.

2.-Europa como espacio de libertad y de seguridad

El justo reconocimiento a Teitgen, por su protagonismo en la redacción del CEDH, nos lleva a transcribir sus significativas frases en el curso de la primera sesión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, dedicada a los trabajos preparatorios del citado CEDH⁶. En su intervención (que quizá pecó de un cierto narcisismo al situar a Europa como centro de atención, calificándola de "tierra de la libertad"), no faltaron palabras de esperanza que destacaban la necesidad de que, tras la Guerra, el viejo continente volviera a ser una tierra prometida que cada día conquistara mayores cotas de libertad:

"Señor Presidente, desde nuestra primera sesión, con el beneplácito del Comité de Ministros, abrimos un debate a la búsqueda de las proposiciones que permitirían a Europa realizar su promesa. *Europa, en efecto, debe ser ante todo la tierra de la libertad.* Lo que ésta ha costado en el pasado, la historia de nuestros países lo dice en cada página. Veinte siglos, o casi, de penas y de esfuerzos, de guerras, de revoluciones; muchas lágrimas y mucha sangre, y sobre la fatiga de los pueblos, a menudo agotados, la llamada incesante del héroe y del santo.

Al final, hemos conquistado la libertad. (...) Cuando llegaron las grandes plagas del mundo moderno: el fascismo, el hitlerismo, el comunismo, nos hallaron distendidos, escépticos, desarmados; ha hecho falta la guerra y, para algunos de nosotros, la ocupación, para que todos midamos de nuevo el valor de nuestro humanismo⁷.

De otro lado, Teitgen destacó un aspecto fundamental, que tiene que ver con la indivisibilidad de los derechos y libertades. Según él, para

⁵ Sobre el particular, véase Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

⁶ Dicha sesión tuvo lugar en Estrasburgo del 11 de mayo al 8 de septiembre de 1949.

⁷ P. H. Teitgen, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Vol. I, La Haye, 1975, págs 40-41.

la plenitud de la libertad, no basta con que ésta sea individual y política, sino asimismo social y económica, que adquiere su máximo sentido cuando se trata de liberar de la pobreza⁸. Sobre este extremo volveremos al hablar del derecho a la asistencia social (capítulo X).

Durante la primera etapa de elaboración del CEDH, tampoco faltaron apasionadas intervenciones que se refirieron (podríamos decir, parafraseando a Benjamin Constant) a la libertad de los antiguos para realzar la libertad de los modernos y, sobre todo, para dotar de mayor autoridad a las respectivas argumentaciones. Así, no por casualidad, uno de los representantes griegos (el señor Maccas), desde la primera sesión de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, trajo a colación la antigüedad clásica al efecto de poner de relieve la obra de este foro internacional en pro de la libertad:

"Sin duda, no se sorprenderán ustedes si, como griego, me ven encabezando el movimiento que surge de esta Asamblea y también de nuestras opiniones respectivas en favor de la proclamación europea de los derechos humanos.

La Grecia antigua se halla en el origen de esta religión humana que quiere que la libertad, la seguridad y la dignidad del hombre sean consideradas como sagradas.

(...) Primeramente, la libertad humana, justamente porque es sagrada, no debe convertirse en una panoplia de donde los enemigos puedan libremente extraer las armas mediante las cuales, a continuación, con toda libertad, supriman esta libertad. En segundo lugar, la libertad y la seguridad de la persona humana, justamente porque deben ser generales y solidarias, deben tener por corolarios y por fronteras, la libertad y la seguridad del prójimo.

(...) Por otra parte, la libertad de Europa, considerada en general, tanto para los Estados que la componen como para los ciudadanos que constituyen estos Estados, está subordinada a su capacidad previa para defenderse"⁹.

⁸ *Ibidem*, pág. 41: "La libertad, Señor Presidente, en su juventud audaz y conquistadora, era la libertad de la persona, del trabajo, de la conciencia. Era igualmente la libertad política; pero era también el liberalismo económico, la libertad de empresa, del provecho del dinero.

Lo que demasiado a menudo se desencadenó, debemos reconocerlo, fue la constitución de un gran proletariado reducido a una miseria inmerecida y que desespera ante la libertad y las libertades.

Millones de hombres no disponen todavía de los medios prácticos para ejercerlas, estas libertades, para beneficiarse personalmente de ellas en su vida cotidiana".

⁹ Palabras del señor Maccas en el curso asimismo de la primera sesión de la Asamblea Consultiva, *Rec. trav. prép.*, vol. I, La Haye, 1975, págs. 107-109.

A la vista de estas palabras, y advirtiendo de las reservas sobre la existencia de una verdadera libertad en la Grecia clásica¹⁰, puede advertirse la idea de seguridad colectiva, esto es, de defensa, como componente de la libertad.

Este último objetivo, no hay que olvidarlo, es el que animó a los fundadores de las Comunidades Europeas. En concreto, la CECA escondía un propósito de iniciar una política de defensa común, bajo el pretexto de explotar en común la producción del carbón y del acero, y bajo el control de una Alta Autoridad. Con este mecanismo de seguridad colectiva, se habría de conseguir una seguridad individual y, por ende, una garantía para la libertad de los ciudadanos europeos, que la habían visto masacrada y ultrajada durante la Segunda Guerra Mundial.

Por otra parte, la idea de "garantía colectiva" estuvo en la base de las discusiones que llevaron a buen término los Estados del Consejo de Europa signatarios del CEDH, en cuyo Preámbulo, además, ocupa un lugar prominente "el respeto a la libertad"¹¹.

En cualquier caso, la defensa concreta de los derechos y libertades fundamentales viene asegurada en último término, como se sabe, por los tribunales de justicia. Por lo demás, en la garantía concreta de los derechos y libertades (y, más en particular, de la libertad y la seguridad personales) juegan un papel de primer orden las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Sin embargo, no vamos a abordar aquí la cooperación policial europea o, eventualmente, la constitución de una policía europea¹². Desde otro enfoque, la seguridad colectiva de los

¹⁰ Fustel de Coulanges es rotundo al respecto en el capítulo XVIII de su obra *La cité antique*, que titula "De l'omnipotence de l'Etat: les anciens n'ont pas connu la liberté individuelle": "Los antiguos no conocieron ni la libertad de la vida privada, ni la libertad de educación, ni la libertad religiosa. La persona humana contaba bien poco respecto a esa autoridad santa y casi divina que se llamaba patria o Estado... Por tanto, es un error singular, entre los muchos errores humanos, el haber creído que en las ciudades antiguas el hombre gozaba de libertad" (citado por J. Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, París, PUF, 2a ed., 1989, pág. 44). Pese a la menor rotundidad, J. A. García Morillo (Lección 11. "Los derechos de libertad. La libertad personal", en L. López Guerra y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 229-230) ha expresado también que la libertad aparece con la modernidad, con el nacimiento del Estado liberal.

¹¹ "Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de *respeto a la libertad* y de preeminencia del Derecho, a tomar *las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva* de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal".

¹² Aquí sólo vamos a dejar apuntado que, al margen de las previsiones sobre la Europol (prevista en el artículo K.1.9) del Título VI del TUE ("Disposiciones relativas a la

Estados europeos y, más aún, del conjunto de Europa, parece que sugiere más la idea de una acción de cooperación militar o, en su caso, de un eventual ejército europeo, aspecto éste que tampoco abordaremos en este trabajo¹³.

3.-Significados de la libertad en el ordenamiento constitucional español

En España, la libertad aparece con distintos significados en el texto constitucional. La profusión de significados marca la oposición con el régimen franquista anterior, un régimen autoritario y poco respetuoso con los derechos y libertades¹⁴.

- En primer lugar, la encontramos como valor superior del ordenamiento en el artículo 1.1 y en el Preámbulo; y con el mismo significado hay que entenderla implícita dentro de los fundamentos del orden político y de la paz social cuando el artículo 10.1 CE se refiere al respeto "a los derechos de los demás" (esto es, a la libertad de los demás).

- En segundo lugar, como manifestación concreta de ese valor, aparece reconocida como derecho subjetivo en el artículo 17 CE, en un

cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior"), se han producido interesantes propuestas en el marco del denominado *espacio Schengen*. Por su parte, el denominado *Grupo TREVI* ha quedado integrado en el denominado *Comité K.4* del TUE, un Comité de Coordinación compuesto por Altos Funcionarios.

En este trabajo sólo interesa sintetizar las previsiones del citado *espacio Schengen*, basado en el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, y en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado el 19 de junio de 1990. En esta normativa queda clara la *función esencial* de los agentes policiales en la *consecución de un espacio de libertad* (y, especialmente, de *libre circulación de las personas*) y de *seguridad*, en el que se destaca como *principal objetivo* de cooperación la *lucha contra la entrada de inmigrantes ilegales*, al que se añaden la *supresión del tráfico de estupefacientes y de armas y explosivos*. Para el logro de esta finalidad y estos objetivos, los medios a utilizar en la cooperación policial serán preferentemente los tres siguientes: la eventual ordenación de un *derecho de persecución policial transfronteriza*, la utilización de los *medios de comunicación* existentes (y, sobre todo, el SIS -sistema de información Schengen-, que pasa por ser el *corazón* del funcionamiento del espacio *Schengen*) y el aprovechamiento de la experiencia que brindan los *acuerdos de asistencia judicial internacional y de extradición*. Al respecto puede verse V. Hreblay, *La libre circulation de personnes*, París, PUF (Collection "Politique d'aujourd'hui"), 1994.

¹³ Véase sobre el particular el reciente trabajo de J. Cardona Llorens, "La dimensión de la seguridad en la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea", en *Historia y Derecho. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Arcadio García Sanz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

¹⁴ Para la comprensión del régimen autoritario franquista, véase J. Ferrando Badía, *El régimen de Franco*, Madrid, Tecnos, 1984.

sentido negativo, como espacio inmune y límite a los poderes públicos y a las demás personas (se protege frente a la privación de libertad).

- En tercer lugar, se encuentra recogida la libertad en un sentido positivo, manifestada en derechos de contenido dinámico, que precisan ser ejercidos para no verse desprovistos de significación: en este sentido, cabe ver dos vertientes, una individual, cuyo exponente más claro es el derecho a la libre circulación (artículo 19 CE), y otra pública, cuyos ejemplos más claros son las típicas libertades públicas (derechos a la libertad de expresión en el artículo 20 CE, de reunión en el artículo 21 CE, de asociación en el artículo 22 CE, etc.). Sin duda alguna, estas últimas libertades son las que más molestas resultan al poder¹⁵.

Es obvio que el primer significado alberga a los otros dos, por cuanto el valor libertad impregna todo el ordenamiento, siendo apreciable en cuantos preceptos aparece el adjetivo "libre" (por ejemplo, los artículos 6 y 7 CE se refieren a la creación y al ejercicio "libres" de la actividad política, sindical y empresarial), o el adverbio "libremente" (por ejemplo, el artículo 19 -"entrar y salir *libremente* de España- o el artículo 20.1.d. -"comunicar o recibir *libremente* información veraz"-). En todo caso, el derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 17 CE) es la *manifestación nuclear* del valor libertad; en este sentido, tal derecho figura entre los *derechos fundamentales personalísimos* que, como ha señalado con rotundidad Sánchez Ferriz, además "ocupan un lugar axial en el ordenamiento jurídico al ser el eje en torno al cual girará todo él. (...) No son solamente derechos subjetivos, sino además fundamento del orden político y de la paz social, constituyen la raíz de todo el régimen que sin girar en torno a ellos y sin garantizarles el máximo de respeto mutaría inevitablemente su naturaleza"¹⁶.

De los cuatro aspectos de la libertad mencionados, vamos a centrarnos en los dos que entendemos como básicos y mínimos, la libertad personal como esfera en donde no puede entrar el Estado injustificadamente (artículo 17 CE) y la libertad de movimientos como ámbito dinámico de acción (artículo 19 CE).

¹⁵ Esta es una de las notas que, según la profesora Sánchez Ferriz, caracterizan a las libertades públicas. Las otras tres notas características son las siguientes: 1) Se trata de una categoría intermedia entre los derechos individuales y los políticos. 2) Las libertades públicas son las que mayor carga de politización contienen. 3) Son derechos limitados. Véase esta teoría en R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, op. cit., págs. 39 y ss., así como su trabajo "Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales", *Revista de Derecho Político*, núm.30, 1989.

¹⁶ R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2a. ed., 1995, pág. 346.

II.-EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA

1.-Alcance de la libertad y de la seguridad personales

El precepto básico en este terreno es el artículo 5 CEDH, que garantiza el derecho de toda persona "a la libertad y a la seguridad"¹⁷. El extenso contenido de esta disposición convencional puede resumirse como sigue.

- En el apartado 1 se define el contenido de la libertad en sentido negativo, al referirse a la protección frente a la privación de libertad. Por su parte, los artículos 2 a 4 del Protocolo núm. 4 (que veremos más tarde) no se refieren a *privación* de libertad, sino a *limitaciones* a la misma. Tras

¹⁷ Su extensión aconseja reproducirlo a pie de página:

"1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.* Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento determinado por la ley:

a) Si es detenido legalmente, tras la condena por un tribunal competente.

b) Si ha sido encarcelado o detenido legalmente por desobediencia a una orden dada conforme a la ley, por un tribunal, o para garantizar la ejecución de una obligación prescrita por la ley.

c) Si ha sido detenido y encarcelado a fin de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan razones plausibles para sospechar que ha cometido una infracción, o cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata de la detención legal de un menor, decidida con el propósito de educarlo sometido a vigilancia, o de su detención legal con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata de la detención legal de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado mental, un alcohólico, un toxicómano o un vagabundo.

f) Si se trata del arresto o la detención legal de una persona para impedirle la entrada irregular en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida deberá ser informada, en el plazo más corto y en un idioma que comprenda, de las razones de su detención y de cualquier acusación de que sea objeto.

3. Toda persona detenida o encarcelada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida inmediatamente ante un juez u otro magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable, o puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad podrá estar condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un tribunal, a fin de que éste se pronuncie en breve plazo acerca de la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal.

5. Toda persona víctima de arresto o detención, en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo, tendrá derecho a una reparación".

un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal europeos, Trechsel concluye que "la referencia a la 'seguridad de la persona' en el artículo 5.1 no añade nada a la protección de la libertad personal o a cualquier otro derecho garantizado por el Convenio"¹⁸. En realidad, podríamos decir que son conceptos intercambiables. En este sentido, nos parece ilustrativo recordar que el primer texto del CEDH, cuyo ponente fue Teitgen, utilizaba el término "seguridad", en lugar de "libertad"¹⁹. Resulta llamativo, a mayor abundamiento, que en esa primera redacción la seguridad personal encabezara la lista de los derechos fundamentales.

- A renglón seguido, ese primer apartado del artículo 5 recoge una serie de casos en los que sí es posible la privación de libertad, ya sea con carácter general (letras a, b y c), ya sea en relación a determinadas categorías subjetivas, como los menores (letra d), las personas con riesgo de propagar enfermedades contagiosas, enajenados mentales, alcohólicos, toxicómanos o vagabundos (letra e), o los extranjeros (letra f). De todos estos casos, obviamente, la excepción a la libertad personal más aceptable es el cumplimiento de una condena impuesta por sentencia (letra a). Estas excepciones no hacen sino mostrar que el derecho a la libertad no es absoluto o ilimitado, lo que se corrobora también por el artículo 15 CEDH, pues entre los derechos inderogables no aparece el reconocido en el artículo 5 CEDH.

- En tercer lugar, se establecen determinadas garantías en favor de las personas privadas de libertad: de un lado, una manifestación o especie del derecho fundamental de información, la de ser informado de las razones que han motivado la intromisión en su libertad (apartado 2); de otro lado, la de ser conducido inmediatamente ante un juez o, en caso de ausencia de razonabilidad en la adopción de la medida privativa, ser puesto en libertad (apartado 3); en fin, el *habeas corpus* (apartado 4).

- Por último, en el apartado 5 se contempla el derecho a una reparación en caso de privación de libertad contraria al CEDH. Ciertamente, esta cláusula indemnizatoria reviste un carácter insólito en el CEDH²⁰ (sólo reproducida más tarde en el artículo 3 del Protocolo núm.

18 S. Trechsel, "Liberty and Security of Person", *The European System for the Protection of Human Rights* (Macdonald y otros, eds.), Kluwer Academic Publishers, 1993, pág. 285.

19 Véase *Rec. trav. prép.*, vol. I, cit., pág. 169: "La *seguridad* de su persona, conforme a los artículos 3, 5 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas".

20 El carácter insólito de esta disposición ha sido puesto de relieve por Trechsel ("Liberty...", cit., págs. 341-342): "El apartado 5 del artículo 5 contiene una muy particular

7), toda vez que las reparaciones tradicionalmente se han confiado a las prescripciones de los ordenamientos internos, y sólo de modo subsidiario estatuye el TEDH, a lo que responde el artículo 50 CEDH.

2.-Los principios que garantizan el derecho a la libertad

A la vista del artículo 5 CEDH podemos anticipar, con Trechsel, que "es particularmente rico en garantías formales (legalidad, derecho de comparecer ante un juez, *habeas corpus*) y sustantivas (casos en que está permitida la privación de libertad, limitación del tiempo de detención preventiva)²¹".

Al margen de estas garantías, para que la libertad individual no se vea amenazada, las facultades de detener, de juzgar y de meter en prisión deben ser ejercidas de conformidad con una serie de reglas precisas que descarten procederes arbitrarios. A este respecto, siguiendo a Madiot, que trae a colación como base de su análisis la Declaración francesa de 1789, podemos decir que existen "tres reglas fundamentales. El olvido de cualquiera de ellas es siempre el signo de una decadencia de la democracia"²². Esas tres reglas son las siguientes: por una parte, el principio de legalidad de los delitos y las penas (artículo 7 de la Declaración de 1789²³); por otra parte, el principio de la irretroactividad

y secundaria garantía que no tiene paralelo en el CEDH. En general, la reparación por daños causados por ingerencias injustificadas en los derechos humanos son un problema dejado enteramente en manos de la legislación interna. Si la violación ha sido hallada por el Tribunal, y el Derecho interno del Estado afectado sólo permite una reparación parcial, el Tribunal puede otorgar, en caso necesario, una satisfacción equitativa a la víctima conforme al artículo 50. Los *Trabajos Preparatorios* no ofrecen una respuesta convincente que explique el porqué una garantía particular en caso de detención ilegal fue considerada necesaria, mientras, por ejemplo, no se garantiza un derecho de compensación a las víctimas de tortura".

²¹ *Ibidem*, pág. 278.

²² Y. Madiot, *Les droits de l'homme, op. cit.*, págs. 164-168.

²³ Según el artículo 7 de la Declaración, "ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido más que en los casos determinados por la ley y según las formas que la misma haya prescrito".

de las leyes penales (artículo 8 de la Declaración²⁴); el tercer principio es el de la presunción de inocencia (artículo 9 de la Declaración²⁵).

Estos tres principios los encontramos recogidos en el texto convencional europeo de 1950.

El primero de ellos, el de legalidad, impregna todo el artículo 5 CEDH, al establecer taxativamente "los casos siguientes" y exigir que la privación de libertad se produzca "con arreglo al procedimiento determinado por la ley". Por lo demás, la previsión de esos "casos" se desprende de la utilización del adjetivo "legal" (por ejemplo, "detenido legalmente" -artículo 5.1.a-) o del adverbio "legalmente". (por ejemplo, "detención legal" -artículo 5.1.d-), así como de otras cláusulas como "conforme a ley" o "prescrita por la ley" (artículo 5.1.b), o "la legalidad de su detención" (artículo 5.4).

El principio de irretroactividad se consagra en el artículo 7 CEDH:

"1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no invalidará el juicio o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

Indudablemente, desde un cierto punto de vista, el segundo apartado de este precepto parece establecer una excepción al principio de irretroactividad. Sin embargo, ello no es así si tenemos en cuenta que los principios generales son fuente del Derecho internacional, según el artículo 38.1.c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya. Esta cobertura, empero, no ha podido obviar ciertas reservas (desde el prisma estrictamente positivo, que no desde la más estricta justicia) a procesos como el de Nürenberg, o los que pueden producirse frente a los responsables de las violaciones masivas y flagrantes de los derechos humanos en la antigua Yugoslavia y en Somalia. Por lo demás, recordemos que con motivo de la creación del Tribunal para los criminales de guerra en estos dos últimos supuestos se ha suscitado la cuestión del respeto del

24 A tenor del artículo 8 de la Declaración "Nadie puede ser condenado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito".

25 El artículo 9 de la Declaración establece que "todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable".

principio de legalidad, toda vez que ambas resoluciones de creación de tales jurisdicciones no han emanado de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sino del Consejo de Seguridad²⁶.

Por último, el principio de la presunción de inocencia se contempla en artículo 6.2 CEDH:

"Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida".

3.-Algunas facetas particulares de la libertad individual

En primer lugar, cabe subrayar que la libertad de circulación o de movimientos es considerada como un elemento esencial de la libertad individual: se trata de la clásica *libertad física de la persona*. Como afirma Madiot, "la libertad de circulación (denominada también *libertad de ir y venir*) forma parte de las libertades fundamentales. En nuestras sociedades, es incluso considerada como algo que va de suyo: los desplazamientos, tanto en el interior de las fronteras nacionales como en el exterior, son naturales y toda limitación será percibida como un atentado grave a la libertad individual. (...) En Francia, esta libertad es considerada, por el Consejo Constitucional, como un principio fundamental reconocido por las leyes de la República (*decisión de 12 de enero de 1977*): tiene, por tanto un valor constitucional. Posee igualmente un valor supralegal, por el hecho de la ratificación por Francia del Protocolo núm. 4 adicional al CEDH"²⁷.

En concreto, la consagración de la libertad de movimientos se recoge en el artículo 2 del Protocolo cuarto:

"1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

2. Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo.

3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención

²⁶ Mediante la *Resolución núm. 808 del 22 de diciembre de 1993, de creación del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991*. El Estatuto de dicho Tribunal aprobado por la *Resolución núm. 827 del 25 de mayo de 1993* es el aplicable asimismo al enjuiciamiento de los crímenes en Somalia.

²⁷ Y. Madiot, *op. cit.* págs. 152-153.

del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

4. Los derechos reconocidos en el apartado 1 pueden igualmente en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática".

Del examen de este precepto puede apreciarse que los dos primeros apartados reconocen derechos y los otros dos establecen restricciones a los mismos, unas limitaciones que deberán ser necesarias o estar justificadas en una sociedad democrática. Entre los derechos y las restricciones no es difícil observar la tensión entre la libertad y la seguridad.

En cuanto al primer apartado del precepto, las limitaciones más clásicas a la libertad de circulación quizá sean las penas de confinamiento y de destierro²⁸; por tanto, se justifican por razones de seguridad pública, así como para prevenir futuros delitos. La libertad de residencia, por su parte, a veces se ha visto limitada en aras al mantenimiento del orden público, obligándose a señalar un domicilio bajo el pretexto de beneficios sociales y con objetivos fiscales, lo que acarrearía un mayor sedentarismo y reduciría el nomadismo²⁹.

Por lo que afecta al apartado 2 del artículo 2, también ha constituido una clásica limitación la pena de extrañamiento³⁰. En principio cabe suponer que esta pena sólo se aplicará a extranjeros, pues en el momento actual, la grave crisis económica, unida al fenómeno inmigratorio, hacen impensable que un Estado admita a nacionales de otro Estado a los que se les haya impuesto la pena de extrañamiento. En

28 Tanto el confinamiento como el destierro constituyen penas graves en la escala de penas establecida en el artículo en el artículo 27 del *Código Penal* español. En cuanto al primero, el artículo 87 del Código dispone: "Los sentenciados a confinamiento serán conducidos a un pueblo o distrito situado en la Península o en las islas Baleares o Canarias, en el cual permanecerán en libertad, bajo la vigilancia de la autoridad. Los Tribunales, para el señalamiento del punto en que deba cumplirse la condena, tendrán en cuenta el oficio, profesión o modo de vivir del sentenciado, con objeto de que pueda atender a su subsistencia". Respecto al segundo, dice el artículo 88 de la Ley Penal: El sentenciado a destierro quedará privado de entrar en el punto o puntos que se designen en la sentencia y en el radio que en la misma se señale, el cual comprenderá una distancia de 25 kilómetros al menos y 250 a lo más del punto o puntos designados, entre los que se comprenderá, si el ofendido lo pidiere, el lugar en que el reo delinquirió y el de residencia habitual del mismo y del perjudicado y sus parientes próximos".

29 En este sentido, Madiot (*op. cit.*, pág. 154) trae a la memoria la Ley francesa de 3 de enero de 1969, tendente a controlar administrativamente la situación de las personas no sedentarias.

30 Esta clasificada igualmente como una pena grave en el artículo 27 del *Código Penal* español. En su artículo 86 se dispone que "el sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de condena".

cualquier caso, debería mediar un acuerdo internacional entre esos dos países; en el supuesto contrario, el Estado que expulsara a sus nacionales a otro Estado sin consentimiento de éste, violaría el Derecho Internacional. En este contexto, es necesario que también en esas expulsiones se respeten las reglas del Derecho. A mayor abundamiento, el propio Protocolo cuarto impide la medida de que tratamos, en su artículo 3:

"1. Nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea nacional".

En realidad, la limitación a la libertad "de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo" (artículo 2.2 del Protocolo), reviste mayor actualidad en el supuesto contrario al esbozado, esto es, no tanto porque el Estado obligue a abandonar, sino porque impide abandonar. Pensemos en el caso de los disidentes: como presos políticos, permanecen encarcelados en el propio país, a no ser que consigan evitar la acción de la justicia y obtener el asilo en otro país. Sin duda, esta medida también está vedada por el CEDH, en tanto que, si hablamos de presos políticos, difícilmente nos hallaremos ante un Estado democrático y, *a fortiori*, más difícil (sería una contradicción en los términos) sería calificar tal medida como necesaria en una sociedad democrática. En caso de que se haya expulsado a un disidente político³¹, y el Estado en cuestión restablezca posteriormente la democracia (lo que le permitirá entonces acceder, o volver en caso de haber sido expulsado, al Consejo de Europa y regirse por el CEDH), el apartado 2 del artículo 3 del Protocolo cuarto faculta a aquél para regresar a su país:

"Nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional".

Es incontestable que los mayores problemas planteados en torno a la libertad de circulación en Europa tienen que ver con la inmigración de los extranjeros no comunitarios, aspecto en el que profundizaremos en el capítulo XI. Por el momento, baste decir que el CEDH y sus Protocolos no reconocen el derecho de los extranjeros a no ser expulsados del país en donde se encuentran, si bien la jurisprudencia pretoriana de la Comisión y del Tribunal europeos ha alcanzado tal solución en determinadas

³¹ Hemos dicho que normalmente los Estados dictatoriales mantienen presos a los opositores políticos. Sin embargo, se han dado casos de países que, con violación del Derecho Internacional, han expulsado hacia otros Estados (sin consentimiento de éstos), a esos miembros de la oposición al régimen: aunque nos salgamos de la órbita europea, es ilustrativo mencionar la expulsión de nacionales disidentes en países latinoamericanos: véase al efecto el *Informe anual de la Comisión interamericana de derechos humanos 1980-1981*, OEA/Ser. L/V/II.54, Doc. 9, rev. 1, 16 de octubre de 1981, en Th. Buergenthal, R. E. Norris y D. Shelton, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1990, págs. 189 y ss.

circunstancias. El texto convencional europeo se limita, en el artículo 4 del Protocolo núm. 4 a prescribir que

"Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros".

Por su parte, la CSE se hace eco de esa tensión entre la libertad de circulación y el mantenimiento de la seguridad pública, en el artículo 19³². En otro orden de consideraciones, el Protocolo núm. 4 recoge la regla internacional de la no prisión por deudas, en el artículo 1:

"Nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual".

Esta regla ha suscitado cuestiones interesantes en el ámbito interno. En concreto, en España ha sido objeto de fuerte discusión el arresto domiciliario del quebrado, medida cuya constitucionalidad ha venido avalada por la *STC 178/1985*.

Sin dejar el campo de la relación contractual, pero en este caso laboral, tanto el artículo 4 CEDH como el artículo 1.2 CSE (ambos instrumentos tienen en cuenta el Convenio núm. 29 de la OIT), consagran un aspecto importante de la libertad individual, cual es la prohibición de los trabajos forzosos.

Al margen de lo anterior, resulta insoslayable traer a colación nuevamente la clásica proclama *pas de liberté pour les ennemis de la liberté* recogida en el artículo 17 CEDH.

III.-LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA³³.

³² Este es el tenor literal del artículo 19.8 CSE: "En vista a asegurar el ejercicio efectivo de los trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquier otra Parte contratante, las Partes contratantes se comprometen: (...) 8. a garantizar a estos trabajadores que residan regularmente en su territorio que no puedan ser expulsados sino en caso de que amenacen la seguridad del Estado o contravengan el orden público o las buenas costumbres".

³³ Para una primera y temprana aproximación al artículo 5 CEDH, véase M. De Salvia, "Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della commissione e della corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 22, 1979. En español, véanse M. V. García Soriano, "La libertad personal en el Convenio de Roma de 1950", *Revista General de Derecho*, núms. 598-99, julio-agosto 1994; J. A. García Morillo, *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1995; E. Pedraz Penalva, "El derecho a la libertad y seguridad (artículo 5 del CEDH)", en *Cuadernos de Derecho judicial. La jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, Madrid, CGPJ, 1993. L. Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona, PPU, 1993.

1.-Definición y contenido objetivo de la libertad personal

Como nota preliminar, procede subrayar que el artículo 5 CEDH, estadísticamente, ocupa el segundo lugar, tras el artículo 6 CEDH, en cuanto al número de invocaciones. Ello, lógicamente, ha propiciado una rica jurisprudencia en la materia. Esto explica también que no entremos aquí en cada uno de los aspectos del precepto de referencia, sino sólo en aquéllos que en la línea de nuestro trabajo permitan extraer exigencias mínimas cuyo respeto plantee dificultades en nuestro Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, conviene avanzar que el TEDH, si bien no opera (insistimos) un control *in abstracto*, no ha renunciado a advertir que el Derecho interno en materia de libertad personal debe acomodarse a las exigencias convencionales. Esta jurisprudencia la viene confirmando en asuntos recientes, como el *caso Kemmache contra Francia de 24 de noviembre de 1994*³⁴, en donde pronunciándose sobre la legalidad de la detención padecida por el demandante, señaló en el párrafo 37 de la sentencia:

"El Tribunal recuerda que las palabras *con arreglo al procedimiento determinado por la ley* (artículo 5.1 CEDH) se refieren esencialmente a la legislación nacional; dichas palabras consagran la necesidad de seguir el procedimiento fijado por ésta. Además, *hace falta que el propio Derecho interno se adecúe al Convenio, incluidos los principios generales enunciados o implicados en él*".

Para definir el derecho del artículo 5 debe recordarse que los órganos tutelares del CEDH han destacado la imbricación de la libertad y la seguridad personales. La Comisión así lo hizo en el *caso Agee contra Reino Unido*, demanda núm. 7729/76³⁵:

"La Comisión considera que la protección de la seguridad de la persona garantizada por el artículo 5 tiene que ver con la ingerencia arbitraria por una autoridad pública en la libertad personal de un individuo".

Por su parte, el TEDH, en el *caso Bozano contra Francia de 18 de diciembre de 1986*³⁶, sobre una detención con fines de expulsión que sirvió de disfraz a un procedimiento de extradición, subrayó claramente que

34 Serie A, núm. 296-C.

35 *Caso Agee contra Reino Unido*, DR 7, 1977, págs. 164-173, párrafo 11.

36 Serie A, núm. 111.

"lo que está en juego aquí no es sólo el *derecho a la libertad*, sino también el *derecho a la seguridad de la persona*".

Efectivamente, en el fallo, el TEDH concluyó que la privación de libertad no había sido regular, "ni compatible con el derecho a la seguridad". En este caso, además, el TEDH reitera su doctrina sobre el alcance del artículo 5 CEDH:

"Por *regularidad* -de la detención- debe entenderse no solamente el respeto de la legislación nacional, sino también la conformidad de la medida privativa de libertad con el fin del artículo 5: *proteger al individuo contra la arbitrariedad*".

Se ha visto que la libertad queda definida de manera más clara cuando se produce una limitación o una privación de la misma. Estas restricciones suelen producirse por obra de los poderes públicos directamente. Sin embargo, el mismo resultado se produce cuando en tal restricción median particulares, lo cual es grave si dicha conducta viene avalada por el ordenamiento³⁷.

En relación a las posibles intromisiones de particulares en el derecho a la libertad y a la seguridad personales, la Comisión ha sentado que el artículo 5 CEDH no impone a los Estados medidas individualizadas de salvaguarda de tal derecho. En concreto, en el *caso X contra Irlanda de 1973*³⁸, el demandante denunciaba ante la Comisión que las autoridades irlandesas no le habían proporcionado protección adecuada contra el IRA, declarado responsable de un tiroteo que le había provocado heridas en distintas partes del cuerpo. La Comisión, tras recordar que el artículo 2 CEDH (derecho a la vida) no impone obligaciones positivas a los Estados en el sentido de proporcionar protección personal a los individuos,

³⁷ A este respecto, es interesante la jurisprudencia del Comité de expertos independientes relativa a la libre elección de un trabajo (artículo 1.2 CSE), en la medida en que algunos ordenamientos nacionales permitían que se forzara a los marineros a permanecer en el navío, incluso en circunstancias no graves. En las Conclusiones X-I sobre las Antillas holandesas, declaró el Comité:

"En lo que se refiere a la prohibición del trabajo forzoso, el Comité ya había notado, en el examen del informe precedente, que la esclavitud había sido abolida desde hacía más de un siglo y que dos disposiciones del Código Penal, en concreto los artículos 287 y 290, castiga la trata de esclavos.

El Comité desearía saber si existe una protección contra otras formas de trabajo forzoso u obligatorio, tales como las definidas en el Convenio núm. 29 de la OIT y el artículo 4 del CEDH. A este respecto, se hace referencia a su jurisprudencia en virtud de la cual es considerado como trabajo forzoso toda forma de coacción acompañada de sanciones penales en relación a marineros, para impedirles que abandonen el navío o para obligarles a obedecer órdenes incluso cuando la seguridad del navío o la vida de las personas a bordo no se vean amenazadas" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte..., Supplément 3*, pág. 3).

³⁸ Véase la decisión de inadmisibilidad sobre esta demanda núm. 6040/73 en *Yearbook of the European Convention...*, cit., vol. 16, 1973, págs. 388-392.

concluyó que tampoco podía considerarse que el artículo 5 impusiera una obligación estatal en esa dirección. Ciertamente, es comprensible el criterio de la Comisión con carácter general, pues sería inviable pretender que cada ciudadano tuviera asignado individualmente un guardia de seguridad. Sin embargo, sí habría que plantear esta posibilidad, por ejemplo, en casos de personas que forman parte de colectivos amenazados (por ejemplo, pensemos en las amenazas de grupos terroristas a empresarios para que éstos paguen determinadas cantidades como el *impuesto revolucionario*). Así pues, habrían de darse circunstancias justificativas para poner en marcha ese dispositivo de seguridad personalizada, circunstancias que se darían cuando, por poner otro ejemplo, las repetidas manifestaciones pacíficas en contra del terrorismo se vieran obstaculizadas violentamente por contramanifestantes; en estos casos, el propio TEDH sí ha declarado que existen obligaciones positivas de los Estados para proteger la seguridad de las personas que ejercer la libertad de manifestación³⁹.

Como se expuso, una de las limitaciones a la libertad de movimientos viene constituida por la pena de confinamiento. Pues bien, en el *asunto Guzzardi contra Italia, de 6 de noviembre de 1980*⁴⁰, se percibe claramente cómo la libertad de movimientos conforma un aspecto esencial de la libertad personal. En este caso, el TEDH declaró que las condiciones de residencia a las que se había visto sometido Guzzardi (culpable de asociación de malhechores y de complicidad en el secuestro de un industrial, liberado tras el pago de un rescate considerable), confinado en Cala Reale (en la isla de Asinara-Cerdeña), supuso una ingerencia injustificada en su derecho a la libertad (artículo 5.1 CEDH). En efecto, el Gobierno contraargumentaba que únicamente había impuesto restricciones (previstas legalmente) a la libertad de circulación del demandante. Sin embargo, el TEDH comprobó que se trataba de un lugar en el que nueve décimos del territorio los ocupaba un centro penitenciario, que era prácticamente inaccesible desplazarse a otros lugares cercanos, que sólo esporádicamente podía mantener contactos sociales, y que casi todos los habitantes de la isla se hallaban en sus mismas condiciones, sometidos a una férrea y constante vigilancia policial. Este conjunto de circunstancias condujo al TEDH al fallo citado.

Queremos concluir este epígrafe con un asunto que evoca la idea del espacio europeo de Derecho y del valor libertad, según el título de este capítulo. Aludimos al *caso Drozd y Janousek contra Francia y España de*

³⁹ Véase al respecto el *caso Plattform "Artze für das Leben" contra Austria de 21 de junio de 1988*, Serie A, núm. 139.

⁴⁰ Serie A, núm. 39.

26 de junio de 1992⁴¹. Los demandantes, el primero de nacionalidad española y el segundo checoslovaca, habían sido condenados por robo a mano armada en Andorra (por el Tribunal de Corts). En el Principado, los condenados a una pena de privación de libertad superior a tres meses tienen la opción de cumplirla en prisiones de España o Francia, opción que realizaron en favor de este segundo país. Dado que Andorra no era en el momento de los hechos un Estado miembro del Consejo de Europa (sí lo es en la actualidad), los demandantes dirigieron la demanda contra Francia y España, basándose en la circunstancia de que a la cabeza de la jefatura del Estado andorrano se encuentran el presidente de la República francesa y el obispo de la Seu d'Urgell en calidad de copríncipes; además, en las jurisdicciones andorranas (y es el caso del Tribunal de Corts) ejercen funciones jueces y magistrados provenientes de Francia y España.

Los demandantes centran sus alegaciones en dos preceptos: de un lado, el artículo 6 CEDH, que reconoce el derecho a un proceso justo⁴²; de otro lado, el artículo 5 CEDH, alegando haber sido detenidos ilegalmente en Francia para ser conducidos a prisión. Según el TEDH, no le correspondía ni a él, ni a Francia, controlar las condiciones del artículo 6 en cuanto a la condena pronunciada por el Tribunal de Corts, dado que el Principado de Andorra no se hallaba vinculado por las obligaciones del CEDH, al no ser Parte en él, al margen de que ello iría contra la tendencia a la cooperación judicial internacional. No obstante, el TEDH compele a los Estados a operar tal control cuando de las circunstancias del caso se derive una violación manifiesta del CEDH, que por supuesto sería aplicable también al artículo 5⁴³. Así, el TEDH declaró que el Tribunal de

41 Serie A, núm. 240.

42 En relación al artículo 6 CEDH, el TEDH acepta las excepciones de los Gobiernos demandados: *ratione loci*, por cuanto el CEDH no era aplicable en Andorra, al no ser ésta Parte Contratante, y tratarse de un Estado soberano, no de un condominio franco-español; *ratione personae* porque, aunque el término "jurisdicción" -según el TEDH- no se limite al territorio nacional de los Estados contratantes y, por consiguiente, de sus órganos puedan emanar actos que desplieguen efectos fuera de dicho territorio, en este caso los magistrados procedentes de Francia y de España no actuaban en calidad de jueces franceses o españoles (por otra parte, los actos de las jurisdicciones andorranas escapan a cualquier control de las autoridades francesas o españolas).

43 Dice así el párrafo 110 de la sentencia: "No incumbía a Francia investigar si el procedimiento que condujo a esta condena cumplía cada una de las condiciones del artículo 6. Exigir tal control sobre la manera en que una jurisdicción no vinculada por el CEDH aplica los principios que se desprenden de este texto se opondría igualmente a la *tendencia actual al refuerzo de la cooperación internacional en el ámbito judicial*, tendencia normalmente favorable a los interesados. Los Estados Contratantes deben, no obstante, guardarse de prestar su colaboración si aparece que la condena resulta de una denegación flagrante de justicia (ver, *mutatis mutandis*, la sentencia Soering contra Reino Unido de 7 de julio de 1989, serie A, núm. 161, pág. 45, párrafo 113)".

Corts era un "tribunal competente" en el sentido del artículo 5.1.a), y que este precepto *no prohíbe la ejecución, en un Estado Contratante (Francia), de una condena a prisión de un individuo pronunciada fuera del territorio de tal Estado, incluso en un Estado que no sea Parte Contratante del CEDH (Andorra)*⁴⁴. En otras palabras, tal ejecución no supone una violación de la libertad personal del individuo condenado.

2.-Las garantías concretas de la libertad personal. Peculiaridades en situaciones excepcionales

A) Derechos de ser informado de las razones de la detención, de asistencia letrada, y al respeto de la integridad física y moral

Tanto el derecho de ser informado de los motivos de la detención en un idioma comprensible como el derecho a la asistencia letrada tienen su paralelo en el derecho a la defensa garantizado por el artículo 6 (apartados 3.a y 3c, respectivamente).

En realidad, el derecho a la asistencia letrada del detenido no aparece expresamente contemplado en el artículo 5 CEDH, pero el TEDH lo ha incluido en él a través de una interpretación conjunta de este precepto y del artículo 6 CEDH. Así lo ha reconocido, por ejemplo, en el *caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica de 18 de junio de 1971*, sobre internamiento de vagabundos, sobre el que más tarde volveremos. En el *caso Sánchez-Reisse contra Suiza de 21 de octubre de 1986*⁴⁵, sobre la detención de un nacional argentino para ser extraditado a su país, el TEDH ha declarado que los detenidos extranjeros también son beneficiarios de este derecho, lo cual adquiere un considerable relieve en nuestros días merced a la movilidad geográfica existente (y, sobre todo, en el continente europeo).

El elemento de extranjería destaca aún más cuando se trata de informar al detenido en una lengua que comprenda. Sin embargo, este derecho de información sobre las razones de la detención consagrado en el apartado 2 del artículo 5, en la práctica a penas ha tenido virtualidad, al quedar embebido en el examen más general de la legalidad de la detención prescrita por el apartado 4 del mismo artículo. A esta circunstancia se debe el hecho de que no exista sentencia alguna en la que el TEDH haya declarado la violación aislada del artículo 5.2: así, por

⁴⁴ Esta conclusión ha sido confirmada posteriormente por la Comisión en un supuesto similar: *asunto Francisco Iribarne Pérez contra Francia, decisión de inadmisibilidad de 19 de enero de 1994* (demanda núm. 16462/90), DR 76-A, marzo 1994, págs. 18 y ss.

⁴⁵ Serie A, núm. 107.

todos, resulta ilustrativo el *caso X contra Reino Unido de 5 de noviembre de 1981*, en el que el TEDH estimó inútil pronunciarse sobre la alegación del apartado 2 del artículo, pues "su análisis no es sino un simple aspecto del ya efectuado bajo el ángulo del apartado 5". Esto no ha sido obstáculo para que el TEDH ofrezca algún apunte jurisprudencial al respecto: por ejemplo, en el *caso Lamy contra Bélgica de 30 de marzo de 1989*⁴⁶, relativo al no acceso de un inculpado al expediente de los órganos judiciales que debían pronunciarse sobre su detención provisional, la jurisdicción de Estrasburgo declaró que la información puede ser tanto oral como escrita. En este asunto, si bien el TEDH comprobó que el demandante no tuvo conocimiento durante los 30 primeros días de su detención de elemento alguno que figurara en el expediente y, consiguientemente, se dificultaba la contraargumentación frente a las acusaciones del ministerio fiscal, ello no supuso una vulneración del apartado 2 del artículo 5 (de hecho, el señor Lamy había recibido una copia de su orden de detención), sino del apartado 4 de tal disposición, en tanto que no se respetaron los principios de igualdad de armas y de contradicción.

Al margen de que el examen del apartado 2 quede normalmente encuadrado en el análisis del apartado 4 (ambos del artículo 5) CEDH, es obvia la proyección del derecho de información procesal en el marco del artículo 6.3.a) CEDH. Sobre este último, sólo apuntar que se halla en la base de la última sentencia del TEDH que tuvo a España como Estado demandado: la dictada en el *caso Gea Catalán de 10 de febrero de 1995*⁴⁷.

Por último, debemos subrayar la conexión existente entre los artículos 3 y 5 del CEDH. Debe quedar fuera de toda duda que la

46 Serie A, núm. 151.

47 Serie A, núm. 309. El fondo del asunto tiene su origen en la demanda de Francisco Gea Catalán, que había sido condenado en España por un delito de estafa con agravante muy cualificada (artículo 529 del Código Penal español), a causa de la obtención fraudulenta de dinero mediante la falsificación de letras de cambio, aprovechando su condición de banquero. El error material en la transcripción de la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de enero de 1988, en donde se decía que se le aplicaba el apartado 1 en lugar del que correspondía (apartado 7) del artículo 529 del Código Penal le llevó a recurrir ante el Tribunal Supremo la mencionada sentencia. El Supremo rechazó la casación en sentencia de 7 de noviembre de 1990, y por su parte el TC denegó el amparo solicitado por Gea Catalán frente a las sentencias anteriores por presunta vulneración de la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Presentada su demanda ante los órganos de protección del CEDH, la Comisión declaró en su *informe de 30 de noviembre de 1993* que había habido violación del artículo 6.3.a) CEDH (derecho de una persona a ser informada de la acusación formulada contra ella); al contrario, el TEDH concluyó que no se había vulnerado el derecho al proceso justo del demandante, pues el simple error en la transcripción de los mencionados apartados no impidió al recurrente conocer la acusación formulada contra él ni la consiguiente calificación del delito que se le imputaba, como se desprendía claramente de los autos.

privación de libertad no puede acarrear torturas o tratos inhumanos o degradantes. Además, el derecho del artículo 3 CEDH no es susceptible de derogación en virtud del artículo 15 CEDH, como quedó sentado en la *sentencia de 18 de enero de 1978, dictada en el caso Irlanda contra el Reino Unido*⁴⁸, sobre medidas de excepción y tratos infligidos a detenidos en Irlanda del Norte. La apuntada conexión ha quedado más patente en una sentencia más reciente, de *27 de agosto de 1992, pronunciada en el asunto Tomasi contra Francia*⁴⁹, sobre los tratos sufridos por el demandante durante su detención policial. Por añadidura, la estrecha relación entre los artículos 3 y 5 CEDH se halla en el origen de la adopción de la *Convención europea para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987*, en cuyo Preámbulo, los Estados miembros del Consejo de Europa signatarios de dicha Convención se muestran

"Convencidos de que la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes podría verse reforzada por un mecanismo no judicial, de carácter preventivo, basado en visitas".

B) Control de la detención preventiva por órganos con funciones judiciales y la posible acumulación de éstas

En lo que se refiere a la garantía del apartado 3 del artículo 5, el TEDH se vio llamado a pronunciarse sobre la expresión "magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales" en el *caso Schiesser contra Suiza de 4 de diciembre de 1979*⁵⁰. El demandante, Friedrich Schiesser, sospechoso de haber cometido distintos robos cualificados, ante el temor de que hiciera desaparecer las pruebas, vio decretada su detención provisional por el fiscal general del cantón de Zurich⁵¹. A la luz del examen de los hechos, el TEDH concluyó la ausencia de violación del artículo 5.3. La doctrina del TEDH tiene interés, por cuanto estima que, si

48 Serie A, núm. 25.

49 Serie A, núm. 241-A.

50 Serie A, núm. 34.

51 El cantón de Zurich se divide en once distritos, dotados cada uno de una fiscalía que comprende uno o varios fiscales. Estos últimos son elegidos por sufragio universal por una duración de tres años (cuatro a partir del 1 de enero de 1977). Cada procurador es a la vez un órgano de encuesta y de instrucción, sometido al control del procurador general, y un órgano de acusación ante el juez único en materia penal y ante el tribunal de distrito para las infracciones de pequeña y mediana importancia. Goza igualmente del poder de emitir una orden de detención ("mandat de répression") si el acusado reconoce su culpabilidad y si puede calificarse su infracción con una multa o una pena de prisión de un mes como máximo.

bien el "magistrado" no se confunde con el "juez", debe poseer algunas de sus cualidades, es decir, poseer una serie de condiciones que a la vez constituyen garantías para la persona detenida, a saber: a) *garantías de independencia* respecto del poder ejecutivo y de las partes, lo que no excluye toda subordinación a otros jueces o magistrados, siempre que éstos por su parte también gocen de independencia; b) *garantías de procedimiento*, lo que implica la obligación de oír personalmente al individuo inculcado; c) *garantías de fondo*, lo que conlleva la necesidad de examinar las circunstancias en pro y en contra de la detención y, en este último caso, ordenar la puesta en libertad.

Esta jurisprudencia debe tenerse en cuenta a la hora de examinar la pertinencia de reformar el sistema judicial en España y de plantear la posibilidad de que los fiscales puedan asumir la instrucción de las causas penales. No obstante, la sentencia Schiesser precisa ser completada por la dictada en el *caso Huber contra Suiza de 23 de octubre de 1990*⁵². En ella se planteó el ejercicio sucesivo, por un mismo fiscal de distrito del cantón de Zurich y respecto a la misma persona, de funciones de instrucción y de acusación en el proceso penal ulterior. Así, tras declarar que el CEDH no excluye la posibilidad de que el magistrado que decide sobre la detención ostente también otras funciones, su imparcialidad queda sujeta a sospecha si puede intervenir también en el procedimiento penal posterior en calidad de parte acusadora. Por ello, estimó que había existido violación del artículo 5.3 CEDH.

C) La duración de la detención gubernativa

El bien jurídico libertad es demasiado precioso como para correr el riesgo de su eventual vulneración⁵³. Por ello, si bien el CEDH no establece un plazo determinado en este supuesto (a diferencia de la CE, que señala un plazo preciso de 72 horas máximo), sí dispone que la cuestión de la privación de libertad debe esclarecerse "inmediatamente"⁵⁴, de tal forma que tras ese esclarecimiento inmediato el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición judicial por los órganos gubernativos custodiantes hasta ese momento. Así, en el *caso McGoff contra Suecia de*

52 Serie A, núm. 188.

53 Véase la reciente obra de T. Vives Antón, *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

54 En cuanto al CEDH, este período aparece reflejado con el término "aussitot" según la versión francesa, que es más favorable a la libertad en este sentido que el texto inglés: "promptly".

26 de octubre de 1984⁵⁵, el TEDH estimó que la brevedad exigida por el apartado 3 del artículo 5 no permite considerar acorde con el CEDH una detención preventiva de 15 días permitida por la ley sueca. En esta sentencia se cita el antecedente del *caso De Jong, Baljet y Van den Brink contra Países Bajos* de 22 de mayo de 1984⁵⁶, en donde se consideraron excesivos 6 días de detención gubernativa.

Incluso períodos más cortos de detención policial han sido juzgados contrarios al CEDH. Así ocurrió en el *caso Brogan y otros contra el Reino Unido* de 29 de noviembre de 1988, relativo al arresto y detención preventiva de sospechosos en virtud de la legislación sobre prevención del terrorismo. Según la ley británica antiterrorista de 1984, el período inicial de detención es de 48 horas, lapso que puede ser prolongado por decisión ministerial para Irlanda del Norte. En este marco, los ciudadanos británicos T. Brogan, D. Coyle, W. McFadden y M. Tracey vieron prolongada su detención gubernativa durante 5 días y 11 horas, 6 días y 16 horas y media, 4 días y 6 horas, y 4 días y 11 horas respectivamente. El TEDH falló que, incluso el más breve de estos cuatro períodos mencionados (4 días y 6 horas) supera los estrictos límites de tiempo permitidos por la noción de "aussitot" o "promptly". Según el Tribunal de Estrasburgo, conceder un peso tan grande a la causa como para llevar a una detención de tal duración sin comparecencia ante un juez u otro magistrado, conduciría a consecuencias contrarias a la sustancia del derecho a un recurso judicial inmediato garantizado por el artículo 5.3 CEDH.

Sin embargo, la detención preventiva reviste peculiaridades en el caso de situaciones excepcionales. Efectivamente, detenciones gubernativas de las características acabadas de ver en el ambiente terrorista británico sí han venido avaladas por el TEDH cuando ha mediado el ejercicio de la facultad de derogación prevista en el artículo 15 CEDH. Tal es el sentido de la *sentencia de 28 de mayo de 1993 dictada en el caso Brannigan y McBride contra Reino Unido*⁵⁷. El primer demandante estuvo sometido a detención gubernativa durante 6 días, 14 horas y 30 minutos; el segundo, durante 4 días, 6 horas y 25 minutos. Ambos fueron detenidos como

55 Serie A, núm. 83.

56 Serie A, núm. 77. En esta misma fecha se dictaron sendas sentencias y con la libertad personal como telón de fondo, en el *caso Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe*, y en el *caso Duinhof y Duijf*, ambos *contra Países Bajos* (Serie A, núms. 78 y 79 respectivamente).

57 Véase también el antecedente que, sobre la utilización de los poderes de derogación que confiere el artículo 15 CEDH, supuso el *caso Lawless contra Irlanda* de 1 de julio de 1961, relativo al internamiento administrativo de un sospechoso de cometer actos ilegales por supuesta colaboración con el IRA, Serie A, núm. 3.

sospechosos terroristas, en aplicación de la ley antiterrorista de 1984. El Gobierno británico informó al Secretario General del Consejo de Europa que se prevalía del derecho de derogación previsto en el artículo 15.1 CEDH, en la medida en que el ejercicio de los poderes definidos en la ley de 1984 no se acomodaban al artículo 5.3 del tratado europeo. El TEDH declaró que no hubo violación del CEDH, dado que el Gobierno británico hizo uso de una de las dos posibilidades que se le presentaban tras el *caso Brogan y otros* mencionado: bien introducir un control judicial de la decisión de detener a alguien, bien notificar una derogación a las obligaciones convencionales, opción esta última que fue adoptada.

D) La duración de la prisión provisional

Como es sabido, la prisión provisional constituye una medida cautelar que, a diferencia de la detención preventiva, no se produce ante las autoridades gubernativas o policiales, sino ante la autoridad judicial; se produce, por tanto, como consecuencia de una resolución judicial y dura hasta que haya un pronunciamiento definitivo, que lógicamente será de absolución o de condena. En el primer caso, el detenido recobra su libertad; en el segundo se le aplica una modalidad distinta de privación de libertad (la prevista en el artículo 5.1.a CEDH).

Los órganos tutelares del CEDH han abordado en multitud de ocasiones el problema de la prisión provisional. El TEDH, en el *caso Neumeister contra Austria de 27 de junio de 1968*⁵⁸, sentó una serie de principios al respecto. El asunto versaba sobre la supuesta complicidad del director de una gran empresa de transportes en delitos de estafa de gran envergadura, consistentes en la obtención fraudulenta de pingües beneficios fiscales a título de ayuda a la exportación. El demandante alegaba vulneración del derecho a la libertad personal (artículo 5 CEDH), en razón de los distintos períodos de prisión provisional sufridos, y del derecho al proceso justo (artículo 6), por la excesiva duración del proceso y el no respeto del principio de igualdad de armas. Al margen de que el TEDH no halló violación de este segundo precepto, nuestro interés se ha de centrar en la prisión provisional, tanto más cuanto que el mantenimiento de esta medida sí supuso violación del artículo 5.3 CEDH.

En primer lugar, queda patente la actitud del TEDH en su afirmación del principio *favor libertatis*, toda vez que las autoridades judiciales nacionales deben buscar todas las circunstancias posibles conducentes a admitir o descartar un interés público que justifique una derogación a la regla del respeto de la libertad individual.

58 Serie A, núm. 75.

En segundo lugar, entre esas posibilidades de cesación o interrupción de la prisión provisional, mediante la consiguiente libertad condicional decretada por el juez, ocupa un lugar muy destacado la prestación de fianza⁵⁹.

En tercer lugar, en relación a la mayor objeción para otorgar la libertad condicional, se suele aducir el peligro de fuga. Sobre éste, el TEDH ha declarado que la posibilidad de fuga no puede únicamente valorarse a partir de la gravedad de la posible condena, sino especialmente del carácter del interesado, su moralidad, domicilio, profesión, recursos, lazos familiares y el país en el que es procesado. Además, el peligro de fuga disminuye necesariamente con el tiempo de prisión provisional, ya que éste debe ser computado en la duración total de la condena.

Así pues, la duración de la prisión provisional, que no aparece explícitamente fijada en el CEDH, dependerá en gran medida de las circunstancias particulares del caso concreto. Por ejemplo, en el *caso Letellier contra Francia de 26 de junio de 1991*⁶⁰, el TEDH consideró que las jurisdicciones internas examinaron de manera puramente abstracta la necesidad de prolongar la privación de libertad, limitándose a considerar la gravedad de la infracción (la demandante había sido condenada a tres años de prisión por complicidad en un delito de asesinato). En consecuencia, el TEDH declaró por unanimidad que se había violado el artículo 5.3 CEDH, a tenor del período (de dos años y nueve meses) comprendido entre la orden judicial de ingreso en prisión y la sentencia de primera instancia.

A la vista de lo anterior, entre estos dos momentos se sitúan aparentemente los límites temporales de la prisión provisional. En realidad, en cuanto al inicio, no parecen suscitarse dudas. En cambio, respecto a su finalización el TEDH ha barajado diversos criterios: a título de ejemplo, en el *caso Wemhoff contra Alemania de 27 de junio de 1968*⁶¹, el TEDH consideró, por un lado, el período que comienza con el ingreso en prisión y termina en el momento en que se formula la acusación (que situaba en el ámbito del artículo 5.3 CEDH); y, por otro

⁵⁹ Por ello, en el *caso Neumeister* el TEDH dirige una doble crítica a las autoridades judiciales: la primera, su rechazo a tener en cuenta las sucesivas ofertas de fianza, que se justificaba cada vez menos a medida que se aproximaban razonablemente al montante que puede considerarse como suficiente para asegurar la comparecencia del demandante; la segunda, la fianza tiene por finalidad evitar la fuga, y no reparar el eventual perjuicio causado por el demandante, y deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: las circunstancias personales del acusado, sus medios de vida y los lazos con quienes le avalan.

⁶⁰ Serie A, núm. 207.

⁶¹ Serie A, núm. 7.

lado, el tiempo que transcurre entre la resolución de primera instancia y la sentencia firme (que fijaba en el marco del artículo 5.1.a). Sobre la base de estos criterios, y tras un riguroso examen de la jurisprudencia relativa a la libertad personal, Freixes y Remotti han señalado que "estos criterios no precisan cuál es el momento procesal exacto que ha de ser considerado como la finalización de la prisión provisional; en efecto, aparece una zona de penumbra entre el momento en que se formaliza la acusación y el pronunciamiento de sentencia firme en la que, según cual sea el criterio que se adopte, la privación de libertad se configura o no como prisión provisional"⁶².

Resulta de interés la posición de dichos autores en cuanto optan (analizando el juego combinado de los artículos 5 y 6 CEDH) por considerar que la prisión provisional termina con la sentencia firme⁶³. Sin negar los efectos de la presunción de inocencia en favor del acusado, la proyección sostenida por ellos podría parecer excesiva. Por supuesto, la interpretación de los citados autores podría estimarse más favorable a los intereses del acusado (en este caso, también condenado) desde un cierto punto de vista, a efectos de solicitar la libertad condicional, toda vez que siguen otorgando virtualidad a la presunción de inocencia. No obstante, también es dado pensar que con la sentencia definitiva de primera instancia termina la prisión provisional (conforme a la sentencia Neumeister), ya que con ella se produce "la condena por un tribunal competente" (artículo 5.1.a. CEDH y la culpabilidad del acusado ha sido "legalmente establecida (artículo 6.2). En otras palabras, con la condena de primera instancia la presunción de inocencia quedaría desvirtuada (sin perjuicio de que pueda recurrirse tal sentencia), y cabría hablar también de *presunción de culpabilidad*. Desde este otro punto de vista, la extensión de la prisión provisional hasta la sentencia firme podría incluso revelarse perjudicial para el condenado, pues ese período de privación de libertad no contaría a efectos de obtención de beneficios o redención de la pena.

E) El *habeas corpus*

Como es sabido, se trata de un instituto de origen anglosajón que posibilita a la persona detenida solicitar la intervención de la autoridad judicial para que compruebe la legalidad y regularidad de su privación de libertad. La expresión proviene del latín y significa "que tengas o dispongas de tu cuerpo"; por ello, en su origen, se requería a la autoridad

⁶² T. Freixes Sanjuán, y J. C. Remotti Carbonell, *El derecho a la libertad personal*, op. cit., pág. 383.

⁶³ *Ibidem*, nota a pie núm. 7.

gubernativa a que llevara al detenido ante el juez, presentándolo ante éste "corporalmente" con el fin de comprobar las condiciones de la detención.

En cuanto a su reconocimiento en el CEDH, ya vimos que el procedimiento de *habeas corpus* aparece consagrado en el artículo 5.4. En relación al mismo, Trechsel ha destacado tres aspectos⁶⁴: en primer lugar, de entre las muchas garantías contenidas en el artículo 5 para proteger la libertad personal, ésta es la más importante; en segundo lugar, dicha garantía refuerza la efectividad de los apartados 1 a 3 del artículo 5 en el ámbito nacional; y, en tercer lugar, el apartado 4 del artículo 5 CEDH es *lex specialis* en relación al artículo 13 CEDH, que prevé con carácter general el derecho a un recurso efectivo. De este último sentido, sirve como ejemplo el caso *De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica* y a estudiado, en el que el TEDH, tras declarar que había habido violación del artículo 5.4 CEDH, estimó innecesario realizar un examen similar sobre la base del artículo 13.

Al margen de los tres aspectos indicados, nos parece oportuno resaltar otro no menos importante: el CEDH, a diferencia de la CADH, no incluye entre los derechos inderogables previstos en el artículo 15, los reconocidos en el artículo 5, de tal suerte que el procedimiento de *habeas corpus* puede ser derogado. Precisamente, en el caso *Brannigan y McBride contra Reino Unido de 26 de mayo de 1993*, el TEDH consideró que a la luz de las consideraciones llevadas a cabo por el Reino Unido

"no puede decirse que el Gobierno se haya excedido en su margen de apreciación excluyendo el control judicial en las circunstancias de la época" (párrafo 60).

Ciertamente, si el *habeas corpus* aparece como una garantía del derecho a la libertad, desde un prisma positivista difícilmente podrá mantenerse la inderogabilidad de tal garantía cuando sí es posible (a *contrario sensu*) la derogación del derecho sustantivo (artículo 5 CEDH) según la redacción del artículo 15 CEDH. Pese a ello, los demandantes y las organizaciones no gubernamentales que se vieron habilitadas para presentar sus observaciones (conforme al artículo 37.2 del Reglamento interno del TEDH), entre ellas Amnesty International, Liberty e Interights, sostuvieron que

"el artículo 5.4 debería ser considerado como no susceptible de derogación en caso de peligro público" (párrafo 61).

64 S. Trechsel, "Liberty and Security of Person", cit., pág. 319.

3.-Restricciones a la libertad personal y de movimientos en relación a determinadas categorías de personas

A) Enajenados

El primer supuesto relevante viene constituido por el *internamiento de enajenados* que, como han observado Freixes y Remotti, presentan un gran interés "para el contexto español por la escasa regulación jurídica existente"⁶⁵, de manera que aquí se halla más justificada, si cabe, la búsqueda de ese mínimo consenso europeo en materia de libertad⁶⁶. A esto debe añadirse "la singularidad y especialidad de tal medida: la privación de libertad es consecuencia, en general, de la imputación de un ilícito penal; sin embargo, la enajenación mental origina una situación jurídica subjetiva en el sujeto pasivo no derivada de ilícitos jurídicos; lo que importa, como causa de justificación de la privación de libertad, es una circunstancia personal del sujeto pasivo que, con independencia de los actos que éste haya cometido, es considerada jurídicamente suficiente para legitimar el internamiento"⁶⁷.

No obstante el carácter singular y especial de este grupo vulnerable, el TEDH ha establecido que el artículo 5.4 exige también el respeto de las garantías fundamentales. Por tanto, es indispensable que la persona internada tenga acceso a un tribunal y sea oída en persona o, en caso necesario, por medio de una alguna forma de representación. Estas garantías fallaron en el *caso Winterwerp contra Países Bajos de 24 de octubre de 1979*, por cuanto el demandante había sido internado en un hospital psiquiátrico, unas veces a solicitud de su esposa, otras a instancia del fiscal, sin que el tribunal de distrito aceptara oírle en la causa o permitirle contestar los informes médicos que sirvieron de base a su internamiento, pese a sus repetidas demandas de puesta en libertad. Por todo ello, el TEDH concluyó que hubo violación del artículo 5.4 CEDH⁶⁸.

65 T. Freixes Sanjuán, y J. C. Remotti Carbonell, , *op. cit.*, pág. 391.

66 Para un exhaustivo análisis de los problemas que para la libertad representa el internamiento de enajenados, véase la obra de Th. Douraki, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986.

67 T. Freixes Sanjuán, y J. C. Remotti Carbonell, *op. cit.*, pág. 391.

68 A idéntico fallo se llegó en el *caso Herczegfalvi contra Austria de 24 de septiembre de 1992*, sobre el internamiento y tratamiento de un enajenado, por no haber éste obtenido respuesta a sus múltiples solicitudes de libertad (Serie A, núm. 244).

Tanto en el *caso Winterwerp* como en otros posteriores⁶⁹, el TEDH estableció una serie de condiciones mínimas para "la detención regular de un enajenado": a) salvo caso de urgencia, se debe haber probado de manera fehaciente la enajenación del afectado, es decir, haber mostrado ante la autoridad competente, y a través de un perito médico objetivo, la existencia de una tara mental real; b) dicha tara debe revestir un carácter o una amplitud que legitime el internamiento; y c) tal internamiento no puede prolongarse sin la persistencia de la indicada tara. Además, y con carácter general, un control del internamiento tan restringido como el posibilitado por el procedimiento de *habeas corpus*, si bien podría ser satisfactorio para una medida de urgencia tendente al internamiento de un enajenado, no sería suficiente para una detención prolongada.

B) Menores

Por otra parte, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el control judicial del *internamiento de menores*. Un asunto paradigmático lo representa el *caso Bouamar contra Bélgica de 29 de febrero de 1988*⁷⁰. El demandante, de nacionalidad marroquí, menor en el momento de producción de los hechos, había sido objeto de una acción social preventiva prevista en la Ley de 8 de abril de 1965 relativa a la protección de la juventud. Tal acción consistía en el internamiento en un centro de régimen cerrado durante estancias de quince días como máximo. Este régimen se basaba (según la ley) tanto en la imposibilidad material de encontrar a un particular que se hiciera cargo del joven, como en el comportamiento peligroso de éste. Todos los recursos del demandante para obtener su libertad se declaraban inadmisibles por carencia de objeto, dado que cuando los interponía había recobrado su libertad. Bouamar invocaba como motivo central la violación de su derecho a la libertad personal y el no haber podido ejercitar el control judicial previsto en el artículo 5 CEDH. El TEDH, tras comprobar que el "juez de la juventud" ante el que se podía recurrir en estos casos, aunque constituía un "tribunal" desde el punto de vista orgánico, funcionalmente actuaba conforme a un procedimiento que no revestía carácter judicial, halló violación del apartado 5 del artículo 5. Además, declaró que se había violado el artículo 5.1.d), pues aunque el CEDH permite el internamiento en prisión de un menor como medida provisional de custodia previa a un régimen de educación vigilada, ello no puede realizarse sin la asistencia de personal idóneo y sin asistencia letrada para controlar la legalidad de su detención.

⁶⁹ Especialmente en el *caso X contra el Reino Unido de 5 de noviembre de 1981*, sobre el internamiento de un delincuente enajenado; y en el *caso Luberti contra Italia, de 23 de febrero de 1984*, sobre el internamiento en un hospital psiquiátrico de un acusado absuelto en razón de su estado de demencia (Serie A, núm. 46, y Serie A, núm. 75, respectivamente).

⁷⁰ Serie A, núm. 129.

C) Vagabundos

Por último, y en el mismo sentido, también el TEDH ha extendido la necesidad de control judicial y de las garantías mencionadas en el caso del internamiento de vagabundos. La doctrina sobre esta problemática ha quedado sentada principalmente en el *caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica de 18 de junio de 1971*⁷¹, en el que los demandantes vieron violado su derecho a un recurso para atacar su detención irregular (artículo 5.4 CEDH). Sobre esta sentencia nos parece pertinente apuntar dos aspectos:

- En primer lugar, es cierto que los tres demandantes se presentaron voluntariamente ante la policía para solicitar su internamiento, por lo que el Gobierno argumentaba que no era posible hablar de privación de libertad. En cambio, el razonamiento del TEDH reviste un notable alcance. El hecho de presentarse a la policía para ser internado puede deberse a una angustia o una miseria pasajera que no implica necesariamente que el solicitante se encuentre en estado de vagabundeo. Pero, sobre todo, el derecho a la libertad reviste demasiada importancia en una "sociedad democrática" para que una persona deje de disfrutarla por el simple hecho de constituirse voluntariamente prisionera. Así, una detención podría infringir el artículo 5 aunque la aceptara el propio individuo.

- En segundo lugar, queda de manifiesto la indivisibilidad de los derechos y, en esta línea, la relación entre la libertad personal y la libertad económica. La precaria situación económica lleva a los demandantes a mendigar pagando el alto precio de su libertad (a la que renuncian), e incluso lleva a uno de ellos a delinquir (De Wilde, en concreto, había pasado tres meses en prisión correccional por un hurto doméstico). Este segundo aspecto, junto con el primero, creemos que son susceptibles de conexión si los examinamos desde la órbita del Estado social, en la medida en que a éste corresponde asegurar las condiciones para que la libertad sea efectiva.

IV.-EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN EL MARCO NORMATIVO COMUNITARIO: LIBERTAD PERSONAL Y LIBERTADES ECONOMICAS

Es curioso y significativo comprobar que la libertad aparece como el primer principio consignado en el Preámbulo del TUE, lo que recuerda

71 Serie A, núm. 12.

al artículo 1.1 cuando enumera los valores superiores del ordenamiento. Así, en el Preámbulo del TUE, los Estados miembros confirman

"su adhesión a los principios de *libertad*, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho".

Del mismo modo, ya anteriormente en el Preámbulo del Acta Unica los socios comunitarios se mostraban

"decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales (...), en particular la *libertad*, la igualdad y la justicia social".

Para comprender la problemática de la libertad y la seguridad personales en el ámbito de la Unión Europea es ineludible centrarse en el Título VI del TUE, que contiene las "disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior". Este título comprende la conocida como *serie de artículos de la letra "K"* (artículos K.1 a K.9), y en sus distintos apartados se recogen básicamente dos sectores: de un lado, los asuntos relativos a la cooperación judicial y policial y, de otro lado, las materias referentes al fenómeno inmigratorio.

El propio Preámbulo del TUE, en clara referencia al Título VI, recuerda esta conexión entre libertad y seguridad personales, en tanto que los Estados miembros reiteran

"su objetivo de facilitar la *libre circulación de las personas*, garantizando al mismo tiempo la *seguridad* y la defensa de sus pueblos, mediante la inclusión de disposiciones sobre justicia y asuntos de interior en el presente Tratado".

El Título VI del TUE tiene su fuente de inspiración en el *Documento de Palma*⁷², fruto del dinamismo de la presidencia española de la Comunidad en 1989. En dicho documento se fijaron las condiciones básicas a cumplir para la realización efectiva de la libre circulación de personas, habiéndose hallado en este último extremo la *filiación* del TUE: no en vano se dice que el artículo K.1 es el precepto *clave* del TUE⁷³. Por otra parte, con razón se ha observado que el Título VI "consagra así la

72 Su denominación se debe a que se adoptó en la Conferencia de Palma de Mallorca, celebrada los días 5 y 6 de junio de 1989.

73 En este sentido se ha expresado Vilariño Pintos, E.: "La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 1, enero-abril 1994, pág. 67. Véase asimismo J. de Miguel Zaragoza, y A. Blanco de Castro, "El Título VI del Tratado de la Unión: cooperación en asuntos de justicia y de interior", *Gaceta Jurídica de la CE*, D-18, septiembre de 1992.

irrupción de la problemática europea en materias que eran de las más significativas para la soberanía de los Estados miembros"⁷⁴.

En otro orden de consideraciones, el juego de la libre circulación de personas hace prácticamente inevitable la conexión de la libertad personal y de la libertad económica. En efecto, la libertad sólo se menciona en una ocasión en el Preámbulo del Tratado Constitutivo de la CEE, en el que los Estados fundadores se declaraban

"Resueltos a consolidar, mediante la constitución de este conjunto de recursos, la defensa de la paz y la *libertad* e invitando a los demás pueblos de Europa que participen de dicho ideal a asociarse a su esfuerzo".

Esta consagración abstracta de la libertad, que no encerraba más significado que el de resaltar que Europa había recobrado su libertad tras la Segunda Guerra Mundial, se concretaría en el texto articulado dando un sesgo eminentemente económico a la Comunidad (de ahí que se califique de "económica"), un sesgo que a la postre imprimiría carácter en los desarrollos posteriores de la Unión.

En este marco, entre los fines de la CEE consignados en el artículo 3 del Tratado constitutivo de 1957, destacan las letras a) y c):

"la supresión, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas a la entrada y salida de mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente; (...) la supresión, entre los Estados miembros, *de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales"*.

Al desarrollo de estas previsiones se dedica una parte sustancial de los 248 artículos del Tratado CEE: dentro de la Segunda Parte, se dedica el Título I a la "libre circulación de mercancías" (artículos 9 a 37), y el Título III a la "libre circulación de personas, servicios y capitales" (artículos 48 a 73). En relación a la libertad de circulación, Cartou afirma con contundencia: "Es el fundamento mismo de la Comunidad económica europea. Está constituida por cuatro libertades fundamentales relativas a los bienes, a los servicios, a las personas, y a los capitales, cuyo objetivo global es la creación de un mercado interior"⁷⁵.

⁷⁴ H. Labayle, "La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures", en *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Actes du colloque du 27 juin 1992, Cahiers du CEDIN, 1992.

⁷⁵ L. Cartou, *Communautés européennes*, París, Précis Dalloz, 1991, 10a ed., cit. pág. 235.

Por último, es ilustrativo transcribir la primera disposición relativa a los derechos humanos en el Título VIII del Proyecto Herman, pues se hace eco de la vinculación entre la libertad y la seguridad, reconociendo su protección al lado de dos derechos considerados absolutos, la vida y la integridad corporal:

"Toda persona tiene derecho a la vida y al respeto de su integridad física, así como a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser condenado a muerte, sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

Como conclusión del esbozo de la normativa comunitaria, pueden realizarse dos observaciones. Por una parte, se pone mayor acento en el aspecto económico de la libertad que en el político o personal. Ciertamente que la libre circulación de personas no excluye a la libertad política, pero en el ámbito estrictamente comunitario la opción ha sido clara en favor de aquélla: es más, situados en el preferente plano económico, incluso en éste se diferencia claramente entre asalariados y no asalariados, por ejemplo. Por otra parte, también en la proyección exterior de la Unión queda relegada la libertad política ante la económica, y en este terreno es patente la diferencia entre ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros países, para cuya concreción los socios de la Unión se han esmerado en distinguir los conceptos de refugiado económico y refugiado político.

V.-LA DEFENSA DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Ha quedado apuntado que las cuestiones atinentes a la libertad y a la seguridad personales tienen como núcleo normativo el Título VI del TUE, que en principio (junto con el otro pilar de cooperación, el de la PESC), queda fuera de la competencia del TJCE (éste sólo actúa en relación al pilar de la Comunidad Europea). Por ello, también en principio, no tendría sentido hablar de jurisprudencia en esta materia. Sin embargo, el propio TUE contiene algunos preceptos que abren la posibilidad de atribuir al Tribunal de Luxemburgo en el futuro competencias sectoriales sobre libertad y seguridad. Entre ellos, podemos citar los siguientes:

- El artículo 220 TUE, en virtud del cual:

"Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales:
-la protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales (...)"

- El artículo K.9 TUE, que recoge lo que se ha dado en llamar "pasarela", es decir, el posible paso de ciertas materias (concretamente las atinentes a los apartados 1 a 6 del artículo K.1 TUE) desde el marco de la cooperación al de la integración estrictamente comunitario.

- Respecto al resto de materias del artículo K.1 (los apartados 7 a 9), se prevé, por el juego combinado del artículo L.b) TUE y del artículo K.3-2.c), que los litigios a que den lugar los convenios de cooperación (por tanto, sin *comunitarizar*) que se celebren sobre dichas materias, sean sometidos al TJCE.

La ausencia de voluntad política por parte de los Estados otorga precariedad a la posibilidad de nuevas atribuciones al TJCE en este ámbito, posibilidad que si se actúa en el futuro podrá dar lugar a nuevos contenciosos paralelos entre este Tribunal y el TEDH.

Así pues, en defecto de una atribución de competencias al TJCE sobre materias que afecten directamente a la libertad y a la seguridad personales, la jurisprudencia comunitaria ha abordado en numerosas ocasiones conflictos relativos a la libre circulación de personas, pero siempre con un trasfondo económico claro: a título de ejemplo, el *caso Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz, de 13 de diciembre de 1979*⁷⁶, versó sobre la ingerencia por las autoridades públicas en el derecho de propiedad y en el libre ejercicio de la profesión vitícola (como derechos reconocidos por los principios fundamentales de orden comunitario) En el *caso Nicolas Dreessen contra Conseil national de l'ordre des architectes, de 9 de agosto de 1994*⁷⁷, se trató sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en relación al reconocimiento de títulos en el sector de la arquitectura.

El mayor peso de las cuestiones económicas ha provocado asimismo que la cooperación judicial se haya producido en el ámbito civil (no en el penal): de esta forma, y dado que no hay prisión por deudas, en algunos casos ha sido necesaria la cooperación para operar embargos preventivos, circunstancia que se planteó en el *caso Mund & Fester contra Hatres International Transport, de 10 de febrero de 1994*⁷⁸, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

76 Rec. 1979, págs. 3727-3751.

77 Rec., págs. I-4087-4101.

78 Rec. 1994-2, págs.

VI.-EL DERECHO A LA LIBERTAD EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA

Con carácter preliminar, si bien ya citamos en el apartado I los dos preceptos fundamentales de nuestra Constitución (el artículo 17, que reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad, y el artículo 19, que garantiza la libertad de circulación), nos parece necesario traer a colación otras disposiciones constitucionales, así como la legislación más importante en la materia.

Respecto a las disposiciones constitucionales de referencia, y en coherencia con el planteamiento llevado a cabo al hablar de la normativa del Consejo de Europa, hemos de recordar las que acogen los tres principios fundamentales garantizadores de la libertad personal: el artículo 25.1 CE, el principio de legalidad de los delitos y las penas; el artículo 9.3 CE, el principio de la irretroactividad de las leyes penales; y el artículo 24.2 *in fine* CE, el de la presunción de inocencia.

En cuanto a la legislación, destaquemos la que sigue: por una parte, la normativa básica de garantía de la libertad personal se recoge en la *Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus*; por otra parte, el derecho a la seguridad intenta garantizarse a través de *Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana*⁷⁹. La Exposición de Motivos de esta controvertida ley expresa claramente que

"la protección de la *seguridad* ciudadana y el ejercicio de las *libertades* públicas constituyen un *binomio inseparable*, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática"⁸⁰.

⁷⁹ Con carácter general, véase T. Freixes Sanjuán y J. C. Remotti Carbonell, "La configuración constitucional de la seguridad ciudadana", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, enero-marzo 1995.

⁸⁰ En la exposición de motivos se sigue insistiendo sobre este punto, y el legislador pone de relieve que "desde la promulgación de la Constitución, en un proceso ininterrumpido, las Cortes Generales han tratado de mantener un positivo equilibrio entre libertad y seguridad, habilitando a las autoridades correspondientes para el cumplimiento de sus deberes constitucionales en materia de seguridad, mediante la aprobación de Leyes Orgánicas como la de 1 de junio de 1981 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, o la de 13 de marzo de 1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Asimismo, se han aprobado Leyes especiales, como la de 15 de julio de 1983 reguladora del derecho de reunión; la de 21 de enero de 1985 sobre Protección Civil, o la de 25 de julio de 1989 de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; incluyéndose, asimismo, medidas de prevención de la violencia en los espectáculos deportivos mediante la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

Por lo que respecta a las restricciones a la libertad de movimientos de los extranjeros, hay que estar básicamente a la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de los derechos y libertades de los extranjeros en España* y a la más reciente *Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la ley de asilo de 1984*, así como a la *Ley 4/1985, de Extradición Pasiva*. Esta última prevé que el juez pueda acordar la prisión provisional de una persona cuya extradición se solicita por dos períodos máximos de hasta 40 días cada uno, el primero para que el Estado requirente pueda presentar la solicitud y el segundo para que ésta pueda ser tramitada. Por su parte la *Ley de Extranjería* permite el internamiento en centros no penitenciarios de los extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión por un plazo máximo de hasta 40 días.

Por último, también en el marco de la legislación, pero en este caso no referida a sectores subjetivos u objetivos concretos, sino con carácter general, hemos de mencionar la legislación sustantiva (*Código Penal*) y la adjetiva o procedimental (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) que disciplinan las restricciones a la libertad personal. En cuanto a esta última, recordemos que el artículo 520 bis) prevé que la detención preventiva máxima de 72 horas puede prolongarse hasta 48 horas más mediante autorización judicial respecto a los acusados de pertenecer a bandas armadas o elementos terroristas, y que los artículos 520 y 527 permiten que se decrete la controvertida figura de la *incomunicación* del detenido y restringirle el derecho a la libre elección de letrado.

1.- La definición de la libertad y la seguridad personales de conformidad con los parámetros europeos

Como valor superior reconocido en el Preámbulo y en el artículo 1.1 CE, el TC ha declarado que la libertad personal debe ser entendida como

"libertad general de actuación o libertad general de autodeterminación del individuo" (*STC 120/1990, FJ 11*).

En cuanto al derecho a la libertad y a la seguridad personal, el FJ 2º de la *STC 15/1986, de 31 de enero*, ha señalado que entrañan una libertad física que garantiza a todos

"la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones".

Por otra parte, el TC no ha obviado definir la libertad personal en sentido negativo (*STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5º*):

"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*".

Además, la jurisdicción constitucional se ha visto llamada a clarificar algo tan evidente como la diferencia entre la seguridad personal del artículo 17 CE y la seguridad jurídica del artículo 9.3 CE⁸¹.

Pero, sin duda, la definición de la libertad personal quedaría incompleta si no nos refiriésemos a la controversia en torno a la figura de la "retención", que volvió a suscitarse con motivo de la *STC 341/1993, de 18 de noviembre*, en donde se declaró conforme a la Constitución la conducción a las dependencias policiales de una persona para verificar su identificación (artículo 20.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana), pese a no establecer sino un límite temporal impreciso ("por el tiempo imprescindible").

Estimamos que la fuerte discusión social y doctrinal a que dio lugar la Ley de Seguridad Ciudadana y esta *STC 341/1993*, se entiende mejor si recogemos las críticas surgidas en el seno del propio TC, que dieron lugar a dos significativos votos particulares discrepantes de los Magistrados Carlos de la Vega Benayas y Julio Diego González Campos.

En cuanto al primero, éstos son los puntos (H e I) más críticos de su disidencia:

"La retención (vieja reivindicación de las Policías, en aras de una pretendida eficacia) es una figura, mejor una situación, que se quiere intermedia entre la libertad y la detención. Pero esta posibilidad de estar y de no estar al tiempo libre ha sido rechazada por la *STC 98/1986* ("no hay zonas intermedias entre detención y libertad"). De modo que, según esta doctrina, la retención es una detención no ajustada a la Constitución, ni a la Ley, es decir, ilegal, punible.

En sus términos más crudos la retención es el acto de inmovilizar e ingresar a un ciudadano en una dependencia policial sin imputación alguna y sin las garantías del artículo 17 CE".

Así, de la Vega Benayas fundamenta su disenso en la *STC 98/1986* acudiendo incluso a autores clásicos, como Rousseau o Kant⁸².

81 Así tuvo que pronunciarse en la citada *STC 15/1986* (FJ 2º): "El derecho a la seguridad reconocido en el artículo 17, número 1, de la CE es, así, el derecho a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9, número 3, de la CE y que equivale, con fórmula obligadamente esquemática, a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses, jurídicamente tutelados".

82 En el apartado E) de su voto particular, dice De la Vega Benayas: "La seguridad ciudadana no es, pues, un derecho fundamental. Es una aspiración, un deseo social e individual, un resultado de la eficacia de la protección policial. En ningún caso un valor

Por su parte, González Campos, razona en el mismo sentido, discrepando en cuanto a la falta de precisión de la mayoría del TC sobre los conceptos básicos del artículo 17.1, una discrepancia que se agrava, según él, por la escueta y parca jurisprudencia al respecto, tanto constitucional como europea. En relación a la primera, González Campos se hace eco de los supuestos más conflictivos de privación de libertad⁸³; respecto de la segunda, prefiere no entrar en ella por entender suficiente la propia jurisprudencia constitucional, para calificar de inconstitucional el artículo 20.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, si bien es significativo que se refiera tanto al TEDH como a la Comisión de Estrasburgo⁸⁴.

Para acabar conviene hacer una referencia a la libertad de circulación y de residencia, reconocida en el artículo 19 CE. En este sentido, en el *Auto núm. 781/85, de 13 de noviembre*, el TC ha descartado que pueda considerarse contrario a esta libertad la obligación de residencia en la localidad de trabajo que pesa sobre algunos funcionarios, pues se trata de una limitación que, además de depender de la libre decisión del ciudadano de entrar en una determinada relación con la Administración,

primero o superior porque, como decía Rousseau, también se vive tranquilo en los calabozos. Lo importante, según esto, es que los calabozos estén ocupados por verdaderos culpables o al menos por ciudadanos con racional sospecha de haber cometido un injusto".

En el apartado L) de su voto concluye: "Lo expuesto hace innecesario entrar en las pretendidas garantías que el artículo 20.2 y 3 prevé, garantías que o no son tales (la del registro) o son tan imprecisas (la de que la estancia en las dependencias policiales será por el 'tiempo imprescindible') que no merecen ser rebatidas (esa expresión 'tiempo imprescindible', basta para la calificación de inconstitucionalidad), estimando que lo que hace la mayoría no es sino muestra de buena voluntad, buena voluntad que, pese a lo que diga Kant, aquí no constitucionaliza la sospechosa norma cuestionada. En mi opinión, pues, debió declararse inconstitucional el artículo 20.2 de la Ley 1/1992, estando, por lo demás, conforme con la mayoría en el resto de la Sentencia".

83 Este es el tenor literal del apartado 2 del voto de González Campos: "La consecuencia de esta falta de precisión de los conceptos básicos del artículo 17.1 no podía ser otra que una cierta ambigüedad doctrinal, que afecta decisivamente al razonamiento de la Sentencia, tan escueto en su desarrollo como parco de referencias a la doctrina sentada por este Tribunal en relación con supuestos de esta misma índole. (Entre ellos, el internamiento de personas declaradas exentas de responsabilidad criminal en las *SSTC 16/1981 y 112/1988*; el arresto domiciliario del quebrado, en la *STC 178/1985*; la prisión preventiva, en las *SSTC 41/1982 y 127/1984*; la detención preventiva y el internamiento de extranjeros al amparo del artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de Extranjería, en la *STC 115/1987*, y, en particular, los supuestos relativos a la verificación de la alcoholemia de conductores de vehículos, en las *SSTC 103/1985, 107/1985 y 22/1988*). Era obligado, pues, examinar el supuesto previsto en el artículo 20.2 LOPSC en relación con los casos que se acaban de indicar y la doctrina anterior del Tribunal, pero desgraciadamente ello no se ha hecho en la Sentencia, lo que puede explicar, aunque no justificar, la carencia que he señalado".

84 En efecto, en las primeras líneas de su voto particular, González Campos avanza su parecer de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 20.2 LOPSC, y ello "*con independencia* de otras razones que derivan del artículo 5.1.b) CEDH y, en particular, de la interpretación de este precepto por el TEDH y la Comisión Europea de Derechos Humanos".

cuenta con un fundamento razonable basado en la necesidad de asegurar el adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales. Obviamente, esto no habría de concebirse en términos absolutos, teniendo en cuenta el progreso de los medios de comunicación. Por otra parte, tampoco ha considerado que viola la libertad deambulatoria protegida por el artículo 19 CE la obligación impuesta a un imputado en situación de libertad provisional de comparecer ante un Juzgado periódicamente o cada vez que éste le requiera (*STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3º85*).

En fin, no cabe duda de que la libertad de circulación y establecimiento de personas (artículo 19 CE), contemplada asimismo en el artículo 139 CE, ha de respetar las exigencias europeas, especialmente las comunitarias, tal como han sido interpretadas por el TJCE (ver apartado V de este capítulo). Ciertamente, el hecho de que el orden económico nacional requiera la existencia de un mercado único, no es obstáculo para que la libre circulación de bienes y personas por el territorio nacional constituyan "dos supuestos irreductibles", según el TC (*STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 3º*). Pero, estos supuestos no pueden concebirse de manera tan absoluta que impidan cualquier intervención económica, *por efecto de la cláusula del Estado social*, como también ha reconocido el TC (*ibidem, FJ 5º*). Únicamente restaría insistir en que, tanto la libertad referida, como las posibles intervenciones estatales, han de verse no sólo a la luz del mercado único español, sino asimismo del mercado único europeo.

2.-La duración de la prisión provisional

Nos proponemos analizar en este epígrafe, siguiendo con el método propuesto, si la actuación de las autoridades judiciales españolas respetan las exigencias de la normativa europea en relación a esta restricción a la libertad personal o, si por el contrario, procede poner en duda que tal respeto se produzca. Para ello, nos parece sumamente ilustrativa la *STC 41/1982, de 2 de julio de 1982*. Ciertamente, reconocemos los límites de la utilización de una sola sentencia, pues como dijimos al analizar la jurisprudencia del TEDH, en este campo la decisión adoptada depende básicamente de las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, es significativo el proceder del TC, tanto más cuanto que enfoca el asunto a la luz de normas nacionales históricas y vigentes, así como de normas internacionales y jurisprudencia del TEDH.

85 Dice así el FJ3º de esta Sentencia: "(...) como este Tribunal ha dicho en supuestos similares al que nos ocupa (*ATC 650/1984*), la presentación ante el Juzgado, por ser una medida cautelar legalmente prevista, aunque ciertamente significa una restricción del derecho de libre elección de residencia, no constituye una vulneración al mismo aquella resolución judicial que, como ocurre en el presente caso, impone tal obligación dentro de los supuestos legales y en forma razonada en términos de Derecho".

La *STC 41/1982* tiene su origen en un recurso de amparo promovido por don J. G. R. contra la resolución del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Huelva que decretó su prisión preventiva (situación en la que se encontraba desde el 19 de abril de 1980) y la providencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 23 de junio de 1981, denegatoria de su libertad provisional. En el momento de dictar sentencia el TC (2 de julio de 1982), el demandante se hallaba todavía privado provisionalmente de libertad, esto es, un período de algo más de dos años y dos meses. La demanda de amparo se basaba en los artículos 17 y 24.2 CE, y en el artículo 5.3 CEDH.

Con carácter previo a la sentencia, el TC (Sala Primera) dictó un Auto (de 3 de febrero de 1982) por el que denegaba la suspensión solicitada basándose en la reconducción del recurso de amparo a la eventual concurrencia de una posible dilación indebida en el proceso penal que sigue el recurrente. A tenor de ello, el TC se centra en el análisis de la posible vulneración del derecho a la libertad personal.

Es curioso comprobar las disquisiciones del TC en sus fundamentos jurídicos, en donde aparentemente se pronuncia por el principio *favor libertatis* y, consecuentemente, parece concebir de manera restrictiva el instituto de la prisión provisional. Así lo hace en el FJ 2º, haciéndose eco (como decíamos) de las normas constitucionales vigentes⁸⁶ e históricas, así como de las internacionales, más favorables a la libertad⁸⁷, para a partir de ahí colegir que:

"Todos los textos -internos e internacionales- valoran como esenciales los principios de libertad y seguridad y, en lógica coherencia con el mandato constitucional reseñado, al consistir la prisión provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio

86 "La institución de la prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad personal del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la CE por las afirmaciones contenidas en: a) el artículo 1.1. consagrado al Estado social y democrático de Derecho que 'propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político'; b) en la sección 1ª, capítulo 2º del Título I, el artículo 17.1, en que se establece que 'toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley'; y c) en el artículo 24.2, que dispone que todos tienen derecho 'a un proceso público sin dilaciones indebidas (...) y a la presunción de inocencia'".

87 "El mandato constitucional español relativo a los principios de libertad y seguridad encuentra sus precedentes en las Constituciones españolas de 1812 (artículo 290), de 1837 (artículo 7), de 1845 (artículo 7), de 1869 (artículo 2), de 1876 (artículo 4) y de 1931 (artículo 29), y en los instrumentos internacionales siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 9), Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 5) y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 9)".

de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar y adoptada mediante resolución judicial motivada que consta, de modo expreso, en las actuaciones judiciales objeto de examen en el presente caso, aun dentro de la provisionalidad inherente al auto de procesamiento y al escrito de calificación del Ministerio Fiscal, que también reviste este carácter".

El énfasis en el escrito de calificación del Fiscal, así como el hecho de que el resultado de tal calificación no sólo figure en los antecedentes (que es lo lógico), sino también en los fundamentos jurídicos (y concretamente en el 1º⁸⁸), suponen una fluctuación en el razonamiento del TC, que además volverá a valerse de la normativa nacional e internacional⁸⁹, así como de la jurisprudencia del TEDH⁹⁰, pero esta vez para anunciar la denegación del amparo (pese a que, paradójicamente, en las dos sentencias del TEDH citadas, se condenó al Estado demandado por vulneración del derecho a la libertad personal):

"No existiendo límite mínimo en relación al tiempo que debe mantenerse a una persona en situación de preso provisional, ello implica la posibilidad de que, respetando las normas constitucionales, legales y de carácter internacional, esta situación subsista si se pone de manifiesto que los hechos por los que se procede, en los que no entra a conocer este Tribunal, son constitutivos de delito (FJ 4º).

(...) Descendiendo en particular a nuestro caso concreto y examinando si desde que se produjo la detención de don J. G. R. el plazo transcurrido ha superado los límites razonables, hay que concluir que, dadas las circunstancias concurrentes en el procesado y en las actuaciones dilatorias señaladas en el antecedente 6º, no ha habido vulneración por parte de la autoridad judicial de los artículos 17 y 24.2 CE, así como del artículo 5.3 CEDH en cuanto medio de interpretación (artículo 10.2 CE) de los artículos anteriores (FJ 5º)".

88 En efecto, en el FJ 1º, el TC vuelve a reiterar "la cuestión planteada por el recurso de amparo interpuesto por la representación de don J. G. R., procesado por un delito contra la salud pública, otro de tenencia ilícita de armas y finalmente por un delito de conducción ilegal, por los que el Ministerio Fiscal solicita, respectivamente, penas de doce años de prisión mayor, seis años y un día de prisión mayor y arresto supletorio. Todo ello nos lleva a examinar el fondo del asunto".

89 Dice así el TC en el FJ 3º: "La disposición del artículo 503 de la L.E.Crim., cuya aplicación al caso presente está justificada, no debe en su aplicación desvirtuar el contenido de la institución de la prisión preventiva que, como precisa en su artículo 9.3 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 'no debe ser la regla general' para las personas que hayan de ser juzgadas. Por otra parte, y en apoyo de esta tesis, la Resolución 11/65 del Consejo de Europa recomienda a los Gobiernos que actúen de modo que la prisión provisional se inspire en los siguientes principios: a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe considerarse como medida excepcional, y c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos".

90 Razona en el FJ 5 utilizando el *caso Neumeister* y el *caso Wemhoff*.

El antecedente 6° se refiere al trámite de calificación provisional del Ministerio Fiscal, así como a la alegación de éste basada en que "a la dilación producida no ha sido ajena la actuación procesal de la defensa de otro procesado que planteó como artículo de previo pronunciamiento la declinatoria de jurisdicción a favor de la Audiencia Nacional y el planteamiento de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue desistido".

De lo anterior se deduce que el TC ha tomado en consideración exclusivamente la gravedad del delito que se le imputa al procesado, así como una actuación no de éste, sino de otro procesado en la causa, no reparándose en los demás criterios establecidos por la jurisprudencia del TEDH (ya vistos en el apartado III. 2. d. de este capítulo). *Todo lo cual, finalmente, nos hace dudar sobre el proceder de los órganos internos españoles en cuanto al respeto de las exigencias europeas en el terreno de la prisión provisional.*

3.-La duración de la detención preventiva

A diferencia de la prisión provisional, la jurisdicción constitucional española sí ha tenido en cuenta la jurisprudencia del TEDH relativa al período de detención preventiva. Expresémoslo en las palabras del hasta fechas reciente Secretario del Alto Tribunal europeo, Marc-André Eissen, al referirse a la influencia recíproca de los tribunales constitucionales nacionales y del TEDH: "He aquí una ilustración reciente. El 16 de diciembre de 1987 (*STC 199/1987*), el Pleno del Tribunal Constitucional de España declaró inconstitucional el artículo 13 de una ley orgánica de 26 de diciembre contra las actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas. Dicho artículo autorizaba a prolongar de setenta y dos horas a diez días, mediante decisión judicial, la duración máxima (setenta y dos horas) la detención preventiva. El Tribunal Constitucional, por unanimidad, lo estimó contrario al artículo 5.3 CEDH, que obliga a llevar inmediatamente ("aussitot"/"promptly") ante un juez o un magistrado habilitado por ley para ejercer funciones judiciales, a un individuo que se halle en detención preventiva"⁹¹.

Al margen de este ejemplo concreto, de interés particular para nosotros, interesa subrayar esa *influencia mutua* entre los Tribunales constitucionales españoles y el TEDH a la que se refiere Eissen: "De entrada, parece normal que las primeras marquen con su huella al segundo, en razón de las raíces nacionales de los jueces de Estrasburgo y

⁹¹ M. A. Eissen, "Cour constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme: leur influence mutuelle", *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, núm. 6, abril 1991, pág. 171.

del carácter subsidiario del Convenio europeo. Recíprocamente, la jurisprudencia del TEDH parece llamada a repercutir sobre la de las jurisdicciones constitucionales nacionales"⁹². Aún más: esa influencia mutua evoca, con carácter general, la idea esbozada en el apartado III del capítulo III sobre "el sustrato constitucional establecido por la fórmula estatal española y la búsqueda de un paralelismo en un consenso europeo social y democrático de Derecho". Por añadidura, el alcance de las expresiones "aussitot" o "promptly" constituye así lo que Eissen denomina una *noción autónoma*, que tiene entidad en sí misma y que por ello debe considerarse necesariamente como *uno de los elementos del consenso europeo de derecho que favorece el valor libertad*.

4.-El derecho a la libertad en situaciones excepcionales

En esta materia nos hemos de referir ineludiblemente y de manera principal a la *STC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987, sobre la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 CE*.

Por lo que al derecho a la libertad se refiere, ha de hacerse alusión a tres previsiones de la citada Ley que fueron impugnadas:

- De un lado, se cuestionó el artículo 11 de la Ley Orgánica 9/1984, relativo a los órganos judiciales competentes para conocer de los delitos de terrorismo⁹³. Ello, según el Parlamento vasco, afectaría (entre otros aspectos) al "respeto a la efectividad de la justicia, a la defensa, y en su caso, al derecho de *habeas corpus*". A tenor de esto último, y al entrar en juego la instrucción de la causa, no cabe duda que puede verse afectado el derecho a la libertad personal. Por ello, al plantearse la cuestión al TC bajo el ángulo del "ejercicio de la potestad jurisdiccional", que corresponde en exclusiva "a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes" (artículo 117.3 CE), es fácilmente apreciable que dicho planteamiento entronca con el efectuado por nosotros al tratar del "juez u otro magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales" (artículo 5.3 CEDH). Lo interesante del razonamiento del TC es, por una parte, que utiliza el estándar mínimo europeo del CEDH y, por otra parte, que tal uso se produce a partir de un informe de la Comisión (lo que refuerza el carácter jurisdiccional de la actividad de este órgano tutelar) en un caso contra España, el *caso Barberà, Messeguè y Jabardo*, y no de la

⁹² *Ibidem*, pág. 167.

⁹³ Según este artículo: "La instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley corresponde en la jurisdicción ordinaria a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional".

sentencia del TEDH (de 6 de diciembre de 1988)⁹⁴, que lógicamente no se cita por ser posterior a la STC 199/87, en cuyo FJ 6º se establece:

"Existen supuestos que (...) pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y el enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga el artículo 152.1 CE ni los preceptos estatutarios que aquí se alegan, ni tampoco el artículo 24.2 CE. En efecto, tanto los Juzgados Centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional son orgánica y funcionalmente, por su composición y modo de designación, órganos judiciales "ordinarios", y así ha sido reconocido por *la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe (de 16 de octubre de 1986) sobre el caso Barberà y otros*, en el que se afirma: *la Comisión comprueba que la audiencia Nacional es un Tribunal ordinario instituido por un Real Decreto-Ley y compuesto de Magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial*".

- De otro lado, se suscitó un supuesto característico del llamado "principio de concordancia práctica" que impone tratar de hacer compatible la suspensión de derechos y la intervención judicial: se trata de la prolongación de la detención preventiva más allá de las 72 horas que fija como límite el artículo 17.2 CE, posibilidad que se hallaba prevista en el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/1984

"por el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término de 24 horas, denegará o autorizará la prolongación propuesta".

Los recurrentes estimaban que el artículo 23 de la Ley recurrida vaciaba de contenido la garantía de "la necesaria intervención judicial" prevista en el artículo 55.2 CE, además de infringir, según el Parlamento Vasco, "los artículos 24.1, 117.1, 122 y 24.2 CE, así como el 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 5.3 CEDH" (FJ 8º). El TEDH, en alusión a ordenamientos de nuestro entorno pero, sobre todo, tomando como parámetro la normativa internacional y europea en materia de derechos humanos, declaró que el artículo 13 controvertido, por permitir una prórroga excesiva del plazo de 72 horas de límite máximo de la detención preventiva, así como por excluir la previa autorización judicial, resultaba inconstitucional⁹⁵.

94 Serie A, núm. 146.

95 Según el FJ 8º: "El precepto constitucional -artículo 55- permite que la detención gubernativa pueda prolongarse más allá de las 72 horas, límite general a la misma previsto por el artículo 17.2 CE, y esa posibilidad de prolongación es la que se configura como la 'suspensión' del derecho reconocido en dicho artículo. (...) La prolongación de la detención gubernativa más allá de las 72 horas no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo con los artículos 17.2 y 55.2 CE, sin una previa y expresa autorización judicial. Por hacer

- Por último, fue objeto de impugnación la ampliación (contenida en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 9/1984)⁹⁶ de los supuestos (de por sí controvertidos) de incomunicación ya previstos en circunstancias normales. En este supuesto, el TC pone de manifiesto las dudas de constitucionalidad del precepto de referencia, que sólo pueden ser salvadas si se interpreta en el sentido que determina el Alto Tribunal en el punto 3º b) de su fallo:

"Declarar que el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 9/1984, es inconstitucional, a no ser que se interprete que la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa ha de ser objeto de simultánea solicitud de confirmación al órgano judicial competente".

5.-El derecho a la libertad en el Estado social en relación a determinadas categorías subjetivas

A) Menores

Nos parece interesante empezar este epígrafe hablando de la controvertida cuestión relativa a la salvaguardia de la infancia, como colectivo vulnerable y, en consecuencia, de la función tuitiva y rehabilitadora que tiene encomendada la jurisdicción de menores (antes calificada de "tutelar"). Esta tiene la posibilidad de proceder al internamiento de menores en el ejercicio de tal función. Precisamente, el internamiento provisional de un menor se halla en el origen de la *STC 233/1993, de 12 de julio*: en ella se resuelve la demanda de amparo (por presunta vulneración de los artículos 17.1 y 24.1 CE) interpuesta por un menor que, por su participación en determinados hechos junto a un grupo de delincuentes adultos había sido internado varias veces en centros especiales, contra el parecer del psicólogo y educador a quien se había confiado su guarda y custodia. Según éste, la medida de

posible esta prolongación con la mera comunicación o petición de prolongación, sin exigir la previa y expresa autorización del órgano judicial, el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/1984 es inconstitucional. (...) Corresponde además a la Ley Orgánica fijar el plazo máximo de duración de esta detención ampliada. El legislador tiene un margen de discreción al respecto, pero no una libertad de opción que le permita ampliar a su arbitrio la duración de esta situación excepcional. En este sentido, siguen siendo puntos necesarios de referencia tanto el artículo 9.3 PIDCP como el artículo 5.3 CEDH, ambos ratificados por España, que requieren la conducción del detenido ante la presencia judicial *en el plazo más breve posible*".

⁹⁶ El artículo 15.1 disponía lo siguiente: "La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo establecido en los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de incomunicación".

internamiento no era adecuada y ponía en peligro la evolución o, incluso, la vida del niño. A la vista de las diligencias de los agentes que actuaron en funciones de policía judicial, de las que se desprendían varias infracciones contra la propiedad, el Juez de Menores núm 1 de Madrid dictó Auto acordando el internamiento provisional del niño durante un mes, medida que no fue suspendida por sendos recursos de reforma y de apelación, que a la postre fueron denegados. El TC desestimó el amparo, y efectivamente parece que se respetaron las garantías mínimas para asegurar la regularidad de la privación de libertad. De esta forma lo expresa y se congratula el TC en el FJ 2º de su sentencia:

"La actuación de la Juez de Menores bien puede ser calificada de paradigmática o ejemplar. No sólo tuvo en cuenta los cinco atestados del procedimiento y elementos de juicio (medios probatorios), con algún otro testimonio, sino que oyó al imputado, adolescente entonces, a punto de cumplir dieciséis años, en presencia de su guardador de hecho y educador, así como de su Abogado".

A mayor abundamiento, el TC observó que hubo igualmente respeto de las reglas internacionales en la materia:

"No está de más subrayar que la comparecencia judicial se ajustó a los principios y respetó las garantías establecidas en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que lleva fecha de 20 de noviembre de 1989 y fue ratificada el 30 de noviembre de 1990 (artículo 40.2.b), conocida pero no vigente todavía en aquel momento, como también se ajusta a las llamadas *reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* o *reglas de Beijing* (artículos 14 y 15) aprobadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985. Es claro que las normas de Derecho interno, en lo que aquí atañe, fueron interpretadas sobre la materia, ratificadas en España, según manda el artículo 10 CE. Carece, pues de consistencia, desde esta doble perspectiva, la queja respecto a una deficiente tutela judicial, que se prestó en este caso sin tacha alguna".

Por nuestra parte, la única crítica que queremos dirigir al proceder del TC se basa en dos puntos. En primer lugar, ciertamente es loable adecuarse a la normativa internacional en la materia, pero no hacía falta basarse en una Convención (la de derechos del niño) que aún no había entrado en vigor para España, o en unas normas no obligatorias ("reglas de Beijing"), cuando también por expreso mandato de los artículos 10.2 y 96.1 CE el internamiento de menores debería analizarse a la luz del CEDH y de su jurisprudencia (ver apartado III.3 de este capítulo), que en este caso sí era obligatorio para España. En segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, cierto que la actuación de la Juez de Menores debe ser aplaudida por hacer bien su trabajo, pero sin que ello se entienda como un acto de "buena voluntad" al respetar reglas no vinculantes para España en el momento del proceso; en otras palabras, su proceder no debe verse como fruto de una opción, sino de una imposición establecida por el ordenamiento en virtud del artículo 10.2 CE, pues de otra forma pudiera

pensarse que tal actuación sería "paradigmática o ejemplar" por aislada, cuando realmente debe ser la regla general. Por añadidura, el mandato interpretativo del artículo 10.2 CE viene reforzado por una cláusula absolutamente singular en el texto constitucional español, por hacer referencia a un ámbito específico (precisamente la protección de la infancia) del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; es así que el apartado 4 del artículo 39 CE concreta la genérica incorporación de los tratados al ordenamiento interno, de suerte que:

"Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

B) Extranjeros

Otro grupo vulnerable viene constituido por los extranjeros, especialmente en relación a aquéllos a los que se aplica el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de Extranjería, es decir, en relación con el "internamiento" del extranjero al que se sigue un procedimiento gubernativo de expulsión del territorio nacional. El TC concluyó que tal precepto no era inconstitucional en la *STC 115/1987*, sobre la que volveremos en el capítulo XI. Por ahora, baste señalar que el TC declaró que "la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma" (FJ 1º), y tampoco se puso en duda la constitucionalidad de la previa "detención preventiva" por la Autoridad Gubernativa, al no sobrepasar las 72 horas.

C) Presos

La efectividad de la cláusula del Estado social no sólo se percibe en los casos de *defensa social* relativos a las condiciones especiales de privación de libertad de grupos vulnerables (menores, extranjeros, etc.), sino en las limitaciones a la libertad como espacio de autonomía y autonormación. Este último extremo podría percibirse en la intervención de las autoridades públicas frente a las personas que intentan, en un supuesto uso de su libertad, quitarse la vida a través de una huelga de hambre. Este supuesto se planteó en las *SSTC 120/1990, de 27 de junio*, y *137/1990, de 19 de julio*, en relación con la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre. Tal huelga la protagonizaron unos presos pertenecientes a los autodenominados "Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre" (GRAPO), que reivindicaban ser reunificados con otros compañeros en una misma prisión. Alegaban la vulneración de diversos

preceptos constitucionales e internacionales⁹⁷, en razón de la alimentación forzosa ordenada por la Administración penitenciaria. El TC no halló violación alguna de los derechos invocados, lo que motivó la denegación del amparo.

El razonamiento del TC se centra principalmente en el alcance del derecho a la vida. Sobre la interpretación de este derecho fundamental nos mostramos de acuerdo con el TC (FJ 7°):

- De un lado, al analizarlo "en cuanto derecho subjetivo" que protege a sus titulares "frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad" (faceta subjetiva), y "como fundamento objetivo del ordenamiento" que "impone a esos mismos poderes públicos (...) el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares" (faceta institucional).

- De otro lado, cuando señala en ese mismo FJ 7°:

"Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte".

Ahora bien, en cuanto a este segundo punto, nos parece que el razonamiento del TC se queda alicorto, por dos razones:

- En primer lugar porque, si bien es cierto que el artículo 9.2 CE no es invocable en amparo, "refleja la dimensión social del Estado de Derecho e impone determinados cometidos a sus poderes" (en palabras del propio TC, FJ 4°), argumentación que el TC habría podido utilizar para integrar las facetas subjetiva e institucional mencionadas y, declarar, en consecuencia, que la efectividad de la libertad sólo se consigue respetándola al máximo (hasta el estado de inconsciencia), sin permitir la muerte. Permitir ésta no sería hacer efectiva la libertad (como pretendían los demandantes), sino dar pie a un ejercicio abusivo del derecho a la libertad.

- En segundo lugar por cuanto el máximo intérprete de nuestra Carta Magna no hace valer la autonomía del derecho a la libertad del

⁹⁷ En concreto, alegaban la infracción de los artículos 1, 16.1, 17.1, 18.1, 9.2, 24.1, 10.1 y 15 de la Constitución, 10.1 PIDCP, 2.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y 3 CEDH.

artículo 17 CE, sino que lo utiliza a modo de "derecho conexo" (de manera similar a como suele interpretar el derecho a la igualdad del artículo 14 CE); y por ello declara el TC en el FJ 11º que "no es tampoco pertinente encuadrar el problema en el ámbito del artículo 17.1 de la Constitución". A tenor de ello, nos parece más aceptable la argumentación del Magistrado Jesús Leguina Villa en su voto particular discrepante cuando analiza el problema bajo el ángulo del artículo 17.1, pues pensamos (como él) que la alimentación forzosa o la asistencia sanitaria coactiva limita la libertad personal de los recurrentes; pero, a diferencia de él, estimamos que esa limitación es legítima según lo ya expuesto, por lo que tampoco hubiéramos sido favorables a la concesión del amparo. En otras palabras, quizá habríamos formulado un voto particular concurrente, limitándonos a la crítica en cuanto a la argumentación jurídica, no en relación al fallo.

En fin, procedería examinar si el problema de fondo se ha adaptado a las exigencias europeas en la materia. Desafortunadamente, la demanda núm. 17.512/90 presentada por los mismos demandantes que dieron lugar a la *STC 120/90* fue declarada inadmisibile por la Comisión europea de derechos humanos en su *decisión de 6 de julio de 1992, en el caso Leoncio Calcerrado Forniellas y Luis Cabeza Mato contra España*⁹⁸, por razones procedimentales. En efecto, la Comisión acogió la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 27.1.b) CEDH, relativa al no cúmulo de recursos ante instancias internacionales, toda vez que los demandantes habían sometido previamente su problema ante el Comité de Derechos Humanos instaurado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por lo demás, los demandantes no invocaron ante la Comisión el derecho a la vida (artículo 2 CEDH) ni el derecho a la libertad personal (artículo 5 CEDH), cosa que no les estaba vedada a pesar de no haberlos invocado formalmente ante el TC. En cambio, alegaron haber sufrido un trato contrario al artículo 3 CEDH (prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes), así como una ingerencia discriminatoria (artículo 14 CEDH) en sus derechos a la libertad ideológica (artículo 9 CEDH) y de expresión (artículo 10 CEDH). Lógicamente, de no haber prosperado la causa de inadmisibilidad por razones formales, nada hubiera impedido que, de oficio, la Comisión examinara la demanda bajo el ángulo del artículo 2 y, sobre todo, 5 del CEDH.

98 DR, diciembre 1992, págs. 214-224.

CAPITULO VII. ESPACIO EUROPEO SOCIAL Y VALOR IGUALDAD: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION

SUMARIO:

I.-ELEMENTOS INTRODUCTORIOS: 1.-Sobre el alcance histórico y actual de la igualdad. 2.-Riqueza de significados y vertientes de la igualdad. Referencia al ordenamiento constitucional español.

II.-RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-Tarea normativa: 1.1.-El CEDH y sus Protocolos. 1.2.-La CSE y su Protocolo adicional. 1.3.-Instrumentos no obligatorios. 2.-Labor jurisprudencial: 2.1.-La labor de la Comisión europea de derechos humanos. 2.2.-El Tribunal europeo de derechos humanos. 2.3.-La jurisprudencia de control de la CSE: en especial, la discriminación sexual en el terreno laboral.

III.-CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA COMUNIDAD EUROPEA: 1.-Tarea normativa: 1.1.-Tratados constitutivos. 1.2.-Acta Unica Europea. 1.3.-Tratado de Maastricht. 1.4.-Derecho derivado. 1.5.-El Proyecto Herman de Constitución europea. 2.-Desarrollo jurisprudencial: 2.1.-La igualdad como derecho fundamental. 2.2.-Contenido del principio de igualdad. 2.3.-El derecho a la igualdad en el terreno laboral.

IV.-LA INFLUENCIA DEL ESPACIO EUROPEO SOCIAL Y DEL VALOR IGUALDAD EN ESPAÑA: 1.-La igualdad como derecho subjetivo. Igualdad ante y en la ley. 2.-El contenido del principio de igualdad y sus distintos significados con arreglo a los criterios europeos. 3.-Alcance de la igualdad real y efectiva: en especial, en el ámbito laboral: 3.1.-No discriminación salarial por razón de sexo y recepción de la jurisprudencia europea. 3.2.-No discriminación ideológica en el terreno laboral y recepción de la normativa europea e internacional sobre derechos humanos. 3.3.-Medidas de discriminación positiva en favor de la mujer. 3.4.-No discriminación en el acceso al empleo. 4.-Otro supuesto de igualdad real: la normalización lingüística. 5.-El entendimiento de la igualdad política. 6.-La no discriminación por razón de nacionalidad. 7.-La eventual violación del principio de igualdad ante pronunciamientos diferentes de los órganos tutelares europeos en supuestos de hecho comparables: en especial, los contenciosos entre el TEDH y el TJCE.

I.-ELEMENTOS INTRODUCTORIOS

1.-Sobre el alcance histórico y actual de la igualdad

Ya de entrada podemos subrayar la trascendencia del principio de igualdad como elemento central presente en todos los instrumentos normativos internacionales y nacionales que propugnan el respeto de los derechos humanos. Sin pretender caer en estos momentos en posiciones iusnaturalistas, puede mantenerse que si el objeto del Derecho es la justicia, nada parece más justo que luchar por suprimir los privilegios y los tratos discriminatorios e injustificados en la sociedad.

Por otra parte, se ha afirmado con razón que dos de los principios del Derecho Internacional más destacados son el de igualdad y el de que la libertad en el ejercicio de los derechos no puede servir para atentar contra los derechos de los demás¹. Lógicamente, en coherencia con nuestra línea argumental, a estos dos habríamos de añadir el valor o principio de solidaridad, que ha venido consagrándose paulatinamente en los documentos internacionales sobre derechos humanos.

Apuntamos en el capítulo anterior que la historia del hombre se ha caracteriza como la lucha por la libertad. Esta afirmación también es válida para la igualdad. Como ha señalado Madiot, la igualdad "es una de esas reivindicaciones poderosas que animan la historia de las sociedades. Esta historia podría ser dibujada a través de la historia de la igualdad, pues esta noción se halla presente en todo el pensamiento político, filosófico y social desde Platón. La encontramos asimismo en todos los ámbitos de la vida social como también, más recientemente, en las relaciones internacionales. Será desarrollada por todas las teorías comunistas, (...) por las teorías socialistas del XIX, y por el pensamiento social cristiano. Será violentamente combatida por las teorías racistas, el fascismo y, sobre todo, el nazismo"². Por nuestra parte, sólo apuntar que la historia de la igualdad ha continuado escribiéndose con el tinte del adjetivo social que acompaña al Estado contemporáneo.

¹ Este principio, que tiene una formulación radical de origen francés en el ya mencionado adagio *pas de liberté pour les ennemis de la liberté*, aparece asimismo en los principales textos internacionales: el artículo 30 de la Declaración Universal de 1948; sendos artículos 5.1 de los Pactos de 1966; el artículo 29 de la Convención Americana de 1969; en cambio, ningún precepto de la Carta Africana de 1981 lo consagra. En cuanto al sistema europeo, aparece recogido en el artículo 17 del CEDH.

² Y. Madiot, *Les droits de l'homme*, op. cit., 1987, pág. 110.

La historia de la libertad y la historia de la igualdad se desarrollan en paralelo. En realidad, configuran una misma historia, pues en todo caso libertad e igualdad son aspiraciones coetáneas. Si esto es así, cuando en el capítulo precedente traíamos a colación la teoría marxista de la lucha de clases y la denominación de unas sobre otras (hombres libres sobre esclavos, señores sobre siervos, etc.) como claro exponente de la historia de y por la libertad, estábamos presentando asimismo la historia de y por la igualdad. En este sentido, estudiando a Rousseau y cómo éste vincula constantemente la cuestión de la construcción de la igualdad a la de la forma del Estado, Sfez recuerda que la privación de libertad es la manifestación principal de las profundas desigualdades que afectan a nuestra sociedad³. Y todavía podemos ir más lejos si convenimos que la peor desigualdad es la desigualdad ante la muerte, que lógicamente ha disminuido por los avances de la medicina⁴.

A tenor de esto último, y sin abandonar la perspectiva de los derechos humanos, podemos comprobar que las atrocidades que han jalonado nuestra historia siguen produciéndose en la actualidad. De un lado, esas desigualdades ante la muerte suponen una prolongación de una violación del propio espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo de cabecera establece que "todos los seres humanos *nacen* libres e *iguales* en dignidad y derechos". De otro lado, la paradoja es mayor si tomamos en consideración que la desigualdad ante la muerte va acompañada de discriminación sexual en casos como los asesinatos en pro del control de la natalidad⁵: estos supuestos no resisten a un dramático juego de palabras, toda vez que el instrumento vivo que pretende ser la Declaración de 1948 se convertiría de esta forma en letra

3 L. Sfez, *L'égalité*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"), núm. 2460, 1989, pág. 68.

4 Sobre este extremo, véase el epígrafe titulado "Inégalité devant la mort" (págs. 27-36) de la obra de R. Girod, *Les inégalités sociales*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"), núm. 2154, 1993, 2a ed.

5 Desgraciadamente, esta situación ha podido comprobarse recientemente en el hermético régimen chino. En un programa emitido el jueves 19 de octubre de 1995 por TVE en la serie *Documentos TV*, titulado "Las habitaciones de la muerte", tres reporteros británicos han mostrado a la opinión pública mundial (utilizando cámaras ocultas) el horror vivido en China por un gran número de niñas recién nacidas. La política gubernamental del "hijo único por familia" ha provocado estos asesinatos acompañados de discriminación sexual en contra de la mujer, en un país en donde el mes de septiembre de 1995 se ha celebrado la Conferencia Mundial sobre los Derechos de la Mujer. Pese a la evidencia de las imágenes, el Gobierno chino difundió una nota diciendo que la situación en los orfanatos no responde a lo mostrado (que calificaba de montaje y de constituir una mentira deleznable) y que en China se respetan los derechos humanos. Este cinismo de las autoridades chinas quedaría contrastado si efectivamente "China se compromete con UNICEF a mejorar la vida de las niñas huérfanas" (título del artículo que aparece en el diario *El País*, del viernes 27 de octubre de 1995, pág. 68).

muerta⁶; de igual forma, los mismos supuestos transforman en realidad el sentimiento calderoniano de que la vida es sueño, por cuanto esos pequeños seres humanos no habrían cometido más "delito" que el de haber nacido.

2.-Riqueza de significados y vertientes de la igualdad. Referencia al ordenamiento constitucional español

Desde el comienzo de la historia han sido numerosas las teorías y respectivos significados en torno a la igualdad⁷. Nosotros vamos a partir de los distintas acepciones contempladas en nuestra Norma Superior.

En primer lugar, la igualdad aparece como *valor superior* del ordenamiento jurídico español en el artículo 1.1 CE, junto a la libertad, a la justicia y al pluralismo político. Como tal valor, impregna el conjunto del ordenamiento. Llama la atención, no obstante, que no se mencione en el Preámbulo, pese a que podría derivarse de la referencia a "un orden económico y social justo", o el aseguramiento a "todos" de una digna calidad de vida.

Por otra parte, el artículo 14 CE consagra la *igualdad jurídica o formal*⁸, de origen típicamente burgués, que prevé un trato idéntico para todos los ciudadanos sin entrar a examinar circunstancias concretas que propicien la corrección de eventuales distinciones no justificadas. A este fin apunta el artículo 9.2 cuando prescribe a los poderes públicos que promuevan una *igualdad real y efectiva* (también denominada *material, sustancial o compensatoria*)⁹.

Desde otra perspectiva, del juego combinado de los artículos 139.1 CE y 149.1.1 CE se deriva la que se ha dado en llamar *igualdad política o supra-autonómica*. Ésta supone que todos los españoles tienen los mismos

⁶ Con una visión crítica, analiza el profesor De Castro Cid los nuevos desafíos de los derechos humanos en el plano universal, observando que la aparición de nuevos derechos (de nuevas realidades) debe venir respaldada por mecanismos de protección más eficaces; véase B. De Castro Cid, "La crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948", *Persona y Derecho*, núm. 25, 1991, págs. 9-29.

⁷ Para un acercamiento a tales teorías y significados, véase L. Sfez, *L'égalité, op. cit.*

⁸ Véase E. Alonso García: "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I.

⁹ Sobre la contradicción entre ambas vertientes de la igualdad véase J. Vilas Nogueira, "Igualdad jurídica y desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 14, marzo-abril 1980.

derechos y obligaciones, en cuanto a un nivel básico, en cualquier parte del territorio nacional. A partir de ese nivel, la combinación del pluralismo político y territorial que vertebra al Estado español debe impedir la uniformidad de posiciones, pues ello atentaría contra la libertad, valor que ha de compaginarse con la igualdad.

Además, pueden distinguirse los conceptos de igualdad en la ley y ante la ley, pese a que los dos se hallen englobados en el artículo 14 CE¹⁰. La primera se refiere a posiciones abstractas, y tiene que ver con el carácter de generalidad de la ley, vedándose la elaboración de leyes singulares o particulares. La segunda, en cambio, prohíbe los tratos discriminatorios o arbitrarios en la aplicación concreta de la ley, por lo que el artículo 14 CE en este caso viene concretado por el artículo 9.3 ("interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos")¹¹.

El primer significado, como decíamos, impregna al conjunto del ordenamiento; aun así, el constituyente ha querido destacarlo explícita o implícitamente¹². Así, el texto constitucional es *explícito*, al menos, en estos ámbitos:

- el derecho de acceso "en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos" (artículo 23.2 CE);
- el deber de pagar impuestos con arreglo a un sistema tributario justo inspirado en el principio de igualdad y en el de progresividad (artículo 31.1 CE);
- el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio "con plena igualdad jurídica" (artículo 32.1 CE);

¹⁰ Al respecto puede verse J. Jiménez Blanco, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.

¹¹ La primera, pues, tiene que ver especialmente con el Parlamento en su función legislativa, mientras la segunda se refiere al Ejecutivo (en su función ejecutiva) y al Judicial. Por ello, como actividad abstracta, la función legislativa del Parlamento, pero también del Gobierno, es susceptible de control a través de los procesos de constitucionalidad por infracción del valor igualdad o la igualdad ante la ley; en cambio la actividad administrativa del Ejecutivo y la no legislativa del Parlamento son controlables a través del recurso de amparo cuando conlleven la vulneración del derecho subjetivo a la igualdad (así se desprende del artículo 53.2 CE en general, y del artículo 42 LOTC para los actos sin fuerza de ley del Parlamento). Esto último ocurre también en el caso de sentencias que de manera injustificada se aparten del precedente o contengan un fallo distinto a otro sobre un supuesto de hecho idéntico (entraría este supuesto en la previsión del artículo 4 LOTC). Sobre este último extremo, plantearémos brevemente la eventualidad de sentencias contradictorias entre el TEDH y el TJCE.

¹² De manera sintética ha recogido R. Sánchez Ferriz (*Estudio sobre las libertades, op. cit.*, págs. 145-146) esta idea al estudiar el artículo 14 CE: "De modo explícito o implícito todos los preceptos subsiguientes aluden a la igualdad como elemento del derecho que consagran. Así hay que interpretar las locuciones 'todos tienen derecho', 'toda persona tiene derecho', 'todos los españoles tienen derecho', 'nadie podrá ser obligado', etc., y también esas otras fórmulas impersonales de 'se garantiza', 'se reconoce', etc., atribuidas a su derecho".

- el derecho al trabajo "sin que en ningún caso pueda producirse discriminación por razón de sexo" en el artículo 35.1 CE;
- el artículo 39.1 CE contiene un mandato de "protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación";
- los artículos 68.1 CE y 69.2 CE reconocen la igualdad del sufragio activo para las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado respectivamente; el artículo 140 CE contiene idéntica previsión para los comicios municipales;
- el artículo 130 CE contiene una cláusula nada desdeñable que combina la realización de la igualdad efectiva y de la igualdad política, en la medida en que prescribe "equiparar el nivel de vida de todos los españoles";
- en el mismo sentido hay que entender el contenido del artículo 131.1, que prevé la posibilidad de planificar la actividad económica general "para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución";
- en línea similar es preciso concebir "el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular", a través de medidas positivas que "no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales" (artículo 138 CE);
- quizá la única salvedad expresa a esa impregnación del conjunto del ordenamiento por el principio de igualdad venga dada, según han señalado algunos autores, por la diferencia de trato entre el hombre y la mujer (en relación con la línea y el grado de parentesco, así como de la edad) en lo relativo a los derechos sucesorios a la Corona de España (artículo 57 CE); por no entrar, en sentido inverso, en que mientras la mujer del titular de la Corona es "Reina consorte", el marido de la titular sólo es "consorte de la Reina"; esto en el seno de la familia real, como círculo de iguales. Rizando el rizo, teóricamente podría decirse que los extraños a ese círculo son menos iguales, por razón del nacimiento.

Por lo demás, de algunos preceptos constitucionales se derivan *prohibiciones implícitas de discriminación*, que hallan su correspondencia con las razones mencionadas en el artículo 14 CE:

- la no obligación de declarar sobre su ideología, religión o creencias (artículo 16.2 CE), la no limitación por motivos políticos o ideológicos en el ejercicio de la libertad de circulación o de residencia (artículo 19 CE), o la garantía del derecho de acceso a los medios de comunicación públicos a los grupos sociales y políticos significativos (artículo 20.3 CE), impiden la prevalencia de discriminación por razón de religión o de opinión;
- en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE debe entenderse incluido el denominado principio de la igualdad de armas en el proceso, que impide la discriminación por cualquier circunstancia personal (sobre todo, por el hecho de hallarse inculpado).
- el goce "de los derechos fundamentales" del Capítulo I, extensible al condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma (artículo 25.1 CE) es una consecuencia lógica de la prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social";
- en el mismo sentido expuesto respecto al artículo 16.2 CE, la no obligación de afiliarse a un sindicato (artículo 28.1 CE) viene protegida por la no discriminación por razón de opinión;
- la no privación de los bienes y derechos, salvo por causa justificada (artículo 33.3), significa a *contrario sensu* que la privación injustificada podría

constituir discriminación por condición o circunstancia personal o social (por ejemplo, fortuna).

A mayor abundamiento, la igualdad refleja de manera paradigmática la faceta individual y la institucional de los derechos fundamentales. Desde el primer punto de vista, la igualdad es un derecho subjetivo¹³, normalmente de naturaleza no autónoma o relacional; pero esto no disminuye un ápice su virtualidad procesal, al margen de que es difícil que no aparezca en conexión con algún aspecto si irradia sus efectos a todo el ordenamiento. Por lo que a la faceta institucional se refiere, es obvio que los derechos son fundamento del orden socio-político de la comunidad en todos sus niveles (desde el municipal hasta el universal), y en este sentido la igualdad despliega todos sus efectos en la medida en los derechos han de disfrutarse sin discriminación.

En esta línea, el principio de igualdad propicia la confluencia de los derechos subjetivos reconocidos y el Derecho objetivo que los mismos configuran, forjando un ordenamiento justo; por otra parte, forja la tendencia de los Derechos nacionales hacia la adecuación al Derecho internacional, a fin de respetar un mínimo común denominador de justicia. Ambas ideas se contienen en el concepto de *estándar mínimo*¹⁴.

Son muchos los motivos en virtud de los cuales se producen discriminaciones, y por ello aparecen expresamente prohibidos por los textos nacionales e internacionales, añadiéndose una fórmula abierta para dar cobertura a cualquier otra discriminación no prevista explícitamente (en el caso de la CE, la mencionada coletilla "cualquier otra condición o circunstancia personal o social"); ello es lógico y coherente, pues de otra forma la igualdad no impregnaría el conjunto del ordenamiento.

Por nuestra parte, vamos a abordar de forma particular la discriminación quizá más frecuente en nuestros días y, en todo caso, la más ancestral: la discriminación sexual, con especial referencia al ámbito laboral. En este mismo ámbito aflora otra de las discriminaciones más antiguas: la relativa al origen nacional. En el devenir histórico, el

¹³ Véase el trabajo de J. M. Baño León, "La igualdad como derecho público subjetivo", *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987.

¹⁴ M. Sánchez Morón expresa bien lo que queremos significar: "Ante todo, el reconocimiento internacional de ciertos derechos y libertades como fundamentales tiende a configurar un *estándar mínimo* de protección de toda persona y a imponer el respeto de esos mínimos esenciales a todos los ordenamientos jurídicos nacionales", en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos* (E. García de Enterría y otros), Madrid, Civitas, 1979, pág. 41.

cristianismo supuso un hito para la universalización de la igualdad¹⁵, especialmente en el campo de la extranjería: es así que frente a la restrictiva ciudadanía griega o a la romana (también restringida en el primer período), la expansión del cristianismo produjo una especie de *inflación de ciudadanía* que condujo a una nueva definición de la igualdad¹⁶. Trasladados a nuestra época, esta inflación no ha seguido progresando, excepto en círculos de iguales y con matices (por ejemplo, la ciudadanía de la Unión europea), que en muchos aspectos excluyen a los que no están en su órbita, ora mediante políticas gubernamentales ligadas a medidas económicas, ora a través de actitudes sociales impregnadas de sentimiento racista y xenófobo.

Es evidente que el estudio de la discriminación sexual en el terreno laboral se halla en sintonía con nuestros planteamientos, por cuanto el trabajo es el medio principal (por tanto, una exigencia básica y mínima) de nuestra existencia. El estudio de la normativa y de la jurisprudencia de los órganos del Consejo de Europa y de los de la Comunidad Europea coadyuvará a la comprensión de los problemas planteados por la igualdad en el plano interno.

II.-RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA

1.-Tarea normativa

El Consejo de Europa ha adoptado un gran número de instrumentos normativos de cooperación, según el objetivo de progreso social y económico marcado en el artículo 1 de su Estatuto.

1.1.-El CEDH y sus Protocolos

De entre esos instrumentos, nuestro centro de interés vendrá constituido por el artículo 14 CEDH, cuyo tenor literal es el siguiente:

"El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras,

15 Uno de los textos bíblicos más sugerentes es la Epístola a Filemón, en la que se recomienda a un esclavo huido, pone las bases para la libertad de los esclavos (v. 16).

16 L. Sfez, *op. cit.*, págs. 39-40: "La ciudadanía griega se forma en torno a la noción de origen. Se es ateniense por la sangre y ningún extranjero puede ser admitido en el círculo estrecho de los privilegios. Ahora bien, esta noción se descompone en el momento en que Roma admitió en su seno (en su sangre) elementos relacionados: aliados, bárbaros, italianos y germanos, celtas, bretones, galos (...) van a hallar un puesto en el círculo de los iguales".

origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

Este precepto, que recoge la cláusula de igualdad, no es una fórmula aislada en este foro regional europeo. Así, el propio CEDH contiene en su artículo 16 una disposición relativa a una clásica restricción en el goce de los derechos políticos por razones de nacionalidad¹⁷.

En cuanto a la no discriminación sexual, el Protocolo núm. 7 adicional al CEDH contiene una importante prescripción en su artículo 5, relativo a la igualdad jurídica de los cónyuges¹⁸.

1.2.-La CSE y su Protocolo adicional

Por otra parte, las referencias a la igualdad aparecen en la CSE, cuyo *Preámbulo* proclama el goce de los derechos sociales sin discriminación. En el texto articulado (Parte II) se recogen otras manifestaciones de la igualdad, entre las que destacan:

- el artículo 4.3 CSE, según el cual el derecho a una remuneración equitativa conlleva el reconocimiento del derecho de los trabajadores del sexo masculino y femenino a una remuneración igual por un trabajo de igual valor;

- el artículo 8 CSE, cuando contempla el derecho de las trabajadoras a la protección, intenta evitar discriminaciones en contra de la mujer, por su condición biológica (con las reservas del apartado 4 que veremos más adelante);

- el artículo 12.4.a) CSE al prescribir que se asegure la igualdad de tratamiento entre los nacionales de las Partes Contratantes en los relativos a los derechos de seguridad social;

- el artículo 13.2 y 4 CSE, cuando disponen, respectivamente, que el goce del derecho a la asistencia social no puede suponer una disminución de los derechos políticos y sociales, ni discriminación alguna por razón de nacionalidad entre los nacionales de los Estados Partes;

- los apartados 4, 5 y 7 del artículo 19 CSE, al establecer que los trabajadores migrantes que se hallen legalmente en el territorio de otra Parte Contratante no recibirán "un trato menos favorable" que los nacionales respecto a la remuneración

¹⁷ El artículo 16 dispone que "Ninguna de las disposiciones de los artículos 10 (libertad de expresión), 11 (derechos de reunión y de asociación) y 14 (derecho a la igualdad) podrá ser considerada como dirigida a prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros".

¹⁸ A tenor del artículo 5 del Protocolo núm. 7 "Los esposos gozarán de igualdad de derechos y responsabilidades de carácter civil entre ellos y en sus relaciones con sus hijos, al contraer matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución. Este artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas que sean necesarias en interés de los hijos".

y otras condiciones laborales, a los derechos sindicales, a la vivienda, a los impuestos y a las acciones judiciales para su defensa;

- por otra parte, el anexo a la CSE, en su apartado 2 contiene una cláusula relativa al estatuto de los refugiados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra de 1951 y residan legalmente en el territorio de las Partes Contratantes, a los que deberá asegurarse "un trato tan favorable como sea posible y, en todo caso, no menos favorable" que el prescrito por esa Convención y otros acuerdos internacionales en la materia.

En la Parte II del Protocolo adicional a la CSE, de 5 de mayo de 1988, el artículo primero contiene una cláusula de interdicción de discriminación sexual de gran alcance, al reconocer en su apartado 1 el "derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión sin discriminación basada en el sexo". El apartado 2 de dicho precepto dispone que las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo relativo al embarazo, el parto y el período posterior al parto no constituyen medidas discriminatorias. Por su parte, el apartado 3 establece que el apartado 1 no supone un obstáculo "a la adopción de medidas específicas tendentes a remediar desigualdades de hecho", lo cual deja la vía abierta a la siempre controvertida discriminación positiva. Por último, el anexo al Protocolo acoge una cláusula sobre el estatuto de los refugiados semejante a la vista anteriormente.

1.3.-Instrumentos no obligatorios

La actividad del Consejo de Europa no ha dado lugar únicamente a la elaboración de instrumentos normativos con carácter vinculante, sino también a declaraciones y recomendaciones. Por lo que a la igualdad se refiere, hay que destacar *la Declaración sobre la igualdad de mujeres y hombres adoptada por el Comité de Ministros el 16 de Noviembre de 1988* en su 83ª Sesión. En el Preámbulo de dicha Declaración los Estados miembros recuerdan que

"La igualdad de mujeres y hombres es un principio que deriva de los derechos de la persona humana, afirmado como derecho fundamental en numerosos instrumentos internacionales (...) y garantizado por las constituciones y las leyes nacionales".

A continuación, se destacan una serie de principios y propuestas. Entre los primeros destacan la igualdad de mujeres y hombres como una condición esencial de la democracia y una exigencia de la justicia social, y la condena contra todas las formas de sexismo. Respecto de las segundas, se proponen unas estrategias tendentes a eliminar las desigualdades de hecho y de derecho, insistiéndose en la adopción de medidas apropiadas, en particular, en los siguientes campos:

- la protección de los derechos individuales;
- la participación en la vida política, económica, social y cultural;
- el acceso a todas las escalas de la función pública;

- el acceso a la educación y la libertad de elección de la enseñanza y de la formación profesional inicial y continua;
- los derechos en la vida de pareja;
- la erradicación de la violencia en la familia y en la sociedad;
- los derechos y obligaciones respecto a los niños;
- el acceso a todas las profesiones, la promoción en el trabajo, la remuneración;
- la promoción de la independencia económica;
- el acceso a la información.

En último lugar, la Declaración invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a ser Partes (en caso de no serlo todavía) en el *Protocolo núm. 7 adicional al CEDH* y en la *Convención de las Naciones Unidas relativa a la eliminación de todas las formas de discriminación respecto a las mujeres*.

La insistencia en la no discriminación sexual llevó al Comité de Ministros a adoptar en 1990, durante la 434 reunión a nivel de delegados la *Recomendación N° R (90) 4, sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje*. Dicha Recomendación, dirigida a evitar la desigualdad entre hombres y mujeres, pretende adaptar el lenguaje a la evolución social y psicológica para forjar la igualdad entre el hombre y la mujer, recomendando que la terminología que se emplee en los textos jurídicos, la administración pública y la educación estén en armonía con el principio de igualdad por razón de sexo.

Por lo demás, esta Recomendación está en la línea de la corriente que ha ido abriéndose paso en nuestra sociedad en torno a *lo políticamente correcto*.

2.- Labor jurisprudencial

Vamos a intentar en este epígrafe extraer las grandes líneas trazadas por los órganos tutelares del CEDH en torno al artículo 14 CEDH.

Sin perjuicio de introducirnos más detenidamente en el tema, ya de entrada es preciso subrayar la consideración del artículo 14 CEDH como precepto interdependiente, en la medida en que su violación ha de ser alegada en combinación con uno de los derechos sustantivos reconocidos en el CEDH (artículos 2 a 13) y sus Protocolos adicionales.

Un criterio a seguir en este trabajo podría haber sido el examinar qué tipo de interdependencia o interconexión posee esta disposición con cada uno de los otros preceptos que reconocen derechos. Sin embargo, y sin olvidar esa función adjetiva del artículo 14 (cuyo tratamiento llevamos a cabo preferentemente en el epígrafe relativo a la Comisión,

puesto que si tal función no se da, el pronunciamiento lleva normalmente el signo de la inadmisibilidad de la demanda, sin que se pueda entrar a examinar la *sustancia* del precepto de referencia) nos ha parecido interesante entresacar su entidad propia, a fin de ver la referida sustancia y comprobar su influencia en el marco nacional.

2.1.-La labor de la Comisión europea de derechos humanos

La Comisión se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre demandas que introducen el artículo 14 CEDH como base o apoyo de la violación denunciada, sobre todo en asuntos referentes a personas pertenecientes a determinados grupos minoritarios, y frecuentemente en combinación con los artículos 3 (sobre prohibición de tratos inhumanos y degradantes) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del CEDH, con motivo de órdenes de expulsión del territorio de un Estado Parte, terreno que será objeto de análisis en el capítulo XI.

En la *decisión de 11 de Marzo de 1977* la Comisión declaró inadmisibles las demandas núms. 7823/77 y 7824/77, en el *caso 48 gitanos contra la RFA y Holanda*¹⁹ respectivamente. Los demandantes alegaban haber sido expulsados ilegalmente de los Países Bajos a la RFA y que las autoridades alemanas les habían vuelto a enviar hacia los Países Bajos, en donde pensaban que serían expulsados nuevamente hacia Bélgica. Se quejaban así de estar sometidos constantemente a un trato degradante por no poseer documentación en regla. Además, argumentaban que hijos nacidos en el seno de ese grupo tampoco habían podido tener una filiación regular. De esta manera, deducen de la omisión de expedir partida de nacimiento a los niños por las autoridades, la violación de su derecho futuro a contraer matrimonio (artículo 12 CEDH), al ser necesario ese documento para casarse. Y como telón de fondo alegaban ser víctimas de discriminación, pues estimaban que la supuesta violación de sus derechos derivaba de la pertenencia a una minoría, ser apátridas, sin domicilio y desprovistos de protección consular.

La inadmisibilidad se produjo porque en ningún momento habían solicitado la expedición de pasaporte, ni comunicado los nacimientos mencionados al registro civil, por lo que mal podía existir discriminación por tales motivos. Esto en cuanto al fondo. Por lo que se refiere a la forma, tampoco habían agotado los recursos internos, porque tenían que haber solicitado la documentación oportuna y, ante una eventual denegación, agotar la vía administrativa.

¹⁹ DR 9, 1978, págs. 234-247.

En definitiva, se trataba del examen de una posible discriminación por razón de nacimiento y de raza que no prosperó.

La *decisión de 7 de Mayo de 1985 (caso Georges Clerfayt, Pierre Legros y otros contra Bélgica)*²⁰ versaba sobre discriminación por razón de lengua y pertenencia a una minoría nacional. Los demandantes, un grupo de concejales de seis comunas periféricas de Bruselas, alegaban violación de los artículos 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de asociación) en relación con el artículo 14 CEDH, en tanto que sus intervenciones en las deliberaciones y sus votos en el Pleno de los Consejos Municipales quedaban desprovistos de valor al expresarse en francés, cuando la lengua de las citadas comunas era neerlandés, si bien con un gran porcentaje de francófonos. La Comisión, no hallando violación de los artículos 10 y 11, sostuvo que la discriminación denunciada carecía de sentido, pues

"ningún artículo de la Convención (...) consagra expresamente la libertad lingüística en cuanto tal"²¹;

recordando asimismo que

"el artículo 14 sólo la prohíbe (la discriminación) en el goce de los derechos y libertades reconocidos".

La Comisión, por tanto, insiste en que la igualdad es un derecho no autónomo.

En esta última línea hay que entender la *decisión de 7 de Marzo de 1977 (demanda núm. 7565/76), en el caso un grupo de objetores de conciencia contra Dinamarca*²². Los demandantes se consideraban víctimas de discriminación porque según la legislación danesa del momento los objetores de conciencia eran beneficiarios de un sueldo inferior que las personas que cumplían el servicio militar. La Comisión declaró inadmisibles la demanda y, tras analizarla bajo el ángulo del artículo 14 CEDH, fue concluyente una vez más al declarar:

"según la *jurisprudencia constante de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, esta disposición sólo prohíbe las discriminaciones en el goce de los derechos que, como tales, figuran en el Convenio. En cuanto a la presente demanda, sin embargo, ningún derecho al pago de un sueldo, ni para militares ni para objetores de conciencia -y, *a fortiori*, ningún derecho a un salario de un

20 DR 42, 1985, págs. 213-218.

21 A tal efecto cita su propia jurisprudencia: las demandas núm. 1474/62 y núm. 1769/62, resueltas por sendas decisiones de 26 de julio de 1963.

22 DR 9, 1978, págs. 117-125.

determinado montante o a una igualdad en la remuneración- figura como tal entre los derechos y libertades garantizados por el Convenio".

Para subrayar la naturaleza de derecho conexo, la Comisión reafirma, tomando en consideración una causa de inadmisibilidad *ratione materiae*, que

"ningún derecho a la objeción de conciencia se contempla entre los derechos y libertades garantizados por el Convenio"²³.

Sin embargo, se puede hallar una excepción a la regla del carácter accesorio del artículo 14 CEDH en el *asunto Asiáticos de Africa Oriental contra Reino Unido, de 14 de diciembre de 1973*²⁴. A tenor de la legislación británica (la *Commonwealth Immigration Act* de 1968), se rechazaba la autorización para entrar en el territorio del Reino Unido a personas titulares de pasaportes británicos expulsados de Uganda, Kenya y Tanzania. Los demandantes alegaban ante la Comisión que ese rechazo escondía motivaciones raciales, de forma que la conducta del Reino Unido en esencia era contraria a la no discriminación (artículo 14) y a la prohibición de trato degradante (artículo 3). En este sentido, la Comisión concluyó en su informe que hubo violación de las obligaciones convencionales por parte del Reino Unido, por cuanto:

"el hecho de imponer públicamente a un grupo de personas un régimen particular basado en la raza puede, en determinadas circunstancias, constituir una forma especial de atentado a la dignidad humana".

Muy ilustrativo es siempre hablar de la igualdad en el campo fiscal. La *decisión de 11 de enero de 1993 (asunto Iglesia Batista "El Salvador" y J. A. Ortega Moratilla contra España)* se enmarca en este terreno, en relación con la libertad religiosa. Este caso reviste importancia para nosotros, al ser reciente y afectar al Estado español. En efecto, la Comisión ha tenido que pronunciarse sobre la eventual desigualdad entre un grupo confesional minoritario (la Iglesia evangélica) y la mayoría católica en nuestro país: la Iglesia católica (mayoritaria) está exonerada del pago del impuesto sobre bienes inmuebles sobre los lugares de culto,

23 También en este caso la Comisión se remite a decisiones suyas anteriores y, en particular, a la demanda núm. 5591/72.

24 No se hizo público el informe de la Comisión, que sólo recientemente ha sido publicado en la colección de *Décisions et rapports/Decisions and reports* de la Comisión. En concreto, en virtud de la Resolución DH (94) 30, adoptada por los Delegados de los Ministros el 21 de marzo de 1994, se decidió publicar el informe de la Comisión en DR 78-B, septiembre 1994, págs. 5-70. A pesar de la no publicación del informe en la fecha de su adopción, en aquel momento se pensó que debió de llegarse a un arreglo amistoso para no dar a conocer a la opinión pública las serias cuestiones raciales que había en el fondo del asunto que, sin duda, habrían dado lugar a la condena del Reino Unido ante el Tribunal europeo. Hoy, en virtud de la publicación del informe, esas fundadas sospechas se han confirmado.

mientras la Iglesia evangélica no goza de tal exención. La demanda de esta última, que alegaba violación del artículo 14 CEDH en conjunción con el artículo 9 CEDH (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), fue rechazada por falta de fundamento, toda vez que la distinción establecida entre los dos cultos se basaba en una "justificación objetiva y razonable", a saber, la diferencia de cargas que soporta cada Iglesia: así, por el Concordato entre el Estado español y la Santa Sede, la Iglesia católica debe poner a disposición de las autoridades españolas su patrimonio histórico, artístico y cultural; en cambio, ninguna sujeción comparable recae sobre la Iglesia evangélica, a la que la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio, sobre libertad religiosa, ofrece asimismo la posibilidad de firmar un Concordato con el Estado (artículo 7 de la Ley)²⁵.

Un último asunto sobre el artículo 14 CEDH en donde se ha hallado involucrado el Estado español es el *caso Rodríguez Hermida contra España, resuelto mediante decisión de 27 octubre 1993*. En él, la Comisión europea ha declarado inadmisibile la demanda presentada por el ex magistrado del Tribunal Supremo español Jaime Rodríguez Hermida, en la que impugnaba su expulsión de la carrera judicial, como consecuencia de su responsabilidad disciplinaria por la intervención en la irregular puesta en libertad de un conocido delincuente. El señor Rodríguez Hermida había recurrido al Tribunal Constitucional alegando vulneración de varios derechos fundamentales²⁶, así como discriminación (artículo 14 CE) con respecto al juez Varón Cobos ya que, siendo acusados de los mismos hechos, a éste se le permitió volver a la Magistratura tras una sanción de 50.000 pesetas de multa. El TC denegó el amparo por estimar que no se produjo discriminación. De esta forma razonó el TC en su *sentencia núm. 98 de 1 de junio de 1989* (FJ 14):

"La queja de desigualdad no puede prosperar ante esta sede porque carece del requisito esencial exigido de acuerdo con constante y reiterado criterio jurisprudencial para fundamentar tal lesión, eso es, la similitud en lo esencial de las situaciones que se comparan. La comparación que se pretende recae sobre situaciones que son en esencia distintas".

²⁵ Artículo 7 de la L.O. 7/1980: "1. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales. 2. En los Acuerdos o Convenios, y respetando siempre *el principio de igualdad*, se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones y Comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico".

²⁶ El derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, y el principio de legalidad sancionatoria y de *non bis in idem* del artículo 25 CE.

La aleatoriedad a que ciertamente está expuesta la elección realizada de determinados casos en la maraña jurisprudencial de la Comisión pretende, sin embargo, una primera aproximación a la virtualidad de la igualdad del artículo 14 CEDH, seleccionando algunos de los motivos que no deben dar lugar a discriminación según la lista del precepto²⁷.

2.2-El Tribunal europeo de derechos humanos.

A) Significado y contenido de la igualdad en la interpretación del TEDH. Delimitación teórica

Ante todo, se ha de subrayar la trascendencia del asunto "*relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*" (*sentencia de 23 de julio de 1968*), como caso emblemático y punto de partida para la comprensión del alcance del principio de igualdad en el CEDH. La referencia a otros asuntos vendrá a perfilar el juego de la no discriminación.

El asunto lingüístico belga tuvo su origen en seis demandas introducidas ante la Comisión entre junio de 1962 y enero de 1964 por 324 habitantes de algunas comunas belgas con gran proporción de francófonos, si bien tales comunas se hallaban en la región neerlandófona. Pasado el filtro de la Comisión, el TEDH examinó las distintas alegaciones de los demandantes (padres de alumnos francófonos) y declaró que hubo violación del artículo 14 CEDH combinado con el artículo 2 del Protocolo núm. 1 adicional (derecho a la instrucción), en tanto que los alumnos francófonos sufrían un trato discriminatorio en relación a los neerlandófonos: éstos podían acudir a centros neerlandófonos en la región francófona, mientras aquéllos no disfrutaban de un derecho paralelo a recibir enseñanza francófona en la región flamenca controvertida.

La legislación belga del momento dio origen a una gran oleada de demandas, de forma que la Comisión declaró admisibles las seis mencionadas. Otras, basadas en argumentos diferentes, fueron declaradas inadmisibles. Fue el caso de la *demanda núm. 2924/66, que dio lugar a la decisión de 16 de diciembre de 1966*²⁸, en el caso *Roger Vanden Berghe contra Bélgica*. En el fondo del asunto se halla la demanda de un padre

²⁷ El precepto habla de "razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

²⁸ *Yearbook of the European Convention on Human Rights/Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme-1968*, Strasbourg, 1970.

de familia, en nombre de su hijo Hans y en el suyo propio, relativa a la lengua en que el niño recibe los primeros niveles de enseñanza en la aglomeración del distrito de Bruselas-Capital. En su memoria de 26 de marzo de 1968, el demandante declaraba que la lengua habitualmente hablada en su hogar era el neerlandés, que era por tanto la lengua materna y usual de su hijo (aunque este último hablara asimismo, aunque de manera imperfecta, el francés). En cambio, denunciaba el que los servicios de inspección lingüística se opusieran a que Hans recibiera la enseñanza primaria en francés: la ley aplicable al caso, de 30 de julio de 1963 (que sustituyó a la antigua ley de 14 de julio de 1932) prevé que la lengua de enseñanza en el distrito de Bruselas-Capital es el neerlandés o el francés, según la lengua materna o usual del niño.

A la vista de la demanda, y después de haber tenido conocimiento de las observaciones escritas del Gobierno belga, la Comisión, reunida el 27 de mayo de 1968, comprobó que las cuestiones suscitadas guardaban relación con la sometidas al TEDH en el asunto lingüístico belga. En consecuencia, la Comisión decidió aplazar la decisión de admisibilidad hasta el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal, hecho que tuvo lugar el 23 de julio de 1968.

El 16 de diciembre de 1968, la Comisión volvió a retomar el examen sobre la admisibilidad de la demanda. Es interesante ver cómo la Comisión lleva a cabo tal examen a la luz de la jurisprudencia sentada en la citada sentencia. Así, comprobó que las circunstancias de este caso diferían de las que dieron lugar al pronunciamiento del TEDH y, en particular, la distinción sufrida por Hans obedecía a motivos objetivos y razonables, declarando inadmisibile la demanda por defecto manifiesto de fundamento, como ya avanzamos.

Estos conflictos lingüísticos podrían poner luz a los problemas derivados en España de la cooficialidad lingüística, especialmente en lo relativo a las medidas de normalización lingüística emprendidas en algunas Comunidades Autónomas. Ahora bien, la jurisprudencia europea sólo será útil en la medida en que afecte al principio de igualdad. En otro caso, la libertad lingüística no está reconocida por el CEDH, dependiendo en gran medida de los Estados la disciplina de la misma. Como veremos más tarde, en la *STC 337/1994, de 23 de diciembre*, sobre la conflictiva Ley de Normalización Lingüística de Cataluña, el examen del principio de igualdad no ocupó un lugar central. Por lo demás, los supuestos de hecho en Bélgica y en España no son idénticos, pues en el caso belga ambas lenguas son nacionales, sin perjuicio de las regiones lingüísticas.

a) Conceptuación formal

Un primer elemento a tener en cuenta es la ubicación de la igualdad en el CEDH. En efecto, el artículo 14 CEDH se sitúa al final de los preceptos que recogen los derechos sustantivos (artículos 2 a 13 CEDH). Esto ha suscitado críticas negativas en la doctrina²⁹, a tenor de la comparación con otros textos internacionales de protección de los derechos humanos en los que la prohibición de discriminar se presenta como póstico: así, por ejemplo, el artículo 2 de la Declaración Universal de 1948 y de los dos Pactos Internacionales de 1966, como también el artículo 1 de la Convención Americana de 1969 y el artículo 2 de la Carta Africana de 1981. En esta corriente se alinea asimismo la Constitución española actual, en la que se recoge el derecho a no ser discriminado en el artículo 14, coincidiendo numéricamente con el CEDH pero, a diferencia de éste, encabezando las disposiciones que consagran "Derechos y libertades" en el Capítulo II del Título Primero. Ciertamente, la referida crítica admite también una lectura positiva, considerando la igualdad como valor precioso que cierra el sistema de derechos del Convenio y que, por consiguiente, impregna todas las cláusulas convencionales.

Otro elemento a destacar es el carácter abierto o cerrado de las razones que no deben constituir soporte de discriminación. El TEDH, en el *asunto Engel y otros contra Países Bajos de 8 de junio de 1976*³⁰, es muy claro en la defensa de la primera postura:

"Una distinción basada en el grado -militar- puede contradecir el artículo 14. La lista que contiene este texto reviste un carácter indicativo, y no limitativo, como se desprende del adverbio 'especialmente'; el vocablo 'situación'... se revela, por lo demás, bastante amplio para comprender el grado".

La misma afirmación se puede realizar respecto al elenco del artículo 14 español, de cuyo carácter enunciativo da fe la coletilla "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", como ha reconocido el TC³¹.

29 En esta línea, A. Chueca Sancho, "No discriminación en la Convención Europea de Derechos Humanos", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 6, núm. 1, 1979, pág. 39: "Parece como si en el texto europeo se le hubiese querido restar importancia, ocultar su carácter de principio fundamental del sistema; tal minusvaloración obliga a afirmar lo incorrecto de su ubicación".

30 Serie A, núm. 22. En este caso se declaró que había existido discriminación entre militares de grados diferentes en cuanto a la ejecución de una sanción disciplinaria.

31 La jurisprudencia constitucional española ha venido a corroborar esta idea. Así, por ejemplo, en el FJ 5º de la *STC 128/1985, de 16 de julio*, se dice que "el artículo 14 de la Constitución viene a establecer, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones por motivos concretos, entre los que se encuentran los derivados del sexo de las personas. Esta referencia constitucional expresa *no implica* -como ya ha

b) Conceptuación material

La igualdad y no discriminación conlleva como idea clave (en su noción material o sustancial) tratar de igual manera a los iguales y de forma desigual a los desiguales. Esto significa que caben diferencias justificadas entre supuestos de hecho comparables, pues trato igual no quiere decir trato uniforme, sino más bien no discriminatorio. En este sentido, nuevamente el asunto lingüístico belga de 1968 pone luz a la concreción de la idea de igualdad:

"el Tribunal, (...) cuando la distinción carece de *justificación objetiva* considera que la igualdad de trato queda violada (...). La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a *los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas*. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el convenio no sólo debe perseguir una *finalidad legítima*: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una *razonable* relación de *proporcionalidad entre los medios* empleados y la *finalidad* perseguida".

En la más reciente sentencia pronunciada en el *caso Hoffmann contra Austria, de 23 de junio de 1993*³², el Tribunal recuerda, corrobora y esquematiza esta concepción:

"En el goce de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio, el artículo 14 prohíbe tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones comparables".

De los pasajes transcritos se desprenden unos elementos básicos:

- De un lado, la justificación objetiva y razonable, la finalidad legítima y la proporcionalidad, todos ellos conceptos jurídicos indeterminados que permitirán a los órganos tutelares del Convenio actuar con mayor o menor margen de discrecionalidad y en donde las circunstancias y cánones históricos del momento desempeñarán un papel decisivo. A tal efecto, sólo la referencia a casos concretos permitirá conocer ejemplos de determinación de la actuación discrecional.

- De otro lado, la idea de justicia que se vislumbra en la referencia a los principios prevalentes en las sociedades democráticas.

señalado este Tribunal: *STC 75/1983*, FJ 3º, entre otras- la creación de *una lista cerrada de supuestos de discriminación*".

c) Confluencia de ambas concepciones

Un aspecto formal que acarrea connotaciones prácticas tiene que ver con los distintos significados atribuibles a las dos redacciones oficiales del CEDH, la francesa y la inglesa. Sobre el particular también se ha pronunciado el TEDH en el asunto lingüístico belga:

"A pesar de la formulación muy general de su versión francesa (*sans distinction aucune* -sin distinción alguna-), el artículo 14 no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos. Esta versión debe leerse a la luz del texto, más restrictivo, de la versión inglesa (*without discrimination* -sin discriminación-). Además, y sobre todo, se llegaría a resultados absurdos si se diese al artículo 14 una interpretación tan amplia como la que su versión francesa parece implicar. Se llegaría así a considerar contrarias al Convenio cada una de las numerosas disposiciones legales o reglamentarias que no aseguran a todos una completa igualdad de trato en el goce de los derechos y libertades reconocidos. Ahora bien, las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además, no tienden sino a corregir desigualdades de hecho. En consecuencia, la interpretación extensiva arriba citada no puede adoptarse".

Como ha señalado Milian Massana en relación a este caso, el TEDH "compatibiliza los principios de la igualdad formal y de la igualdad sustancial"³³, la igualdad de derecho y la igualdad de hecho, en las versiones francesa e inglesa respectivamente.

En consecuencia, en caso de duda ante el planteamiento del uso de la versión francesa o inglesa, debe estarse a la interpretación más progresiva, esto es, a la más favorable (la segunda) al goce de los derechos y libertades.

La formulación de la no discriminación en el artículo 14 CEDH suscita otra cuestión práctica interesante. Nos referimos a la circunstancia de que en este precepto no aparezca la cláusula "medidas necesarias en una sociedad democrática" (al contrario de lo que ocurre con otros preceptos del CEDH, como son los artículos 8 a 11) que sirve a los Estados para establecer restricciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos.

De esta manera, la prohibición de discriminar del artículo 14 CEDH actúa como contrapeso de esa facultad discrecional de los Estados de

³³ A. Milian Massana, "La regulación constitucional del multilingüismo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, pág. 146.

restringir el goce de los derechos³⁴, de suerte que sería contradictorio que el artículo 14 CEDH contuviera la citada cláusula restrictiva o derogatoria. En otros términos, la adopción de medidas necesarias para el mantenimiento del orden, la seguridad nacional, la moral, etc., en una sociedad democrática, han de ser compatibles con los principios prevalentes en la misma sociedad democrática³⁵.

En síntesis, de la doctrina jurisprudencial estrasburguesa sobre la igualdad y no discriminación se desprende que la aplicación de tratos diferentes está subordinada a la existencia de supuestos fácticos comparables, de una justificación objetiva y razonable en la adopción de tales medidas diferenciadoras, y de una relación de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la finalidad perseguida; y todo lo anterior en compatibilidad con los presupuestos democráticos de una sociedad.

B) Aplicación práctica del principio de igualdad y no discriminación

La extracción y selección de pronunciamientos del órgano jurisdiccional de Estrasburgo permitirá apreciar el efecto útil de su jurisprudencia en el ámbito interno.

Primeramente, estudiaremos la función más constante y reiterada sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia del TEDH como derecho conexo o interrelacionado con otros derechos del CEDH y Protocolos adicionales. En segundo lugar, nos acercaremos a la menos común jurisprudencia en que se destaca la entidad propia del derecho a la igualdad. Por último, para completar las nociones de *igualdad jurídica* y *sustancial* subyacentes en las dos funciones anteriores, acudiremos a las también raras ocasiones en que el TEDH ha dejado latir la idea de *igualdad política*, es decir, la que se plantea en Estados en donde (como

³⁴ Esta posibilidad para los Estados de imponer restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades garantizados en el Convenio, se contempla, con carácter general, en el artículo 15 CEDH, que da entrada al denominado "derecho de excepción".

³⁵ A. Chueca Sancho ("No discriminación en la Convención Europea...", cit., pág. 34) expresa esta idea: "La no discriminación incluye otra nota de gran trascendencia (...): su estrecha ligazón con la cláusula 'en una sociedad democrática'. La función de la mencionada cláusula en la Convención Europea consiste en dotar a los Estados de un margen de apreciación con cuya utilización puedan aquéllos restringir o limitar el ejercicio de ciertos derechos o libertades e incluso proceder a una derogación temporal de los mismos; así se cumple la finalidad de preservar el sistema democrático. En cuanto al artículo 14, la inexistencia de tal cláusula indica que ningún poder estatal se halla convencionalmente legitimado para adoptar dichas restricciones o derogaciones valiéndose de la mecánica de la discriminación".

ocurre en el caso español) existen diversos centros de producción normativa.

a) Como derecho conexo

El carácter accesorio del derecho a la igualdad ha sido deducido de la interpretación literal del artículo 14 CEDH, cuando dispone que se asegurará sin distinción alguna "el goce de *los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio*". Ello ha llevado a englobarlo en la categoría de los "derechos accesorios y complementarios"³⁶.

Esta afirmación queda ilustrada en el *asunto Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979*³⁷. Se trata de un caso muy "completo", en el sentido en que se plantean violaciones de los preceptos más invocados ante las instancias protectoras de Estrasburgo. En efecto, la demandante, Johanna Airey, de nacionalidad irlandesa, intentó obtener (sin éxito) en su país la separación de su marido (éste había abandonado el domicilio conyugal), alegando violación de los artículos 6, 8, 13 y 14 del Convenio. Es interesante la jurisprudencia sobre el artículo 14 (se alega en combinación con el artículo 6). El TEDH es tajante sobre la accesoriedad de la igualdad: tras examinar la alegación de la recurrente relativa al proceso justo (fundado en que no disponía de medios económicos suficientes para sufragar los costes del proceso de separación, y siendo que la legislación irlandesa no preveía para este tipo de procesos asistencia legal gratuita), el Tribunal estimó que no era preciso el análisis separado del artículo 14, ya que según su parecer es "interdependiente", y sólo se analiza individualmente en el supuesto de que las restantes violaciones hayan sido desestimadas (lo cual no ocurrió, ya que sí hubo violación del derecho de acceso efectivo a la justicia -artículo 6- y del derecho a la vida privada -artículo 8-).

La anterior es la regla general de actuación del TEDH, salvo que considere que la discriminación reviste un interés trascendental en la causa planteada, lo cual es raro que suceda³⁸. Esta doctrina aparece

³⁶ Véase en tal sentido G. Sperdutti, "Il principio di non-discriminazione e una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1976, págs. 240-241.

³⁷ Serie A, núm. 32.

³⁸ En tal línea se expresa G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica (Presses Universitaires d'Aix-Marseille), 1989, pág. 539: "Una actitud de este tipo es rara. Lo más frecuente, cuando la Comisión o el Tribunal consideran que ha sido violado un derecho protegido por el Convenio, es que no estimen útil verificar además si

claramente expresada en el *asunto X e Y contra los Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985³⁹:

"El artículo 14 (...) representa un elemento particular (...) de cada uno de los derechos protegidos por el Convenio. Los artículos que los consagran pueden resultar desconocidos de manera aislada o en combinación con el artículo 14. En general, el examen de la causa bajo el ángulo de este último no es necesario cuando el Tribunal comprueba un incumplimiento de las exigencias del primer artículo considerado en sí mismo. Otra cosa sucede cuando una neta desigualdad de trato en el goce del derecho de que se trate constituye un aspecto fundamental del asunto".

La rareza de esto último hace que en la mayoría de ocasiones el TEDH eluda pronunciarse sobre el artículo 14 CEDH cuando se ha producido una violación de otra disposición, lo cual va en perjuicio del enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial en la materia. Esta tendencia general ha provocado, lógicamente, reacciones en el seno del mismo TEDH (hechas explícitas a través de la técnica de los votos particulares) en algunos casos en que, sin duda, no hubiera sido desdeñable conocer el parecer del Tribunal sobre el particular y máxime si en el *petitum* de las partes se solicita dicho parecer⁴⁰. Además, hay que tener presente que el Tribunal puede hacer jugar el artículo 14 CEDH como circunstancia agravante, con lo cual obviar un pronunciamiento sobre el mismo puede conllevar consecuencias negativas para el justiciable en punto a una eventual satisfacción equitativa.

hay discriminación, a menos que la desigualdad de trato represente un interés fundamental en el asunto en cuestión".

39 Serie A, núm. 91. En este caso, la legislación holandesa prohibía al padre (X) de una disminuida mental violada (Y), iniciar acciones penales contra las personas sospechosas de haber atentado contra su integridad sexual, ante lo cual el TEDH sostuvo que había violación del CEDH: en efecto, según el TEDH, las previsiones normativas holandesas contemplaban una protección insuficiente, por tratarse de casos en los que están en juego "valores fundamentales y esenciales de la vida privada".

40 Muy significativa es la posición del Juez Matscher en su voto particular a la sentencia del *asunto Dudgeon contra el Reino Unido*, de 22 de Octubre de 1981: "Lamento no estar en condiciones de suscribir esta razonamiento. A mi entender, cuando el Tribunal es requerido para que declare la violación de una disposición del Convenio, alegada por el demandante e impugnada por el Gobierno demandado (y siempre a condición de que la demanda sea admisible), corresponde al Tribunal pronunciarse sobre aquélla, dando una respuesta al fondo del problema que se suscita. *No se puede eludir esta obligación mediante el empleo de fórmulas que llevan el riesgo de limitar excesivamente el alcance del artículo 14, incluso hasta el extremo de privarle de todo valor práctico*". En el mismo asunto, el voto particular suscrito conjuntamente por los Jueces Evrigens y García de Enterría expresa la opinión de que "el supuesto podría también haberse examinado a la luz del artículo 14, interpretado en conjunción con el artículo 8".

Un ejemplo en que se entra a examinar el artículo 14 CEDH por no hallar violación de otro derecho sustantivo invocado (artículo 8) lo suministra el *asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985*. En la causa, los tres demandantes sostenían que la legislación sobre inmigración en el Reino Unido era contraria al artículo 8 (vida familiar) y al artículo 14, dado que ponía más trabas a los hombres extranjeros que deseaban reunirse con sus novias o esposas residentes legalmente en el país, que a las mujeres extranjeras que pretendían lo mismo. El TEDH, tras comprobar la ausencia de violación del artículo 8 (toda vez que los Estados contratantes no tienen la obligación de respetar la elección del país de residencia realizada por una pareja casada), declaró que el Reino Unido había vulnerado el artículo 14, combinado con el artículo 8 CEDH.

La afirmación de que el artículo 14 representa un elemento particular de cada uno de los derechos reconocidos en el Convenio nos obliga a matizar la primera idea sobre que dicho precepto aparece subordinado en su aplicación a la de los demás preceptos convencionales. En efecto, más que de subordinación, habría que hablar de interpenetración o relación recíproca puesto que si, de un lado, el artículo 14 sólo se aplica si entran en juego otros preceptos, de otro lado y al tiempo, estos otros aparecen imbuidos por aquél. Esto nos lleva a abordar *la entidad propia o la autonomía* del artículo 14 en la jurisprudencia del TEDH.

b) La autonomía del derecho y la infracción de valor igualdad

Como exponíamos, en sus primeros pasos (y sigue siendo la regla general) el TEDH consideraba que una violación del artículo 14 presuponia una violación de otra disposición del Convenio. En estas condiciones, como dice Cohen-Jonathan, "la discriminación podía constituir una circunstancia agravante de otra violación, pero no una violación autónoma *stricto sensu*"⁴¹. No obstante, ya en el asunto lingüístico belga la opinión mayoritaria del Tribunal vislumbró un cierto viraje hacia la autonomía del artículo 14⁴²:

41 G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pág. 532.

42 Ya hace casi tres décadas que el propio Eissen estudió las "decisiones y opiniones que parecen consagrar la tesis de la autonomía" en la jurisprudencia de la Comisión europea de derechos humanos. Véase M. A. Eissen, "L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission", *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne-Mélanges offerts à Polys Modinos*, París, Pedone, 1968.

"El artículo 8 debe ser aplicado no sólo aisladamente, sino también en relación con la garantía establecida en el artículo 14. Si bien es cierto que esta garantía no tiene existencia independiente en el sentido que en los términos del artículo 14 la misma se refiere únicamente a los derechos y libertades establecidos en el Convenio, *una medida que en ella misma esté en conformidad con las condiciones del artículo que proclama el derecho o libertad en cuestión puede, sin embargo, infringir dicho artículo cuando se lee en combinación con el artículo 14, por la razón de que se trata de una medida discriminatoria.* En estos casos, habría una violación de un derecho o libertad garantizados tal y como aparecen proclamados por el artículo de referencia en relación con el artículo 14. Es así que este último forma parte integrante de cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades".

De esta jurisprudencia se hace eco el reciente *asunto Hoffmann contra Austria*, antes mencionado. Tanto es así que la misma Comisión ya en su informe declarando la admisibilidad citó el párrafo del asunto lingüístico belga recién transcrito.

En el fondo del asunto se halla la denuncia de Ingrid Hoffmann, una ciudadana austríaca a la que se quitó la custodia de sus dos hijos por sus convicciones religiosas (testigo de Jehová). Basaba su defensa en la invocación del derecho al respeto de su vida familiar (artículo 8), su derecho a la libertad de religión (artículo 9) y su derecho a asegurar la educación de sus hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas (artículo 2 del Protocolo núm. 1), denunciando, por último, que la denegación de custodia era discriminatoria (artículo 14). El TEDH ha concluido en este caso una violación del artículo 8 en relación con el artículo 14, de acuerdo con el criterio sostenido por la Comisión en su informe de 16 de enero de 1992. Sin embargo, es más ilustrativo el razonamiento de la Comisión, por el énfasis que pone en la intensidad protectora de los derechos y libertades del CEDH y por la atrevida referencia a la discutida tutela de las minorías⁴³.

El *asunto Hoffmann*, al igual que el caso lingüístico belga, posee un indudable interés, pues en él se procede en sentido contrario a la regla general, esto es: en lugar de conectar (por subordinado) el artículo 14 con otros artículos (y, si no, carece de virtualidad, es secundario), aquí parece que se sitúa en primer plano el derecho a la igualdad, y lo que se busca en segundo término es combinarle otros artículos para condenar la desigualdad.

⁴³ En efecto, la Comisión estimó que había violación del artículo 8 en combinación con el artículo 14 por ser "incompatible -aquella medida denegatoria- con el espíritu de una sociedad democrática y pluralista en la que *los derechos de las minorías* deben ser respetados".

En cualquier caso, el punto de inflexión atisbado por el asunto lingüístico belga en 1968, alcanza su culminación con el *asunto Marckx contra Bélgica, de 13 de Junio de 1979*. En el fondo del asunto se halla una filiación materna "natural": la ciudadana belga Paula Marckx, siendo soltera dio a luz una hija, a la que inscribió en el Registro Civil como hija natural. El desamparo que le ofrecía la legislación belga le hizo acudir a las instancias de Estrasburgo, una vez agotada la preceptiva vía judicial interna. El Tribunal declaró que el Derecho belga infringía los principios establecidos en el Convenio: el respeto a la vida familiar (artículo 8) y la no discriminación jurídica por el hecho del nacimiento (artículo 14). El órgano jurisdiccional sedente en Estrasburgo dictaminó que el derecho a la vida familiar debe ser igualmente válido tanto para la familia "natural" como para la "legítima", porque el derecho al respeto de tal derecho presupone la existencia de una familia, y el Convenio no distingue entre clases de familia. Así, según el Tribunal, una disposición interna puede resultar discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o no se da una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Se concluyó que el marco legal belga era discriminatorio⁴⁴.

Este caso es calificado por Cohen-Jonathan como el "ejemplo más sintomático"⁴⁵. Según Castro-Rial Garrone, esta sentencia "reviste una importancia fundamental por su carácter progresista"⁴⁶. Por añadidura, pensamos que este caso plantea seriamente la declaración de no convencionalidad de normas de Derecho interno por infracción del valor

44 Y ello aún después de que Bélgica hubiera firmado la Convención de Bruselas de 12 de Septiembre de 1962 sobre el establecimiento de la filiación materna de los hijos naturales, aunque no la había ratificado. Por lo demás, ni siquiera había firmado la Convención de 15 de Octubre de 1975 sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio, concluida en el seno del Consejo de Europa.

45 G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pág. 539.

46 F. Castro-Rial Garrone, "Crónica de la jurisprudencia de la Comisión Europea y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, núm. 2, 1981, pág. 608. Prosigue la autora diciendo que esta sentencia "impone, en su párrafo 31, al Estado belga una obligación de hacer, es decir, la acción positiva consistente en revisar su legislación interna, que si bien era conforme con el espíritu de la Convención cuando ésta fue redactada, se había convertido en la actualidad en *insuficiente e inadecuada* debido a la evolución social desarrollada. Esta interpretación se debe al carácter flexible de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo que, si bien respetan los distintos grados en la evolución legislativa de los Estados Partes, se va convirtiendo en más estricta en la medida en que se produce la armonización jurídica de los ordenamientos de las distintas Partes Contratantes".

igualdad, atisbando una especie de recurso de "inconvencionalidad"⁴⁷. En esta línea Tomuschat, al referirse al *general amendment of legislation*, señala que "el Tribunal no tiene la facultad de revisar el Derecho interno *in abstracto* como, por ejemplo, la función del Tribunal constitucional federal alemán en el proceso de *Normenkontrolle*. Sin embargo, los Estados vienen obligados a llevar a cabo reformas legislativas si la violación puesta de manifiesto por el Tribunal en el caso concreto es el resultado directo de disposiciones inconsistentes con el Convenio, no obstante el hecho de que el Tribunal no puede impeler a ello directamente a los Estados en el fallo"⁴⁸. Esto es coherente y salva la función del Comité de Ministros como órgano de control del respeto del Convenio por los Estados (artículos 53 y 54 CEDH).

Desgraciadamente, el balance de esa obligación por los Estados no puede calificarse de muy positiva: en el concreto caso Marckx, Bélgica tardó 8 años en cambiar su legislación sobre el estatuto de los hijos legítimos. Precisamente, en relación nuevamente a Bélgica, el *asunto Vermeire contra Bélgica, de 29 de noviembre de 1991*⁴⁹ (también en este caso el Tribunal declaró que hubo violación del artículo 14 combinado con el artículo 8), como señalan Labayle y Sudre, "presenta el interés de definir el alcance de las sentencias del TEDH en Derecho interno"⁵⁰.

Por último, en relación con la excepcional enmienda de leyes, se impone señalar que el CEDH no contempla la acción popular⁵¹. En

47 Permítasenos esta expresión para establecer un parangón con el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español frente a leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que vayan contra el valor constitucional de la igualdad, con la particularidad, en el caso Marckx, de que ha sido un individuo el que ha accionado el mecanismo jurisdiccional, legitimación que no se otorga a los particulares en relación al recurso de inconstitucionalidad (véanse los artículos 161 y 162 CE y concordantes de la LOTC).

48 Ch. Tomuschat, "Quo Vadis Argentoratum? The succes story of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 13, núm. 11-12, 30 diciembre 1992, pág. 405.

49 Serie A, núm. 214-C.

50 H. Labayle y F. Sudre, "Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Française de Droit Administratif*, 8 (3), mayo-junio 1992, pág. 515.

51 A tal efecto, véase D. Gomien, *Short guide to the European Convention on human rights*, Council of Europe, Strasbourg, 1991, pág. 113: "La Convención europea de derechos humanos protege los derechos de los individuos y no de los grupos en cuanto tales. Lo mismo vale para el artículo 14. En la práctica, esto significa que sólo las partes directamente afectadas por la violación de uno o varios de los derechos protegidos por la Convención pueden dirigirse a los órganos de Estrasburgo: nadie puede introducir una demanda en nombre de otra parte presuntamente lesionada. La Convención no prevé la *actio popularis*.

cambio, en el *caso Dudgeon contra Reino Unido (sentencia de 22 de Octubre de 1981)*⁵², el Tribunal "no considera necesario examinar el caso en función del artículo 14" al efecto de verificar una posible legislación discriminatoria para los hombres homosexuales en relación a los heterosexuales y mujeres homosexuales (la anterior falta de necesidad la deduce tras concluir violación del artículo 8 CEDH), pero se alzan voces dispares en su seno. De un lado, destaca el voto particular conjunto de los jueces Evrigens y García de Enterría:

"Cuanto menos, la diferencia de trato que existe en Irlanda del Norte (tal y como pone de relieve el demandante) entre los homosexuales varones y las homosexuales mujeres y entre los varones homosexuales y heterosexuales debe ser examinada a la luz del artículo 14 en una interpretación sistemática con el artículo 8. Aun aceptando la fórmula restrictiva elaborada por el Tribunal en el fallo Airey y aplicada en el presente caso (párrafo 67: "una clara discriminación de trato" que sea "un aspecto fundamental del caso"), sería difícil afirmar que dichas condiciones no se hallaban plenamente cumplimentadas en las presentes circunstancias. Siendo así, interpretar el artículo 14 del modo restrictivo previsto en el fallo Airey, priva a este fallo en gran parte de su sustancia y de su función en el sistema de *fijación de estándares* establecido en la Convención".

A esos estándares pretendíamos aludir cuando nos referíamos a la infracción de valores. Por su parte, el juez Matscher muestra en su voto particular temor por la línea seguida por el Tribunal en el caso Marckx y se encarga de rebatir la idea de la acción popular:

"La situación (...) es fundamentalmente distinta de la del asunto Marckx, a la cual se refiere el presente fallo: en aquél, las disposiciones impugnadas de derecho civil belga se aplicaban directamente al demandante, que sufría directamente las consecuencias en su situación familiar; aquí la legislación impugnada se halla formalmente en vigor, pero de hecho no se aplica en lo que afecta a los aspectos debatidos. En este ámbito, el demandante y sus homólogos pueden organizar a su gusto su vida privada sin injerencia por parte de las autoridades".

Finalmente, el voto particular más radical, más disidente (siempre en el asunto Dudgeon) respecto a la enmienda de leyes es el del juez Walsh: este magistrado, tras señalar que el demandante lo que busca no es una restitución de un bien o valor dañado, dice que

"lo que está haciendo en realidad es solicitar al Tribunal que derogue dos disposiciones legislativas de un Estado miembro. El Tribunal no tiene jurisdicción de carácter declarativo en este ámbito que no se

Incluso en las demandas denominadas de grupo, cada miembro del grupo debe alegar haber sido víctima individualmente". Este libro tiene también una versión francesa bajo el título *Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'homme*.

refiera a una ofensa actual sufrida o que se alega que se ha sufrido por parte del demandante. Desde mi punto de vista, si el Tribunal llevase a cabo competencias de esta índole en los supuestos en que el demandante ni ha sido víctima ni se prevé que lo sea inminentemente, las consecuencias tendrían un alcance mayor de lo exigible en cada Estado miembro".

c) Referencia a la igualdad política

Como apuntamos en el apartado I.2 de este capítulo, la igualdad política se refiere al mínimo común denominador que caracteriza a los Estados descentralizados políticamente (como el Estado regional italiano, el federal alemán o el autonómico español), los cuales pueden legislar en materia de derechos y deberes, propiciando una falta de uniformidad (diversidad, pero no discriminación) en los distintos territorios del respectivo Estado. Hacemos referencia, por consiguiente, a la relación entre la organización territorial del Estado y la regulación de los derechos y deberes constitucionales⁵³.

Al hablar de legislación, en el caso español podría sustanciarse una eventual vulneración del valor o principio de igualdad a través, básicamente, de los procesos de constitucionalidad ante el TC. Lógicamente, si el TEDH no tiene competencia, en general, para declarar legislación interna contraria al CEDH, el tema de la igualdad política no se va a plantear de forma manifiesta. Sin embargo, sí ha habido algunos apuntes jurisprudenciales sobre la cuestión. En tal sentido, en el párrafo 65 de la sentencia pronunciada en el caso Dudgeon se dice que

"el demandante se queja de ser víctima de una discriminación que viola el artículo 14, interpretado sistemáticamente junto con el artículo 8, en la medida en que está sometido al derecho penal impugnado que supone una mayor injerencia en su vida privada respecto a los homosexuales varones de otras partes del Reino Unido e incluso que en las relaciones heterosexuales y homosexuales de carácter femenino en la propia Irlanda del Norte".

En cuanto a esto último, el voto particular del juez Matscher a la sentencia citada revela perfectamente la idea de la igualdad política:

"La diversidad de leyes internas, propias de un Estado federal, no puede jamás constituir, en sí misma, una discriminación y no es necesario justificar. Pretender lo contrario sería desconocer absolutamente la esencia misma del federalismo".

Es más, haciéndonos eco de la conceptualización material de la igualdad en la jurisprudencia de Estrasburgo, podríamos decir que, incluso

⁵³ Léanse los citados artículos 139.1 y 149.1.1 CE.

en el hipotético caso de que el TEDH pudiera examinar un recurso de "inconveniencia" contra la legislación interna de los Estados, las distintas legislaciones territoriales difícilmente configurarían supuestos de hecho comparables.

Por lo que precede, se entiende que los asuntos que llegan a la Comisión con pretensión de tachar de discriminatorias determinadas legislaciones en relación a las de otros territorios dentro del mismo Estado sean declarados inadmisibles por falta de fundamento. Un ejemplo bastante reciente lo ofrece *la decisión de la Comisión de 5 de Junio de 1991, en el caso P. Lavisse contra Francia*, relativo a la convencionalidad del régimen aplicable a la libertad de asociación en Alsacia y en el Departamento de Mosela. Pese a que por razones de orden procedimental la Comisión no examinó el argumento fundado en el artículo 14 CEDH, es decir, en el carácter discriminatorio de la reglamentación de los tres Departamentos respecto al derecho general de asociación, de su argumentación se desprende (según Flauss) que "la existencia de una legislación especial en Alsacia y en Mosela no constituye una diferencia de trato contraria al artículo 14 de la Convención, desde el momento en que la misma se basa en una justificación *objetiva y razonable* en el sentido de la jurisprudencia producida en el asunto lingüístico belga: un criterio territorial objetivo y razones históricas incontestables". En definitiva, "admitir que la diversidad de legislaciones territorialmente aplicables constituye, en cuanto tal, una violación del artículo 14 de la Convención, obligaría en particular a los Estados federales a unificar las legislaciones federadas que entran en el campo de aplicación de la CEDH"⁵⁴.

La Comisión, por lo demás, ya tuvo ocasión de reconocer que una "legislación local" era compatible con las exigencias del artículo 14, toda vez que la diferencia de trato se justificaba en criterios razonables y objetivos: *el caso Lindsay y otros contra el Reino Unido, decisión de la Comisión de 8 de Marzo de 1979*⁵⁵.

2.3.-La jurisprudencia de control de la CSE: en especial, la discriminación sexual en el terreno laboral

⁵⁴ J. F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20 enero 1992, pág. 31.

⁵⁵ Esta decisión resolvió la demanda núm. 8364/78 en el siguiente sentido: el sistema de representación proporcional con voto transferible previsto en Irlanda del Norte en lo referente a la elección de los representantes del Reino Unido para el Parlamento Europeo, derivaba de la protección de los derechos de una minoría, criterio razonable y objetivo, sin que hubiera por tanto desproporción manifiesta entre los medios empleados y los objetivos fijados.

De manera similar a cómo se ha tratado la cuestión interpretativa de las versiones francesa e inglesa del artículo 14 CEDH, se ha planteado la interpretación de sendas versiones del artículo 8.4 CSE (*derecho de las trabajadoras a protección*), cuyo tenor literal es el siguiente:

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a protección, las Partes Contratantes se comprometen:

4.a) A regular el trabajo nocturno de la mujer en empleos industriales.

b) A prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre".

Pues bien, la dificultad interpretativa ha radicado concretamente en la letra b) del artículo 8.4, cuya proyección práctica ha dado lugar a problemas de compatibilidad de las medidas legislativas, administrativas y jurisprudenciales con la CSE, problemas a los que no ha sido ajena la realidad española, como veremos más tarde. El Comité de expertos independientes ha puesto luz a las dificultades interpretativas, optando por la versión más favorable (la inglesa) al acceso de la mujer al mercado laboral en este terreno⁵⁶.

En el ámbito del derecho de las trabajadoras a la protección, en casos de maternidad, veremos que el TJCE ha emitido algunos pronunciamientos interesantes. Pero, sobre todo, en el ámbito del Consejo de Europa, el artículo 8 CSE provee una garantía tendente a evitar la discriminación sexual en el terreno laboral cuando se dé la circunstancia mencionada. El Comité de expertos independientes ha interpretado en un sentido progresivo esta disposición, haciendo notar que de tal progreso se

⁵⁶ "El Comité ha destacado que los textos francés e inglés de la letra b) del apartado 4 del artículo 8 CSE parecían no concordar. El texto francés prohíbe "todo empleo de mano de obra femenina en trabajos subterráneos en las minas..." (tout emploi de la main-d'oeuvre féminine à des travaux de sous-sol dans les mines...), mientras que el texto inglés prohíbe el empleo de mujeres en "trabajos mineros subterráneos..." (the employment of women workers in underground mining). Por consiguiente, parece que el texto francés, que prohíbe todo tipo de trabajo subterráneo en las minas, aunque no se trate de trabajos mineros en sentido estricto, cubre un campo más amplio que el texto inglés, el cual sólo apunta a los trabajos mineros propiamente dichos. (...) Para resolver este problema de interpretación, el Comité ha acudido a la Convención núm. 25 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos en las minas de todas las categorías. Parece, a primera vista, que hay una concordancia entre el artículo 2 de esta Convención y el texto francés de la letra b) del apartado 4. Sin embargo, un examen más atento de la citada Convención, particularmente cuando se trata de "personas empleadas en los servicios sanitarios y sociales" o de personas llamadas ocasionalmente a descender a las partes subterráneas de una mina para el ejercicio de una profesión de carácter no manual, lo que (...) hace *inclinarse la balanza en favor de la versión inglesa* de la letra b) del apartado 4" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 96).

han hecho eco algunos ordenamientos nacionales merced, en parte, al impulso de organizaciones sociales defensoras de la igualdad de sexos:

"El período de doce semanas de reposo, divisible antes y después del parto, debe considerarse, tal como indica la Carta, como un *minimum*, teniendo en cuenta no sólo la importancia de la concesión a la mujer de un período suficiente para preparar convenientemente el acontecimiento y la vuelta a su actividad profesional, sino también las necesidades del niño. El conocimiento cada vez más preciso del papel determinante de la relación madre-hijo en el desarrollo de este último en el curso de los primeros meses de su existencia, ha dado lugar a numerosas reformas legislativas en diversos Estados. *La tendencia va en el sentido de la prolongación*, a veces de forma considerable, del permiso de maternidad (...). Por otra parte, en paralelo a esta *tendencia considerada como socialmente útil, incluso necesaria*, se ha desarrollado un amplio movimiento que reclama una mayor igualdad entre los sexos, especialmente impulsado por organizaciones de mujeres, y tendente a la abolición de toda forma de diferenciación entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, pero sobre todo en el laboral"⁵⁷.

Por último, la jurisprudencia de la CSE ofrece ejemplos claros de medidas típicas del Estado social y, por extensión, del espacio social europeo a través de la realización efectiva del valor igualdad y la consiguiente defensa de los grupos desfavorecidos o discriminados. La lectura de este pasaje del Comité gubernamental de la CSE es explícito al respecto, insistiendo en la no discriminación por razón de nacimiento.

"El Comité -gubernamental- comparte el punto de vista del Comité de expertos independientes según el cual la eliminación rápida y progresiva de todo tratamiento discriminatorio derivado de diferencias jurídicas entre diversas categorías de hijos, debería formar parte de la política social de las Partes Contratantes"⁵⁸.

III.-CONSAGRACIÓN Y GARANTÍA DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

*1.-Tarea normativa*⁵⁹

1.1.-Tratados constitutivos

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 91.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 140.

⁵⁹ Con carácter general, y desde una perspectiva vertical, véase Ch. McCrudden, "The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements", *Oxford University Press*, vol. 13, núm. 13, 1993.

La ideología liberal que imperó en los primeros pasos dados por la Comunidad Europea, fue sin duda uno de los motivos conducentes a la no inclusión de la igualdad ni en el Preámbulo del *Tratado de Roma de 1957* ni entre las disposiciones de su Primera Parte, consagrada a los "Principios". Únicamente el artículo 7 de esta Parte venía a matizar en cierto modo tal insuficiencia:

"En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, *se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad*".

Esta previsión vendría concretada por el apartado 2 del artículo 48, que contiene una cláusula de gran alcance en el terreno laboral:

"La libre circulación (de los trabajadores dentro de la Comunidad) supondrá la *abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad* entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo".

A su vez, esta disposición se desarrolla en los artículos 117 y 119 del Tratado, que prescriben respectivamente la promoción de "la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su *equiparación* por la vía del progreso", y el "principio de igualdad de remuneración entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo"⁶⁰.

En el Tratado de Roma aparecen otras prohibiciones implícitas o explícitas:

- en relación a la libre circulación de capitales, el artículo 67.1 prohíbe "las discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales";

- como prolongación de lo anterior, el artículo 68.2 obliga a los Estados a que procedan "en forma no discriminatoria" en la regulación interna relativa al mercado de capitales y al crédito;

- la prohibición de discriminación respecto a la libre prestación de servicios (actividades de carácter industrial, mercantil, artesanales, y las propias de las profesiones liberales) se proclama en el artículo 65, y se desprende de los artículos 61 y 79 para la libertad de servicios en materia de transportes;

- en el marco de las ayudas otorgadas por los Estados, el artículo 92.2.a) establece que las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales sólo serán compatibles con el mercado común cuando "se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos".

⁶⁰ El artículo 119 del Tratado especifica, además, que "la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo".

- en la Cuarta Parte del Tratado ("Asociación de los países y territorios de ultramar") se prescribe la "igualdad de condiciones a todas las personas físicas y jurídicas que tengan la nacionalidad de los Estados miembros o de los países y territorios" en las convocatorias para la adjudicación de obras, servicios y suministros (artículo 132.4), y se prohíbe toda "discriminación directa o indirecta entre las importaciones procedentes de los distintos Estados miembros" en la aplicación de los derechos de aduana (artículo 134.5).

1.2.-Acta Unica Europea

Como puede observarse, con la excepción de los preceptos relativos a la no discriminación por razón de sexo y de nacionalidad en materia laboral (artículos 48.2, 117 y 119), las referencias a la igualdad se hallan ligadas, más que a la realización de un espacio social europeo, a la construcción de un mercado en que se satisfagan las cuatro clásicas libertades comunitarias. Por ello, adquiere gran relieve la proclamación, ahora sí, de la *igualdad* no únicamente al lado de la libertad, sino asimismo *junto a la justicia social, en el Preámbulo del Acta Unica*.

De acuerdo con este designio, el artículo 23 del Acta Unica introduce un nuevo título (el V) en el Tratado de Roma relativo a la "Cohesión económica y social". En este Título se insta a los Estados a "promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad", y "reducir las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas" (artículo 130 A), para lo cual se crea el *Fondo Europeo de Desarrollo Regional* (artículo 130 C). Aunque no se haga mención explícita de los derechos de los ciudadanos (no existe, por tanto, un enfoque dogmático directo), es evidente que tales medidas estructurales indirectamente tendrán un efecto favorable, especialmente en el terreno de los derechos sociales y en la disminución del desempleo. Así pues, de manera indirecta podríamos hablar aquí de la consecución de la igualdad política, en este caso entre las regiones de la Comunidad Europea: así, este Título del Acta Unica guardaría mayor relación con el artículo 2 (al hablar de la solidaridad entre las nacionalidades y regiones españolas) y el artículo 158.2 de nuestra Norma Fundamental (al establecer un Fondo de Compensación interterritorial "con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales").

1.3.-Tratado de Maastricht

Con posterioridad, la segunda reforma de los Tratados constitutivos supuso una inflexión negativa respecto al avance experimentado con la primera reforma. De manera que en el Preámbulo del Tratado de Maastricht se vino a suprimir la referencia a la igualdad, a la justicia social y a la Carta Social Europea. De este modo, los Estados miembros confirman "su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto

de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho", pero no la confirman, como acabamos de decir, respecto a los principios de igualdad y de justicia social. La supresión contrasta con el texto articulado, toda vez que el artículo 3 TUE proclama entre los fines de la Comunidad "una política en el ámbito social que incluye un Fondo Social Europeo" (letra i) y "el fortalecimiento de la cohesión económica y social" (letra j).

Por otra parte, el TUE consagra la igualdad en el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales y en las europeas ("en las mismas condiciones", dicen respectivamente los apartados 1 y 2 del artículo 8 B).

En cualquier caso, la concreción de mayor alcance para el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad se contiene en el *Acuerdo anejo al TUE sobre política social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido*. Según el artículo 2 de dicho Acuerdo, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en una serie de ámbitos, entre los que hemos de destacar "la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres". Pero, sobre todo, hemos de recalcar el artículo 6 del Acuerdo que, reproduciendo casi literalmente el artículo 119 (igualdad de remuneración, sin discriminación por razón de sexo) del Tratado de Roma, añade un párrafo que invita a la adopción de medidas positivas en favor de la mujer⁶¹.

1.4.-Derecho derivado

De acuerdo con la cobertura jurídica ofrecida por los Tratados constitutivos (con apoyo básicamente en el artículo 235 del Tratado de Roma), y en particular en lo relativo a la igualdad de sexos en el terreno laboral (artículo 119 del Tratado), las instituciones comunitarias han elaborado una serie importante de instrumentos de Derecho derivado. De ellos, conviene, destacar los tres siguientes:

- *la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos;*

⁶¹ "El presente artículo no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales".

- la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Según el artículo 2.1 de esta Directiva, el juego del principio de igualdad es claro, en tanto que

"implica la ausencia de toda discriminación basada en el sexo, directa o indirectamente, en razón principalmente del *status* matrimonial o familiar";

- la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

1.5.-El proyecto Herman de Constitución europea

Por último, cabe hacer referencia al Proyecto Herman. En el Preámbulo de este proyecto de Constitución europea se destaca *la igualdad* (junto a la libertad, la solidaridad, la dignidad humana, el respeto de los derechos humanos y la primacía del Estado de Derecho) como uno de los valores comunes en los que se basa la pertenencia a la Unión Europea. Esta referencia a la igualdad como valor se concreta como derecho humano en el punto 3 del Título VIII ("Derechos humanos garantizados por la Unión"):

- "a) Todos son iguales ante la ley.
- b) Se prohíbe toda discriminación por razón de raza, color, sexo, lengua, religión, opiniones políticas o cualesquiera otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, situación económica, nacimiento o cualquier otra circunstancia.
- c) Se deberá garantizar la igualdad entre hombres y mujeres".

2.-Desarrollo jurisprudencial

2.1.-La igualdad como derecho fundamental

Parece oportuno empezar el tratamiento jurisprudencial comunitario de la igualdad resaltando que el TJCE la ha calificado como derecho fundamental. Además, desde la perspectiva del sistema de derechos humanos, conviene hacer notar que la instancia jurisdiccional de Luxemburgo se ha apoyado en la CSE y en Convenios de la OIT⁶². En

62 Para una visión general sobre el tema, véase M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

particular, el TJCE empezó a elaborar su bloque jurisprudencial en asuntos relativos a la igualdad de sexos⁶³: de indudable significación son, en este sentido, los ya clásicos "*asuntos Defrenne*"⁶⁴. El tercero de ellos, *asunto Defrenne contra Sabena*, dio lugar a la *sentencia de 15 de junio de 1978*, en la que el TJCE reconoce que el principio de eliminación de las discriminaciones basadas en el sexo forma parte de los derechos fundamentales de la persona (apartados 26 a 28).

En una sentencia posterior, dictada el *20 de marzo de 1984 en el caso C. Razzouk y A. Beydoun contra Comisión de las Comunidades Europeas*, el TJCE ha vuelto a reiterar, en forma más contundente, su jurisprudencia sobre la igualdad como derecho fundamental. Este caso, además, presenta interés para nosotros, pues en el fondo del asunto se hallaba el tema de las pensiones de viudedad en favor del hombre, un tema en el que se vio llamado a pronunciarse asimismo nuestro TC⁶⁵, para determinar, con idéntico proceder que el TJCE, que tal discriminación positiva en favor de la mujer no se hallaba justificada⁶⁶. Según el apartado 16 de la sentencia:

"Con toda razón reprocha el demandante a estas disposiciones que violen el principio de tratamiento igual de los sexos, principio que, como el Tribunal ha dicho en su sentencia de 15 de junio de 1978 (*Defrenne*, 149/77, Recueil 1978, pág. 1365), forma parte de los derechos fundamentales cuyo respecto tiene la misión de asegurar".

Además, en el apartado 17 y 18 pone de relieve la eficacia del derecho fundamental a la igualdad, que trasciende incluso las previsiones del artículo 119 del Tratado de Roma y las directivas comunitarias en la materia. Esto significa que el principio de igualdad no limita sus efectos a

⁶³ Sobre la jurisprudencia comunitaria en la materia, véase M. Moreau-Bourles, "La jurisprudence européenne en matière d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins", *Droit social*, 1989.

⁶⁴ Respectivamente, *asunto G. Defrenne contra Estado belga*, de 25 de mayo de 1971, Rec., págs. 455 y ss; *asunto G. Defrenne contra Sabena*, de 8 de abril de 1976, Rec., págs. 455 y ss; y *asunto G. Defrenne contra Sabena*, de 15 de junio de 1978, Rec., págs. 1365 y ss.

⁶⁵ En concreto, nos referimos a las *sentencias núms. 103 y 104 de 1983*.

⁶⁶ El asunto tiene su origen en las demandas presentadas en la secretaría del TJCE, el 22 de febrero y el 2 de abril de 1982, respectivamente por el señor Razzouk y el señor Beydoun, ambos viudos de funcionarias de la Comisión de las Comunidades Europeas; en sus demandas solicitaban el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad y, consiguiente, la condena de la Comisión a pagarla, de la misma manera que el artículo 79 del Estatuto de los funcionarios concede el beneficio de tal pensión a las viudas de aquéllos. Como el señor Beydoun no presentó los recursos previos pertinentes, su demanda fue declarada inadmisibile, y el TJCE únicamente entró en el fondo de la demanda del otro demandante.

la prohibición de los motivos explícitamente contemplados en la normativa de referencia, sino que se trata (como ocurre en el caso del CEDH y de la CE) de una *lista abierta*:

"El Tribunal ha reconocido la necesidad de asegurar la igualdad entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos empleados por la propia Comunidad, en el marco del estatuto de los funcionarios.

Resulta que, en las relaciones entre las instituciones comunitarias, de una parte, y sus empleados y los derechohabientes de éstos, de otra parte, las exigencias que impone este principio no se ven en absoluto limitadas a las que se derivan del artículo 119 del Tratado CEE o de las directivas comunitarias adoptadas en este ámbito.

Por tanto, se impone anular la decisión de la Comisión de 3 de julio de 1981 (denegatoria del derecho a pensión del señor Razzouk), por estar basada en disposiciones estatutarias que son contrarias a un derecho fundamental y, por ende, inaplicables en tanto que las mismas tratan a los cónyuges supervivientes de los funcionarios de manera desigual según el sexo de las personas".

Al hilo de esto último, el TJCE extrae consecuencias no limitándose al caso concreto; al contrario, pretende que su sentencia tenga efectos *erga omnes*. Así, pese a la eficacia normativa directa del principio de igualdad incluso en los casos no explícitamente previstos por la normativa comunitaria, el TJCE hace una llamada al legislador comunitario para que cubra tal laguna (apartado 19):

"Como consecuencia de esta anulación, incumbe al legislador comunitario extraer las consecuencias de esta sentencia tomando las medidas apropiadas para establecer la igualdad de sexos en lo que se refiere al régimen de pensión comunitario. Entretanto, corresponde a la Comisión reexaminar la solicitud del demandante aplicando las disposiciones estatutarias relativas a la pensión de viudedad, las cuales constituyen en la actualidad el único sistema de referencia válido".

2.2.-Contenido del principio de igualdad

El TJCE definió con perfiles claros el alcance del principio de igualdad y no discriminación en un asunto (conocido como el *caso Wagner*) que dio origen a la *sentencia de 23 de febrero de 1983*⁶⁷. Los apartados 18 y 19 sintetizan la doctrina en la materia:

⁶⁷ *Asunto Kommanditgesellschaft in der Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Rec., 1983-1, págs. 371-394. El TJCE tuvo que pronunciarse sobre una decisión prejudicial presentada por el Tribunal Administrativo de Frankfurt am Main tendente a obtener una interpretación de varias disposiciones del Reglamento núm. 1358/77 del Consejo, de 20 de junio de 1977, por el que se establecían reglas generales de compensación de gastos de almacenaje en el sector del azúcar, y del Reglamento núm. 1998/78 de la Comisión, por el que se establecían las modalidades de aplicación del sistema de compensación de gastos referido.

"El artículo 40, apartado 3, del Tratado, trata sobre la organización común del mercado agrícola, incluidos los sistemas de almacenaje, y dispone, en su párrafo segundo, que la organización común debe excluir toda discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad. Según la jurisprudencia del Tribunal, la discriminación consiste en tratar de manera diferente situaciones que son idénticas, o de manera idéntica situaciones que son diferentes.

(...) Razones de control objetivamente justificadas se hallan en la base de la diferencia de trato".

Con posterioridad, la jurisprudencia del TJCE en el terreno de la igualdad ha sido constante. De ello da buena cuenta la *sentencia de 26 de marzo de 1987*, pronunciada en el *caso Coopérative agricole d'approvisionnement des Aviron contra Receveur des douanes de Saint-Denis y Directeur régional des douanes de Reunión*⁶⁸. En el apartado 15 de esta sentencia se recuerda expresamente la jurisprudencia sentada en el *caso Wagner*.

2.3.-El derecho a la igualdad en el terreno laboral

A) Acciones en favor de la igualdad de sexos: la polémica sobre la discriminación positiva en favor de la mujer

En principio, parece pertinente realizar una afirmación que, por obvia desde el punto de vista lógico, no es menos compleja: si se prohíbe la discriminación es porque se supone que existe igualdad. Nada más lejos de la realidad. En efecto, no todas las situaciones son iguales, por lo que no todas requieren un tratamiento igual. Es así que por distintas circunstancias, cuando no existe igualdad, se introducen medidas positivas para restablecerla: es a lo que invita la propia CE cuando reconoce en su artículo 9.2 el principio de igualdad real y efectiva, y lo que puede propiciar acciones de "discriminación positiva" en favor de algún colectivo. Como decíamos, la desigualdad sexual (en perjuicio de la mujer) es una de las desigualdades más ancestrales, por lo que tales medidas son más incisivas en relación al colectivo femenino.

Algunas de estas acciones han venido avaladas por la jurisprudencia comunitaria: es el caso de determinados beneficios en favor de la mujer por el hecho físico de la maternidad (a), si bien ello puede acarrear consecuencias negativas al final de la vida laboral (b). Otras no han corrido igual suerte: por ejemplo, el sistema de cuotas en favor de la mujer para el acceso al empleo (c), o los beneficios médico-sanitarios con

68 Rec. 1987-2, págs. 1525-1547.

requisitos de edad más favorables para la mujer que para el hombre (d), o las pensiones de viudedad en favor sólo de las viudas (extremo visto anteriormente); tampoco han venido avaladas por el TJCE medidas supuestamente protectoras para la mujer (la prohibición del acceso a empleos peligrosos o que requieren fuerza física (e)) que en realidad se han convertido en discriminaciones encubiertas, a causa de la difícil situación del mercado laboral. Veamos los casos más significativos al respecto.

a) En lo que se refiere al permiso por maternidad, el TJCE ha sentado su doctrina en la sentencia de 12 de julio de 1984, pronunciada en el caso *Ulrich Hoffmann contra Barmer Ersatzkasse*⁶⁹. En este asunto se dilucidaba si la ley alemana relativa a la protección de la madre (*Mutterschutzgesetz*) de 1968 (modificada por sendas leyes de 1979 y 1981) era contraria al Derecho comunitario, en la medida en que tras la expiración del forzoso período de convalecencia de la madre (ocho semanas tras el nacimiento), únicamente concede un permiso a ella (cuando ejerza una actividad remunerada) hasta que el niño tiene seis meses (percibiendo una cantidad máxima de 25 marcos por día). Este permiso no pueden disfrutarlo alternativamente los hombres que también ejerzan una actividad remunerada, ni siquiera en caso de conformidad de ambos padres.

Sobre esta base, el demandante en el juicio principal, Ulrich Hoffmann, tras el período de convalecencia obligatoria de su esposa, obtuvo de su empleador un permiso no remunerado hasta que el niño cumplió seis meses, mientras que la madre volvió a su trabajo como institutriz. El demandante denunciaba discriminación por razón de sexo en cuanto a la percepción de la prestación por maternidad, que le fue denegada por las autoridades alemanas competentes.

El TJCE declaró la normativa alemana conforme al Derecho comunitario (en concreto, a la Directiva 76/207), pero sin establecer una "solución final europea", en tanto que se pronunció en favor del margen de apreciación nacional:

"La Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de permitir alternativamente el otorgamiento de tal permiso al padre, incluso en caso de decisión conforme de los padres"⁷⁰.

⁶⁹ Rec. 1984, págs. 3047-3088.

⁷⁰ Para llegar a tal conclusión, el TJCE tomó en consideración especialmente los preceptos de la Directiva 76/207 que prevén medidas positivas en favor de la mujer (apartados 22 a 24 de la sentencia): "El párrafo 3 (del artículo 2 de la Directiva) dispone lo siguiente: 'La presente Directiva no impide que la existencia de disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad'. Conviene traer a colación igualmente en el presente contexto el párrafo 4, en cuyos términos la Directiva no impide que haya medidas tendentes a promover la igualdad de oportunidades

Conviene hacer notar que el fallo del TJCE fue de signo contrario al parecer de la Comisión, como el propio Tribunal recoge en los apartados 12 y 13⁷¹.

Como se sabe, la legislación social española en la materia difiere de la alemana, en la medida en que se permite al hombre que disfrute del permiso de *maternidad social*, tras el período forzoso de convalecencia de la mujer por *maternidad biológica*⁷². Realmente, la legislación alemana parece partir de la clásica idea de que la madre es más indicada que el padre para cuidar del niño los primeros meses tras el nacimiento. Sin embargo, esta medida protectora podría tornarse en negativa para la madre, por ejemplo, en casos en que el trabajo de ésta estuviese mejor remunerado que el del marido o, sencillamente, como dice la Comisión, para compartir las tareas del hogar.

b) En estrecha relación con el caso anterior, el TJCE vuelve a examinar la legislación social alemana optando asimismo por no ofrecer una "solución final europea", haciendo prevalecer nuevamente el margen de apreciación estatal. Sin embargo, en este caso (*asunto Rita Grau-Hupka*

entre hombre y mujeres "poniendo remedio a las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres" (...) en lo que se refiere al acceso al empleo, la promoción profesional y las otras condiciones de trabajo. De este análisis resulta que la Directiva no tiene por objeto regular cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades en el seno de la pareja".

71 "La posición del demandante ha sido apoyada por la Comisión. Ésta considera que la reserva del artículo 2, párrafo 3, de la Directiva 76/207, que autoriza a los Estados miembros a mantener disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, debe ser interpretada restrictivamente, en tanto que deroga el principio de igualdad de trato. Dado que este principio constituye un *derecho fundamental*, su aplicación no podría ser restringida más que por disposiciones objetivamente necesarias para la protección de la madre. Si una legislación nacional, como en el caso de autos, sirve igualmente al interés del niño, su objeto debería ser realizado preferentemente por medios no discriminatorios. Ahora bien, en el caso de referencia, el fin de protección reconocido por el artículo 2, párrafo 3, de la Directiva, podría ser alcanzado igualmente por una disminución de las tareas del hogar de la madre, gracias a la concesión del permiso al padre. La Comisión llama la atención sobre el hecho de que, en algunos Estados miembros, la legislación social se orienta hacia el otorgamiento de un *permiso paterno* o de un *permiso de educación* (...). Ha manifestado su intención de introducir eventualmente recursos por incumplimiento contra diversos Estados miembros que, según modalidades diversas, mantienen medidas comparables al permiso de paternidad previsto por la legislación alemana".

72 La posibilidad de disfrute por el padre del permiso de lactancia (en las últimas cuatro semanas) se introdujo en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores por *Ley 3/1989*. En relación a la reducción del permiso, véase el artículo 48.4 de la nueva redacción dada al Estatuto por el *Real Decreto-Legislativo 1/95*.

*contra Stadtgemeinde Bremen, de 13 de diciembre de 1994*⁷³), parece contradecirse si lo comparamos con el anterior. En efecto, en el asunto Rita Grau-Hupka el TJCE estimó que la reducción de la pensión de jubilación de una persona al no computar en su cálculo los períodos dedicados a la educación de un hijo era conforme al artículo 119 del Tratado y a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Si tenemos en cuenta el asunto *Hoffmann*, veremos que lo que parecía una medida en favor de la mujer, se torna discriminatoria, pues si sólo ella puede disfrutar de ese permiso de maternidad remunerado para la educación de los hijos, normalmente será la mujer quien disfrute de tal permiso, lo cual redundaría en esa reducción de la pensión de jubilación. El razonamiento del TJCE se contiene básicamente en el apartado 28 de su sentencia de 13 de diciembre de 1994:

"Dado que el Derecho comunitario sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social no obliga a que, al calcular la pensión de jubilación legal, los Estados miembros tengan en cuenta los años dedicados a la educación de un hijo, no es posible considerar contrario al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres que proclama el artículo 119 del Tratado y la Directiva sobre la igualdad de retribución el hecho de poder retribuir con un salario inferior al normal a una persona que disfrute de una pensión y que, por ello, goce de una situación de seguridad, desde el punto de vista social, cuando la pensión de jubilación haya quedado reducida a raíz de una pérdida de la retribución debida al tiempo dedicado a la educación de un hijo".

c) Recientemente el TJCE ha pronunciado una importantísima sentencia, de 17 de octubre de 1995, en el caso *Kalanke*, desatando una gran polémica y, sobre todo, una contundente reacción por parte de agrupaciones feministas. En el fondo del asunto se hallaba la controvertida introducción del sistema de cuotas para obligar a que un determinado porcentaje (el cincuenta por ciento en el asunto de referencia) de mujeres ocupe puestos en sectores en los que están infrarrepresentadas: en concreto, la ley de Bremen de 1990 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el sector público, prevé que se dé preferencia a la mujer, "cuando éstas no cubren la mitad de los puestos de un servicio".

El caso tiene su origen en la denuncia inicialmente presentada por un funcionario, Eckhardt Kalanke, que fue relegado en la promoción de su empleo en el Ayuntamiento de Bremen frente a una mujer con el mismo currículum. El consistorio, tras reconocer que ambos candidatos cumplían los mismos requisitos para la obtención del puesto, declaró otorgar

73 Rec. 1994-11/12, págs. I-5535-5553.

prioridad a la candidata con apoyo en la normativa de Bremen sobre cuotas femeninas.

En su fallo, el TJCE determinó que la legislación de Bremen es contraria al principio comunitario de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo (tal como es reconocido en el artículo 119 del Tratado de Roma y en el artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976), en tanto que discrimina a aquéllos. Razona así el TJCE:

"Una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que están infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo".

Como decíamos, esta sentencia lógicamente ha sentado doctrina europea desde el prisma jurídico, a la vez que desde el punto de vista social ha reabierto el debate en torno a la oportunidad o conveniencia del sistema de cuotas como medida de discriminación positiva en favor de la mujer. Desde posiciones más o menos feministas se ha descalificado este pronunciamiento⁷⁴, recordándose por añadidura que los quince miembros de que está compuesto el TJCE son todos ellos hombres⁷⁵.

⁷⁴ Con el significativo título de "Europa castiga a la mujer", aparece un reportaje en toda la pág. 56 del diario *El Mundo*, del miércoles 18 de octubre de 1995, en donde se recogen las opiniones de mujeres con cargos de responsabilidad discrepantes con el caso Kalanke. Así, Marina Subirats, directora del Instituto de la Mujer en España lo considera "dramático". Según la Federación de Mujeres Progresistas, "la sentencia (...) no se corresponde con la realidad". Por su parte, Christine Wisner, ministra de la Mujer del Land de Bremen dijo "sentirse desconcertada por la sentencia". En fin, Karin Junker, eurodiputada y presidenta de las mujeres socialdemócratas de Europa cree que "el fallo del TJCE es un juicio macho". Unos días más tarde, la asociación Jueces para la Democracia expresó su "preocupación y rechazo" por esta sentencia; la asociación considera que la misma "echa por tierra lo conseguido hasta ahora" (cit. del diario *El Mundo*, del martes 24 de octubre de 1995, pág. 51). También la Ministra española de asuntos sociales, Cristina Alberdi, se ha pronunciado sobre esta cuestión (entrevista publicada en el diario *El Mundo*, del miércoles 18 de octubre de 1995, pág. 57): En relación a la sentencia controvertida, dice "me parece un auténtico escándalo". La ministra, en el mismo diario, del viernes 20 de octubre de 1995, especificó su postura en un artículo sobre el tema bajo el título "Discriminación positiva: prioridad". Un mes después de la polémica sentencia Kalanke, desde el Ministerio español de Asuntos Sociales se ha propuesto la creación de la *Defensora de la Igualdad* en la Unión Europea.

⁷⁵ El Presidente del TJCE, a la sazón el español G.C. Rodríguez Iglesias, en declaraciones al diario *El Mundo* (*ibidem*): "es una interpretación de una norma comunitario que no admite ese régimen de cuotas" (se refiere a la Directiva 76/207). Y añade que, en su opinión, la presencia de mujeres en el Tribunal "no habría cambiado la decisión, lo creo sinceramente". En las págs. 134-135 de la revista *Tiempo*, de 30 de octubre de 1995, núm. 704, aparece un reportaje bajo el título "Discriminación. El poder de las mujeres en España", en el que también se comentan la sentencia del caso *Kalanke* y la dictada dos días después,

En nuestra opinión, pese al indudable trasfondo político, el razonamiento del TJCE no merece descalificación, tanto en lo que se refiere a la fundamentación jurídica como al respeto del principio de igualdad. Efectivamente, el sistema de cuotas puede ser más o menos discutible en ámbitos como el reparto de responsabilidades en el seno de un partido político; en cambio, cuando se trata de acceder a la función pública, mientras no se produzca discriminación en el acceso a la educación y a la formación, no debiera producirse tampoco en el acceso al posterior puesto de trabajo. Para el caso de la función pública, creemos que nuestra Norma Fundamental también ofrece cobertura jurídica en el sentido fallado por el TJCE: del juego combinado de los artículos 23 y 103.3 se desprende que el principio de igualdad en el acceso a la función pública equivale al principio de mérito y capacidad, lo que casa mal con el sistema de cuotas.

d) Sólo dos días después de la polémica *sentencia Kalanke*, el TJCE volvió a fallar contra una discriminación positiva en favor de la mujer, en el caso *Cyril Richardson, de 19 de octubre de 1995*. En el fondo del asunto se halla la denuncia de un ciudadano británico de 66 años de edad, el señor Richardson, que consideraba injusta la ley británica según la cual la Seguridad Social del Reino Unido proporciona medicinas gratis a las mujeres a partir de los 60 años, mientras que los hombres han de seguir pagando parte de sus prescripciones médicas hasta los 65.

Según el TJCE esta previsión legal británica es discriminatoria para los pensionistas varones, en tanto que viola la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

e) El TJCE ha tenido que abordar la cuestión de la prohibición del acceso de la mujer a determinadas profesiones consideradas peligrosas para ella, como medida aparentemente dirigida a su protección. Este es el trasfondo en el que se desarrolló el caso *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, de 15 de mayo de 1986*⁷⁶.

el 19 de octubre de 1995, sobre la discriminación que padecen los pensionistas hombres en relación a las pensionistas mujeres en la legislación británica sobre Seguridad Social, que veremos a continuación.

76 Rec. 1986, págs. 1651-1694.

A causa de la situación reinante en el momento de los hechos en Irlanda del Norte⁷⁷, las autoridades británicas competentes decidieron dotar de armas de fuego en el ejercicio normal de sus funciones a las fuerzas de policía que operaban en ese territorio, cuando generalmente tales fuerzas no van armadas. Adoptada tal medida, la autoridad competente (el *Chief Constable*) decidió no renovar los contratos de las mujeres que formaban parte de dichas fuerzas una vez expiraban sus contratos (en concreto la *Royal Ulster Constabulary Reserve*), decisión cuya motivación era prevenir los riesgos de atentado de que podían ser víctimas las mujeres y la posibilidad consiguiente para los terroristas de apropiarse de las armas. Conviene advertir que en Inglaterra y en el País de Gales no existe diferencia entre hombres y mujeres en cuanto a la organización del mencionado cuerpo de policía.

La señora Johnston, afectada por la mencionada medida, recurrió ante el juez nacional, que sometió diversas cuestiones prejudiciales al TJCE, al efecto de obtener una interpretación sobre la Directiva 76/207. El TJCE consideró que tal diferencia de trato entre hombres y mujeres era discriminatoria, por cuanto toda limitación al principio de igualdad ha de ser interpretada restrictivamente y respetar el principio de proporcionalidad y el de necesidad en la consecución de los fines propuestos⁷⁸.

B) La no discriminación por razón de nacionalidad

Uno de los mayores problemas derivados de la "Europa sin fronteras" ha surgido del clásico requisito de la nacionalidad en el acceso

⁷⁷ El Abogado General recuerda en sus conclusiones (págs. 1654 y ss) que las perturbaciones vividas en aquel momento en Irlanda del Norte eran de una excepcional gravedad, en tanto que amenazaban el orden público y la seguridad de las personas. Para ilustrar estas circunstancias, trae a colación la *sentencia del TEDH de 18 de enero de 1978, pronunciada en el caso Irlanda contra Reino Unido*, en la cual el Tribunal de Estrasburgo comprobó que dicha situación, cuyo punto de partida se sitúa en 1970 evoca "la más larga y violenta campaña de terrorismo jamás conocida en las dos partes de Irlanda".

⁷⁸ En estos términos se expresa el TJCE (apartados 36 y 38): "Tratándose de averiguar si tal motivación (la del *Chief Constable*) es susceptible de verse cubierta por el artículo 2, párrafo 2 de la Directiva, conviene observar primeramente que, en tanto que derogación a un derecho individual consagrado por la Directiva, esta disposición es de interpretación estricta. (...) Conviene recordar además que, para determinar el alcance de toda derogación a un derecho individual, como lo es la igualdad de trato entre hombres y mujeres, consagrado por la Directiva, hay que respetar el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales que se hallan en la base del orden jurídico comunitario. *Este principio exige que las derogaciones no superen los límites de lo que es apropiado y necesario para alcanzar el fin perseguido y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de la seguridad pública, que son determinantes para las condiciones de ejercicio de la actividad en cuestión.*"

a la función pública⁷⁹. Ahora bien, sin perder de vista esos problemas, es evidente que la realización de tal espacio europeo de igualdad pasa por asumir la supresión de restricciones a la libre circulación de trabajadores en la empresa privada y, paulatinamente, en la Administración Pública.

El caso *Ingetraut Scholz contra Opera Universitaria di Cagliari y Cinzia Porcedda*, de 23 de febrero de 1994⁸⁰, ilustra la referida problemática. La sentencia del TJCE tiene gran alcance, pues la cada vez mayor movilidad geográfica de los ciudadanos comunitarios puede reproducir la situación que se encuentra en el fondo del asunto.

Este era el fondo del asunto: en 1984, la Universidad de Cagliari convocó un concurso-oposición público para la contratación de agentes de restauración. Ingetraut Scholz, nacida ciudadana alemana, pero que había adquirido la nacionalidad italiana por matrimonio, fue uno de los candidatos suspendidos. Su suspenso se debió a que no se le computaron los años de servicios anteriormente prestados en la Administración pública alemana, cuando tal experiencia debía ser puntuada según las bases de la plaza convocada. El Tribunal de oposición estimó que sólo podía tomarse en consideración la experiencia en la Administración italiana, negándose a valorar sus años de servicio en Alemania. El 6 de mayo de 1986 se publicó la relación de aprobados, y el 4 de julio del mismo año la señora Scholz interpuso un recurso contra la Universidad convocante ante el Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, estimando que la decisión mediante la que se hizo pública la lista de aprobados era contraria al Derecho Comunitario. El órgano jurisdiccional italiano decidió, el 10 de junio de 1992, plantear una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 7 y 48 del Tratado CEE, así como de los artículos 1 y 3 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

El TJCE concluyó que se produjo una discriminación indirecta no justificada, contraria al Derecho Comunitario (apartados 8, 9 y 11). De hecho, la nacionalidad debería ser el motivo menos invocado de discriminación a medida que se avanzare en la construcción europea⁸¹.

79 Sobre el particular, con especial atención a la normativa y la jurisprudencia de la Comunidad Europea, véase la obra de J. L. Monereo Pérez, y J. Vida Soria, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas (Serie "Administración del Estado"), 1991.

80 Rec. 1994-2, págs. I-505-523.

81 "Por lo que respecta al litigio principal, procede observar en primer lugar que el hecho de que la parte demandante en el mismo haya adquirido la nacionalidad italiana no tiene incidencia alguna sobre la aplicación del principio de no discriminación. En efecto,

Por último, es necesario mencionar una reciente *sentencia del TJCE*, dictada el 15 de diciembre de 1995 en el caso *Bosman*, mediante la que se suprime la consideración de "extranjeros" en relación a los jugadores profesionales de fútbol (y otros deportes) con nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea. Según el fallo, los clubes deportivos comunitarios de carácter profesional (el caso concreto se refirió al terreno futbolístico) no tendrán restricciones a la hora de *fichar* o *alinear* cuantos jugadores nacionales de la Unión deseen⁸².

IV.-LA INFLUENCIA DEL ESPACIO EUROPEO SOCIAL Y DEL VALOR IGUALDAD EN ESPAÑA

1.-La igualdad como derecho subjetivo. Igualdad ante y en la ley

Sin perjuicio del debate sobre la configuración de la igualdad como principio o como derecho⁸³, nuestro Alto Tribunal deja traslucir que ambos aspectos no son incompatibles, sino dos caras (la una sustantiva, y la otra procesal) de la misma moneda⁸⁴.

todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones antes mencionadas. (...) Por último, es importante hacer constar que la negativa a tomar en consideración el período trabajado por la parte demandante en el procedimiento principal en la Administración pública de otro Estado miembro, para la atribución de puntos adicionales previstos a los efectos de su clasificación final, constituye una discriminación indirecta no justificada".

⁸² De esta forma se elimina la regla restrictiva del 3+2, según la cual sólo se permitían cinco fichajes extranjeros, de los que sólo tres podían estar en el terreno de juego.

⁸³ Para un primer acercamiento a la problemática sobre la naturaleza jurídica de la igualdad, véase R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, op. cit., págs. 144-151.

⁸⁴ Con carácter general, sobre la jurisprudencia del TC en la materia véase J. Suay Rincón, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985; véase asimismo el trabajo de L. López Rodó, "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I. Sobre la aplicación del artículo 14 por el TS, véase J. F. López Aguilar, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución en la jurisprudencia de la justicia ordinaria. Análisis de la doctrina del Tribunal Supremo", *Revista del Foro Canario*, núm. 88, 1993. Por otra parte, en el núm. 133 del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (1992) puede verse una selección por D. López Garrido de las sentencias del Tribunal Supremo que aplican el artículo 14 CE, correspondientes a 1990.

Así, en cuanto derecho, ha afirmado con contundencia que se trata de un derecho subjetivo, con independencia de su carácter más o menos conexo o relacional. El FJ 2º de la *STC 49/1982, de 14 de julio* (recurso de amparo que trae su causa de procesos por despido laboral, por supuesta discriminación en las cantidades indemnizatorias) sintetiza tal concepción:

"No es impertinente recordar que como tiene con reiteración señalado este Tribunal *el artículo 14 de la Constitución (...) establece un derecho subjetivo* a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos, de llevar a cabo ese 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 o razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

En el mismo FJ 2º, el TC distingue las nociones de *igualdad en la ley*⁸⁵ y *ante la ley (o en aplicación de la ley)*:

"La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o *igualdad en la Ley* y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo *igualdad en la aplicación de la Ley*, lo que impone que un mismo órgano no puede 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 suficiente y razonable".

Sobre la argumentación del TC nos parece pertinente realizar dos observaciones:

1a) Si bien del artículo 14 se deriva asimismo la igualdad ante la ley o en la aplicación de la ley, su concreción es mayor en el artículo 9.3 al prohibir la arbitrariedad de los poderes públicos, como hemos estudiado en el apartado I.2 de este capítulo⁸⁶.

⁸⁵ Sobre las fricciones y la colaboración entre el TC y el legislador en relación a esta vertiente de la igualdad, véase M. González Beilfuss, "Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, septiembre-diciembre 1994.

⁸⁶ "El principio de igualdad no se agota en la interdicción de determinados criterios de diferenciación, sino que exige sobre todo que no se establezcan diferenciaciones que

2a) La afirmación de la igualdad como derecho subjetivo no ofrece dudas en cuanto a la doble vertiente de su naturaleza jurídica: como derecho y como principio, vertientes ambas que ya apuntamos como complementarias. Por ello, tras ver las palabras del máximo intérprete de nuestra Norma Suprema, es ahora la ocasión de matizar la posición de quienes prefieren poner el acento casi exclusivamente en la igualdad como principio. Estas opiniones suelen basarse en la circunstancia de que el artículo 14 CE no menciona la palabra derecho. Tal argumento pierde peso desde el momento en que el propio artículo 53.2 alude a la "tutela de las libertades y *derechos* reconocidos en el *artículo 14* y la Sección primera del Capítulo segundo".

Por lo demás, el TC ha venido advirtiendo desde el comienzo de su labor jurisprudencial que la igualdad configura un derecho conexo o no autónomo⁸⁷. Sobre este particular, conviene insistir en el siguiente extremo: el hecho de que se trate de un derecho no autónomo no desmerece su calidad de derecho subjetivo. Pero, además, conviene hacer otra matización. A menudo se mantiene que por su carácter conexo juega como derecho accesorio (en sentido procesal, por supuesto, pues desde el punto de vista sustancial nadie pone en duda su importancia como concreción de un valor superior), sobre todo en el ámbito del recurso de amparo frente a la vulneración de los derechos fundamentales. Pues bien, si ésta es la regla general, en cuantas ocasiones el procedimiento de amparo toma como base el artículo 14 CE y por vía indirecta se le *conecta* otro precepto no susceptible formalmente de amparo constitucional (por ejemplo, la libertad de empresa) es preciso reconocer que se está produciendo una inversión de funciones, de suerte que el artículo 14 CE asume un papel principal (autónomo) y el otro precepto se halla en posición de accesoriedad. Es en un sentido similar en el que hemos hablado de la *autonomía* del derecho a la igualdad en el CEDH. Esto se entenderá mejor cuando estudiemos las vías de extensión de derechos en el marco del CEDH y su posible aplicación al ámbito interno en relación al derecho al medio ambiente (capítulo VIII). Respecto de éste, por lo demás, su naturaleza conexa o multifacética no ha impedido su calificación como derecho en el artículo 45 CE.

En fin, como *ejemplo de ese juego autónomo* podemos citar la *STC 209/1988, de 10 de noviembre*, que concedía el amparo solicitado en los siguientes términos (parte dispositiva, punto 2º):

carezcan de una justificación razonable, objetiva y congruente con la finalidad de la norma" (STC 28/1992, de 9 de marzo de 1992, FJ 4º).

⁸⁷ En tal sentido se expresó en la *STC de 5 de agosto de 1983*, o en la de *22 de noviembre de 1986*.

"Reconocer al recurrente el derecho a no ser discriminado fiscalmente por el hecho de haber contraído matrimonio y de hacer por separado su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 1980".

La violación concreta del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) del demandante se derivaba de la previsión establecida en varias disposiciones de la Ley 44/1978. La autonomía del artículo 14 CE vendría confirmada, además, por la decisión del intérprete supremo de nuestra Norma Fundamental de utilizar la denominada *autocuestión de inconstitucionalidad*⁸⁸, que dio lugar a la *STC 45/1989, de 20 de febrero*, sobre la tributación conjunta de los miembros de la unidad familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

2.-El contenido del principio de igualdad y sus distintos significados con arreglo a los criterios europeos

El TC ha condensado las nociones de igualdad como valor superior, de igualdad jurídica o formal, y de igualdad sustancial o material en la *sentencia núm. 34 de 10 de noviembre de 1981*, en la que resolvió la autocuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 28.2, última parte, del Texto Refundido de la Ley de derechos pasivos de funcionarios de la Administración Civil del Estado, por presunta violación del artículo 14 CE (el fallo reconoció dicha inconstitucionalidad). Así lo ha expresado en el FJ 3 B):

"Debemos ahora señalar que 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* (artículo 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la *igualdad sea real y efectiva*. 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".

En el FJ 3 C) de esta Sentencia se recogen las directrices para apreciar cuándo se produce una vulneración del principio de igualdad, con expresa referencia a los criterios del TEDH, que ya hemos tenido ocasión de estudiar en el apartado II.2.2:

⁸⁸ En el punto 3º de la parte dispositiva de la *STC 209/1988* se dice: "Someter al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad relativa a los artículos 4.2, 5.1 (regla primera), 7.2, 23 (en relación con el artículo 24.7), 31.2 y 34.3 de la Ley 44/1978 (...) con referencia a los artículos 14, 18, 31 y 39 de la Constitución".

"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".

3.-Alcance de la igualdad real y efectiva: en especial, en el ámbito laboral

3.1.-No discriminación salarial por razón de sexo y recepción de la jurisprudencia europea

La aplicación práctica del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres ha venido confirmada en una reciente *sentencia de la Sala Segunda del intérprete supremo de nuestra Ley Suprema, de 26 de octubre de 1995*. El TC ha estimado el recurso de amparo interpuesto por el sindicato Ezker Sindakalaren Kordinakundea-Coordinadora Unitaria de Izquierda Unida (ESK-CUIS), reconociendo el derecho de las trabajadoras de Gomaytex a no ser discriminadas en el salario por razones de sexo.

La sentencia considera contraria al derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE la práctica salarial de una empresa vasca (Gomaytex) dedicada a la fabricación de guantes de goma, en tanto que los hombres cobran más por un trabajo similar o del mismo valor. Ello en combinación con la violación de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 CE, en la medida en que se anula una sentencia anterior de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que había avalado los argumentos de la empresa, basados en la mayor dureza del trabajo de los hombres.

El TC no ha hallado justificación objetiva y razonable en la motivación que sirve de base a la discriminación salarial, según la cual los puestos desempeñados por personal masculino supondrían nocturnidad, más esfuerzo y mayor penosidad.

Con anterioridad, el TC había proclamado su adhesión a la jurisprudencia europea (en este caso, del TJCE) en materia de igualdad de retribución entre hombres y mujeres en un supuesto de hecho similar al mencionado. En efecto, en la *STC 286/94, de 27 de octubre de 1994* declara el TC (FJ 3º):

"Debe descartarse que el principio de no discriminación en materia salarial entraña el mantenimiento de una concepción de estricta igualdad salarial, no sólo cuando existe identidad en el trabajo, sino *-e n consecuencia con las reglas interpretativas sobre esta materia emanadas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y asumidas, vía artículo 10.2, por este Tribunal-* cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor".

3.2.-No discriminación ideológica en el terreno laboral y recepción de la normativa europea e internacional sobre derechos humanos

La virtualidad del artículo 10.2 en la recepción del Derecho internacional de los derechos humanos ha quedado patente en materia de discriminación por razón ideológica (concretamente, por pertenencia a un sindicato). Tal fue el fondo del asunto en la *STC 38/1981, de 23 de noviembre*, en la que se resolvió un recurso de amparo que trafa su causa de un proceso laboral seguido por despido de los demandantes, que alegaban violación de los artículos 14 CE (derecho a la igualdad) y 28 CE (libertad sindical). En estos términos expresa el FJ 4º de dicha sentencia (cuyo fallo fue estimatorio, por haberse producido un despido nulo radical por actos discriminatorios del empresario) la referida virtualidad:

"El análisis ahora debe ser si estos actos, que (...) están vedados por convenios y recomendaciones internacionales, están también proscritos mediante el reconocimiento de derechos constitucionales, esto es, y en el marco de los planteamientos del demandante de amparo, en los artículos 14 y 28.1 de la Constitución, a cuya defensa sirve, en vía interna última, el recurso de amparo (artículos 53.2 y 161.1.b, también de la Constitución). Si se observa lo que dice su artículo 10.2, los textos internacionales ratificados por España son *instrumentos valiosos* para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Los Convenios de la OIT ratificados por España constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales (así, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1.5 del Código Civil). Los convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas surgen los derechos individuales, que cuando se recogen en el capítulo de derechos o libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (como es el caso del derecho sobre el que este proceso se cuestiona), adquieren un valor capital las reglas del Convenio o Tratado. Las Recomendaciones de la OIT, si bien, como es obvio, distintas de los Convenios, y sin alusión directa en el artículo 10.2 de la Constitución, son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios".

Teniendo en cuenta la circunstancia de que la jurisprudencia del TC en la materia es abundante y constante, sería tentador hacer un balance pesimista de la misma, en la medida en que el número de

sentencias se correspondería con otras tantas violaciones (cuando se otorga el amparo). Sin embargo, tal lectura negativa no es procedente, en cuanto que lo trascendental es que el consenso europeo forjado (entre otros órganos) por el TJCE está siendo objeto de recepción en España por la máxima instancia interna de protección de los derechos humanos. La cuestión radica en hacer llegar ese consenso europeo a todos los poderes públicos y también a los ciudadanos (en este caso a empresarios y a trabajadores), pues tanto unos como otros "están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (artículo 9.1 CE).

Una vez más, el conocimiento de los derechos es básico, si bien en el ámbito laboral cada día son más perceptibles las medidas encaminadas a hacer efectivo el derecho de información de los trabajadores: precisamente sobre esta cuestión versó la *STC 142/93, de 22 de abril de 1993*, en la que se sustanció un recurso de inconstitucionalidad (que no prosperó)⁸⁹ dirigido contra varios preceptos de la *Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*. Aquí, en cambio, lo que se denunció fue un "exceso" de información, con una ingerencia ilegítima en el derecho a la intimidad. Interesa destacar que las partes arguyen (y el TC utiliza) normativa internacional en la materia, concretamente algunos Convenios de la OIT y el propio CEDH.

3.3.-Medidas de discriminación positiva en favor de la mujer

El TC se ha pronunciado en favor de medidas de discriminación positiva por las que la mujer resultaba beneficiada en el ámbito laboral, concretamente avalando complementos retributivos en favor del sexo femenino⁹⁰; ello lógicamente supone una excepción al principio de igualdad de retribución entre sexos, reconocido de manera significativa por el Derecho comunitario europeo. En concreto, en la *STC 128/1987, de 16 de julio de 1987*, se denegó el amparo a un trabajador de un Hospital de la Seguridad Social de Avila (integrado en el Insalud) que consideraba discriminatoria la circunstancia de que en el mencionado hospital existiera un complemento retributivo de cuatro mil pesetas mensuales en concepto de guardería, reconocido a todas las mujeres que se encontraran trabajando al servicio del centro hospitalario y que tuvieran hijos menores

⁸⁹ El fallo fue desestimatorio, con un voto particular disidente del Magistrado don José Gabaldón López.

⁹⁰ Sobre las distinciones por razón de sexo, en general, véase: M. L. Balaguer Callejón, "Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.

de seis años, así como a los hombres con hijos menores de seis años en estado civil de viudedad. El recurrente, casado y con una hija menor de la edad citada, no percibía dicho complemento.

El demandante invocaba el principio de igualdad y no discriminación reconocido en la CE y en la Ley 8/1990, de 10 de Marzo del Estatuto de los Trabajadores. El Insalud alegaba en su defensa, básicamente, que era diferente la situación de hecho de las trabajadoras con hijos menores que la de los trabajadores en idéntica situación y, sobre todo, que la ayuda por guardería era una prestación de concesión graciable, sin naturaleza retributiva, por lo que dependía únicamente de la discrecionalidad de los órganos directivos.

Esta última consideración es rechazada por el TC (FJ 3), matizando que si bien la dirección de una empresa no está vinculada "por un principio absoluto de igualdad de trato" no por ello puede operar distinciones catalogadas como discriminatorias por el ordenamiento, matizando que la regla de no discriminación es más intensa para un empleador público que para uno privado⁹¹. En cambio, el TC acogió la segunda alegación del Insalud, apoyándose el Alto Tribunal en datos estadísticos sobre la inserción de la mujer en el mercado laboral, para acabar fallando la denegación del amparo (FJ 5)⁹².

La fundamentación jurídica del TC es congruente, apoyándose: de un lado, en normativa internacional (en concreto en 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) según la cual pueden establecerse medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer (FJ 8); de otro

91 "Sin perjuicio de que en su origen constituyese un acto unilateral del entonces INP (Instituto Nacional de Previsión) y de que revista una naturaleza híbrida entre remuneración y prestación asistencial, parece claro que la concesión de un suplemento a la mujer para gastos de guardería constituye en los momentos actuales una regla en la actuación de la entidad empleadora (...) que ha pasado a formar parte del conjunto de derechos y obligaciones que gravitan sobre el contrato de trabajo y que posee relevancia económica".

92 "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 población masculina (68,4 por 100, mucha más del doble)".

lado, en el carácter progresivo del artículo 9.2 CE en combinación con el 14 CE (FJ 11)⁹³.

Realmente, hubiera sido interesante conocer con carácter prejudicial la decisión del TJCE al respecto, sobre la base del artículo 119 del Tratado de Roma y de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. En cualquier caso, la medida nos parece discutible⁹⁴, y habría que tener en cuenta estas premisas: si lo que se persigue es favorecer la inserción de la mujer en el mercado laboral, parece contradictorio que se conceda precisamente a la mujer trabajadora; si se trata de una ayuda para guardería, el gasto reviste carácter familiar, de forma que también supone una carga para la familia del trabajador masculino. En suma, cuanto menos cabe poner en duda que el TC (que, advirtámoslo, no ha tenido en cuenta en la sentencia la normativa comunitaria mencionada) respete los parámetros europeos trazados por el TJCE en materia de discriminación positiva en beneficio de la mujer, a tenor de la jurisprudencia estudiada, de la que se desprende una posición bastante restrictiva al respecto en razón de que ello supone una excepción a la regla general de la igualdad. Como estudiaremos a continuación, el propio TC se ha hecho eco de esta jurisprudencia sobre discriminación positiva del TJCE, pero limitándose prácticamente al embarazo y a la maternidad.

3.4.-No discriminación en el acceso al empleo

A diferencia de lo visto en el epígrafe anterior, en el terreno del acceso al empleo en condiciones de igualdad la jurisprudencia constitucional ha operado un análisis más progresista. En este contexto, la *STC 229/1992, de 14 de diciembre*, resolvió un caso de gran envergadura, en el que además el TC realizó un riguroso examen de normativa universal (de la OIT) y europea (tanto del Consejo de Europa, como de la Comunidad Europea).

El asunto tiene su origen en el recurso de amparo interpuesto por doña Concepción Rodríguez Valencia contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en suplicación de la dictada por la entonces

⁹³ "No hay, en consecuencia, vulneración del principio de igualdad, al darse tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios razonables a juicio de este Tribunal".

⁹⁴ La *STC 128/87* ha sido considerada por Rey Martínez como el *leading-case* a partir del cual el TC "aplicará el test de las medidas paternalistas o compensadoras". Véase F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw Hill, 1995, pág. 25.

Magistratura de Trabajo núm. 2 de Oviedo, en procedimiento sobre derecho a ocupar plaza de ayudante minero. Invocaba el artículo 14 CE, en la medida en que las sentencias impugnadas desestimaron la pretensión de la actora de que se le reconociera su derecho a ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en la empresa nacional Hulleras del Norte, SA (HUNOSA). Tal derecho le había sido denegado por ésta en aplicación del *Decreto de 26 de julio de 1957*, que establece la prohibición de trabajo en las minas de la mujer basada en el motivo de las "condiciones especiales de trabajo" y el peligro de accidentes, pese a haber superado las correspondientes pruebas de admisión.

En su defensa, HUNOSA alegaba que el Decreto aplicado es conforme a la normativa internacional protectora en favor de la mujer: en concreto, el *Convenio núm. 45 OIT de 1935, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas y el artículo 8.4 b) CSE*, que obliga a los Estados "a prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería".

Por su parte, el TC decide otorgar el amparo solicitado, prescindiendo de los textos internacionales que prevén discriminaciones positivas en favor de la mujer que, en realidad, se tornan en obstáculos para su acceso al empleo (artículo 8.4.b CSE y el Convenio núm. 45 de la OIT)⁹⁵, acogiéndose por el contrario a los que respetan el principio de igualdad de sexos, a saber: la *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979*, y la misma jurisprudencia comunitaria del TJCE (*asunto Hoffmann de 12 de julio de 1984, asunto Johnston de 15 de mayo de 1986*, así como el más reciente *asunto Stoeckel de 25 de julio de 1991*). Este proceder reviste una enorme importancia, pues el TC entra a interpretar (o, dicho de otro modo, a aplicar) las normas internacionales en la materia, adecuándose en este caso (aunque el propio TC no lo diga expresamente) a la jurisprudencia de control progresiva de los órganos de la CSE⁹⁶, como tuvimos ocasión de estudiar (apartado II.2.3 *supra*). Resulta interesante la forma en que el TC

⁹⁵ En estos términos razona el TC: "No cabe duda de que la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta, sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos" (FJ 2).

⁹⁶ En el FJ 3 de la *STC 229/1992* el TC se refiere al Convenio 45 de 1935 y al artículo 8.4.b) CSE: "Ha de tenerse en cuenta que la evolución social desde el momento en que aquellas normas se gestaron ha tenido la política antidiscriminatoria, ha llevado a examinar con particular reserva un tipo de medidas protectoras que parten de prejuicios infundados, que responde a una división sexista del trabajo o que por la evolución social y productiva y la mejora de las condiciones de salubridad del trabajo son las minas, han dejado de tener razón de ser".

trae a colación el supuesto de la nocturnidad⁹⁷ que, junto con el del trabajo en el interior de la mina, ya no justifican el establecimiento de diferencias de trato laboral entre sexos; en efecto, éstas se limitan a las que tienen su base en condiciones biológicas realmente diferentes, como son el embarazo y la maternidad:

"El mandato de no discriminación por sexo del artículo 14 CE, consecuente con el principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos, pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo" (FJ 4).

4.-Otro supuesto de igualdad real: la normalización lingüística

La no referencia a la lengua entre las razones del artículo 14 CE puede entenderse compensada por los preceptos contenidos en los artículos 3 CE y 139 CE⁹⁸. Por nuestra parte, creemos que no cabe olvidar el Preámbulo, y la misma "coletilla" del artículo 14 CE. Pero, sobre todo, debe traerse a colación nuevamente los artículos 10.2 CE y 96.1 CE, para dar entrada a los tratados internacionales. Y en este sentido la lengua sí aparece mencionada entre los motivos del artículo 14 CEDH que no pueden dar lugar a discriminación. Cuestión a parte es que el texto convencional europeo no reconozca la libertad lingüística, tal como se vio.

En este ámbito resulta insoslayable referirse a la reciente *STC 337/1994, de 23 de diciembre de 1994, sobre la Ley 7/1983, de 18 abril, del*

⁹⁷ A tal efecto, se apoya en la citada *sentencia Stoeckel*: "En esta línea, ha de descartarse la reciente revisión de la prohibición del trabajo nocturno de la mujer, cuya mantenimiento el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha estimado que no puede encontrar justificación en la preocupación protectora que la inspiró en su origen, por no existir una razón de necesidad que justifique, salvo en los casos de embarazo o maternidad que los inconvenientes que produce trabajo nocturno sean distintos en el caso de los varones o en el caso de las mujeres (*sentencia de 25 de julio de 1991, asunto Stoeckel*); de modo que, en cumplimiento del artículo 5 de la Directiva 75/207, los Estados miembros no pueden prohibir lícitamente el trabajo nocturno de las mujeres si no lo hacen al mismo tiempo para los hombres" (FJ 3).

⁹⁸ En este sentido, véase la *STC 82/1986, FFJJ. 3 y 4.*

*Parlamento de Cataluña sobre normalización lingüística*⁹⁹. Este caso podría analizarse al menos desde un doble punto de vista: por un lado, desde el entendimiento de la normalización lingüística como manifestación del principio de igualdad real y efectiva; por otro, en relación con los eventuales parámetros europeos fijados especialmente en la sentencia pronunciada por el TEDH en el asunto lingüístico belga.

En relación al primer punto, el TC viene a reiterar su jurisprudencia anterior (*SSTC 69/1988* y *80/1988*) sobre el significado de la normalización lingüística como manifestación de la igualdad real, en la medida en que las disposiciones de las Comunidades Autónomas encaminadas a promover la normalización lingüística¹⁰⁰ en su territorio no tiene otro objetivo general que el de

"asegurar el respeto y fomentar el uso de la lengua propia de la Comunidad Autónoma y cooficial en éste y, a este fin, corregir positivamente una situación histórica de desigualdad respecto al castellano, permitiendo alcanzar, de forma progresiva y dentro de las exigencias que la Constitución impone, el más amplio conocimiento y utilización de dicha lengua en su territorio" (FJ 7).

En su fallo, el TC halló que los preceptos catalanes controvertidos eran proporcionados a la finalidad constitucional mencionada en el ámbito de la enseñanza. Debe hacerse notar que la fundamentación jurídica tuvo como parámetro interpretativo básico los artículos 3 CE (diversidad lingüística y cooficialidad lingüística) y 27 CE (derecho a la educación), con dos referencias aisladas a los artículos 14 CE¹⁰¹ (igualdad jurídica) y

99 Véase E. Alberti Rovira, "El régimen lingüístico de la enseñanza. (Comentario a la STC 337/1994, de 23 de diciembre", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 44, mayo-agosto 1995.

100 Como ha observado Nicolás Muñiz en relación a esta problemática, "uno de los problemas de incidencia más directa derivados del Estado autonómico en el derecho fundamental del artículo 27 CE es el lingüístico". Véase J. Nicolás Muñiz, "Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, enero-abril 1983, pág. 344.

101 FJ 11: "Desde la perspectiva del artículo 27 CE, pero también desde la relativa al artículo 14 CE, resulta esencial que la incorporación a la enseñanza en una lengua que no sea la habitual se produzca bajo el presupuesto de que los ciudadanos hayan llegado a dominarla, cuando menos en la medida suficiente para que su rendimiento educativo no resulte apreciablemente inferior al que hubieran alcanzado de haber recibido la enseñanza en su lengua habitual. *La Ley catalana 7/1983, de 18 de abril, responde plenamente a estas exigencias* por cuanto su artículo 14.2 garantiza el derecho a iniciar la incorporación al sistema educativo en la lengua habitual; a la vez que prescribe medidas para que la lengua catalana 'sea utilizada progresivamente a medida que todos los alumnos la vayan dominando' (artículo 14.5.b)".

9.2 CE¹⁰² (igualdad real) respecto de las cuales se declaró que las disposiciones catalanas impugnadas no eran discriminatorias. Ello, sin duda, determinó que el TC no hiciera ni una sola referencia a normativa europea (ni internacional, en general) en esta extensa sentencia.

Por ello, el segundo punto mencionado no pasó a ser analizado por el TC. En cambio, los dos votos particulares discrepantes (de los magistrados Díez Eimil y Galbaldón), sí mencionan la sentencia del asunto lingüístico belga, pero con objeto de destacar precisamente que la *STC 337/1994* no resuelve un supuesto comparable¹⁰³. En realidad, la aplicación del artículo 14 CE (y del 14 CEDH) no debe descartarse; ahora bien, es cierto que el TEDH no estableció en el asunto belga más criterio general que el relativo a que no cabe discriminación por razón de lengua en el ámbito educativo, dependiendo después del caso concreto el desarrollo de tal regla.

5.-El entendimiento de la igualdad política

En estrecha relación con la igualdad política, ya expuesta en el ámbito europeo (apartado II.2.2 *supra*), se halla la *faceta institucional de los derechos y libertades*, que los configura como fundamento del orden político y social de una comunidad. Sin duda, para que sean el verdadero fundamento, todos los ciudadanos de esa comunidad deben estar en condiciones de gozar de ellos sin discriminación, asegurándose un estándar mínimo. Se trata de una de las facetas de lo que Baño León ha denominado *tendencias unitarias en el Estado social de Derecho*¹⁰⁴. Por

102 FJ 12: "Por otro lado (...) responde a los objetivos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (artículo 9.2 CE)".

103 En palabras de Eugenio Díaz Eimil: "la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de julio de 1968, dictada en relación con un problema de minorías lingüísticas con residencia en territorio monolingüe, supuesto muy alejado del que aquí nos ocupa". Por su parte, D. José Gabaldón López, en relación a esta sentencia del TEDH expresa lo siguiente, de manera harto confusa: "Es claro que lo que allí se discernía era el derecho a elegir cualquier lengua, mas no a elegir la oficial del Estado".

104 En estos términos ha expresado el autor el alcance de estas tendencias por referencia al caso alemán: "Cuando el ciudadano exige del Estado bastante más que el mero respeto a un ámbito de libertad privada -*Freiheitsrecht*, *status* negativo de Jellinek-, cuando exige también un mínimo de justicia social y atenciones básicas -*Daseinsvorsorge* o procura existencial en la formulación de Forsthoff-, es manifiesto que la relación entre Poder Central y *Länder* tiene que cambiar forzosamente. Para la satisfacción de estas exigencias, no sólo se necesitan mayores recursos, que hacen imprescindible un mayor protagonismo del Estado Central, sino que la demanda general (afecta a cada ciudadano del Estado) de servicios y prestaciones públicas es también una exigencia igualitaria". Véase J. M. Baño León, *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1988, pág. 58. En relación al caso de los Estados Unidos de Norteamérica puede verse F. Rubio Llorente, "La defensa de la

otra parte, la *faceta* institucional no puede verse desligada de la *individual*, y en tal operación de ligamen interviene el fundamento último de los derechos fundamentales, la dignidad de la persona. Esta idea ha sido condensada de manera meridiana por el TC en su *sentencia núm. 25 de 14 de julio de 1981 (FJ 5)*¹⁰⁵, por referencia a la evolución del Estado de Derecho hasta su configuración como Estado social y democrático de Derecho y haciéndose eco de la normativa internacional sobre derechos humanos, circunstancias ambas que procede recalcar, al recoger el enfoque de nuestro trabajo:

"Es preciso tener en cuenta que la Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se confiere al *desarrollo* de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden jurídico-político del Estado en su conjunto (...).

Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. *En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia.* Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el *Estado social y democrático de Derecho*, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 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 (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto)".

En este pasaje del propio FJ 5 se atisba la idea de la igualdad política en conexión con la vertiente objetiva o institucional de los derechos:

"En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos

igualdad política en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana", *Revista de la Facultad de Derecho de Caracas*, núm. 36, junio 1967.

105 En dicha sentencia se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 CE. El fallo fue desestimatorio.

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, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el artículo 155 de la Constitución, compete el Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los 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".

En consecuencia, la desigualdad jurídica de posiciones de los ciudadanos ante un ordenamiento jurídico autonómico y el resto de ordenamientos autonómicos no es contraria a la Constitución, según ha venido a confirmar la jurisprudencia constitucional y la doctrina españolas¹⁰⁶.

En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional nos indica que la idea de igualdad política tiene que ver con la garantía de unas condiciones básicas a todos en el conjunto del territorio nacional, garantía que por lo mismo precisa de una ley estatal. En cambio, cuando se trate de regulación de tales derechos sin afectar a esas condiciones básicas, el legislador autonómico no podrá verse excluido¹⁰⁷. Por otra parte, dentro

¹⁰⁶ Esta postura se recoge de forma clara en el FJ 10 de la *STC 37/1984*, de 26 de Marzo, por la que se resuelve favorablemente sobre la constitucionalidad de varios artículos de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de Julio, de Reforma Agraria. En la doctrina, M. Barcelò i Serramalera ha realizado un interesante análisis sobre el particular comparando el ordenamiento constitucional alemán con el español: *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Madrid, Civitas, 1991; sobre la igualdad política véase asimismo J. Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y Autonomías Territoriales*, Madrid, Civitas, 1992; por otra parte, pese a referirse al ámbito valenciano, véase el estudio conjunto de los artículos 139.1 y 149.1.1 CE realizado por R. Sánchez Ferriz en su trabajo "Los derechos constitucionales y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana", en *Estudios sobre el Estatuto Valenciano*, tomo IV ("Derechos constitucionales y sistemas de relaciones"), Generalitat Valenciana, 1993.

¹⁰⁷ Así se expone en el FJ 2 de la *STC 37/1981*, mediante la que se resuelve el recurso de amparo presentado por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1981, de 12 de febrero, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías: "La interpretación del artículo 53 de la Constitución en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, ésta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecta a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de

del estricto marco estatal, si las condiciones básicas son al mismo tiempo desarrollo del contenido esencial del derecho, la ley estatal será orgánica, siendo ordinaria en otro caso¹⁰⁸.

Desde luego, la cuestión de la igualdad política seguirá estando de actualidad, pues en un Estado descentralizado políticamente la profundización en la democracia territorial exige un progreso paralelo de aquélla¹⁰⁹.

6.-La no discriminación por razón de nacionalidad

El derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE viene agrupado por Cruz Villalón dentro de los *derechos vinculados a la nacionalidad*¹¹⁰. Esta afirmación no parece muy alentadora en lo que se refiere al estatuto de los extranjeros en España, tanto más cuanto que la denominada por el autor *doctrina oficial* del TC es bastante restrictiva. Esa doctrina se recoge en el FJ 3 de la *STC 107/84*:

"Cuando el artículo 14 CE proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a 'los españoles'. Son éstos quienes, *de conformidad con el texto constitucional* 'son iguales ante la ley', y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros".

Ahora bien, como el propio Cruz Villalón ha señalado en relación a los derechos condicionados a la configuración legal "el Tribunal Constitucional ha rechazado decididamente el que la cláusula del artículo 13.1 CE equivalga a desconstitucionalización"¹¹¹. Esta última

derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos le atribuyan competencias legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados".

108 Véase FJ 16 de la *STC 132/1989*.

109 En esta línea, el 8 de octubre de 1995 se reunieron en Vitoria diversos partidos regionalistas, reunión tras la cual emitieron un comunicado para solicitar mayor igualdad entre las Comunidades Autónomas. Véase el diario *Levante-El Mercantil Valenciano*, del lunes 9 de octubre de 1995, aparece una noticia bajo el titular "Los partidos regionalistas piden igualdad entre las Comunidades" (EFE, pág. 7). En el mismo se reproduce una parte del comunicado hecho público conjuntamente por esos partidos, que piden "una España de igualdad en el que las Comunidades Autónomas tengan las competencias que permitan su desarrollo hasta donde sus ciudadanos lo deseen. No deben existir las autonomías de primera categoría y las de segunda".

110 P. Cruz Villalón, "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pág. 71.

111 *Ibidem*, pág. 69.

consideración es importante, en la medida en que deja una vía abierta frente al positivismo plasmado en el inciso "de conformidad con el texto constitucional". Como veremos en el capítulo relativo a la expulsión de extranjeros (XI), el TC ha utilizado esta vía en recientes pronunciamientos. Así, ha interpretado la expresión "los españoles" del artículo 19 CE superando los estrechos márgenes de su tenor literal y, en consecuencia, extendiendo a los extranjeros el disfrute de la libertad de movimientos (*STC 242/1994 de 20 de julio*, FJ 4). Lo ha hecho, además, atribuyendo relevancia a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), como núcleo axiológico de nuestra Norma Fundamental; lo contrario habría equivalido precisamente a una desconstitucionalización.

La aplicación de la consideración precedente conllevó la declaración de inconstitucionalidad de dos disposiciones de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio) por medio de la *STC 115/1987 de 7 de julio*: en concreto, por una parte, el inciso del artículo 7 relativo a la solicitud de autorización impuesta a los extranjeros para ejercer la libertad de reunión; por otra parte, el artículo 8.2, que preveía la posibilidad de suspensión o disolución gubernativas de las asociaciones de extranjeros. El primero se estimó contrario al artículo 21 CE, que reconoce un régimen de libertad (en su caso, de comunicación), y no de autorización previa; el segundo contravenía el artículo 22 CE, que únicamente permite suspender o disolver las asociaciones mediante resolución judicial motivada. La lectura de la sentencia permite apreciar que la *ratio decidendi* del TC se centra en el alcance del artículo 13.1 CE, con una argumentación bastante formal¹¹². Pese a que la solución alcanzada sea aceptable, conviene hacer notar que el recurrente (el Defensor del Pueblo) invocó expresamente el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CEDH y 14 CE, ángulo bajo el cual no fue examinada directamente la cuestión por el TC.

Ciertamente, podría aducirse que los artículos 14 CEDH y 14 CE aparecen con una formulación distinta: en el primero se prohíbe expresamente la discriminación basada en "el origen nacional"; en el segundo no se menciona explícitamente tal motivo de discriminación que, por lo demás, sería contradictorio con el sujeto que encabeza el precepto ("los españoles"). Podría pretenderse, incluso, que el artículo 14 CEDH no

¹¹² Según el FJ 3 *STC 115/1987*: "El artículo 13.1 CE reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando ésta ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 CE. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender que esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales".

es parámetro de constitucionalidad, en la medida en que los tratados internacionales no forman parte del bloque de constitucionalidad según la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, excepto en el caso del derecho *político* de sufragio (y aun en éste, con matices en relación a los ciudadanos comunitarios), los demás derechos no deberían formularse *a priori* poniendo trabas a los extranjeros, dado que como el propio TC ha declarado, sólo aquel derecho aparece expresamente excluido del campo de la extranjería (STC 242/1994 precitada); tal afirmación vendría suscrita por el respeto a la dignidad de la *persona* del artículo 10.1 CE.

Respecto a la observación referente al bloque de constitucionalidad, podría resultar paradójico no utilizar el CEDH como parámetro para enjuiciar la eventual inconstitucionalidad de las leyes y luego utilizarlo para verificar el respeto de los derechos fundamentales regulados en tales leyes. En otras palabras, resultaría contradictorio basarse en el CEDH para proclamar el respeto de los derechos subjetivos y no, en cambio, para enjuiciar el Derecho objetivo en donde se consagran tales derechos. Tal aseveración vendría avalada por el artículo 10.2: en efecto, cuando éste prescribe interpretar de conformidad con la Declaración de 1948 y demás tratados de derechos humanos "las normas relativas a los derechos fundamentales" no está reconduciendo la operación de interpretación a procesos concretos en donde se hallen en juego derechos subjetivos, pudiendo por tanto extenderse tal operación al análisis de procesos sobre Derecho objetivo (procesos de constitucionalidad) con efectos *erga omnes*. En suma, el análisis del Estado como internacionalmente integrado propicia cada vez más la desaparición de cláusulas de *exclusivismo nacional*, limitadoras del principio *internacional* de igualdad¹¹³. A mayor abundamiento, como argumento decisivo cabe observar que el propio TC se ha servido de disposiciones del CEDH para declarar inconstitucionales

113 Por otra parte, pensemos que la propia CE no habla de "españoles", sino de "individuos" en sentido amplio al consagrar la igualdad real y efectiva (artículo 9.2). Pero incluso, las constituciones de otros países (de distintas órbitas jurídicas) tampoco utilizan la referencia restrictiva a sus nacionales para consagrar el derecho la igualdad ante la ley. Así, por ejemplo, la Constitución italiana de 1947 se refiere en su artículo 3 a "todos los ciudadanos"; la Declaración francesa de 1789, que configuraría un bloque de la parte dogmática (junto al Preámbulo de la Constitución de 1946) de la Constitución actual de 1958, proclama en su artículo 1 que "*los hombres* nacen y viven libres e iguales en derechos"; la Constitución portuguesa de 1976 dispone que "*todos los ciudadanos* tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley" (apartado 1 del artículo 13), prohibiendo explícitamente cualquier discriminación "en razón de (...) territorio de origen" (apartado 2 del artículo 13); la Constitución argentina actual (tal como ha sido reformada en agosto de 1994) establece que "*todos sus habitantes* son iguales ante la ley"; la Constitución colombiana de 1991 prescribe en su artículo 13 que "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, (...) sin ninguna discriminación por razones de (...) origen nacional (...)".

algunas normas internas: ya mencionamos en el apartado VI.3 del capítulo VI la utilización del artículo 5.3 CEDH en la *STC 199/1987* para declarar inconstitucional los diez días a que podía prolongarse la duración máxima de setenta y dos horas prevista para la detención preventiva; pero en relación al derecho a la igualdad, y remontándonos al mismo inicio del funcionamiento de la jurisdicción española, recuerda Eissen cómo "el 2 de julio de 1981 (*STC 22/1981*), el *Tribunal Constitucional estimó contraria al artículo 14 CE, interpretado a la luz del artículo 14 CEDH y de las sentencias de Estrasburgo*, una cláusula adicional del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980"¹¹⁴.

7.-La eventual violación del principio de igualdad en pronunciamientos diferentes de los órganos tutelares europeos en supuestos de hecho comparables: en especial, los contenciosos entre el TEDH y el TJCE

Para concluir este capítulo se impone una consideración relativa al Estado español como miembro de organizaciones supranacionales y, en particular, de los dos foros europeos sobre los que se apoya nuestro estudio. Actualmente, el práctico del Derecho no sólo debe conocer la organización jurisdiccional y la jurisprudencia españolas (especialmente, la jurisprudencia del TC, por lo que a los derechos fundamentales se refiere), sino que ha de estar al día de la jurisprudencia europea del TEDH y del TJCE. En este sentido, como observa Flauss, la existencia de contenciosos paralelos en Estrasburgo y en Luxemburgo puede dar lugar a contradicciones de jurisprudencia, lo que alimentaría asimismo reivindicaciones sobre la base del artículo 14 CEDH¹¹⁵.

Esta última posibilidad, no obstante, aparece hoy poco factible: para ello, haría falta, bien que la Comunidad Europea se convirtiera en Parte Contratante del CEDH y consiguientemente se sometiere a la competencia obligatoria del TEDH, bien que en el Derecho interno existiese un procedimiento para uniformizar las interpretaciones divergentes de las instancias europeas de referencia. Sin embargo, este último supuesto tropieza con un grave escollo, jurídico y sustancial. Desde el punto de vista jurídico, por definición el TJCE y el TEDH ofrecen una interpretación final de los cuerpos normativos con arreglo a los que juzgan, por lo que una ulterior interpretación *uniformadora* casaría mal con las soluciones finales apuntadas, al margen de la eventual responsabilidad internacional

¹¹⁴ M. E. Eissen, "Cour constitutionnelles nationales et Cour européennes des droits de l'homme...", cit., pág. 175.

¹¹⁵ J. F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20 février 1993, pág. 119.

del Estado *sesgando* (y, por tanto, inaplicando) cualquiera de ambas soluciones. Desde el prisma de la justicia material, tal vez lo lógico sería optar por la solución más favorable a la víctima de la violación del derecho o derechos en cuestión, pero ello se complicaría cuando las sentencias internacionales trajeran su causa de conflictos entre particulares, que alegaran vulneración de sus respectivos derechos.

Lo anterior hace necesario saber delimitar las esferas de competencia (y su respectiva jurisprudencia) de cada uno de esos órganos europeos, al objeto de evitar una posible interferencia de ambas.

A título de ejemplo de esos contenciosos paralelos, pueden verse el caso *Grogan (Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan y otros)* de 4 de octubre de 1991 del TJCE y el caso *Open Door et Dublin Well Woman contra Irlanda* de 29 de octubre de 1992, del TEDH. En ambos supuestos, el fondo del asunto era idéntico: dos agencias irlandesas que suministraban información para poder abortar fuera de Irlanda vieron obstaculizada tal actividad por las autoridades nacionales tras las denuncias presentadas por determinadas asociaciones anti-abortistas, basándose en la prohibición de las prácticas abortivas en Irlanda. En el primer caso, las agencias de información no vieron satisfecha su pretensión, al sostener el TJCE tal actividad no debe considerarse prestación de servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE, por lo que las autoridades irlandesas no habían obstaculizado la libre prestación de servicios.

En cambio, en Estrasburgo, el TEDH dio la razón a las mencionadas agencias, toda vez que vieron vulnerado el derecho a la libertad de información garantizado por el artículo 10 CEDH.

Obviamente, el práctico del Derecho cumplirá con su cometido si conoce la jurisprudencia europea y la española y sabe hacer uso de las mismas delimitando lo que aparece deslindado en ellas. En otro caso, el problema no radica tanto en el jurista, sino que la solución pasa (entre otras cuestiones) por un acuerdo interinstitucional entre los órganos europeos para propiciar una interpretación uniforme del ordenamiento comunitario y de la normativa del Consejo de Europa. Ante dos posibles verdades europeas, tampoco será fácil una solución nacional, dado que el amparo constitucional no está destinado a dar uniformidad en la interpretación diferente de las instancias europeas, con lo cual difícilmente podrá concluirse que existe discriminación ante órganos distintos¹¹⁶.

¹¹⁶ Aunque referido a los Jueces y Tribunales españoles, véase al respecto el trabajo J. C. Gavara de Cara (Coord.), "El principio de igualdad en la aplicación de la ley por órganos judiciales. Práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (1981-1992)", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 1993, pág. 154: "En el amparo constitucional (...) bastará con

apreciar que no puede hablarse de discriminación por el hecho de que unos juzgadores y otros, resolviendo con independencia, lleguen a conclusiones distintas en los casos de que conozcan" (cita del FJ 2º de la *STC 183/1985, de 20 de diciembre*).

CAPITULO VIII. ESPACIO EUROPEO DEMOCRATICO Y VALOR SOLIDARIDAD: EL DERECHO A LA CALIDAD DE VIDA Y AL MEDIO AMBIENTE

SUMARIO:

I.-ASPECTOS INTRODUCTORIOS: 1.-Nota preliminar: la internacionalización del medio ambiente y del "movimiento" ecologista en nuestros días. 2.-El medio ambiente como derecho de solidaridad o de última generación: su faceta individual y su entidad colectiva.

II.-LA GARANTÍA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la extensión de derechos. 2.-El papel de la Comisión y del Tribunal europeos de derechos humanos: la jurisprudencia pretoriana de los órganos tutelares y la extensión del mecanismo convencional al medio ambiente. 3.-Los antecedentes jurisprudenciales al *caso López Ostra* en materia de medio ambiente. 4.-Posibles desarrollos futuros del derecho al medio ambiente a la luz de los derechos convencionales. 5.-Consideración especial del *caso López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994*. 6.-Las preocupaciones medioambientales en la jurisprudencia de control de la CSE.

III.-LA CONSAGRACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA NORMATIVA COMUNITARIA.

IV.-LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE POR EL TJCE: 1.-Los primeros apuntes jurisprudenciales y la consagración del medio ambiente como objetivo general de los Tratados. 2.-Consagración de la política medioambiental y la inclusión de criterios dogmáticos (derechos fundamentales): en especial, la virtualidad del principio de igualdad. 3.-El realce de las medidas de política preventiva por la jurisprudencia del TJCE.

V.-LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL A LA VISTA DE LAS EXIGENCIAS MÍNIMAS EUROPEAS: 1.-Las normas constitucionales y las previsiones legislativas. 2.-La jurisprudencia española en la materia y el respeto de las exigencias europeas: 2.1.-Aspectos definitorios y delimitadores: influencia de la política comunitaria medioambiental. 2.2.-Aspectos dogmáticos (derechos fundamentales): influencia de la defensa medioambiental del Consejo de Europa

I.-ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Es preciso anticipar qué aspectos significativos han justificado nuestra elección del medio ambiente como derecho "mínimo" característico del espacio de solidaridad que alberga el Estado social y democrático de Derecho. En primer lugar, el medio ambiente reconocido en el artículo 45 CE contempla de manera destacada que el derecho a su disfrute se tiene "para el desarrollo de la persona" (apartado 1), lo cual entronca perfectamente con "el libre desarrollo de la personalidad" al que alude el artículo 10.1 CE como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (como un mínimo, por tanto, o como una parte integrante del sustrato constitucional); estas referencias al desarrollo de la persona/personalidad, por lo demás, son casi excepcionales en nuestra Norma Fundamental¹. En segundo lugar, aparece reconocida la defensa y restauración del medio ambiente junto a la protección y la mejora de la calidad de vida (apartado 2), una calidad de vida que, en todo caso, habrá de ser "digna" (Preámbulo CE). Y, en tercer lugar, el derecho al medio ambiente no sólo se configura como derecho en el artículo 45 CE, exigiéndose además el deber de conservarlo (apartado 1), una faceta individual de la solidaridad que viene completada y reforzada por "la indispensable solidaridad colectiva" (apartado 2); por otra parte, el reflejo explícito del valor "solidaridad" es asimismo aislado en el texto constitucional español entre los preceptos que reconocen derechos.

El carácter mínimo también ha sido confirmado recientemente por el máximo intérprete de nuestra Ley Suprema, con motivo de la *STC 102/1995, de 31 de julio* (FJ 17), en el marco de un conflicto de competencias en el que las *condiciones básicas* del disfrute del derecho al medio ambiente ocupaba un lugar central del litigio:

"El régimen jurídico también homogéneo, así perfilado, sirve de *mínimo común denominador* a la finalidad de asegurar el disfrute por todos del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Con el deber correlativo de conservarlo, como reflejo de la solidaridad colectiva (artículos 149.1.23 en relación con el 45 CE)".

¹ En este sentido, aparece "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales" como objeto de la educación (artículo 27.2 CE).

Respecto de esta afirmación, no cabe duda de la dificultad de definir lo "básico"². No obstante, en este ámbito el TC ha declarado que lo "básico" coincide con lo "mínimo" (sentencia precitada); ello debería llevar aparejada la consecuencia (en la que profundizaremos más tarde) del reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo (siquiera en conexión con otros derechos, como la tutela judicial efectiva, por ejemplo) para la protección del medio ambiente. En estos términos lo expresa el TC (FJ 9), reconociendo además la complementariedad de distintos sectores del ordenamiento, complementariedad que se hace más palpable cuando nos hallamos en el marco del sistema de derechos humanos:

"El recíproco engranaje de la competencia estatal y de las autonómicas en la materia, (...), lleva a la convicción de que *lo básico tiene aquí simultáneamente carácter mínimo, como patrón indispensable para la protección del medio ambiente*, fuera de cuyo núcleo entran en juego las normas que lo complementan y lo desarrollan, con la ejecución, sin fisura alguna de ese entero grupo normativo. Se trata, pues, de una estratificación de la materia por niveles, donde el estatal ha de ser suficiente y homogéneo, pero mejorable por así decirlo para adaptarlo a las circunstancias de cada Comunidad Autónoma. Esta es, también, la articulación de la normativa supranacional de la Unión Europea respecto de la que corresponde a los Estados miembros por virtud del principio de subsidiariedad".

En este mismo sentido, si bien desde una perspectiva más genérica, el profesor Fernández Segado ha destacado, introduciendo entre los valores básicos la solidaridad, que "esa opción del constituyente en favor de una *sociedad democrática avanzada* reviste una inequívoca operatividad política, pudiendo erigirse en motor impulsor de aquellas actuaciones de los poderes públicos encaminadas a transformar la sociedad, haciéndola más justa, *más solidaria*, más igualitaria y, por ello mismo, más libre"³.

Para concluir estas líneas introductorias, nos parece sumamente esclarecedor, a efectos de justificar nuestro enfoque, insertar este capítulo en el conjunto del estudio, reproduciendo el principio que encabeza la *Declaración de Estocolmo de 16 de junio de 1972 sobre el derecho humano al medio ambiente*:

"El hombre posee el derecho fundamental *a la libertad, a la igualdad y a condiciones adecuadas de vida*, en un ambiente de calidad que le propicie una vida digna y bienestar".

² Para una aproximación al tema, véase J. Jiménez Campo, "¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonomico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

³ F. Fernández Segado, *El sistema constitucional...*, cit., pág. 120.

Como puede apreciarse, aparecen realzados los tres valores superiores que constituyen el objeto de nuestro estudio y que otorgan plenitud a cada uno de los adjetivos de la fórmula estatal española.

1.-Nota preliminar: la internacionalización del medio ambiente y del "movimiento" ecologista en nuestros días

Actualmente es frecuente oír hablar de cuestiones medioambientales y hacer gala de un espíritu más o menos ecologista en no pocos ámbitos de nuestra vida (publicidad sobre productos fácilmente reciclables tras su consumo en el hogar, propaganda política *verde* en períodos electorales, defensa ecológica ejercida por movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales, etc.). De todo ello se hacen eco los medios de comunicación, acercándonos a un aspecto que cada vez ha ido adquiriendo una dimensión más internacional y que, en última instancia, afecta a todos y cada uno de los seres vivos⁴. En este sentido, el profesor De Castro Cid ha llamado la atención sobre "el proceso de devaluación de los derechos humanos", llegando a hablarse de "esos paradójicos derechos de los animales o de las plantas"⁵.

⁴ Nosotros, lógicamente, vamos a centrarnos en los seres humanos. Ciertamente, si tratamos del medio ambiente como derecho humano, parece de perogrullo tener que recordar que el sujeto del mismo es el hombre. Ello no obsta, sino todo lo contrario, a que la fauna y la flora sean objetos de la protección medioambiental. A título de ejemplo, véase el trabajo de V. Bellver Capella, y A. H. Català i Bas, "El estatuto ético-jurídico de los animales. Revisión de la legislación española", *Revista General de Derecho*, núm. 589-90, octubre-noviembre 1993, págs. 9633-9653.

⁵ Véase B. De Castro Cid, "La crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948", cit. Según el profesor De Castro "el proceso de evaluación de los derechos humanos se está acelerando en la actualidad por los reiterados intentos de extender su eficacia a campos que, no sólo habían estado tradicionalmente excluidos de su acción, sino que parecen ser por sí mismos impermeables a ella. Me refiero a la proyección de los derechos humanos al mundo animal o vegetal. Como es bien conocido, la moda de hablar de los derechos de los animales e incluso de las plantas, no sólo se está extendiendo con rapidez, sino que está dando lugar a una creciente bibliografía específica (pág. 21) (...). Otro dato importante que marca el presente de los derechos humanos y que parece querer orientar su futuro en una nueva dirección es la aparición de nuevas generaciones de derechos. Hace ya algún tiempo que se ha iniciado el reconocimiento de una serie de derechos que no se ajustan a los prototipos consagrados por la Declaración Universal. Son unos derechos cuya protección efectiva exige la concurrencia de esfuerzos de la comunidad internacional. Son los derechos de solidaridad o derechos de la tercera generación (a la libre determinación de los pueblos, al desarrollo, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al patrimonio cultural nacional, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, a la paz...). Y se ha empezado a hablar también de unos derechos, que yo no sé si llegarán a constituir una nueva generación, pero que, desde luego, plantean un reto definitivo al futuro del modelo de reconocimiento de los derechos humanos. Son esos paradójicos derechos de los animales o de las plantas" (pág. 29).

Por otra parte, la protección del medio ambiente, el poder gozar de una mínima calidad de vida, no es una cuestión nueva para el hombre: se trata de una preocupación que va pareja a su misma existencia. Sin embargo, la aparición de las cuestiones medioambientales como una reivindicación de nuestros días ha venido propiciada por los efectos del progreso científico-tecnológico y por algunas circunstancias de envergadura mundial: basta traer a la memoria la catástrofe nuclear de Chernóbil, la contaminación creada por la quema de los pozos petrolíferos durante la Guerra del Golfo, y tantos otros eventos que han motivado el nacimiento de numerosas asociaciones de defensa de la naturaleza, alguna de las cuales (como *Greenpeace*) ha adquirido renombre internacional. Parece que actos como los recientes ensayos nucleares practicados por el Gobierno francés en el Atolón de Mururoa (Pacífico Sur), criticados por la opinión pública mundial, no auguran una disminución del trabajo futuro de estas asociaciones ni, por supuesto, de cualquier persona, en la consecución del viejo sueño de "crear un mundo mejor".

La internacionalización del fenómeno medioambiental ha dado origen a importantes encuentros de responsables políticos. Así, tras la famosa Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro (junio de 1993), tuvo lugar la Cumbre sobre Biodiversidad en Bahamas (diciembre de 1994)⁶ o la Cumbre Mediterránea de Barcelona (junio de 1995)⁷. Por otro lado, no debe olvidarse el foro que relanzó a la órbita internacional esta materia: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente, celebrada en la capital de Suecia en 1972, y que concluyó con la famosa *Declaración de Estocolmo de 16 de junio de 1972*.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso hacer notar que la preocupación internacional por la defensa ecológica es bastante tardía, por lo que la catalogación del derecho al medio ambiente como derecho de la última generación es bastante fiel a su consagración. En este contexto, en la Declaración Universal de 1948 no aparecía referencia alguna al medio ambiente⁸. Más tarde, los dos Pactos Internacionales de

⁶ Durante la Cumbre de Bahamas, un elemento destacable fue la reivindicación conjunta de los países del denominado Tercer Mundo para que el Convenio de Biodiversidad les permita acceder a la tecnología de los países desarrollados y compartir los beneficios que generen sus ecosistemas.

⁷ En la Cumbre Mediterránea, los Ministros y Secretarios de Estado de Medio Ambiente de los países ribereños del Mar Mediterráneo firmaron un Convenio para la protección de las aguas mediterráneas, que fija la reducción de vertidos tóxicos para el año 2.005 y la creación de una Comisión para el desarrollo sostenido de la cuenca.

⁸ Si bien pudiera verse una alusión implícita al mismo en el Preámbulo cuando señala que los pueblos de las Naciones Unidas "se han declarado resueltos a promover el progreso social y a *eleva*r el nivel de vida".

1966, en el marco del derecho a la autodeterminación y concretamente en sendos artículos 1.2, establecerán que

"todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del Derecho internacional".

Esta referencia, que en cierto modo pone el énfasis en la denominada *soberanía económica*, parece que viene a sustraer el medio ambiente del marco de la cooperación internacional (siendo reveladora la circunstancia de que tal cláusula aparezca recogida precisamente en el ámbito del derecho a la libre determinación). Ahora bien, catástrofes naturales como el incendio de los pozos petrolíferos por Irak durante la Guerra del Golfo han planteado seriamente los límites a esta soberanía económica⁹, de manera que se ha venido a matizar esa libertad de disposición sobre los recursos propios, entrando así a jugar la otra parte del precepto, esto es, las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional. De hecho, actualmente otros imperativos como la cooperación al desarrollo parecen inducir a hablar de recursos de la humanidad. Fue, justamente, en su conexión con el derecho al desarrollo como la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 subrayó la trascendencia de la protección del medio ambiente¹⁰.

Detrás de todo este fenómeno se halla latente un conflicto permanente entre derechos e intereses, normalmente por motivos económicos: son así comunes las fricciones entre las organizaciones ecologistas (que solicitan más medidas de protección) y las autoridades

⁹ Ello, de manera paralela a como la soberanía política de un país se ha venido a limitar cuando violaba masivamente los derechos de las personas bajo su jurisdicción, cediendo así el clásico principio de no ingerencia en los asuntos internos.

¹⁰ El apartado 11 de la Declaración de Viena de 25 de junio de 1993 establece: "El derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que el vertido ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir *una amenaza grave para el derecho de todos a la vida y a la salud*. Por consiguiente, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos hace un llamamiento a todos los Estados para que aprueben y apliquen rigurosamente las convenciones existentes en materia de vertido de productos y desechos tóxicos y peligrosos y cooperen en la prevención del vertido ilícito". Como puede apreciarse, aparecen asimismo involucrados en la protección del medio ambiente, los derechos a la vida y a la salud. Pues bien, si volvemos a los instrumentos vinculantes de derechos humanos, observaremos que la garantía del derecho al medio ambiente se contempla como un aspecto del derecho a la salud, reconocido en el artículo 12.2.b) del Pacto de 1966 de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No se reconoce, en cambio, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

públicas (que alegan falta de recursos económicos o alto coste para adoptar tales medidas), o las quejas de asociaciones de consumidores por el elevado precio de los productos ecológicos.

Ciertamente, los poderes públicos siempre han mantenido una política en esta materia, siquiera como parte de su función de mantenimiento del orden público¹¹ y una correlativa exigencia de comportamiento cívico a los ciudadanos y, sin lugar a dudas, la mejor política es la preventiva, una política que forje una sensibilización y un respeto espontáneo del medio ambiente. No obstante, cuando la prevención y la espontaneidad de las conductas no se producen, se hace necesario que del terreno de la acción política se pase al campo de las medidas legales. Así, la mera voluntad política debe dar paso a la articulación jurídica de un derecho al medio ambiente que asegure una reparación efectiva, en su caso, ante los tribunales de justicia.

2.-El medio ambiente como derecho de solidaridad o de última generación: su faceta individual y su entidad colectiva

Ya es casi un tópico aludir a las generaciones de derechos humanos al hablar de la formación y evolución de los mismos, y a cómo la última de ellas (tercera o cuarta según los autores) ha aparecido en el contexto de la denominada era tecnológica y de algunas corrientes sociales como la ecología, el feminismo o los nacionalismos¹².

En cualquier caso, uno de los derechos más emblemáticos de esta última generación de derechos de solidaridad es el medio ambiente.

En otro orden de consideraciones, si dejamos al margen la controvertida noción de derechos colectivos¹³ o la protección de los

¹¹ Sobre los distintos sectores relacionados con la política ambiental de un Estado (en este caso, el francés), puede verse la monografía de J. Morand-Deviller, *Le droit de l'environnement*, PUF (Collection "Que sais-je?"), París, 1993, 2a ed.

¹² Así, por ejemplo, se suelen mencionar, respectivamente, los problemas relativos a la protección frente al uso de la informática, el propio derecho al medio ambiente, los derechos de la mujer (recordemos la reciente Conferencia de Beijing sobre los derechos de la mujer celebrada en el mes de septiembre de 1995) o las tensiones sobre el derecho a la autodeterminación y los derechos de las minorías ligadas a los movimientos nacionalistas. Para una aproximación a algunas de estas corrientes, puede verse J. V. Ortiz, *Veinte claves para la nueva era*, Madrid, Rialp, 19, 310 págs.; en concreto, para el tema del medio ambiente, véase el capítulo sobre "Una perspectiva ecológica para el fin de siglo", de F. Díaz Pineda, págs. 253-270.

¹³ Léase, para una visión crítica de esta problemática, G. Haarscher, "Les droits collectifs contre les droits de l'homme", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, núm. 3, juillet 1990, págs. 231-234.

intereses difusos¹⁴ observaremos que se ha producido un notable avance en la tutela de los derechos de solidaridad. Por otro lado, reparemos en que la original concepción liberal de los derechos (como derechos frente al poder) no deja de ser una faceta actual de los mismos, con independencia de la categoría o de la generación a la que pertenezcan, y sin perjuicio de su reformulación a la luz de los tiempos que corren: pensemos en el malestar que provoca a los gobiernos la fuerza de poderosas organizaciones como la mencionada *Greenpeace*.

Podríamos intentar ofrecer una definición del derecho al medio ambiente¹⁵. No obstante, nos parece más pragmático centrar nuestras reflexiones en los mecanismos jurídicos para hacerlo efectivo, a la luz de la normativa europea. En esta ocasión, estimamos más oportuno resaltar la dificultad de ofrecer una definición unívoca, siendo más procedente reconocer que se trata de una noción multifacética o de un *derecho sintético*¹⁶. Así, por ejemplo, es obvio que el incendio intencionado de un bosque afecta al interés de la colectividad y supone hacer prueba (por parte del delincuente) de una falta de solidaridad hacia la comunidad. En cambio, los residuos vertidos por una fábrica al lado de un domicilio particular supone un atentado al derecho a una digna calidad de vida de la familia afectada y consiguientemente perjudica la vida privada y familiar de unas concretas personas (este fue el supuesto de fondo que se planteó en el *asunto López Ostra contra España*)¹⁷. Con esto queremos

14 Véase al respecto el trabajo de E. Spagna Musso, "La tutela constitucional de los intereses colectivos en el Estado de democracia pluralista", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 4, julio-agosto 1978, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 57-66.

15 Puede verse un buen ensayo sobre la naturaleza jurídica y la definición del derecho al medio ambiente en el trabajo de A. Kiss, "Définition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement", en P. Kromarek (ed.), *Environnement et droits de l'homme*, París, UNESCO, 1987, págs. 13-28.

16 En tal sentido es abordada esta materia por Ph. Cullet, "Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 13, núm. 1, 1995, págs. 25 a 40: "Actualmente, es claro que la protección medioambiental se halla intrínsecamente relacionada con un cierto número de derechos, y aparece como condición previa y como resultado del goce de muchos derechos. (...) Un derecho sintético es aquél que contiene un número de elementos que puede ser hallado asimismo en otros derechos cuyo reconocimiento es a menudo visto como una pre-condición del goce de los demás derechos humanos. Un derecho sintético (como el derecho al desarrollo) a menudo ha sido rechazado a causa de su naturaleza imprecisa y *tentacular*". (cit. pág. 27).

17 Para una comprensión de la faceta individual de algunos derechos considerados habitualmente colectivos o de última generación (en particular, el derecho al medio ambiente y el derecho al desarrollo), véase A. Rosas, "So-Called Rights of the Third Generation", en A. Eide, y otros (eds.), *Economic, social and cultural rights. A Textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995; en concreto págs. 243-245.

significar que el derecho al medio ambiente, si bien puede concebirse como un derecho autónomo, sus múltiples facetas harán que a menudo se manifieste como derecho conexo a otros (aspecto que veremos mejor reflejado en el seno del Consejo de Europa). De la misma manera, la política medioambiental puede adoptar tintes autónomos o, también, presentarse como una política conexa o transversal, que impregne el conjunto de políticas (enfoque que se ve más claramente reflejado en el ámbito comunitario europeo).

II.-LA GARANTÍA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA

1.-El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la extensión de derechos

Ya tuvimos ocasión de apuntar que la importancia del CEDH no deriva tanto del catálogo de derechos y libertades que consagra, como de la efectividad de su mecanismo de protección.

Dicho esto, el punto de partida para abordar el derecho al medio ambiente, es el no reconocimiento expreso del mismo ni en el CEDH ni en sus Protocolos adicionales. Es curioso comprobar que tal derecho sí se contempla en los otros dos sistemas regionales de protección: en el sistema interamericano, el *artículo 11 del Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* ("Protocolo de San Salvador")¹⁸; en el sistema africano, el *artículo 24 de la Carta africana sobre derechos del hombre y de los pueblos*¹⁹; en cuanto al incipiente sistema árabe, la *Carta árabe de derechos humanos, de 15 de septiembre de 1994*, no contiene previsión alguna en materia medioambiental.

La mencionada ausencia en el CEDH no ha evitado una intensa discusión sobre el particular, una discusión que ha propiciado alguna iniciativa interesante; en concreto, en 1973, el Gobierno alemán llegó a proponer la adopción de un Protocolo Adicional al CEDH, que contenía dos disposiciones de cierto alcance: el artículo 1 proclamaba el derecho a

¹⁸ El artículo 11 del Protocolo de San Salvador tiene este tenor literal: "1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

¹⁹ El artículo 24 de la Carta africana, que pone en conexión el derecho al medio ambiente con el derecho al desarrollo, presenta la siguiente redacción: "Todos los pueblos tienen el derecho a un satisfactorio medio ambiente favorable para su desarrollo".

la salud, que conllevaba el derecho de no ser expuesto a cambios adversos en las condiciones naturales de vida que pudieran amenazar la salud o el bienestar personales; el artículo 2 contemplaba un procedimiento de reparación frente a los daños al medio ambiente provocados por particulares²⁰. Tan valiosa iniciativa no ha podido encontrar el cauce jurídico oportuno, por falta de voluntad política de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Por consiguiente, hace falta buscar una explicación a la inclusión del medio ambiente entre los derechos convencionales y, en especial, al asunto *López Ostra*, que ha venido a significar, como analizaremos más detenidamente, la consagración del derecho subjetivo a un medio ambiente sano, por la vía indirecta de la protección del domicilio y de la vida familiar (artículo 8 CEDH).

Para comprender tal operación, esto es, para entender cómo se inscribe el caso *López Ostra* en el mecanismo de control convencional, conviene estudiar las vías posibles de extensión o prolongación de los derechos reconocidos expresamente en el tratado europeo. En esta línea, vamos a bosquejar tales vías extensivas siguiendo en lo básico el análisis de Melchior al abordar los derechos no contemplados explícitamente por el CEDH²¹:

- En primer lugar, pueden destacarse las extensiones resultantes de la aplicación del derecho a la igualdad garantizado por el artículo 14 CEDH. Como es sabido, este derecho o principio, juega generalmente a modo de derecho conexo, lo que se desprende de la propia redacción del precepto, que proscribe cualquier discriminación en "el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio". En este contexto, es ilustrativo el caso *Marckx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979²², que versó sobre el estatuto de las madres solteras y la discriminación de la legislación belga en relación a los hijos naturales. Por el mecanismo del artículo 14 CEDH, combinado con el artículo 8 CEDH, el TEDH, al estimar la violación de ambas disposiciones convencionales, venía a dar virtualidad al principio de igualdad con el propósito de proteger los derechos sucesorios, no contemplados expresamente en el texto convencional.

²⁰ Esta proposición, que fue redactada por H. Steiger, puede verse en *The right to a humane environment: proposal for an Additional Protocol to the European Human Rights Convention*, Beiträge zur Umweltgestaltung, vol. 13.

²¹ M. Melchior, "Rights not Covered by the Convention", in R.St.J. Macdonald et al. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Kluwer academic Publishers, 1993, págs. 593-601.

²² Serie A, núm. 31.

- En segundo lugar, se ha subrayado la eficacia del artículo 6 a efectos de extender ciertas garantías del proceso equitativo a los procedimientos administrativos. Efectivamente, aunque algunos requisitos impuestos por el artículo 6 sean difícilmente extensibles al ámbito administrativo (pensemos en la independencia del tribunal), otros en cambio sí lo son, en la medida en que la Administración aplique erróneamente legislación que tenga un efecto directo en los derechos y obligaciones civiles de una persona²³. Sin perjuicio de la eficacia extensiva del artículo 6 en el sentido expuesto, no cabe duda de que tal disposición está llamada a jugar un papel fundamental en lo referente a una de las facetas de la *Drittwirkung* o eficacia de los derechos frente a terceros o particulares: nos referimos a la posibilidad de que se reconozca la protección (indirectamente) de algunos derechos no expresamente contemplados en el CEDH a través de la declaración de violación del derecho al proceso justo (artículo 6 CEDH) en la defensa de tales derechos. Y ello, merced a la puerta que deja abierta la expresión "derechos u obligaciones civiles" del artículo 6.

- En tercer lugar, y al hilo de la citada doctrina de la *Drittwirkung*, se ha apuntado otro cauce extensivo (quizá el de mayor proyección hasta el momento): la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados. Por esta vía se matiza la idea de que el CEDH (por reconocer básicamente derechos cívico-políticos) se limita a establecer obligaciones de no hacer. Por el contrario, muchos derechos precisan de la adopción de medidas positivas por los Estados para asegurar su correcto ejercicio. Baste citar el derecho de reunión, que necesita, por ejemplo, que los poderes públicos establezcan un dispositivo asegurador de su ejercicio frente a terceros que quieran obstaculizarlo²⁴.

- En cuarto lugar, y asimismo en estrecha conexión con la anterior vía extensiva, no menos importancia ha cobrado la idea de las *prolongaciones socio-económicas*, expuesta claramente por el TEDH en su sentencia de 9 de octubre de 1979, pronunciada en el *caso Airey contra*

²³ Cfr., entre otras, las sentencias del TEDH en el *caso Sramek de 22 de octubre de 1984* (Serie A, núm. 84); el *caso Pudas de 27 de octubre de 1987* (Serie A, núm. 125); o el *caso Tre Traktore de 7 de julio de 1989* (Serie A, núm. 159). Con carácter general, véase C. Padrós Reig y J. Roca Sagarra, "La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1996.

²⁴ Sobre este particular, puede verse el *caso Plattform "Arzte für das Leben" contra Austria*, de 21 de junio de 1988, serie A, núm. 139. En la sentencia dictada en este caso, el TEDH declaró que las autoridades austríacas habían violado el derecho de reunión (artículo 11 CEDH), en tanto que un grupo de manifestantes fue agredido por unos manifestantes ante la pasividad de las fuerzas de seguridad.

*Irlanda*²⁵. En este asunto quedó sentado que el derecho a la justicia gratuita puede deducirse del CEDH.

- En quinto lugar, se ha estudiado la posibilidad de incluir en el mecanismo convencional de Estrasburgo la protección de algunos derechos de la tercera (o cuarta) generación de derechos. De todos éstos, sin lugar a dudas se ha puesto mayor énfasis en la defensa del derecho al medio ambiente, gracias, particularmente a las implicaciones medioambientales derivadas del derecho al respeto del domicilio y de la vida familiar (artículo 8 CEDH). Ello no obsta, lógicamente, a que otros preceptos convencionales se revelen adecuados para proteger ciertos aspectos del medio ambiente, como veremos en un epígrafe posterior.

- Por último, la evolución de la jurisprudencia estrasburguesa ha llevado a resaltar el desarrollo de la técnica de los *derechos implícitos*, a través de la denominada "jurisprudencia pretoriana" de los órganos tutelares del CEDH. En realidad, por medio de esta técnica podríamos incluir todas las anteriores vías analizadas: en consecuencia, podría decirse que el propio derecho al medio ambiente ha sido reconocido gracias a dicha jurisprudencia, especialmente a raíz del *caso López Ostra*. En cualquier caso, la jurisprudencia más llamativa al respecto es la emanada de la Comisión y del TEDH en materia de expulsión de extranjeros; en este contexto, si bien el texto convencional y sus protocolos no reconocen explícitamente el derecho a no ser expulsado, tal solución se ha hallado implícita en los derechos consagrados en el artículo 3 (prohibición de torturas y tratos o penas inhumanos o degradantes)²⁶ y en el artículo 8 (vida privada y familiar)²⁷. Como posibles desarrollos futuros, se suele apuntar, con apoyo en la cobertura jurídica que ofrece la prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH), la protección de un derecho a unos recursos mínimos que garanticen la subsistencia de la persona, esto es la garantía de un derecho subjetivo a la asistencia social²⁸, ámbito de estudio que abordaremos en profundidad en el capítulo X.

25 Serie A, núm. 32.

26 Por todos, el *caso Soering contra Reino Unido de 7 de julio de 1989*, serie A, núm. 161. Puede verse la traducción al castellano y un exhaustivo comentario a esta sentencia en el trabajo de A. H. Català i Bas, en *Revista General de Derecho*, núm. 594, marzo 1994, págs. 2107-2182.

27 Cfr., por todos, el *caso Berrehab contra Países Bajos de 21 de junio de 1988*, serie A, núm. 138.

28 Este derecho a la asistencia social, como auténtico derecho subjetivo, está reconocido en el artículo 13 de la Carta Social Europea de 1961.

2.-El papel de la Comisión y del Tribunal europeos de derechos humanos: la jurisprudencia pretoriana de los órganos tutelares y la extensión del mecanismo convencional al medio ambiente

De lo analizado en el epígrafe precedente, se desprende que las vías de extensión de los derechos reconocidos son vías interpretativas. Es decir, se trata de cauces abiertos, o sencillamente atisbados, por la interpretación jurisprudencial de los órganos tutelares del CEDH, lo que justifica el presente epígrafe. Ciertamente, el cauce más ortodoxo para defensa del derecho al medio ambiente sería su reconocimiento expreso por un Protocolo Adicional al CEDH. Esto no significa que las diferentes vías de interpretación no sean apropiadas jurídicamente, pero han de forzar más el sentido de la normas convencionales para suplir la ausencia de voluntad política de las Partes Contratantes en el CEDH.

En todo caso, la operación supletoria viene favorecida por el hecho de que "una de las características esenciales del Convenio es que cuando proclama o enumera los derechos garantizados, abunda en nociones vagas y en conceptos indeterminados e imprecisos. Con frecuencia, los derechos asegurados son mencionados y enumerados, pero sus elementos constitutivos no vienen definidos. Por ejemplo, cuando el artículo 8 del Convenio proclama el derecho al respecto de la vida familiar, no especifica ni define el contenido actual o las implicaciones del concepto de vida familiar. ¿La familia referida en el artículo 8, significa familia basada en el matrimonio, como se regula en el artículo 12, o también comprende la familia natural? ¿El concepto de respeto de la vida familiar conlleva la posibilidad de cuestionar la paternidad? ¿El 'respeto de la vida familiar', en caso de divorcio, implica la concesión del derecho de visita en favor del padre que no ha obtenido la custodia del niño y, en caso de que esto sea así, quedaría el padre sujeto a pagar una pensión alimenticia?"²⁹. Estas reflexiones presentan interés a nuestros efectos, al enmarcarse en el ámbito del artículo 8 CEDH, a la postre el precepto decisivo en el *caso López Ostra*.

3.-Los antecedentes jurisprudenciales al caso López Ostra en materia de medio ambiente

Con anterioridad a la sentencia dictada en el *caso López Ostra*, la jurisprudencia europea, tanto la emanada de la Comisión como del TEDH, había admitido que las molestias, especialmente sonoras, podían constituir una ingerencia en el derecho al respeto del domicilio y de la

²⁹ M. Melchior, "Rights Not Covered by the Convention", cit., pág. 593.

vida privada. No obstante, los órganos tutelares no llegaron a reconocer una violación del artículo 8 CEDH.

En la línea jurisprudencial precedente se inscribe la *sentencia de 21 de febrero de 1990*, que resolvió el *caso Powell y Rainer contra Reino Unido*³⁰, sobre los ruidos molestos sufridos por los habitantes próximos a un aeropuerto. Pese a que el TEDH falló que no hubo violación del artículo 13 CEDH, y no entró finalmente a considerar las reclamaciones de los demandantes con fundamento en los artículos 6.1 y 8 CEDH, sí admitió que un cierto nivel de intensidad de los ruidos puede afectar a la calidad de vida y al respeto del domicilio de las personas:

"El ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow ha disminuido la calidad de vida privada y el disfrute del hogar de los dos demandantes, aunque en grados muy distintos. Por consiguiente, el artículo 8 ha de tenerse en cuenta en relación al señor Powell y al señor Rayner" (párrafo 40).

Sin embargo, la sentencia que parece abrir de manera decisiva la vía para el reconocimiento de un derecho subjetivo a la protección del medio ambiente se pronunció el *25 de noviembre de 1993*, en el *caso Zander contra Suecia*³¹. El fondo del asunto versó sobre la aplicación del artículo 6 CEDH en relación a un procedimiento iniciado frente a una decisión administrativa que autorizaba a una sociedad privada a acumular desechos en un terreno próximo al domicilio de los demandantes, la señora y el señor Zander (esos desechos contenían un alto grado de cianuro, que convertía el agua de uso común del propio pozo de los demandantes en agua no potable). En el momento de los hechos, el Derecho sueco (concretamente, la ley de 1969 sobre la protección del medio ambiente), no ofrecía a los interesados ningún medio para atacar la decisión administrativa ante los Tribunales de justicia, por lo que el TEDH falló que hubo una violación del citado artículo 6 CEDH. Por consiguiente, entre esos "derechos y obligaciones civiles" a que se refiere el artículo 6 CEDH, el TEDH incluyó la protección del medio ambiente (párrafos 24 y 27, respectivamente)³².

30 Serie A, núm. 172.

31 Serie A, núm. 279-B.

32 "El Tribunal tiene la convicción de que el señor y la señora Zander podían pretender, con argumentos defendibles, poseer un derecho, en virtud de la legislación sueca, a una protección contra la contaminación del agua de sus pozos por las actividades de la VAFAB (la sociedad privada de referencia).

(...) El Tribunal nota que la demanda del señor y la señora Zander se refería directamente a su derecho de disponer del agua de su pozo como bebida, elemento de su derecho de propietarios del terreno. Ahora bien, el derecho de propiedad reviste manifiestamente un 'carácter civil' en el sentido del artículo 6.1".

Vemos aquí, por tanto, plasmada la problemática de una de las vías extensivas a que nos referíamos (la propiciada por el artículo 6 CEDH), esto es, la de la posible aplicación a los procedimientos administrativos de ciertas garantías propias de los procedimientos judiciales. Asimismo, se pone de manifiesto que el medio ambiente no sólo limita el derecho de propiedad (aunque ello constituya la regla general); en otras palabras, excepcionalmente el medio ambiente queda protegido a través de la tutela del derecho de una persona al goce pacífico de sus bienes.

Ahora bien, como señalábamos, antes de la brecha abierta por la *sentencia Zander* (zanjada totalmente por la *sentencia López Ostra*, como luego se verá) la jurisprudencia europea no había acogido las pretensiones relativas al medio ambiente basadas en el artículo 8 CEDH, una gran parte de las cuales denunciaban ruidos excesivos para desarrollar una vida normal; esa falta de acogida hacía valer el juego limitador del apartado 2 del artículo 8 CEDH, como vamos a comprobar a continuación.

El primer asunto en el que se plantearon de manera más decidida cuestiones medioambientales por ingerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar fue el *caso Arrondelle contra Reino Unido, de 15 de julio de 1980*. La casa de la demandante se hallaba situada entre el final de una de las pistas de aterrizaje del aeropuerto de Gatwick y una carretera, cuyo tráfico creaba un gran ruido. La Comisión tomó nota de un informe según el cual la señora Arrondelle estaba viviendo en medio de un intolerable estrés a causa del citado ruido, de forma que la demanda fue declarada admisible³³. No obstante, no llegó a examinar el fondo del asunto, al haberse llegado a un arreglo amistoso.

En el *caso S. contra Francia, de 17 de mayo de 1990*³⁴, el demandante denunciaba una ingerencia en su vida privada, a causa de las molestias creadas por una central nuclear próxima a su residencia. Dichas molestias consistían en ruido, fuerte alumbrado durante la noche, cambios en el microclima y riesgos de accidente nuclear. Es preciso resaltar que la Comisión admitió que no únicamente el ruido, sino también otro tipo de molestias, pueden afectar el bienestar físico de una persona y, por tanto, acarrear una ingerencia en su vida privada. De hecho, declaró que en las circunstancias del caso se habría producido una ingerencia en el sentido del artículo 8 CEDH. No obstante, decidió que dicha ingerencia se hallaba justificada por el apartado 2 de dicho precepto, en razón del bienestar económico del país.

³³ Demanda núm. 7889/77, decisión de 15 de julio de 1980, DR 19, pág. 186.

³⁴ Demanda núm. 13728/88, decisión de 17 de mayo de 1990, DR 65, pág. 250.

Por último, es interesante mencionar un asunto en el que confluyeron supuestas violaciones de dos derechos calificados normalmente como colectivos o de última generación, el derecho al medio ambiente y los derechos de las minorías: nos referimos al *asunto G. y E. contra Noruega, de 3 de octubre de 1983*³⁵. El Gobierno noruego había decidido construir una central hidroeléctrica en Alta Valley, lo cual conllevaba crear un lago artificial que inundaría una parte de la tierra utilizada tradicionalmente por los lapones noruegos. G. y E. denunciaron ante la Comisión europea que la construcción proyectada atentaba contra la base misma de su existencia, lo que les forzaría a incorporarse a la sociedad noruega, una sociedad totalmente diferente a la de ellos.

La Comisión, primeramente, recordó que el CEDH no protege derechos de las minorías como tales. Sin embargo, a continuación señaló que el estilo de vida de una minoría, en principio, también puede caer bajo la protección del artículo 8 CEDH, de suerte que las consecuencias de la construcción del lago artificial constituía una ingerencia en la vida privada de los demandantes. Pero, finalmente, declaró que el fin perseguido por la controvertida construcción era legítimo, en tanto que justificado (nuevamente) por el interés del bienestar económico del país.

4.-Posibles desarrollos futuros del derecho al medio ambiente a la luz de los derechos convencionales

En una sugerente tesis sobre la posibilidad de una "interpretación verde" del CEDH, Doorduijn estudia las posibilidades de la protección del medio ambiente en el tratado europeo³⁶, apoyándose en un gran número de disposiciones convencionales, que vamos a tratar de resumir en esta sede.

A) Según el citado autor, el artículo 2 (derecho a la vida) podría, teóricamente ser aplicable a los casos medioambientales. Para ello, se apoya principalmente en la *decisión de la Comisión de 28 de febrero de 1983*, pronunciada en el *caso W. contra Reino Unido*³⁷. Los miembros de la familia del demandante habían sido asesinados por terroristas en

35 Demandas núms. 9278/81 y 9415/81, decisión de 3 de octubre de 1983, DR 35, pág. 301.

36 Texto mecanografiado de la tesis presentada en el Institut de Hautes Études Internationales de Ginebra por N. Doorduijn, *Towards a 'green' interpretation of the European Convention on Human Rights? Possibilities and impossibilities for environmental protection under the European Convention on Human Rights*, Geneva, July 1994.

37 Demanda núm. 9348/81, decisión de 28 de febrero de 1983, DR 32, pág. 190.

Irlanda del Norte. Así, el demandante denunciaba al Reino Unido por supuesta violación del artículo 2 CEDH. La Comisión observó que la obligación de proteger la vida de los ciudadanos no se limita para el Estado al deber de perseguir a los individuos que intentan atentar contra la vida de los demás; el artículo 2 requiere, además, que el Estado adopte medidas preventivas, esto es, positivas. Tras declarar que no le correspondía examinar con todo tipo de detalles la eficiencia de la política de seguridad del Reino Unido en Irlanda del Norte, la Comisión concluyó que las autoridades británicas respetaban las obligaciones convencionales con las medidas que se estaban empleando en general, así como en el caso concreto, lo que motivó la inadmisibilidad de la demanda como manifiestamente mal fundada. A nuestro entender, sin descartarlo, este cauce raramente será apropiado para la protección del medio ambiente, pues sería necesario que el atentado al mismo fuera de tal magnitud que pusiera gravemente en peligro la vida.

B) El derecho a no ser tratado de manera inhumana y degradante (artículo 3 CEDH), en cambio, sí se muestra como una vía idónea para proteger el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, aunque haría falta que la eventual ingerencia en este derecho fuese particularmente intensa para que, como mínimo, se alcanzase el grado de trato degradante³⁸. Como veremos, en el propio *caso López Ostra*, la Comisión, en su decisión sobre la admisibilidad, retuvo la reclamación basada en el artículo 3 CEDH (junto a la fundamentada en el artículo 8 CEDH), si bien en su informe sobre el fondo estimó que únicamente hubo violación de este segundo precepto.

C) Sin duda alguna, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio se ha revelado como el mecanismo más efectivo para garantizar el derecho subjetivo al medio ambiente sano, tal como ha quedado confirmado por el *caso López Ostra* y como hemos expuesto al estudiar los precedentes de la doctrina jurisprudencial sentada en este asunto.

D) Como observaremos al aludir al marco nacional, el derecho al medio ambiente juega habitualmente como factor limitador del derecho de propiedad. Ello no obstante, cabría plantear si el derecho de una persona al goce pacífico de la propiedad o al respeto de sus bienes (consagrado en el artículo 1 del Protocolo adicional al CEDH³⁹) podría

³⁸ Para detectar tal gradación, habría que estar a los distintos niveles de intensidad definidos por el TEDH, de mayor a menor gravedad (tortura, trato inhumano y trato degradante, por este orden decreciente): por todas, véase la sentencia de 18 de enero de 1978, dictada en el *caso Irlanda contra el Reino Unido*, serie A, núm. 25.

³⁹ Según la versión francesa del artículo 1 del Protocolo adicional, "toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes" ("toute personne physique ou morale a

conllevar asimismo (siquiera excepcionalmente) su derecho al medio ambiente sano. De manera indirecta parece atisbarse esta orientación en el citado *caso Zander contra Suecia*, cuando se habla del derecho de los propietarios de aprovechar el agua potable del pozo de su propiedad.

Este apunte jurisprudencial no fue desarrollado en el también mencionado *caso Arrondelle* (a causa del arreglo amistoso alcanzado), pero no es ocioso recordar que la demandante denunciaba la violación de su derecho al disfrute pacífico de su hogar con apoyo en el artículo 1 del primer Protocolo adicional, debido al ruido causado por el aeropuerto de Gatwick. Podría pensarse que el respeto del domicilio da pie a deducir quejas tanto sobre la base del artículo 8 CEDH como con apoyo en el artículo 1 del Protocolo. En la práctica, los órganos tutelares europeos han otorgado virtualidad a aquél, debido a que es más difícil justificar una ingerencia en el domicilio de acuerdo con las exigencias de una sociedad democrática (como explícitamente prevé el apartado 2 del artículo 8 CEDH) que basarla en la función social de la propiedad (incisos tercero y cuarto del artículo 1 del Protocolo), ofreciendo este último precepto mayor margen de apreciación estatal. A esto contribuye, ciertamente, la indemnización que acompaña a la intromisión en la propiedad y el propio marco del Estado social y democrático de Derecho sobre el que gira nuestra investigación. Tales extremos se confirmaron, por ejemplo, en la decisión sobre la admisibilidad en el *caso Powell y Rayner*⁴⁰, en el que la Comisión sostuvo que, en principio, el artículo 1 no garantiza un derecho al goce pacífico de los bienes en un medio ambiente adecuado. Esta doctrina la reiteró posteriormente, en el *caso S. contra Francia*⁴¹.

Pese a lo dicho, las exigencias del Estado social, susceptibles de legitimar una intervención en la propiedad por razones medioambientales o de protección de la naturaleza, han de conjugarse con las exigencias propias del Estado de Derecho. Esta tensa conjugación se halló en el fondo del *caso De Gouffre de la Pradelle contra Francia de 16 de diciembre de 1992*⁴², relativo al difícil acceso al Consejo de Estado para contestar la legalidad de un decreto de clasificación de un paisaje pintoresco (en concreto, del valle "la Montane", en el Departamento de la Corrèze). El demandante, titular del derecho de disponer de una posibilidad clara, concreta y efectiva de recurrir contra un acto administrativo que constituía una ingerencia directa en su derecho de propiedad, vio

droit au respect de ses biens"). De conformidad con la versión inglesa de tal disposición, "toda persona física o jurídica tiene derecho al goce pacífico de sus bienes" ("every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions").

40 Demanda núm. 9310/81, decisión de 16 de julio de 1986, DR 47, pág. 5.

41 Demanda núm. 13728/88, decisión de 17 de mayo de 1990, DR 65, pág. 250.

42 Serie A, núm. 253-B.

obstaculizado el "derecho a un tribunal" (artículo 6 CEDH) para tal fin, lo que llevó al TEDH a concluir la violación de esta disposición. La extremada complejidad del Derecho positivo francés y la lentitud del procedimiento administrativo, habían creado una inseguridad jurídica (en contra de un principio esencial del Estado de Derecho, como estudiamos en los capítulos II y III), inaceptable para el demandante.

E) Por otra parte, se ha sugerido que el derecho a la educación encierra potencialmente la posibilidad de favorecer la protección del medio ambiente⁴³. Para ello, se busca apoyo en la amplitud de la indeterminada noción convicciones "filosóficas" de los padres del artículo 2 del Protocolo núm. 1, que podría brindar a éstos la posibilidad de exigir para sus hijos una educación respetuosa con el medio ambiente. Parece, empero, que ésta es una interpretación un tanto forzada, pues aunque los órganos tutelares del CEDH han reconocido la existencia de ciertas obligaciones positivas bajo el ángulo del artículo 2 del primer Protocolo adicional⁴⁴, hay que tener presente que tal disposición no reconoce un derecho prestacional⁴⁵.

F) Otra faceta de la protección del medio ambiente podría deducirse del artículo 10 CEDH (libertad de expresión y de información): en concreto, el derecho de obtener información medioambiental⁴⁶. El TEDH ha reconocido que el derecho a recibir información, si bien se halla incluido en el CEDH, no obliga en todo caso al Estado a suministrar dicha información, dado que pueden entrar en consideración elementos que aconsejen la confidencialidad, como la protección de la infancia⁴⁷. Sobre este derecho de información medioambiental, se ha destacado su papel en el sentido de facilitar el aspecto quizá más esencial para la defensa del

43 Cfr. en este sentido M. A. Mekouar, "Le droit à l'environnement dans ses rapports avec les autres droits de l'homme", en P. Kromarek, *Environnement et droits de l'homme*, op. cit., pág. 99.

44 De manera destacada, véase el caso *Campbell y Cosans contra Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982, serie A, núm. 48, párrafo 37.

45 Así lo reconocieron en fecha temprana tanto la Comisión como el TEDH, en el asunto 'relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica', de 23 de julio de 1968, serie A, núm. 8.

46 Para una aproximación a este aspecto informativo del derecho al medio ambiente, puede verse el trabajo de S. Weber, "Environmental information and the European Convention of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 12, págs. 181 y ss.

47 Véase el caso *Gaskin contra Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, serie A, núm. 160, párrafo 52.

medio ambiente: la participación de los ciudadanos en el proceso de adopción de decisiones medioambientales⁴⁸.

G) Como hemos observado anteriormente al abordar, en general, los mecanismos de extensión de derechos y, en particular, al tratar del *caso Zander*, el derecho a un proceso justo (artículo 6 CEDH) se perfila como una garantía (en este caso procedimental) de enorme virtualidad para resolver casos medioambientales.

H) En estrecha conexión con la anterior vía procedimental se encuentra la consagrada en el artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional). En el *caso Powell y Rainer*, precisamente, la Comisión llegó en su informe de 19 de enero de 1989 a la conclusión de que se había violado el artículo 13 CEDH "en cuanto a la queja deducida por el segundo demandante del artículo 8 del Convenio" (párrafo 62 del anexo a la sentencia de 21 de febrero de 1990), conclusión que no fue avalada por el TEDH en esta sentencia.

I) La prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH) también encierra una potencial eficacia en los casos relativos al medio ambiente. Lógicamente, tal previsión entraría en juego en aquellos supuestos en los que los Estados adoptaran medidas positivas en relación a determinadas personas y no en relación a otras que se hallen en idéntica posición. Tales diferencias respetarían el CEDH únicamente si no carecieran de justificación objetiva y razonable⁴⁹.

J) En otro orden de cosas, la libertad de movimientos y de residencia (artículo 2 del Protocolo núm. 4 adicional al CEDH), más que una posible vía de protección del medio ambiente, opera en sentido inverso, esto es: es más bien susceptible de verse limitada por razones medioambientales, especialmente en virtud del apartado 4 del mencionado artículo 2⁵⁰.

K) Como medida tutelar del medio ambiente, tampoco habría que olvidar la posibilidad de adopción de medidas preventivas por parte de la

48 En este sentido se ha expresado A. Kiss, "Concept and Possible Implications of the Right to Environment", en K. E. Mahoney, y P. Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-first Century*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993, pág. 557.

49 Para la doctrina jurisprudencial del TEDH en materia de igualdad, véase nuevamente la sentencia dictada en el asunto lingüístico belga.

50 Este es el tenor literal del apartado 4 del artículo 2 del cuarto Protocolo adicional: "Los derechos reconocidos en el apartado 1 pueden igualmente en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por *el interés público en una sociedad democrática*".

Comisión europea de derechos humanos, en virtud del artículo 36 de su Reglamento interno. Sin embargo, la adopción de estas medidas provisionales han sido vistas con reticencia por el TEDH, y puestas en funcionamiento excepcionalmente en algunos casos relativos a órdenes de expulsión del territorio nacional⁵¹. Así, por ejemplo, fue rechazada la petición de los demandantes de utilizar el mencionado artículo 36 en el caso *Powell y Rainer*.

Para concluir, podemos convenir que, sin perjuicio de todas estas posibilidades de protección del medio ambiente, el margen de apreciación estatal opera de manera contundente como límite a la utilización del CEDH para casos medioambientales⁵².

5.-Consideración especial del caso López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994

A) Observaciones preliminares

Con carácter previo, deseamos señalar que este caso reviste una especial significación, por dos razones: la primera porque, como hemos reiterado, abre una brecha en la jurisprudencia del TEDH al reconocer el medio ambiente como derecho subjetivo sobre la base del CEDH (lo que sin duda supone una extensión de los derechos convencionales en el sentido estudiado en el apartado anterior); la segunda, porque nos afecta directamente, en la medida en que España ha sido el Estado demandado y condenado. La fecha de la sentencia (9 de diciembre de 1994) marca un hito en la acción del TEDH en el marco de la jurisdicción española (con independencia de la problemática relativa a la ejecución de las sentencias del TEDH en nuestro país).

Por lo que se refiere a la primera consideración, Sudre ha subrayado lo siguiente: "El goce efectivo del derecho al respeto del domicilio, garantizado por el artículo 8, implica el derecho de vivir en un medio ambiente sano. Esta es la aportación mayor de la *sentencia López Ostra* (...), mediante la cual el Tribunal condena a España por no haber tomado las 'medidas positivas' necesarias para proteger la eficacia del derecho de la demandante al respeto de su domicilio contra las emanaciones nauseabundas de una estación depuradora de residuos de curtidos. (...) *Consagra, nos parece, el derecho a un medio ambiente sano*

⁵¹ Tales medidas provisionales fueron adoptadas, a título de ejemplo, en el citado caso *Soering contra Reino Unido, de 7 de julio de 1989*, para evitar que el Estado demandado extraditara al demandante a los Estados Unidos, en donde previsiblemente sufriría los efectos del "pasillo de la muerte", que constituiría un trato contrario al artículo 3 CEDH.

⁵² N. Doorduijn, *op. cit.*, pág. 68.

como derecho individual protegido por el Convenio, por la vía del derecho al respeto del domicilio garantizado por el artículo 8⁵³.

Respecto a la segunda consideración, el mismo día en que se hizo pública la sentencia en el *caso López Ostra*, el día 9 de diciembre de 1994, fueron pronunciadas otras dos sentencias condenatorias para España, el *caso Ruiz Torija*⁵⁴ y el *caso Hiro Balani*⁵⁵, ambos por violación del artículo 6 (proceso justo). Hay que hacer notar esta triple condena en un solo día al Estado español, mientras que en los trece años desde que España hizo la declaración del artículo 25 CEDH reconociendo la posibilidad de las demandas individuales, hasta esa fecha sólo había habido seis pronunciamientos de fondo contra nuestro país⁵⁶.

B) Fondo del asunto

El asunto tiene su origen en la demanda presentada por Gregoria López Ostra ante la Comisión europea de derechos humanos, por supuesta vulneración de los artículos 3 (prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes) y 8 CEDH (respeto de la vida familiar y del domicilio). Dicha vulneración traería su causa, según la demandante, de la actitud pasiva de la Corporación Municipal de Lorca ante las actividades molestas y los riesgos causados por la sociedad anónima SACURSA, propietaria de la controvertida estación depuradora de aguas y residuos cercana al domicilio de la demandante.

El asunto, por otra parte, tiene como contexto la ciudad de Lorca, que aglutina una fuerte concentración de industrias de cuero. Algunas fábricas de curtidos instaladas en esta zona se habían agrupado en el seno de la sociedad SACURSA, que había construido en terrenos del municipio

53 F. Sudre y otros, "Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1994", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 7, núms. 4-6, 23 de junio de 1995, cit. pág. 112.

54 Serie A, núm. 303-A.

55 Serie A, núm. 303-B.

56 En concreto, se trata del *caso Barberà, Messegué y Jabardo*, de 6 de diciembre de 1988, serie A, núm. 146 (violación del artículo 6 CEDH); del *caso Unión alimentaria Sanders SA*, de 7 de julio de 1989, serie a, núm. 157 (violación del artículo 6 CEDH); del *caso Castells*, de 23 de abril de 1992, serie A, núm. 236 (violación del artículo 10 CEDH); del *caso Ruiz Mateos*, de 23 de junio de 1993, serie A, núm. 262 (violación del artículo 6 CEDH); del *caso Casado Coca*, de 24 de febrero de 1994, serie A, núm. 285-A (no violación del artículo 10 CEDH); y, por último, con posterioridad al 9 de diciembre de 1994, el *caso Gea Catalán* de 10 de febrero de 1995, serie A, núm. 309 (no violación del artículo 6 CEDH).

(sin la previa licencia del Ayuntamiento, exigida por el artículo 6 del Reglamento de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, pero con el consentimiento tácito de la Corporación y con una subvención estatal), una estación depuradora situada a doce metros del domicilio de la señora López Ostra. La puesta en funcionamiento de la estación causaba emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación, que provocaron trastornos para la salud y perjuicios a numerosos vecinos de Lorca, y especialmente a los del barrio de la demandante (denominado "Diputación del Río, el Lugarico"). Algunos de estos vecinos fueron alojados gratuitamente en el centro de Lorca (incluidos la demandante, su marido y sus dos hijas, que posteriormente regresaron a su domicilio inicial).

A la vista de las numerosas denuncias y de los informes de las autoridades sanitarias y de la Agencia para el Medio Ambiente y la Naturaleza de la Región de Murcia, el Ayuntamiento ordenó el cese de una de las actividades de la estación (la decantación de residuos químicos y orgánicos en lagunajes), manteniendo la depuración de aguas residuales contaminadas de cromo. Pese a este paro parcial, de los informes periciales y los testimonios escritos se desprende que persistían las actividades molestas y peligrosas para la salud de los vecinos.

Tras la tentativa fallida de hallar una solución ante el Ayuntamiento de Lorca, la señora López Ostra interpuso un recurso para la protección de los derechos fundamentales ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Murcia, basado en la Ley 62/78, de 26 de diciembre. Alegaba, en esencia, una ingerencia ilegítima en su domicilio y en el goce pacífico del mismo, así como una violación de su derecho a elegir libremente su domicilio y atentados a su integridad física y moral, a su libertad y a su seguridad (artículos 15, 17.1, 18.2 y 19 de la Constitución española), ante la actitud pasiva del municipio. Aunque el Ministerio Fiscal apoyó los argumentos de la denunciante, la Audiencia desestimó la denuncia el 31 de enero de 1989, razonando que el funcionamiento anormal de la depuradora no revestía gravedad para la salud de las familias cercanas a la misma, sino un deterioro de su calidad de vida, sin entidad suficiente para constituir un atentado a los derechos fundamentales reivindicados. El procedimiento posterior de apelación ante el Tribunal Supremo tampoco prosperó, según la sentencia desestimatoria de 27 de julio de 1989. En fin, el recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional, siguió la misma suerte, siendo inadmitido el 26 de febrero de 1990 por defecto manifiesto de fundamento.

Agotadas de esta forma las vías internas de recurso, la señora López Ostra presentó su demanda ante la Comisión el 14 de mayo de 1990, basada en los artículos 3 y 8 CEDH. En su *decisión sobre la admisibilidad*, el 8 de julio de 1992, la Comisión retuvo las quejas formuladas con apoyo

en ambos preceptos, si bien en el *informe sobre el fondo del asunto, de 31 de agosto de 1993*, concluyó por unanimidad que sólo se había violado el artículo 8. A semejante solución llegó el TEDH en la *sentencia de 9 de diciembre de 1994*.

Cabe destacar el tratamiento de este asunto por la Comisión, desarrollando una jurisprudencia progresiva en favor de la protección del medio ambiente, acogida a su vez por la denominada jurisprudencia pretoriana del TEDH. La Comisión, tanto en su decisión sobre la admisibilidad como en su informe referente al fondo del asunto, citó casos relevantes en los que destacaba la virtualidad de las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados.

El Gobierno español contra-argumentó, en esencia, haciendo valer dos excepciones preliminares: una relativa a la falta de agotamiento de los recursos internos, por cuanto otros vecinos (incluidos algunos familiares de la señora López Ostra) habían presentando recursos paralelos con origen en los mismos hechos por la vía ordinaria contencioso-administrativa (para sustanciar el problema del inicio del funcionamiento de la depuradora sin la preceptiva licencia municipal previa) y penal (por presunto delito ecológico), ambos en estado de litispendencia en el momento de resolver el TEDH; otra, derivada del supuesto defecto de la calidad de víctima de la demandante, toda vez que según el Gobierno el traslado de ésta (junto a su familia) al centro de la ciudad habría borrado los efectos de la contaminación provocada por la estación depuradora. Ambas excepciones fueron rechazadas⁵⁷.

C) Consecuencias jurídicas para la protección del derecho al medio ambiente

Debe apuntarse que los tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH han de ser de una magnitud suficiente para alcanzar al menos el grado mínimo del trato degradante, lo cual requiere que el atentado al medio ambiente sea especialmente grave para que prospere una denuncia con apoyo en tal precepto; de hecho, en el *caso López Ostra* no se alcanzó tal grado, según la Comisión y el TEDH. En cambio, la vía del artículo 8 se muestra más flexible a la hora de apreciar una ingerencia injustificada en el derecho al respeto del domicilio, lo que la convierte en el cauce más

⁵⁷ La primera, porque la vía utilizada por la demandante era idónea, sin tener que esperar al desenlace de los otros procesos en curso que no tenían por objeto directamente la protección de los derechos fundamentales; por lo demás, la demandante no era parte en los citados procesos pendientes; la segunda excepción, porque "ni el traslado de la señora López Ostra ni el cierre -todavía provisional- de la estación depuradora reparan el hecho de que la interesada y los miembros de su familia han vivido años a doce metros de un depósito de olores, ruidos y humos" (párrafo 42).

idóneo para detectar violaciones al disfrute de un medio ambiente sano. Este es el pasaje más contundente de la argumentación del TEDH:

"Ni que decir tiene que atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona privada y familiar" (párrafo 51).

Al margen de esta consecuencia fundamental de fondo, desde el punto de vista de la doctrina de los órganos tutelares del CEDH, podemos apreciar dos líneas esenciales adecuadas para la protección del medio ambiente y, en consecuencia, susceptibles de ser utilizadas por los profesionales del Derecho. Nos referimos, de un lado, a la virtualidad del concepto de *obligación o medida positiva*⁵⁸, hecha valer en el *caso López Ostra* como consecuencia de la actitud pasiva del municipio murciano. De otro lado, y en estrecha relación con lo anterior, aludimos al desarrollo de la doctrina de la *Drittwirkung*⁵⁹, toda vez que los hechos que determinaron el atentado vinieron provocados directamente por particulares (la empresa SACURSA), y sólo indirectamente por los poderes públicos. En este sentido razona el TEDH, recordando la doctrina ya apuntada en el *caso Powell y Rainer*:

"Tanto si se aborda la cuestión desde el punto de vista de una obligación positiva del Estado -adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo en virtud del apartado 1 del artículo 8-, como postula la demandante en su caso, como desde la perspectiva de una 'ingerencia de una autoridad pública', que hay que justificar según el apartado 2, los principios aplicables son bastante próximos. En ambos casos, hay que considerar el justo equilibrio a ponderar entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto, sabiendo que el Estado goza en cualquier hipótesis de un cierto margen de apreciación. Además, incluso en relación a las obligaciones positivas que resultan del apartado 1, los objetivos enumerados en el apartado 2 pueden jugar un cierto papel en la búsqueda del equilibrio querido" (párrafo 51).

Por otra parte, de la estrecha relación del derecho a un medio ambiente sano con la salud de las personas, se desprende la necesidad de que las alegaciones de las presuntas víctimas vengán avaladas por los

58 Sobre el particular es fundamental la lectura del reciente trabajo de F. Sudre, "Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 23, julio 1995.

59 En el ámbito del CEDH, véase E. A. Alkema, "The third-party applicability or Drittwirkung of the European Convention on Human Rights", *Protecting Human Rights: The European Dimension/ Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Studies in honour of/Mélanges en honneur de Gérard J. Wiarda, Estrasburgo, Carl Heymanns Verlag KG, 1988. Por lo que respecta al contexto español pueden verse estas dos monografías: T. de la Quadra Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981; F. García Torres y J. Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

informes periciales oportunos, que serán tomados en consideración de manera decisiva y determinante por los órganos tutelares del CEDH.

Si nos fijamos detenidamente en el fondo del *asunto López Ostra*, podremos percibir una aparente paradoja, por el hecho de que prevalezca el interés particular de la señora López Ostra (así como de los miembros de su familia, y de otros vecinos de su barrio) en el conflicto con la empresa y con el municipio. Y ello por cuanto podría pensarse que el vertido de desechos y el tratamiento de los mismos por la depuradora se pretende que redunde en beneficio del conjunto del municipio (al margen de la mayor o menor rentabilidad para la empresa), como observó el propio TEDH (párrafo 52⁶⁰). Decimos que el conflicto o la paradoja es aparente porque, en el justo equilibrio entre los intereses colectivos y los individuales, la ponderación en principio inclinará la balanza en favor de los primeros, pero siempre que se apoyen en medidas no reprochables: en el *caso López Ostra*, fue reprochable la actitud pasiva del Ayuntamiento de Lorca, que habría debido adoptar medidas positivas más adecuadas⁶¹.

6.-Las preocupaciones medioambientales en la jurisprudencia de control de la CSE

En el marco CSE, sus órganos de control (especialmente el Comité de expertos independientes) se han mostrado sensibles al establecimiento de un medio ambiente sano. Este derecho, en el tratado europeo de derechos sociales por excelencia, ha quedado configurado, por una parte, como una prolongación del derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo (artículo 3 CSE). Así lo ha recordado el Comité de expertos:

"El artículo 3, apartado 1 obliga a los Estados contratantes a promulgar reglamentos de higiene y de seguridad para todos los sectores de la economía, y ha preguntado al Gobierno por las medidas que piensa tomar para asegurar a la totalidad de los trabajadores esta protección. El Comité ha deseado igualmente saber si existían reglamentos relativos a la

⁶⁰ Según este párrafo 52, "de las actuaciones se desprende que la estación depuradora controvertida fue construida en julio de 1988 por SACURSA para resolver un grave problema de contaminación que existía en Lorca a causa de la concentración de industrias de curtidos. Ahora bien, desde su entrada en funcionamiento, provocó molestias y problemas de salud a numerosos habitantes".

⁶¹ Con carácter general, véase al respecto T. R. Fernández Rodríguez, "Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos", *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982.

contaminación atmosférica, al ruido y a las vibraciones en el lugar de trabajo"⁶².

Por otra parte, la jurisprudencia relativa a la CSE ha reconocido, como no podía ser menos, que la defensa de un medio ambiente sano no debía verse reducida al estricto marco laboral, sino que tenía que configurarse como un imperativo de tutela más amplia, extensible a todas las personas, y no sólo a los trabajadores. De manera que no sólo se protegería la salud e higiene en el trabajo (artículo 3 CSE), sino también el genérico derecho a la protección de la salud (artículo 11 CSE). Quedaría así superado el "exclusivismo social" (situados en otro contexto) propio del Estado social al que ya nos referimos, para pasar a una panoplia protectora más acorde con el Estado social y, además, democrático:

"El Comité ha tomado nota de las informaciones proporcionadas en el informe de Suecia, las cuales demuestran que las autoridades de este país continúan sus esfuerzos en materia de protección de la salud y del *medio ambiente*. (...) El Comité desearía que los próximos informes de los Estados que hayan aceptado el apartado 1 del artículo 11 (eliminación de las causas de una salud deficiente) indiquen qué medidas son adoptadas por las Partes Contratantes para proteger la salud de la población que vive en los alrededores de las *centrales nucleares* o que trabaja en ellas, así como las medidas particulares para la protección de la población en caso de accidentes en esas centrales"⁶³.

En este mismo contexto, no perdiendo de vista la idea del espacio democrático y del valor solidaridad, y bajo el ángulo del derecho al medio ambiente como típico de la era tecnológica, el Comité de expertos ha subrayado la necesidad de la participación de los interlocutores sociales en la reglamentación de las condiciones para mejorar la salud y la higiene en el trabajo (artículo 3.3 CSE)⁶⁴:

"Recordando su jurisprudencia anterior, el Comité ha estimado que la adaptación constante de los reglamentos de seguridad e higiene a los progresos tecnológicos necesitaba una consulta regular a las organizaciones de empleadores y de trabajadores y desea, en consecuencia, hallar en el próximo informe informaciones sobre el

⁶² *Recueil de jurisprudence relative à la Charte sociale européenne, Supplément núm. 3*, pág. 25.

⁶³ *Ibidem*, pág. 113.

⁶⁴ El artículo 3 CSE dispone lo siguiente: "En vista a asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo, las Partes contratantes se comprometen: (...) 3. a consultar, cuando haya lugar, a las organizaciones de empleadores y de trabajadores sobre las medidas tendentes a mejorar la seguridad y la higiene del trabajo".

procedimiento, el alcance y la frecuencia de las consultas efectivamente producidas con tal finalidad"⁶⁵.

III.-LA CONSAGRACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

La política medioambiental no aparecerá como objetivo expreso entre las preocupaciones comunitarias sino hasta la primera reforma de los Tratados Constitutivos: el *Acta Unica Europea*. Efectivamente, en el *Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957* únicamente se recogían referencias genéricas a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos, así como al desarrollo armónico de las actividades económicas en los Estados miembros (artículos 1 y 2 del Tratado CEE).

Esta parca referencia no impidió, empero, que algún tiempo después la Comunidad económica europea afrontara un vasto y ambicioso programa de acción en materia ambiental, recogido en la *Declaración conjunta de 22 de noviembre de 1973*, que ponía las bases del *Primer Programa de Acción para el Medio Ambiente*, seguido ulteriormente de otros programas similares, en los que se ha perfilado una serie importante de principios⁶⁶.

Ahora bien, como decíamos, será el *artículo 25 del Acta Unica* el que incluya en el *Tratado de Roma un Título (el VII)* sobre "medio ambiente", desglosada en los artículos 130 R, 130 S, y 130 T. En estas disposiciones se contemplan los principios rectores de la acción comunitaria, desde la perspectiva preventiva y la represiva, insertando respecto de esta última la lógica de la regla "quien contamina, paga";

65 *Recueil de jurisprudence relative à la Charte..., Supplément núm. 3, pág. 29.*

66 Para una aproximación a los primeros Programas de acción comunitarios sobre medio ambiente, véase el trabajo de D. Sánchez Fernández de Gaita, "La política ambiental comunitaria: su evolución y su futuro", *Revista de Administración Pública*, núm. 11, septiembre-diciembre 1986, págs. 425-440. Un acercamiento a los programas más recientes, así como la influencia de la política comunitaria en el sistema interno de fuentes (en el contexto italiano) puede verse en P. Dell'Anno, "L'attuazione del Diritto comunitario ambientale tra supremazia delle fonti e disapplicazione amministrativa: spunti di riflessione", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 3, 1994, págs. 615-649. Por ceñirnos a los Programas ambientales más recientes, por ejemplo, según el cuarto Programa las acciones comunitarias deben orientarse a la protección del consumidor, a las cuestiones energéticas, a la adopción de nuevas tecnologías menos contaminantes, incluida la biotecnología. El quinto Programa, por su parte, centraba los esfuerzos comunes en el "desarrollo sostenido" como intento de conciliación entre las exigencias socio-económicas y las ambientales, especialmente en sectores estratégicos como la industria, la energía, el transporte, la agricultura y el turismo.

además queda patente la toma en consideración de la "era tecnológica", destacando la importancia de los informes periciales en este ámbito⁶⁷.

A partir de ese momento, quedaba legitimada la Comunidad para emprender acciones de tipo normativo (a través, básicamente, del instrumento básico de aproximación de legislaciones nacionales: la Directiva) o de tipo organizativo y financiero (por medio de la financiación de proyectos públicos o privados). Hasta entonces, y aún en la actualidad, la Comunidad Europea ha aprovechado el juego que le brindan los denominados artículos *multifuncionales* del Tratado de la Comunidad Europea (los artículos 100 y 235). Para el cumplimiento efectivo de las prescripciones medioambientales, cada vez está adquiriendo mayor relieve la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en esta materia, como veremos en el apartado siguiente.

Por su parte, el *Tratado de la Unión Europea*, a los objetivos ya consignados en los *Tratados constitutivos* y en el *Acta Unica*, añade el de promoción, a nivel internacional, de medidas adecuadas para afrontar los problemas regionales y planetarios de la contaminación (artículo 130 R, apartado 1). Además, anejas al TUE figuran dos interesantes Declaraciones sobre esta materia: por una parte, la *Declaración relativa a la evaluación de las repercusiones de las medidas comunitarias sobre el medio ambiente*⁶⁸; por otra, la *Declaración relativa a la protección de los animales*⁶⁹.

⁶⁷ Es interesante transcribir el primero de estos tres preceptos (artículo 130 R):
"1. La acción de la Comunidad, por lo que respecta al medio ambiente, tendrá por objeto:
- conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente;
- contribuir a la protección de la salud de las personas;
- garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales.

2. La acción de la Comunidad, en lo que respecta al medio ambiente, se basará en los principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los ataques al medio ambiente y de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente serán un componente de las demás políticas de la Comunidad.

3. En la elaboración de su acción en relación con el medio ambiente, la Comunidad tendrá en cuenta:

- los datos científicos y técnicos disponibles;
- las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad;
- las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción;
- el desarrollo económico y social de la Comunidad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones (...)"

Los apartados 4 y 5 del artículo 130 R, así como los artículos 130 S y 130 T, contienen previsiones sobre la financiación de los proyectos medioambientales, el procedimiento de adopción de decisiones en la materia, y un llamamiento a la cooperación internacional y nacional, subrayándose que las normas comunitarias son mínimas, susceptibles de mejora en otros foros.

⁶⁸ Este es el tenor literal de la Declaración sobre el medio ambiente: "La Conferencia toma nota del compromiso de la Comisión en el marco de sus propuestas y del de los Estados

Finalmente, el último proyecto parlamentario de Constitución Europea, el *Proyecto Herman* prevé dentro del Título VIII ("Derechos humanos garantizados por la Unión") el derecho al respeto del medio ambiente (punto 21):

"Toda persona tiene derecho a la protección y conservación de su medio ambiente natural".

Este derecho, en realidad, concreta: de un lado, uno de los objetivos esenciales de la Unión consignados en el artículo 2 del Proyecto:

"Garantizar la paz, el respeto de la democracia, el progreso económico y social, el pleno empleo y *el respeto del medio ambiente en Europa*";

de otro, uno de los valores comunes reflejados en el Preámbulo del Proyecto junto a la libertad, la igualdad, la dignidad humana, el respeto de los derechos humanos y la primacía del Estado de Derecho, a saber: *la solidaridad*, mínimo a partir del cual estamos elaborando este capítulo.

IV.-LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE POR EL TJCE

1.-Los primeros apuntes jurisprudenciales y la consagración del medio ambiente como objetivo general de los Tratados

Las dos primeras *sentencias del TJCE* que abordaron los problemas medioambientales fueron pronunciadas el 18 de marzo de 1980, en los asuntos 91/79 y 92/79⁷⁰.

La primera de dichas sentencias tuvo su origen en el *caso Comisión de las Comunidades contra República Italiana*, sometido por aquélla (en virtud del artículo 169 del Tratado CEE) al TJCE para que éste declarara que Italia había incumplido su obligación de adoptar en el plazo prescrito las disposiciones necesarias para adecuarse a la *Directiva 73/404/CEE del Consejo, de 22 de noviembre de 1973, relativa a la aproximación de*

miembros en el contexto de su aplicación, de tener plenamente en cuenta los efectos sobre el medio ambiente, así como el principio del crecimiento sostenible".

⁶⁹ Según esta Declaración: "La Conferencia invita al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, así como a los Estados miembros, a tener plenamente en cuenta, al elaborar y aplicar la legislación comunitaria en los ámbitos de la política agrícola común, de los transportes del mercado interior y de la investigación, las exigencias en materia de bienestar de los animales".

⁷⁰ Rec. 1980-I, págs. 1099-1113 y págs. 1115-1123, respectivamente.

legislaciones de los Estados miembros sobre detergentes. El Gobierno italiano contestaba la cobertura jurídica y la consiguiente competencia de la Comisión en esta materia. En cambio, el TJCE dio la razón a la Comisión, condenando a Italia. En el apartado 8 de la sentencia se contiene el núcleo del razonamiento del TJCE, en el que destaca el ya mencionado carácter multifuncional del artículo 100 del *Tratado CEE*:

"En cuanto a las observaciones del Gobierno italiano relativas a la competencia de la Comunidad en la materia, hay que observar que la Directiva no ha sido adoptada únicamente en el marco del Programa de acción de las Comunidades en materia de medio ambiente. Se inscribe igualmente en el Programa general para la eliminación de los obstáculos técnicos a los intercambios resultantes de disparidades entre las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros adoptado por el Consejo el 28 de mayo de 1969. En este sentido, la misma se basa válidamente en el artículo 100. Además, *no queda excluido en modo alguno que puedan encuadrarse en el artículo 100 del Tratado disposiciones en materia de medio ambiente.* Las disposiciones relativas a consideraciones de salud y de medio ambiente pueden ser de naturaleza tal que graven a las empresas a las que se apliquen y, si no se produce una aproximación de las disposiciones nacionales en la materia, la competencia podría resultar sensiblemente falseada".

En la otra *sentencia de 18 de marzo de 1980* se sustanció otro caso que enfrentó nuevamente a la Comisión y a la República Italiana, esta vez para que se declarara que el Estado demandado no había cumplido la obligación que le incumbía de adoptar en el plazo prescrito las disposiciones necesarias para adecuarse a la *Directiva 75/716/CEE del Consejo, de 24 de noviembre de 1975, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre el contenido de azufre de algunos combustibles líquidos.* El TJCE reitera su doctrina, reproduciendo literalmente el apartado 8 de la anterior sentencia, en un apartado 8 idéntico.

Ahora bien, el pronunciamiento más relevante en la materia, por reconocerla como un objetivo comunitario general y esencial incluso antes de su incorporación expresa a los Tratados en virtud del Acta Unica, fue la *sentencia de 7 de febrero de 1985*, dictada en el caso *Procureur de la République contre Association de défense des bruleurs d'huiles usagées*⁷¹. Se trataba de una decisión prejudicial dirigida al TJCE por el *Tribunal de grande instance de Créteil*, al efecto de conocer la interpretación de la *Directiva 75/439 del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la eliminación de los aceites usados.* De ella se desprende que el medio ambiente, de un lado puede limitar la libertad de empresa y, de otro lado, debe conformarse con el principio de igualdad. Los apartados 2, 3 y 5 de la sentencia recogen el razonamiento sustancial del TJCE:

71 Rec. 1985-I, págs. 531-552.

"Hay que observar en primer lugar que el principio de libertad de comercio no debe considerarse como absoluto, sino sujeto a ciertos límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, mientras no se atente a la sustancia de esos derechos.

Nada permite concluir que la Directiva ha superado estos límites. En efecto, esta Directiva se sitúa en el marco de *la protección del medio ambiente, que es uno de los objetivos esenciales de la Comunidad.* (...) Resulta también del conjunto de sus disposiciones que la Directiva se preocupa por asegurar el respeto de los principios de proporcionalidad y no discriminación en los casos en que algunas restricciones se revelen necesarias.

(...) De lo que precede se desprende que las medidas previstas por la Directiva no pueden obstaculizar los intercambios intracomunitarios y que si estas medidas, en particular las autorizaciones previas, son susceptibles de tener un efecto restrictivo sobre el libre ejercicio del comercio y la libre competencia, no deben sin embargo ser discriminatorias ni superar las restricciones inevitables justificados por *la consecución del objetivo de interés general que es la protección del medio ambiente*".

2.-Consagración de la política medioambiental y la inclusión de criterios dogmáticos (derechos fundamentales): en especial, la virtualidad del principio de igualdad

La política comunitaria medioambiental viene siendo tutelada por el TJCE a través de pronunciamientos que tienen que ver con asuntos de menor o mayor envergadura, o mejor aún, de menor o mayor impacto para el ecosistema. Sin embargo, quizá sea más ilustrativo, para subrayar la consagración de la protección del medio ambiente, referirse a un supuesto que tiene que ver con triste evento de gran alcance: el accidente de Chernóbil. Este evento se halla en el origen de la *sentencia de 15 de septiembre de 1994, en el caso Koinopraxia Enóséon Georgikon Synetairismon Diacheiríséos Enchorion Proïonton Syn. PE (KYDEP) contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, sobre organización común de mercados en el sector de los cereales. Así, en el marco de la política agrícola común se ha suscitado la cuestión de la protección de la salud pública en relación a las normas comunitarias que fijan las tolerancias máximas de radiactividad de los productos agrícolas. Una de las imputaciones que hace KYDEP a la Comisión y al Consejo consiste en

"diversas omisiones, a saber, en lo que atañe al Consejo, el no haber adoptado o el haber tardado en adoptar medidas relativas a la compra de intervención y a las restituciones a la exportación, así como el no haber previsto una ayuda económica en favor de los cereales griegos contaminados como consecuencia del accidente de Chernóbil, y, en lo que atañe a la Comisión, el haber tardado demasiado en presentar una

propuesta de regulación definitiva en materia de contaminación radiactiva de los productos alimenticios".

La empresa demandante invocaba además el principio de igualdad en tanto que

"al no haber adoptado medidas en favor del sector de los cereales en Grecia, el Consejo discriminó al territorio helénico, que había resultado mucho más afectado que el resto de la Comunidad por las consecuencias del accidente de Chernóbil. De este modo, añade KYDEP, se violó el principio enunciado en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 40 del Tratado" (apartado 65).

El Tribunal declaró infundada esta alegación de la demandante, tras recordar su doctrina sobre el principio de igualdad:

"Conforme a una jurisprudencia reiterada, la discriminación consiste en tratar de forma diferente situaciones idénticas y de forma idéntica situaciones diferentes. (...) En el caso de autos, KYDEP pretende que el sector de los cereales se encontraba en Grecia en una situación diferente, pero que fue tratado de la misma forma que el resto de la Comunidad. (...) No puede admitirse esta alegación. En efecto, Grecia no fue la única región afectada gravemente por el accidente de Chernóbil. Según se desprende de los datos numéricos que la Comisión facilitó a este Tribunal de Justicia, dos regiones de la Comunidad, a saber, el sur de Alemania y el norte de Italia, estuvieron expuestas a una radiactividad aún mayor que la que recibió Grecia. En tales circunstancias, KYDEP, que no ha facilitado ninguna cifra ni cualquier otra indicación de la que se desprenda que el grado de contaminación de los productos agrícolas, especialmente el trigo, haya sido en Grecia más elevado que en el resto de la Comunidad, no ha demostrado la existencia de una situación especial que obligue a las Instituciones comunitarias a adoptar medidas específicas" (apartados 66, 67 y 68).

A nuestro entender, esta sentencia es ilustrativa, por cuanto trae a colación la virtualidad del principio de igualdad en la protección del medio ambiente, lo cual -a los efectos internos- aporta un argumento más en favor de la utilización del derecho fundamental reconocido en el artículo 14 CE. Esta conclusión queda reforzada por el reconocimiento de la igualdad como derecho fundamental por la propia jurisprudencia comunitaria, como vimos en el capítulo anterior.

3.-El realce de las medidas de política preventiva por la jurisprudencia del TJCE

La prevención en materia medioambiental no ha resultado ajena a la política comunitaria. Así, en la *sentencia del TJCE de 9 de agosto de 1994, dictada en el caso Bund Naturschutz in Bayern eV, Richard Stahnsdorf y otros contra Freistaat Bayern*, se resolvieron diversas cuestiones suscitadas en el marco de varios litigios entre una organización

ecologista y otros 41 demandantes (principalmente agricultores), de una parte, y el Freistaat Bayern (Estado federado de Baviera), de otra parte, sobre la conformidad del procedimiento de aprobación de los planes de construcción de dos tramos de la nueva carretera federal B15 en Baviera con las exigencias establecidas por la *Directiva 85/337 del Consejo, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente*.

El fallo de dicha sentencia establece de manera contundente la efectividad de la Directiva en cuestión y la consiguiente protección del medio ambiente:

"El apartado 1 del artículo 12 de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro que haya adaptado su ordenamiento jurídico nacional a la Directiva con posterioridad al 3 de julio de 1988, fecha de expiración del plazo de adaptación, dispensar, mediante disposición transitoria, de las obligaciones relativas a la evaluación del impacto ambiental exigida por la Directiva a los proyectos cuyo procedimiento de aprobación se había iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley nacional de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva, pero con posterioridad al 3 de julio de 1988".

V.-LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL A LA VISTA DE LAS EXIGENCIAS MÍNIMAS EUROPEAS

1.-Las normas constitucionales y las previsiones legislativas

Como hemos advertido, la CE 1978, cuya parte dogmática ha sido destacada como una de las más avanzadas del constitucionalismo contemporáneo, contempla derechos de solidaridad al lado de los clásicos derechos cívico-políticos y de los socio-económicos y culturales. En concreto, el artículo 45 consagra en su primer apartado el derecho al medio ambiente, así como el correlativo deber de conservarlo. En conexión con este deber, el apartado segundo realza el valor de la solidaridad colectiva, así como el papel que incumbe a los poderes públicos en la defensa medioambiental, una defensa que debe comportar medidas no únicamente represivas, sino también preventivas. Por su parte, el apartado tercero insiste en el establecimiento del primer tipo de medidas. No resulta ocioso transcribir el artículo 45 CE:

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

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

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

No vamos a entrar ahora a profundizar en si, a la luz del precepto constitucional, el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental o no. En efecto, podrían barajarse argumentos en favor de tal calificación (por ejemplo, el que se incluya dentro del Título primero, que lleva por rúbrica "De los derechos y deberes *fundamentales*") y argumentos en contra (según aquéllos que, con un enfoque estrictamente procedimental, encuadran en la categoría de derechos fundamentales sólo los susceptibles de amparo constitucional, esto es, los reconocidos en los artículos 14 a 30 CE). En cualquier caso, el propio artículo 45 alude al disfrute del derecho al medio ambiente como "adecuado para el desarrollo de la persona"; y precisamente, "el libre desarrollo de la personalidad" aparece como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social en el artículo 10.1, precepto que, por cierto, encabeza el Título primero. En fin, la comunidad internacional ha reconocido la misma importancia a todos los derechos humanos, pues todos ellos son atributos de la dignidad de la persona⁷².

Además de esta disposición constitucional central, nuestra Norma Suprema contiene normas de reparto competencial en la materia. En virtud del artículo 148.1.9 CE

"las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) La gestión en materia de protección del medio ambiente".

En relación con el anterior, el artículo 149.1.23 CE establece que

"el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin

⁷² De manera significativa, como ya vimos, se expresó esta visión en la Declaración de 25 de junio de 1993, con la que se puso cierre a la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en junio de 1993 (apartado I.5). Para una visión universal y una noción global, en particular, del derecho al medio ambiente, véase el trabajo de A. A. Cançado Trindade, "Environmental Protection and the Absence of Restrictions on Human Rights", en K. E. Mahoney, y P. Mahoney (Eds.), *Human Rights in the Twenty-first Century*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993, págs. 561-593.

perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias".

Por otra parte, cabe recordar una normativa pre y post-constitucional vigente que juega un papel importante en la protección del medio ambiente. Esta normativa es resumida por el máximo intérprete de nuestra Norma Superior, al intentar desentrañar el concepto de medio ambiente. La transcripción de una parte sustancial del FJ 5º de la *STC 102/1995, de 26 de junio de 1995*, nos exime de llevar a cabo el esfuerzo de sistematizar la dispersa legislación en la materia:

"La expresión medio ambiente aparece por primera vez en el Reglamento (independiente) de actividades molestas, insalubre, nocivas y peligrosas (Decreto 2.414/1961, de 30 de noviembre). En la misma década son objeto de protección las poblaciones con altos niveles de contaminación atmosférica o de perturbaciones por ruidos o vibraciones (Decreto 2.107/1968, de 16 de agosto), adoptándose medidas para evitar la producida por partículas sólidas en suspensión en los gases vertidos al exterior por fábricas de cemento (Decreto 2.861/1968, de 7 de noviembre) y abordándose los problemas de la que tiene un origen industrial (O.M. de 17 de enero de 1969), sin olvidar el tema del saneamiento. La Ley 38/1972, de 22 de diciembre, incorpora ya a su título por primera vez la palabra "ambiente" en solitario, ambiente atmosférico (artículo 1.1 y 2) y en la misma línea terminológica le sigue la Ley de Minas, 22/1973, de 21 de julio. Por su parte, la Ley 15/1975, de 15 de mayo, sobre espacios naturales protegidos, antecesora de su homónima, impugnada en este proceso, no alude explícitamente la medio, al ambiente o al medio ambiente, pero proclama como finalidad suya "contribuir a la conservación de la naturaleza" (artículo 1.1 y 4). A su vez el urbanismo, por su propia esencia, que consiste en la ordenación del suelo, guarda desde siempre una relación muy estrecha con lo que se ha dado en llamar medio ambiente, como puso de manifiesto la segunda Ley del Suelo, sucesora de la promulgada en 1956 (texto refundido, Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril). En la construcción piramidal del planeamiento urbanístico, todos los Planes de Ordenación debían contener medidas para la protección del medio ambiente (artículos 7 y 12.1.d).

Hasta aquí, el grupo normativo anterior a la Constitución sobre la materia. Una vez promulgada (y como consecuencia de la incorporación de España a la Comunidad Europea) ya la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, prevé que en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones a su amparo se considerará la posible incidencia ecológica desfavorable (artículo 69). A su vez, la producción, gestión, almacenamiento, tratamiento, recuperación y eliminación de residuos tóxicos y peligrosos, sólidos, pastosos, líquidos o gaseosos son objeto de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, cuya regulación pretende garantizar la protección de la salud humana, la defensa del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales (artículos 1 y 2), algunos de ellos cuya enumeración no hace al caso aquí y ahora, exigiéndose para la autorización de industrias o actividades relacionadas con esta materia (artículos 1.1, 2, 3.2 y 4.1). A la evaluación de tal impacto se refiere el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, con carácter básico, con el fin de adaptar nuestro ordenamiento al Derecho de las Comunidades Europeas, en cuya

senda le siguen las Leyes valenciana y canaria de 1989 y 1990, la última de las cuales cambia lo ambiental por lo ecológico (estando recurrida aquí). Por su parte, la Ley 20/1986, de 14 de mayo, establece el régimen básico necesario para que en la producción y gestión de residuos tóxicos y peligrosos se garantice la defensa del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales (artículo 1.1). En el ámbito urbanístico la nueva Ley reguladora (Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio) nada innova en esta materia y recoge textualmente lo dicho en los preceptos pertinentes de la anterior, conocidos ya. Finalmente, no cabe omitir la dimensión represiva que, por exigencia constitucional (artículo 45.3 CE), puede corresponder a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, algunos de cuyos aspectos regula esta Ley 4/1989 (Ley Orgánica 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres) (...) y el *ius puniendi* del Estado, donde se refleja el máximo reproche social y, en consecuencia, la reacción es también más intensa. En el Código Penal han sido tipificados, a partir de 1983, los delitos contra el medio ambiente (artículo 347 bis)".

Como puede apreciarse en las dos frases que hemos destacado en cursiva, en esta materia los poderes públicos (el Ejecutivo a través de la potestad reglamentaria y legislativa, y el Legislador estatal -por no entrar en las paralelas potestades de los Ejecutivos y los Legisladores de las Comunidades Autónomas-) proclaman la voluntad expresa de adaptarse a las exigencias (mínimas) de la normativa de la Comunidad Europea. Lógicamente, haría falta que los poderes públicos (y en este caso añadiríamos el Poder Judicial y el propio TC) también mostraran voluntad para acomodarse a las exigencias de la normativa del Consejo de Europa, en el sentido ya estudiado.

Por otra parte, todos estos preceptos (y las líneas jurisprudenciales que abordaremos a continuación) coadyuvan a desarrollar la previsión del artículo 45 CE. Ahora bien, quizá la protección constitucional cobró en su momento mayor auge (y desafortunadamente lo sigue teniendo, por actitudes insolidarias que de tanto en tanto afloran en la sociedad), merced a la adopción de una medida represiva importante, con el establecimiento del *delito ecológico*, en el artículo 347 bis) del Código Penal, introducido el 25 de junio de 1983 por la *Ley Orgánica 8/1983 de reforma urgente y parcial del Código Penal*. Sin duda, la tutela penal de intereses colectivos como el medio ambiente es, desde la perspectiva del objeto de nuestro trabajo, una de las cuestiones claves del Estado social y democrático de Derecho: para asegurar tal tutela (la tensión entre lo colectivo y lo individual) como ha manifestado Mir Puig, no basta constatar la importancia abstracta del bien, sino la concreta entidad y el grado de afectación del mismo⁷³. Esta concreción es la que permite, además, la protección del medio ambiente como derecho subjetivo.

73 Véase S. Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pág. 164.

Para concluir este epígrafe, no perdamos de vista que la trascendencia de la defensa medioambiental queda reforzada si tenemos en cuenta el designio del pueblo español, expresado en el Preámbulo constitucional, de establecer una "sociedad democrática avanzada" a la altura de la edad tecnológica y de "asegurar a todos una digna calidad de vida".

2.-La jurisprudencia española en la materia y el respeto de las exigencias europeas

La circunstancia de que no se incluya el artículo 45 CE entre las disposiciones que reconocen derechos directamente tutelables a través del recurso de amparo constitucional (artículos 53.2, 161 y 162 CE, y concordantes en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) o del recurso de amparo ordinario (artículo 53.2 CE y Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y sus desarrollos), no ha sido óbice para que el TC se pronuncie sobre el alcance del derecho al medio ambiente consagrado en aquella disposición constitucional. Así lo ha hecho mediante la resolución de cuestiones y recursos de inconstitucionalidad (por ejemplo, la *STC 148/1991, de 4 de julio de 1991*) así como de otros procesos de inconstitucionalidad para impugnaciones de normas sin fuerza de ley, en virtud del Título V de la LOTC (por ejemplo, la *STC 66/1991, de 22 de marzo de 1991*)⁷⁴. En cualquier caso, el TC ha elaborado el grueso de su jurisprudencia en la materia a través de los conflictos de competencia (por ejemplo, la *STC 46/1992, de 2 de abril de 1992*)⁷⁵, originados sobre la base del reparto establecido en los artículos 148.1.9 y 149.1.23 CE. Tampoco pueden soslayarse las decisiones adoptadas por el TC al abordar recursos de amparo que invocaban el artículo 45 CE, declarados inadmisibles en lo relativo a tal alegación (por ejemplo, la *STC 25/1989, de 3 de febrero de 1989*, o el *Auto núm. 940/1985, de 18 de diciembre de 1985*).

Vamos a intentar extraer las líneas jurisprudenciales esbozadas por el máximo intérprete de nuestra *Lex Superior*, unas líneas que habrán de ser reinterpretadas a la luz, especialmente, de la jurisprudencia de los

⁷⁴ Esta *STC 66/1991, de 22 de marzo*, tiene su origen en la impugnación núm. 1107/1988, promovida, al amparo del Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por el Gobierno de la Nación, contra el artículo de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes, de la Junta de Castilla y León, de 7 de enero de 1988.

⁷⁵ En algunos casos se han enjuiciado conjuntamente recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia acumulados, como en el caso que resolvió la *STC 227/1988, de 29 de noviembre*.

órganos tutelares del CEDH⁷⁶; y ello porque, como hemos visto, el propio TC ha reconocido que respecto al otro foro europeo (la Comunidad Europea), sí parece existir una voluntad de adaptarse a la normativa emanada del mismo.

2.1.-Aspectos definitorios y delimitadores: influencia de la política comunitaria medioambiental

Primero. El TC ha entrado a analizar y definir el medio ambiente, como materia controvertida en la distribución competencial

El Alto Tribunal se ha visto obligado, con un proceder más propio de la doctrina científica, a definir el concepto de medio ambiente, al efecto de determinar el alcance del mismo como materia compartida de distribución compleja entre el Estado y las Comunidades Autónomas (artículos 148.1.9 CE y 149.1.23 CE, antes citados). Así ha procedido el TC en su *sentencia núm. 102, de 31 de julio de 1995*. De un lado, en el FJ 3º, advierte sobre el carácter multifacético del medio ambiente, lo que le configuraría como un sector de política "transversal", esto es, estrechamente conectado con otras políticas sectoriales:

"El carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del ordenamiento (*STC 64/1982*) y provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por eso mismo, el medio ambiente da lugar a unas competencias, tanto estatales como autonómicas, con un carácter metafóricamente "transversal" por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias (artículo 148.1, 3, 7, 8, 10 y 11 CE) en cuanto tales materias tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales) o ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo, transportes) que a su vez generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él".

De otro lado, una vez destacado el carácter transversal del medio ambiente, el TC intenta desentrañar su contenido (FFJJ 4, 5 y 6),

⁷⁶ Por supuesto, los tribunales ordinarios también se ven vinculados por la jurisprudencia de los órganos tutelares del CEDH. En particular, sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en los últimos años, véase J. L. Beltrán Aguirre, "El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Administración Pública*, núm. 134, mayo-agosto, 1994, págs. 281-298.

introduciendo incluso alguna digresión filosófica. En el FJ 4 ofrece una noción común, a partir del Diccionario de la Real Academia de la Lengua:

"(...) medio ambiente que gramaticalmente comienza con una redundancia y que, en el lenguaje forense, ha de calificarse como concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar (STC 64/1982). Una primera indagación semántica, según el sentido propio de las palabras utilizadas por la Constitución y los Estatutos, nos lleva al Diccionario de la Real Academia Española, donde algunas acepciones de la palabra *medio* lo definen como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona. (..) A su vez, el *ambiente* comprende las condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él están. Como síntesis, el *medio ambiente* consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. (...) en la Constitución y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente (*environment, environnement, Umwelt*) es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato".

En los FFJJ 5 y 6, el TC persigue deducir una noción jurídica a partir de los textos legales nacionales (incluidos los anteriores a la CE) e internacionales, destacando una de las utilizadas en las Comunidades Europeas:

"Una vez utilizado para desentrañar el concepto jurídico indeterminado del medio ambiente su componente semántico, queda otro camino para indagar cuál sea su contenido, camino que no puede ser otro sino el ordenamiento jurídico, desde donde se llega escalando hasta el nivel constitucional, que a su vez le da su luz propia. (...) La Constitución, en su artículo 45, nos brinda algunos de los elementos del medio ambiente, los recursos naturales, aun cuando tampoco los enumere o defina. Es una noción tan vieja como el hombre. (...) Se trata de un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y en el tiempo. En tal sentido ha sido configurado, desde una perspectiva netamente jurídica y con eficacia inmediata en tal ámbito, como *la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades* (Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, J.O.C. 26 mayo 1972)".

A la vista del razonamiento del TC, entendemos que la pluridimensionalidad e interdisciplinariedad que llevan a calificar el medio ambiente como concepto jurídico indeterminado no deben hacer pensar que, por tratarse de un concepto sumamente amplio, es difícil concretar sus significados y, por ende, los posibles atentados y los consiguientes medios de protección. En otras palabras, su amplitud no impide, como ya apuntamos, que las distintas facetas del medio ambiente lo configuren como derecho subjetivo, puesto que precisamente a partir de

esas facetas podrán detectarse concretas afectaciones al bien protegido y, por ende, hacer posible su tutela.

Por lo demás, en paralelo a la transversalidad predicada de la política medioambiental, es lógico entender que el derecho al medio ambiente es un derecho conexo (lo que no significa que no sea subjetivo) con otros derechos.

Segundo. El TC ha puesto en relación el valor solidaridad con el adjetivo democrático, con motivo del examen de un bien colectivo como es el medio ambiente

En la mencionada *STC 102/1995* (FJ 6) se pone de relieve la naturaleza colectiva del medio ambiente, reflejándose a nuestro modo de ver una evolución desde una doble perspectiva democrática, que ciertamente ha necesitado de un ejercicio de solidaridad nacional e internacional. Las dos perspectivas dejan entrever una tensión entre el derecho de propiedad y el derecho al medio ambiente, circunstancia lógica si se tiene en cuenta que en ambos derechos subyace un mismo bien jurídico: el espacio físico (concretamente, la sentencia se refiere al paisaje, "cuyos ingredientes son naturales").

Desde el prisma nacional, se habla de una democratización de este bien colectivo, consistente en acabar con viejas reminiscencias aristocráticas que impidieran (a través de actitudes insolidarias), por ejemplo, el goce de parajes naturales a los no propietarios, o sea, a casi toda la comunidad. Desde el punto de vista internacional, las exigencias de solidaridad internacional conducen a que un Estado no disponga con absoluta libertad de sus recursos naturales (hasta el punto de destruirlos), en un ejercicio abusivo (poco solidario, por tanto) de su soberanía económica, abriéndose paso la idea de que los recursos son de la humanidad; este último extremo, en sentido inverso, tampoco debería ser utilizado como pretexto para intervenir abusivamente en los asuntos internos de un país, violando la noción internacional de democracia estudiada en el capítulo V y relativa a la igualdad soberana de los Estados ("un Estado, un voto"). En estos términos se expresa el TC:

"El paisaje, (...) que a finales de siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional de medio ambiente como reflejan muchos de los Estatutos de Autonomía (...). En definitiva, la tierra, el suelo, el espacio natural, como patrimonio de la Humanidad, produce unos rendimientos o "rentas", los recursos, que son sus elementos y cuyo conjunto forma un sistema, dentro del cual pueden aislarse intelectualmente, por abstracción, otros subsistemas en disminución gradual, hasta la célula y el átomo".

En esta misma sentencia, el supremo intérprete de nuestra Norma Superior concreta la idea democrática, al señalar que la solidaridad en el ámbito del medio ambiente debe ir íntimamente conectada a la realización de un principio esencial en la democracia (como hemos tenido ocasión de subrayar en el apartado II.4.F) de este capítulo): el de participación. Además, dicha conexión se ve trascendida por el valor constitucional nuclear en el sistema de derechos fundamentales: la dignidad de la persona. Interesa destacar asimismo que el TC hace referencia a normativa internacional:

"su configuración (del medio ambiente) ambivalente como deber y como derecho, (...) implica *la exigencia de la participación ciudadana* en el nivel de cada uno, con papeles de protagonista a cargo de la mujer, de la juventud y de los pueblos indígenas, según enuncia la Declaración de Río (10, 20, 21 y 22). Esto nos lleva de la mano a la dignidad de la persona como valor constitucional trascendente (artículo 10.1 CE), porque cada cual tiene el derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales (FJ 7).

(...) Se trata, pues, de un *principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos, así como de una garantía para el mayor acierto de las decisiones*, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa, sin olvidar, por otra parte, que *tal audiencia está ligada a la solidaridad colectiva respecto al medio ambiente*, reflejada en el derecho de todos a disfrutarlo y en el correlativo deber de conservarlo. Por su parte, las normas internacionales se alinean decididamente en esa tendencia y así la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), hija y heredera de la Declaración de Estocolmo veinte años atrás, exige que se dé participación en la tarea a todos los ciudadanos interesados, quienes podrán tener acceso efectivo a los procedimientos (FJ 13)".

Tercero. En conexión con lo anterior, el TC ha resaltado el alcance normativo del principio de solidaridad

En la *sentencia núm. 64 de 4 de noviembre de 1982*, el TC había establecido que la imposición de determinados requisitos y cargas (como el otorgamiento de licencias, permisos y concesiones mineras) para proteger realmente el medio ambiente, debe respetar los principios de razonabilidad, proporcionalidad y solidaridad, destacando la fuerza normativa de este último con apoyo genérico en los artículos 2 y 138 CE y específico en el artículo 45 CE⁷⁷.

77 STC 64/1982, FJ 4: "Tales requisitos y cargas están dirigidos a la protección de un bien constitucional como es el medio ambiente, siempre que esas cargas y requisitos no alteren el ordenamiento básico minero, sean razonables, proporcionados al fin propuesto y no quebranten el principio de solidaridad consagrado en los artículos 2 y 138 de la Constitución con carácter general, en el 45 con relación específica a la protección del medio ambiente y recogido también en el preámbulo del Estatuto de Cataluña".

En la jurisprudencia posterior, tanto en el marco del medio ambiente como en otros terrenos, el TC ha confirmado el carácter no programático del principio de solidaridad reconocido en la CE, trasunto de la normatividad que caracteriza a toda ella. En este sentido se ha expresado la *STC 146/1992, de 16 de octubre de 1992* (FJ 1):

"El artículo 138 CE ("realización efectiva del principio de solidaridad"), como ninguna otra disposición constitucional, no puede ser reducida al carácter de un precepto programático, o tan siquiera al de elemento interpretativo de las normas competenciales. Es por el contrario, un precepto con peso y significado propios".

Cuarto. El TC ha advertido el carácter transnacional de la protección del medio ambiente, con especial énfasis en el espacio comunitario-europeo

En su *sentencia núm. 102, de 31 de julio de 1995* (FJ 17), el TC se hace eco de la dimensión internacional del medio ambiente, al referirse a la controvertida clasificación de los espacios naturales protegidos:

"Las definiciones de cada modalidad (de espacio natural protegido), en función de sus características objetivas, pretenden una homogeneidad tan conveniente en un plano pragmático como necesaria para su plena eficacia, *dada la dimensión geográfica del medio ambiente que le hace rebasar no ya el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas sino las fronteras estatales en una tendencia cada vez más intensa a convertirse en universal*".

En coherencia con ello, en esta misma sentencia se mencionan normas internacionales, y en especial europeas⁷⁸. En cualquier caso, el TC

⁷⁸ En efecto, parece que el TC decide de acuerdo con la normativa europea comunitaria: (...) Como consecuencia de la incorporación de España a la Comunidad Europea (...) con el fin de adaptar nuestro ordenamiento al Derecho de las Comunidades Europeas (FJ 5).(...) Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, Comunicación de la comisión al consejo, JOC 26 mayo 1972 (FJ 6).(...) El documento de trabajo núm. 4 que el 25 de agosto de 1970 presentó el Secretariado de la CEPE a la Reunión de Consejeros Gubernamentales en materia del medio ambiente de la Comisión Económica para Europa (...) en el Acta Unica Europea (FJ 7).(...) La obligación de concretar en el Plan las actividades, obras o instalaciones públicas o privadas, merecedoras de evaluar su impacto ambiental no es ocurrencia de esta Ley, que la recoge, sino de otras *disposiciones*, tanto *de la Comunidad Europea* como internas (FJ 13).(...) Esta norma (la que amplía la lista de actividades sometidas a evaluación del impacto ambiental contenida en el anexo I del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio) trae su causa de la Directiva 85/337/CE (FJ 14).(...) La catalogación (de especies amenazadas) ha de conectarse con los Planes y viene también exigida por la normativa supranacional europea (Reglamento C.E. 3626/82) (FJ 25).(...) Coordinar todas las actuaciones en materia de flora y fauna silvestres y en particular las derivadas del cumplimiento de convenios internacionales y de la normativa comunitaria

se ha hecho eco de la dimensión internacional de este terreno desde sus primeras sentencias⁷⁹.

Quinto. El TC ha puesto de relieve que el medio ambiente precisa de una participación y una colaboración por parte de los poderes públicos y de los particulares

De la jurisprudencia constitucional se desprende que el medio ambiente no afecta únicamente al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, hallándose involucradas asimismo las Corporaciones Locales. En cuanto a estas últimas, el TC ha resaltado el alcance de la garantía institucional de la autonomía municipal. En efecto, en distintas sentencias se han declarado inconstitucionales algunos preceptos de legislación autonómica mediante los que se permitía a las autoridades autonómicas suspender acuerdos de las corporaciones locales referentes a la aprobación de programas de urbanización y otras actuaciones urbanísticas, al considerar el TC que tales preceptos invadían el ámbito que a la autonomía local garantiza nuestra Lex Superior (artículos 137 y 140 CE) y la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local⁸⁰.

(europea) (FJ 31)". Por otra parte, se citan estos documentos e instrumentos universales: la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río de Janeiro (FF.JJ. 7 y 13); los Convenios de Washington (1973) y Berna (1979) sobre protección de las especies amenazadas (FJ 25). Con carácter general, en el FJ 15 se dice: "El meollo de esta Ley, como indica su denominación reside en el concepto de espacio natural (artículo 10.1) que es cualquier zona localizada e individualizada, dentro del territorio español *en la acepción propia del Derecho internacional*, digna de protección por contener elementos o sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes".

⁷⁹ A título de ejemplo, esta circunstancia se destaca en la *STC 64/1982* en dos ocasiones:

"El artículo 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales (FJ 2).

Se establece (...), de acuerdo con la tendencia general actual, la necesidad de que el Estado fije las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente, dado el alcance no ya nacional, sino internacional que tiene la regulación de esta materia (FJ 4)".

⁸⁰ Entre otras, véase la *STC 148/1991, de 4 de julio* (FF.JJ. 4, 6 y 7), mediante la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad 982/85, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley de Canarias 3/1985, de 29 de julio, de Medidas Urgentes en materia de Urbanismo y Protección de la Naturaleza; asimismo, la *STC 46/1992, de 2 de abril de 1992* (FJ 2), por la que se resolvieron las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 1173/87, 1288/87, 624/88 y 1515/88, elevadas por la Audiencia Territorial de Madrid, en relación con el artículo 26.3 de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1984, de 10 de febrero, sobre Medidas de Disciplina Urbanística.

Por otro lado, en el apartado 2 del voto particular discrepante a la *STC 102/1995* de don Rafael de Mendizábal Allende, el Magistrado pone de manifiesto, sin duda teniendo en cuenta la solidaridad colectiva y el deber de los ciudadanos en el respeto del medio ambiente, que en este terreno rige el principio de subsidiariedad, tanto en el ámbito privado (que actúen los individuos en primer lugar si son eficientes, y después los poderes públicos) como en el público (que operen los entes inferiores primero, y los superiores después):

"La protección del medio ambiente se mueve (...) de abajo hacia arriba, como el urbanismo, pariente muy próximo, en función del principio de subsidiariedad. La cadena empieza en el individuo para seguir por el Municipio, la Comunidad Autónoma, el Estado y la Unión Europea en nuestro caso, hasta adquirir dimensión mundial".

Sexto. *El TC ha observado que el medio ambiente, merced a su naturaleza multifacética, tiene que ver con otra serie de políticas sectoriales*

Resulta interesante en este sentido la *STC 170/1989, de 19 de octubre de 1989*, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 404/1985, presentado por 50 Diputados contra la *Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares*. En ella se dilucidó precisamente cuál era el título competencial preferente en la regulación sobre los espacios naturales protegidos, concepto que se utiliza para designar unitariamente un complejo muy diverso de técnicas de intervención sobre el espacio físico y del que forman parte distintas materias a las que podrían conectarse una serie diversa de títulos competenciales (medio ambiente, ordenación del territorio, agricultura y ganadería, pesca y caza, promoción y ordenación del turismo, etc.). El TC declaró (FJ 2):

"Ha de darse la razón a los recurrentes en cuanto a la selección del título competencial preferente desde el que ha de juzgarse la Ley impugnada, en razón a su finalidad y a su materia. Esta establece normas de protección, conservación, restauración y mejora de un espacio natural, lo que ha de considerarse que se integra dentro de la legislación sobre protección del medio ambiente, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de afirmar (*STC 64/1982*). Resulta claro, pues, y no se controvierte en el presente proceso, que se trata de una materia sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva para dictar la legislación básica".

Sin embargo, ello no impedía incluir a la Ley impugnada en el marco de "las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer

normas adicionales de protección" (artículo 149.1.23 CE), por lo que el TC desestimó el recurso de inconstitucionalidad⁸¹.

Séptimo. El TC ha subrayado que el medio ambiente debe ser un elemento conciliable con el desarrollo económico

La misma necesidad, puesta de manifiesto en el ámbito universal, de compatibilizar el derecho al medio ambiente y el derecho al desarrollo, ha sido destacada en el plano nacional. La citada *STC 64/1982, de 4 de noviembre de 1982*, mediante la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno contra la totalidad de la *Ley 12/1981, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña, por la que se establecen normas adicionales en protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas*, es buena muestra de ello:

"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. (...) 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 (FJ 2).

(...) Se trata de nuevo de armonizar la protección del medio ambiente con la explotación de los recursos económicos (FJ 6)".

2.2.-Aspectos dogmáticos (derechos fundamentales): influencia de la defensa medioambiental del Consejo de Europa

⁸¹ Nos parece ilustrativo transcribir una parte del escrito de alegaciones del administrativista Tomás Ramón Fernández Rodríguez, que actuó en nombre y representación del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (antecedente 5): "El análisis sobre la competencia de una Comunidad Autónoma para dictar una norma sobre protección de un determinado espacio no puede hacerse, como se hace en el recurso, en bloque, examinando la posibilidad o imposibilidad de su entronque con un título competencial concreto, sino examinando analíticamente su contenido, por cuanto las normas o artículos que la constituyen, las medidas concretas que en la misma se adoptan pueden tener su encaje -como lo tiene- en *títulos competenciales múltiples*, y no sólo (aunque también) en el de protección del medio ambiente. (...) La competencia autonómica sobre estos espacios debe considerarse como un *compositum* de competencias sobre otras materias, cuales son: competencias ambientales; competencias sobre agricultura, montes y aprovechamientos forestales; competencias urbanísticas, competencias sobre recursos hidráulicos y mineros; competencias sobre caza y pesca fluvial; competencias sobre promoción y ordenación del turismo, y competencias sobre la utilización del ocio".

Parece que el TC se ha decantado por un análisis orgánico u organizativo (relativo a la controversia sobre el órgano que detenta facultades sobre la materia ambiental), más que dogmático (cómo afecta ello a los derechos de las personas), cuando la conjunción analítica de estas dos vertientes ha sido reconocida compatible por la propia jurisprudencia constitucional. En términos claros se expresa este extremo en la citada *STC 170/1989, de 19 de octubre de 1989* (FJ 1):

"Resulta conveniente separar el tratamiento de uno y otro tipo de cuestiones, las referentes al tema estrictamente competencial y las de naturaleza sustancial".

En esencia, el primer tipo de cuestiones (organizativas) se referían a la distribución competencial sobre las materias de medio ambiente y ordenación del territorio, mientras las cuestiones sustanciales (dogmáticas) tenían que ver sobre todo con las limitaciones al derecho de propiedad⁸².

Unico y concluyente. *El TC ha hecho notar que el medio ambiente, como derecho, se halla relacionado con otros derechos, pero no ha reconocido vías de extensión, en línea contraria a los criterios europeos trazados, especialmente, por la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal europeos de derechos humanos*

A) Conexión con el derecho a la salud

Tal vez la conexión más importante del derecho al medio ambiente venga dada por la protección del derecho a la salud. Este extremo, por lo que a la normativa del Consejo de Europa se refiere, lo vimos al aludir a la Carta Social Europea (apartado III.6 de este Capítulo); asimismo, en el marco del Convenio de Roma de 1950, no debe olvidarse que entre los elementos utilizados por el TEDH para enjuiciar el *asunto López Ostra* ocuparon un lugar nada desdeñable los informes médicos relativos a los problemas de salud de familiares de la demandante. Esta idea se recoge de manera clara en la *STC 32/1983 de 28 de abril de 1983*⁸³. Según el FJ 2 de esta Sentencia:

⁸² Sobre las limitaciones al derecho de propiedad impuestas por el artículo 45 CE, véase, en particular, el FJ 8 b) de la sentencia en cuestión.

⁸³ En dicha sentencia se resolvieron unos conflictos positivos de competencia acumulados promovidos por el Gobierno Vasco frente a los Reales Decretos 2824 y 2825/1981, ambos de 27 de noviembre, sobre coordinación y planificación sanitaria y sobre registro sanitario de alimentos, respectivamente.

"Se infiere la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional, puesto que los derechos que en tal sentido reconoce la Constitución en los artículos 43 y 51 o, complementariamente en otros, como el 45.1, que reconoce el derecho que todos tienen a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos".

A mayor abundamiento, la protección de la salud ha sido tildada por el TC de "objetivo final" del derecho al medio ambiente reconocido en el artículo 45, con apoyo no sólo en el ordenamiento constitucional, sino asimismo en la normativa universal y europea. Así se expresó en el FJ 4 de su *sentencia núm. 329 de 12 de noviembre de 1993*, en el marco de un conflicto de competencia planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente a algunos preceptos del *Real Decreto 1613/1985, de 1 de agosto, por el que se modifica parcialmente el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, y se establecen nuevas normas de calidad del aire en lo referente a contaminación por dióxido de azufre y partículas en suspensión*:

"Tanto en estos instrumentos internacionales (se refiere al Convenio de Viena de 22 de marzo de 1985 y su Protocolo adicional, hecho en Montreal el 16 de septiembre de 1987, para la protección de la capa de ozono, así como a la Declaración de la Haya de 11 de marzo de 1989) como en el artículo 45 CE, la protección del medio ambiente tiene como *objetivo final* y está íntimamente unida a la *protección de la salud de las personas* (artículo 130 R del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), pues como se ha dicho en la *STC 64/1982 (FJ 1)* la *calidad de vida* que cita el artículo 45 CE y uno de cuyos elementos es la obtención de un medio ambiente adecuado para promoverla *está proclamada en el preámbulo de la Constitución y recogida en algún otro artículo, como el 129.1*".

B) Conexión-limitación del derecho al medio ambiente en relación al derecho de propiedad, a la libertad de empresa y a la libre circulación de bienes y personas

El derecho al medio ambiente se ha perfilado en la jurisprudencia constitucional en conexión con el derecho de propiedad (artículo 33.1 CE), la libertad de empresa (artículo 38) y la libre circulación de bienes y personas (artículo 139.2), sobre todo en una tensa delimitación recíproca de sus respectivos ámbitos, ejerciendo aquél una mayor *vis* atractiva y limitadora. Esta jurisprudencia viene recogida en la *STC 66/1991, de 22 de marzo de 1991*⁸⁴.

⁸⁴ Se resuelve una impugnación planteada por el Gobierno de la Nación frente a una disposición de la Orden de la Junta de Castilla y León de 7 de enero de 1988 por la que se prohíbe la venta de cangrejos vivos de río de cualquier especie en todo el territorio de la

El intérprete supremo de nuestra Constitución ha declarado en repetidas ocasiones que el derecho de propiedad privada está sometido a exigencias sociales reconocidas constitucionalmente, que pueden llevar a limitarlo precisamente en beneficio de necesidades colectivas, como es el caso del derecho al medio ambiente reconocido en el artículo 45 CE⁸⁵. De manera meridiana sintetiza su doctrina en la *STC 243/1993 de 15 de julio de 1993*⁸⁶ (FJ 4):

Comunidad Autónoma. Tras la evaluación de los argumentos contrarios de las partes, una invocando la protección de los ecosistemas fluviales y del medio ambiente, y la recurrente aduciendo que tal fin era desproporcionado y atentaba contra diversos preceptos constitucionales (básicamente los artículos 33.1, 38 y 139.2), el TC (que desestimó la impugnación interpuesta) declaró en el FJ 3: "La prohibición aparece, así, establecida como instrumento para hacer frente a la presencia en la red fluvial de Castilla y León de especies exóticas afectadas de afanomicosis para prevenir del contagio al cangrejo autóctono y, en definitiva, para (...) atender al 'fin de la preservación' de este últimos. Estos objetivos, lejos de merecer reprobación alguna, son, en lo que tienen de protección de especies biológicas, constitucionalmente legítimos, y a su logro puede y debe orientar su acción la Comunidad de Castilla y León a la que el artículo 20.1.10 de su Estatuto de Autonomía le asigna la 'protección de los ecosistemas' en los que, entre otras actividades, se desarrolle la pesca fluvial, y a cuyos poderes públicos, como a todos los demás, el artículo 45.2 de la Constitución encomienda la tarea de velar 'por la utilización racional de todos los recursos naturales', mandato en el que este Tribunal ha acertado a ver una limitación para el derecho a la propiedad (*STC 227/1988*, FJ 7), que igualmente puede operar respecto de otros derechos o principios constitucionales como los aquí invocados por el Abogado del Estado -libertad de empresa y libre circulación de bienes-, cuyo irrestricto despliegue no puede, en lo que a recursos naturales se refiere -y es obvio que los cangrejos de río vivos lo son- amparar usos que, contrarios a las exigencias de racionalidad derivadas de la prescripción constitucional, puedan poner en peligro de uno u otro modo su pervivencia o sanidad".

⁸⁵ En el FJ 2 de la *STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987*, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley andaluza de Reforma Agraria, se destaca algunos bienes colectivos que se inscribieran en la función social de la propiedad: "Resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. (...) Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse. (...) En este orden de cosas, hay que recordar: (...) que el artículo 45 ordena a los poderes públicos para que *velen por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*".

⁸⁶ En la *STC 243/1993* se resolvió el conflicto positivo de competencia núm. 1107/86, planteado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, frente a la Resolución de la Dirección General de Obras Hidráulicas, de 7 de mayo de 1986, por la que se hace público el otorgamiento de una concesión de aprovechamiento de agua de los ríos Ponga, Sella y Dobra, en el término municipal de Ponga, con destino a fuerza motriz. El recurso fue estimado, fallando en favor de la competencia de la Comunidad Autónoma de Asturias y consiguientemente anulando la Resolución controvertida.

"No puede ser ajeno a esta valoración constitucional de la cuestión analizada el dato, destacado por este Tribunal en varias ocasiones (entre otras, SSTC 227/1988 y 66/1991), de que la protección de la pesca y los ecosistemas fluviales constituye un fin constitucionalmente legítimo al que todos los poderes públicos deben atender en virtud de lo establecido en el artículo 45.2 de la Constitución que les encomienda la tarea de velar 'por la utilización racional de todos los recursos naturales', precepto que, según ha establecido este Tribunal entraña una limitación para el derecho a la propiedad".

Ahora bien, en relación a las limitaciones al derecho de propiedad, establecidas en virtud de medidas medioambientales, el TC ha sido contundente al reconocer los derechos de los propietarios (especialmente, los contemplados en la Ley del Suelo) afectados por tales medidas. Así, en el marco del recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 148/1991, ante las eventuales restricciones al derecho de propiedad provocadas por la aprobación de un plan de naturaleza ambiental, el Alto Tribunal declaró la facultad de una Comunidad Autónoma (la canaria en el caso concreto) para

"garantizar la protección del medio ambiente, todo ello sin perjuicio del absoluto respeto a los derechos reconocidos por la Ley a los propietarios afectados por tal medida" (FJ 6).

A hilo de esto último, indicábamos que la necesaria indemnización (entre otros derechos de los propietarios) por limitaciones al derecho al goce pacífico de los bienes es correlativa al mayor margen estatal para intervenir en este derecho por motivos medioambientales, a diferencia del derecho a la vida privada o familiar, en donde el margen de apreciación es más restringido.

C) Crítica a la no extensión al derecho al medio ambiente del amparo constitucional, a través de derechos que sí lo son (como el derecho a la igualdad o a la tutela judicial efectiva)

Las posibilidades de protección del medio ambiente como derecho subjetivo, por la vía de los artículos 14 y 24, han sido rechazadas por nuestra jurisdicción constitucional. Tal es la conclusión que puede extraerse del fondo del asunto que dio origen al *Auto núm. 940/1985, de 18 de diciembre de 1985*, mediante el que se declaraba inadmisibile por carencia manifiesta de contenido la demanda de amparo presentada. Los hechos que dieron origen a la demanda pueden resumirse así: frente al recurrente, arrendatario de un piso en Lérida, se formuló por el propietario del mismo demanda de resolución de contrato de arrendamiento, por desocupación de la vivienda durante más de seis meses, demanda que fue desestimada por uno de los Juzgados de Distrito

de Lérida, manifestando que la desocupación estaba motivada por la falta de calefacción, y que esta situación constituye justa causa, porque supone prácticamente la inhabilitación de la vivienda, a la vista de la enfermedad del hijo del arrendatario, que le exige estar a una temperatura ambiente adecuada.

Recurrida en apelación la Sentencia de Primera Instancia por el propietario ante la Audiencia Provincial de Lérida, ésta estimó la apelación, estimando que el corte de calefacción no es causa justa para no ocupar la vivienda.

Agotada así la vía judicial previa, el recurrente en amparo fundamentaba su demanda en el artículo 14, de un lado (supuesto carente de fundamento, al no ser capaz de traer a colación situación alguna comparable) y, de otro lado, en los artículos 24, 39, 43, 45 y 49. Esta segunda alegación parecía más consistente: según el demandante, (antecedente 3), el artículo 24 CE habría resultado vulnerado, al no respetarse ni tenerse en cuenta una serie de derechos que deberían de haberse protegido. Tales derechos derivarían del artículo 39 CE, según el cual los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia; el artículo 43, que reconoce el derecho a la protección de la salud; el artículo 45, que reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado; y el artículo 49, que asegura una política de previsión y tratamiento de los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos. Según el FJ 2 del Auto:

"Tampoco es admisible la alegación de que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial, debido al incumplimiento de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 24, 39, 43, 45 y 49 de la Constitución. Este Tribunal ha señalado reiteradamente que el contenido del derecho a la tutela judicial comprende los de acceder a los Jueces y Tribunales, proponer y practicar prueba, y obtener una decisión fundada en Derecho; de ninguno de los cuales se alega que hay sido privado el recurrente. *Por lo que se refiere a los artículos 39, 43, 45 y 49 de la Constitución, no dan lugar a derechos susceptibles de protección por el procedimiento de amparo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y su pretendida violación por la Sentencia impugnada no es por tanto admisible para iniciar un procedimiento de este tipo*".

Es cierto que los artículos 39, 43, 45 y 49 no son invocables en amparo *aisladamente*, pero ello no impide a que se invoquen *en combinación* con otros que sí lo son (como es el caso del artículo 24). En este sentido, el propio TC entró a examinar y valorar la alegación basada

con apoyo en el artículo 39 CE en el recurso de amparo que dio origen a la *STC 7/1994, de 17 de enero, en el caso pruebas de paternidad*⁸⁷.

La no consideración del derecho a la igualdad (artículo 14) resulta todavía más criticable si tomamos en consideración la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal europeos de Estrasburgo en materia de igualdad y la del TJCE relativa a la aplicación del principio de igualdad a la política medioambiental; por añadidura, el propio TC ha destacado el alcance de la igualdad (la que hemos denominado "igualdad política") como principio estructural que debe estar presente en el sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente (*STC 102/1995, FJ 8*):

"Lo básico incorpora la acepción de fundamento o apoyo principal de algo, con vocación por la esencia, no de lo fenoménico o circunstancial, cuya finalidad consiste en 'asegurar, en aras de intereses generales superiores a los de las Comunidades Autónomas, un común denominador normativo' (*STC 48/1981*) y, en la materia que nos ocupa, 'el encuadramiento de una política global del medio ambiente' (*STC 64/1982*), haciendo viable la solidaridad colectiva y garantizando su disfrute por todos, así como el correlativo deber de conservación, en régimen de igualdad (artículo 45 CE)".

Quizá un apunte jurisprudencial en favor del potencial juego del artículo 14 CE podría verse la *STC 25/1989, de 3 de febrero de 1989*, mediante la que se resolvió un recurso de amparo (el núm. 833/83) en el que se debatieron cuestiones medioambientales. Tal recurso lo presentó un particular contra la *Orden del Ministerio de Industria y Energía de 25 de abril de 1983, modificada por Orden Ministerial de 4 de mayo del mismo año, por la que se distribuye entre las explotaciones subterráneas el complemento de precio autorizado para los carbones destinados a centrales térmicas y se establece una nueva fórmula del lignito negro con el mismo destino*. El recurrente alegaba discriminación por tratar de forma desigual a las empresas con explotaciones a cielo abierto (en

87 Como es conocido, el TC venía a acabar con una jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) según la cual la negativa del varón a someterse a las pruebas biológicas de reconocimiento de paternidad no le acarrearía consecuencia jurídica alguna. Tal pronunciamiento provocó malentendidos y reacciones en el seno del TS. Según el TC, en el eventual conflicto entre el invocado derecho por el demandado a la integridad física (artículo 15 CE) y a la intimidad (artículo 18) para justificar su no sometimiento a las pruebas referidas, de un lado, y la alegación de la recurrente en amparo del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24 CE), de otro lado, era dado pensar que la correcta ponderación de los bienes jurídicos en juego se decantara razonablemente por el resultado alcanzado, dado que la CE da cobertura a la exigencia de dichas pruebas (y, en caso de negativa, la asunción de la paternidad), tanto con apoyo en el deber de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE) como, sobre todo, en la protección de los hijos y en los correlativos deberes de los padres (artículo 39 CE).

relación a las subterráneas) suministradoras del citado carbón. Esta sentencia, pese a haber concluido con un fallo desestimatorio, es importante por cuanto, al menos, fue declarado admisible el asunto en relación al motivo basado en el artículo 14 CE; sin duda encubría, por así decirlo, una demanda de amparo en favor del derecho de propiedad y la libertad de empresa del recurrente, que se vieron limitados de manera justificada (entre otras razones, por el medio ambiente) según el TC (FJ 3):

"A los objetivos (de la medida adoptada) (...) se suman los de fomento de empleo y protección del medio ambiente, que avalan también el propósito expresamente declarado en el referido preámbulo (de la Orden controvertida), de no estimular las explotaciones a cielo abierto.

(...) En este contexto, la distinción entre explotaciones subterráneas y a cielo abierto resulta razonablemente justificada y no puede considerarse discriminatoria. De un lado, porque los objetivos perseguidos con la medida impugnada responden a principios rectores de la política económica constitucionalmente fijados, ya que, como el Abogado del Estado señala, tal distinción deriva de la necesidad de estabilizar el sector (artículo 40.1), equilibrando y armonizando su desarrollo (artículo 131.1) y velando por una utilización racional de estos recursos naturales (artículo 45.2), y es asimismo congruente con una política de fomento de empleo (artículo 40.1) y de protección del medio ambiente (artículo 45.1), y, de otro, porque la medida adoptada es coherente con dichos objetivos, aparece económicamente fundada, y no puede calificarse de arbitraria o irrazonable".

Con posterioridad, en cambio, ese apunte jurisprudencial no se ha confirmado. Así, una demanda muy semejante (recurso de amparo núm. 976/87) fue declarada inadmisibile mediante el *Auto núm. 1187/1987*. En éste se resolvía una demanda de amparo interpuesta por unos particulares contra la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1987, y contra el *Real Decreto 1644/1981 de 3 de agosto, declarado conforme a Derecho, sobre modificación de la reglamentación técnico-sanitaria de mataderos*, por presunta vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 14 y 24.1 CE⁸⁸.

D) Relevancia de la doctrina de la *Drittwirkung* para la protección del derecho al medio ambiente

⁸⁸ El FJ 2 del *Auto 1187/1987* condensa el núcleo del razonamiento del TC: "En realidad, los recurrentes fundamentan la alegada inconstitucionalidad del recurso en muy diversos preceptos constitucionales (artículos 1.1, 9.1, 14, 38, 43.1 y 2, 45, 51.1, 103, 105 y 106.1 CE), de los cuales sólo el artículo 14 CE es susceptible de amparo".

Sin perjuicio de la mayor o menor amplitud de la noción de poder público⁸⁹, la asunción de la doctrina de la *Drittwirkung* en esta materia tiene tanta más importancia cuanto que un gran número de atentados contra el medio ambiente provienen de particulares, como ocurrió en el caso *López Ostra*. El TC también ha puesto de relieve la procedencia privada, no pública, de los citados atentados (*STC 102/1995*, FJ 7):

"La protección consiste en una acción de amparo, ayuda, defensa y fomento, guarda y custodia, tanto preventiva como represiva. (...) Pues bien, en el caso del medio ambiente se da la paradoja de que ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desafueros y desaguisados que lo degradan, en beneficio también de los demás hombres, y de las generaciones sucesivas".

A la vista de todo lo anterior, lógicamente, hemos de concluir que en España no se ha tenido en cuenta la naturaleza del derecho al medio ambiente como verdadero derecho subjetivo, siquiera sea en conexión con otros derechos: en concreto, resulta revelador el fondo del *asunto López Ostra*. En efecto, la jurisprudencia constitucional española (y la del resto de Tribunales de justicia) habría de reconocer la efectividad de tal derecho, cuando proceda, por la vía de la protección de la integridad física (artículo 15) o por la vía del derecho a la vida privada y familiar (artículo 18 CE), sin cerrar el paso a otras posibilidades ya estudiadas. En otro caso, la prevalencia del enfoque orgánico, claramente perceptible a la luz de los conflictos competenciales, vuelve a convertir al medio ambiente en una exigencia de política estructural (que también lo es), olvidando que la política no tiene sentido si no está al servicio de las personas y, consecuentemente, de sus derechos.

⁸⁹ Sobre el alcance de la noción de "poder público" en la jurisprudencia constitucional, véase la *STC 35/1983*, de 14 de mayo. Según su FJ 3: "La noción de *poder público* que utiliza nuestra Constitución (artículos 9, 27 a 41, 44 a 55, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo. (...) La necesidad de hacer más flexible el funcionamiento de estos entes interpuestos puede aconsejar el que se dé a su estructura una forma propia del Derecho privado y que se sometan a éste los actos empresariales que debe llevar a cabo para el ejercicio de su función, pero ésta, en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, según dispone el artículo 53.1 de ésta y, en consecuencia, los ciudadanos protegidos también frente a ella con los instrumentos que el ordenamiento les ofrece para salvaguardarla de sus derechos fundamentales frente a los actos del poder".

CAPITULO IX. MARCO COMUN MINIMO DE LIBERTAD: LA LIBERTAD DE INFORMACION Y LOS MEDIOS DE COMUNICACION

SUMARIO:

I.-A MODO DE INTRODUCCION

II.-LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE LIBERTAD INFORMATIVA

III.-LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA Y EL FORTALECIMIENTO DEL PLURALISMO INFORMATIVO: 1.-Relevancia de la libertad de información en el Estado de Derecho. 2.-El sujeto de la libertad de información. 3.-Objeto y contenido de la libertad de información. 4.-La libertad de crear medios de comunicación como facultad comprendida en la libertad de información.

IV.-NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE LIBERTAD DE INFORMACION

V.-JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: LIBERTAD DE INFORMACION FRENTE A MONOPOLIO PRIVADO: 1.-El alto reconocimiento teórico del derecho la información versus la parca eficacia práctica del mismo. 2.-El pluralismo informativo y la persecución de los monopolios privados.

VI.-LA LIBERTAD DE INFORMACION EN ESPAÑA A LA LUZ DE LAS EXIGENCIAS EUROPEAS Y LAS DUDAS SOBRE SU INTERPRETACION CONFORME AL MARCO COMUN MINIMO DE LIBERTAD: EN ESPECIAL, EL CASO DE LA TELEVISION: 1.-Normativa nacional. 1.1.-Disposiciones constitucionales. 1.2.-Legislación de desarrollo. 2.-La jurisprudencia constitucional en la materia. 2.1.-El derecho de información como manifestación del marco mínimo de libertad, y su contribución a la realización del marco mínimo de igualdad y de tolerancia. 2.2.-La libre creación del medio como manifestación de la libertad de información: en particular, la iniciativa televisiva privada.

I.-A MODO DE INTRODUCCION

Ya es t3pico referirse a la libertad de expresi3n como piedra angular o clave de b3veda de cualquier Estado de Derecho¹. Por ello, no resulta inadecuado justificar el car3cter m3nimo de la libertad de informaci3n como m3nimo de libertad a partir del cual adquieren mayor sentido el resto de derechos y libertades, recordando unas palabras de la organizaci3n m3s universal emitidas en los comienzos de su andadura, sin perjuicio de la insistencia en tal car3cter por parte de la doctrina². En efecto, en la *Resoluci3n 59 (1) de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada en 1946*³ se declaraba que

"la libertad de informaci3n es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales est3n consagradas las Naciones Unidas".

Desde la perspectiva justificadora de nuestro estudio, el profesor Ram3rez ha destacado recientemente que "estamos ante un derecho comprensible, yo dir3a que insustituible desde el conjunto pol3tico-jur3dico que sostiene a la actual f3rmula de Estado social y democr3tico de Derecho. (...) Ese Estado de Derecho, insisto, tiene como fundamento s3lido, sin duda ninguna, el derecho a una informaci3n"⁴.

¹ Ya en la Declaraci3n francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 se reconoc3a en el art3culo 11 que "la libre comunicaci3n de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos m3s preciosos del hombre".

² En un reciente trabajo, la profesora S3nchez Ferriz ha insistido en que el derecho a la informaci3n "no es tan s3lo un derecho fundamental; yo dir3a que el derecho a la informaci3n (respecto de los derechos de participaci3n y e los derechos pol3ticos) es, al igual que el Tribunal Constitucional afirm3 del derecho a la vida (respecto de todos los derechos fundamentales o de todos los derechos de la persona), un *presupuesto* de su misma existencia. Sin 3l, dif3cilmente pueden ejercerse de manera libre y responsable los derechos de participaci3n". V3ase R. S3nchez Ferriz, "El derecho a la informaci3n en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *El derecho a la informaci3n*, Fundaci3n Centro de Estudios Pol3ticos y Constitucionales Lucas Mallada, Zaragoza, Libros P3rtico, n3m. 1, 1995, p3g. 45.

³ Esta Resoluci3n aparece expresamente mencionada en la *Declaraci3n sobre los principios fundamentales relativos a la contribuci3n de los medios de comunicaci3n de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensi3n internacional, a la promoci3n de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitaci3n a la guerra, proclamada el 28 de noviembre de 1978 por la Conferencia General de la UNESCO*.

⁴ M. Ram3rez, "Reconocimiento constitucional y vertiente sociopol3tica", en *El derecho a la informaci3n*, Fundaci3n Centro de Estudios Pol3ticos y Constitucionales Lucas Mallada, Zaragoza, cit., p3g. 33.

Por otra parte, en el capítulo primero aludimos al concepto de generación para referirnos al marco histórico en el que surgieron las distintas categorías de derechos y libertades. También dejamos apuntado entonces que cada grupo de derechos, una vez consagrado, no ha permanecido en estado sincrónico, sino que ha ido modelándose según las circunstancias de cada momento histórico⁵. Esta evolución, este acontecer diacrónico, ha sido especialmente perceptible en el caso del derecho a la información: si en la originaria formulación liberal suponía la libertad de cada individuo para expresarse, tarea tanto más fácil si se disponía de recursos para imprimir, en el Estado social y democrático actual se subraya el deber del Estado de facilitar el flujo de información, habiéndose mantenido por algunos autores que tal liberal constituye un derecho social e, incluso, un derecho de prestación⁶.

En lo que nos afecta, para examinar el marco común mínimo de libertad, lógicamente vamos a abordar los problemas actuales de la libertad de información entendida en su originaria versión liberal como derecho cívico-político, esto es, *la libertad de expresarse creando los propios medios de comunicación*. En otras palabras, vamos a ocuparnos de la conocida como libertad de antena, también denominada libertad de empresa informativa desde el momento en que confluyen aspectos económicos e informativos. La conjunción de estos dos factores, por lo demás, no es un hecho nuevo⁷; al contrario, siempre ha dado lugar a controversias⁸. En cualquier caso, por lo que respecta a la vertiente

⁵ Puede verse al respecto J. M. Desantes Guanter, "De la libertad de expresión al derecho a la información", *Persona y Derecho*, núm. 24, 1991.

⁶ Como derecho social ha sido calificada por Fernández Miranda, habiéndose tildado de derecho de prestación por García de Enterría.

⁷ Como recuerda el profesor de Carreras, "ya a mitad del siglo XIX los periódicos tienen que recurrir ineluctablemente, por razones económicas, a la publicidad, lo cual implica que desde el exterior de la misma empresa se puede influir en el contenido informativo y de opinión" (F. de Carreras Serra, "La libertad de expresión: un derecho constitucional", en *Anuario 1990 monográfico sobre "Libertad de expresión"*, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universitat Autònoma de Barcelona, pág. 18).

⁸ Ello ha obedecido, entre otros motivos, a la trascendencia de la información como cuarto poder y la consiguiente importancia de detentar el control de la misma. Además, tras la libertad de antena se hallan en gran medida confrontadas dos libertades: la libertad de prensa y la libertad de empresa. Es decir, de un lado, el derecho de informar, de ser informado y de buscar información de una manera imparcial, objetiva y plural. De otro lado, el derecho a ejercer la actividad económica tendente a crear los propios medios de comunicación. Un eventual conflicto entre ambas libertades habrá de ponderar que la primera encierra una garantía institucional básica, cual es la formación de la opinión pública libre. Otras voces, en cambio, opondrán la idea de mercado como susceptible de configurar asimismo una garantía institucional. Las dos libertades han sido objeto de atención y protección, de debate y de combate. En efecto, la primera ha servido de pretexto

informativa, no debe olvidarse que el intercambio de información es una actividad primaria o, como dice de Esteban, "vivir en sociedad es, antes que nada, comunicar"⁹. Ello justifica también desde este punto de vista el marco común mínimo de libertad que pretendemos esbozar; a este marco, desde luego, no es ajeno la poderosa influencia de los medios de comunicación y en especial, la televisión, a cuya problemática dedicaremos buena parte del capítulo.

Ahora bien, realizada la opción en favor del estudio de la libertad de información desde la perspectiva del valor libertad y del Estado de Derecho¹⁰, la interpretación integral de la fórmula estatal objeto de estudio nos obliga a apuntar que la realización de la libertad de información no puede descuidar la consolidación paralela de los valores igualdad y solidaridad (tolerancia) en el marco del Estado social y democrático respectivamente. Precisamente, aunque nuestras reflexiones se van a centrar en la libertad de crear medios de comunicación (como manifestación del valor libertad) y su grado de respeto en el ámbito interno a la luz de la normativa europea, no será difícil percibir que el respeto de tal libertad se proyecta igualmente en la satisfacción paralela del valor igualdad (a través del derecho de acceso a los medios respetando el pluralismo social) y del valor tolerancia (por la vía, por ejemplo, de la no propaganda racista o xenófoba).

Para la consolidación del *consenso de Derecho*, queda claro que sólo se precisa que el Estado no obstaculice la libre creación de medios de comunicación imponiéndole restricciones incluso ante la falta de regulación (lo no previsto estaría prohibido), como ha ocurrido en el caso de la televisión por cable en España hasta fechas recientes.

Además, para procurar la profundización en el *consenso social*, el Estado debe intervenir en vista a favorecer la faceta pasiva del derecho de información (el derecho de ser informado), tal como se recoge en los textos nacionales (artículo 20.1.d CE¹¹) y en los internacionales de derechos humanos (de manera notoria sendos artículos 19 de la DUDH y del

durante cierto tiempo para mantener monopolios públicos de radiodifusión. El necesario pluralismo de la sociedad ha conducido a que la iniciativa pública deje paso también a la iniciativa privada, en un equilibrio pretendidamente ideal en donde se garanticen y compatibilicen las dos libertades referidas. Sin embargo, el avance de esta última tendencia ha supuesto trasladarse al polo opuesto, es decir, enfrentarse al peligro de los monopolios u oligopolios privados, que atentan también contra el pluralismo.

⁹ De Esteban, *Por una comunicación democrática*, Valencia, 1976, pág. 19.

¹⁰ Véase M. Saavedra López, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.

¹¹ Según el artículo 20.1.d) CE "Se reconocen y protegen los derechos: (...) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión".

PIDCP)¹². Al margen de estos preceptos generales, tanto la Norma Fundamental española como la normativa internacional (y europea, en particular) contienen formulaciones más específicas: en cuanto a la primera, el artículo 105.b) CE consagra el derecho de acceso a los archivos y registros públicos, por no entrar en el fundamental derecho de toda persona de ser informada de la acusación formulada contra ella (artículo 24.2 CE). El CEDH contiene una fórmula similar en el artículo 6.3.a)¹³, así como el artículo 14.3.a) PIDCP.

En fin, corresponde al Estado velar por forjar un *consenso democrático* en que los medios de comunicación faciliten la integración social y el espíritu de tolerancia necesarios, hasta el punto de reprimir la propaganda en favor del racismo y la xenofobia. Este delito ha sido, precisamente una de las novedades más interesantes del nuevo Código Penal español. En cuanto a la normativa internacional, el artículo 20.2 PIDCP castiga "toda apología del odio nacional, racial o religioso". En el marco europeo, el Plan de acción que acompaña a la Declaración adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países del Consejo de Europa el 9 de octubre de 1993 solicita "de los profesionales de los medios de comunicación que presenten sus reportajes y comentarios sobre los actos de racismo e intolerancia de manera objetiva y responsable, así como que intenten la elaboración de códigos de deontología profesional que reflejen estas exigencias". Nadie pone en duda la necesidad de que se consiga un consenso democrático en este terreno, ante los brotes de intolerancia que vive la sociedad europea actual.

II.-LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE LIBERTAD INFORMATIVA

La disposición clave que consagra la libertad de información en el marco del Consejo de Europa viene recogida en el artículo 10 CEDH:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de

¹² En virtud del artículo 19 DUDH "este derecho (a la libertad de opinión y de expresión) incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y *recibir informaciones y opiniones* y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". A tenor del artículo 19 PIDCP, "este derecho comprende la libertad de buscar, *recibir* y difundir *informaciones e ideas* de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

¹³ Esta disposición convencional, por cierto, ha dado lugar a una de las más recientes sentencias del TEDH contra España (que no resultó condenada), el *caso Gea Catalán de 10 de febrero de 1995*, Serie A, núm. 309.

comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

Por otra parte, la relevancia de tal derecho llevó al Comité de Ministros a adoptar una *Declaración sobre la libertad de expresión y de información* en su 70 Sesión, el 29 de abril de 1982.

Más recientemente, como dijimos, en la *Declaración y Plan de Acción de Viena de 9 de octubre de 1993*, se insta (en el punto 5 del Plan de Acción) a los profesionales de los medios de información a que ejerzan su trabajo con sentido de responsabilidad actuando con arreglo a un código deontológico que evite cualquier propaganda racista o xenófoba.

En fin, la normativa europea contiene asimismo una formulación paradigmática desde el prisma del consenso social europeo, al contemplar en el artículo 9 CSE el ejercicio efectivo del derecho a la orientación profesional como medio auxiliar indispensable para la inserción en el mercado de trabajo¹⁴.

III.-LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA Y EL FORTALECIMIENTO DEL PLURALISMO INFORMATIVO

1.-Relevancia de la libertad de información en el Estado de Derecho

El bloque normativo citado ha venido desarrollado por los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que sobre el artículo 10

¹⁴ En este marco, el Comité de expertos de la CSE "ha insistido en la importancia de la orientación profesional en una economía moderna, especialmente en período de recesión económica, y la ha definido como el servicio que ayuda a todas las personas a resolver los problemas relativos a la elección de una profesión o al avance profesional, teniendo en cuenta las características y las aspiraciones legítimas del interesado y de la relación entre éstas y las posibilidades del mercado de trabajo. (...) El Comité apreciaría poder conocer el montante total de los gastos públicos dedicados a los servicios de orientación profesional" (*Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, cit., pág. 97).

CEDH han emitido los órganos tutelares del CEDH, llevando a cabo una "expansiva interpretación"¹⁵. A título de ejemplo, en el *caso Castells contra España de 23 de abril de 1992*, el TEDH subrayó que

"no hay que olvidar el papel eminente de la prensa en un *Estado de Derecho*" (párrafo 43).

Con anterioridad, la instancia jurisdiccional con sede en Estrasburgo tuvo ocasión de pronunciar una frase que ha hecho fortuna en el *caso Handyside contra Reino Unido de 7 de diciembre de 1976*, afirmando la trascendencia de la libertad de expresión como

"uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual" (párrafo 49)¹⁶.

Como apuntábamos, el artículo 10 CEDH ha servido de base a una gran cantidad de sentencias del TEDH. De ellas, en dos casos (sobre los que volveremos) se ha visto involucrada España: primero, en el mencionado *caso Castells de 23 de abril de 1992* y, dos años después, en el *caso Casado Coca de 24 de febrero de 1994*, sobre restricciones a la libertad de expresión de los abogados.

¹⁵ Sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad de expresión, pueden verse estos dos trabajos en castellano: P. Durán y Lalaguna, "El tratamiento de la libertad de expresión en la jurisprudencia europea", en *Historia y Derechos. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Arcadio García Sanz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995; F. Fernández Segado, "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, 1990; C. Gay Fuentes, "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional Español", *Revista de Administración Pública*, núm. 120, 1989; y M. Lezertúa Rodríguez, "El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal europeo de derechos humanos", en *Cuadernos de Derecho judicial. La jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, Madrid, CGPJ, 1993.

¹⁶ Para un acercamiento a esta sentencia de 7 de diciembre de 1976, así como a la sentencia *Sunday Times* de 26 de abril de 1979 y a la sentencia *Barthold* de 25 de marzo de 1985, véase J. Cremades, "La defensa de la libertad de expresión en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho*, núm. 558, marzo 1991. En el caso *Handyside*, el demandante había sido condenado por las autoridades británicas por ir contra la moral pública inglesa y el respeto a la infancia, al editar el *Libro Rojo del Cole*, sobre educación sexual para niños, una publicación que fue secuestrada por considerarse obscena. El señor *Handyside*, tras agotar la preceptiva vía interna, acudió a las instancias de Estrasburgo alegando violación de su derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 CEDH. El TEDH no le dio la razón, considerando justificada la ingerencia estatal, por el gran margen de apreciación de que disponen las autoridades internas en este ámbito. Véase, con carácter general, para comprender el contexto de los asuntos británicos, S. Sánchez González, "Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón", *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992.

2.-El sujeto de la libertad de información

Según el CEDH, el titular del derecho del que nos ocupamos es universal, toda vez que el artículo 10 se refiere a que "*toda persona* tiene derecho a la libertad de expresión". Dicho esto, es obvio que quienes más ejercen este derecho son los profesionales de la información, pero de ello no se deriva privilegio alguno. Es decir, jurídicamente no existe ninguna discriminación entre los periodistas y el resto de ciudadanos en cuanto al acto formal de informar, sino sencillamente son aquéllos los que, por razón de su profesión, ejercen ese derecho (que para ellos también es deber) de manera más habitual¹⁷. Esa discriminación, por lo demás, está prohibida por el artículo 14 CEDH cuando prescribe que el goce de los derechos y libertades convencionales "ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de (...) *opiniones políticas u otras*".

Expuesto lo anterior, se impone realizar unas matizaciones a esa universalidad subjetiva.

De un lado, "toda persona" cubre a las personas físicas y a las jurídicas. Esto es fácilmente perceptible con tan sólo reparar en el sujeto demandante en un asunto concreto. Así, en el *caso Schwabe contra Austria de 28 de agosto de 1992*, el demandante fue un particular¹⁸. Por su parte, la iniciativa partió de una persona jurídica en el *caso The Sunday Times de 26 de abril de 1979*¹⁹.

17 Aunque no en el ámbito europeo, sino español, es ilustrativa al respecto la STC 30/1982, de 1 de junio, en la que se reconoce que "el principio de publicidad de los juicios implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general; proyección que sólo puede hacerse efectiva con la asistencia de los medios de comunicación social en su función de intermediarios...". Así, el hecho de que se acredite a los periodistas para acceder a la sala de audiencias no es un privilegio gracioso. En el mismo sentido, ha dicho Cohen-Jonathan que "la libertad de buscar libremente informaciones es naturalmente fundamental para los periodistas y corresponsales de prensa" (G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pág. 451)

18 En el fondo del asunto se halla la demanda de un ciudadano austríaco que había sido condenado en su país por difamación a un político compatriota suyo y por traer nuevamente a la luz pública una condena que había sufrido dicho político en el pasado al provocar un accidente mortal de tráfico. El TEDH amparó al señor Schwabe en su derecho a la libertad de expresión.

19 Este caso versó sobre el llamado escándalo de la talidomida, un producto farmacéutico que había provocado numerosas deformaciones físicas a los niños nacidos de las madres que habían tomado dicho producto estando encintas. El periódico británico preparó un reportaje sobre tal asunto (que se hallaba en litispendencia) que fue censurado por las autoridades del Reino Unido, aduciendo que ello constituía un pseudoproceso que era contrario a la regla

De otro lado, el TEDH ha establecido una diferenciación entre personas públicas y privadas. En particular, esa delimitación la ha llevado a cabo en asuntos en que entraban en escena personajes políticos. En el *caso Lingens contra Austria de 8 de julio de 1986*, el demandante había sido condenado por las autoridades austríacas por considerar injuriosa su actitud respecto al Canciller austríaco de aquel momento. El señor Lingens invocaba su derecho a la libertad de expresión, considerando no justificada la ingerencia de las autoridades austríacas. El TEDH, tras darle la razón al demandante y, consiguientemente, condenar al Estado austríaco, mantuvo que

"Los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular" (párrafo 42).

¿Qué comentario nos podría sugerir lo que antecede? Alguien podría verse tentado de decir que los personajes públicos (en este caso, los políticos) sufren discriminación en relación al resto de ciudadanos, al tener que soportar mayor grado de crítica y, por ende, ver disminuido su derecho al honor, a la imagen o, eventualmente, a la intimidad²⁰. Sin embargo, esa diferencia puede considerarse objetiva y razonable, pues también ellos poseen mayores posibilidades de acceder a los medios de comunicación y de expresarse que el hombre de la calle. Además, y en sentido inverso, sí se produce una prerrogativa (que a veces se torna en privilegio, dependiendo de la normativa de cada país) en favor de ellos cuando son parlamentarios y gozan de la inviolabilidad.

Y, en tercer lugar, se produce una tercera matización respecto de los funcionarios públicos. En cuanto a éstos, el TEDH ha reconocido que pueden sufrir restricciones a su libertad de expresión por razón de su

de common law de salvaguarda de la imparcialidad y autoridad judiciales ("contempt of court"). El periódico demandante vio reconocido su derecho a la libertad de información ante el TEDH. Un supuesto de hecho similar, en el ámbito español, se sustanció en la *STC 35/1983, de 11 de mayo*. En este caso, los demandantes vieron denegado su recurso de amparo, en la medida en que las informaciones sobre el *asunto de las partidas de aceite de colza desnaturalizado* debían prevalecer sobre el derecho al honor de aquéllos (presuntos implicados en tal asunto). Para poner de relieve la importancia del derecho a la información, el TC cita expresamente el *caso Sunday Times* del TEDH.

²⁰ R. Sánchez Ferriz ha delimitado claramente estos conceptos en su trabajo "Las libertades de expresión y de información y los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen", en el colectivo *Información y libertades públicas en España*, Universidad Complutense de Madrid, Cursos de Verano de El Escorial, 1989. Para un acercamiento a este conflicto de derecho en lo que afecta a un colectivo vulnerable como es la infancia, véase B. S. Tomás Mallén, "Información versus intimidad de los niños", en *Historia y Derecho. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Arcadio García Sanz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

cargo. Así sucedió en los dos asuntos ya mencionados contra Alemania (el caso *Kosiek* y el caso *Glazenapp*, ambos de 28 de agosto de 1986), que versaron sobre expulsión de la función pública docente por militancia o pertenencia a formaciones políticas radicales y supuestamente antidemocráticas. Fueron casos muy debatidos, dado que el artículo 10 CEDH no acoge explícitamente una restricción a los funcionarios como la prevista en el artículo 11 CEDH, relativo a los derechos de asociación y de reunión²¹. Como vimos, en el asunto *Dorothea Vogt contra Alemania*, la Comisión entendió en su informe de 30 de noviembre de 1993 que hubo violación de los derechos a la libertad de expresión (artículo 10 CEDH) y a la libertad de asociación (artículo 11 CEDH) de la demandante, expulsada de la función pública docente por su sola pertenencia al Partido Comunista Alemán. La posterior sentencia del TEDH vino a confirmar el citado informe de la Comisión.

En otro orden de consideraciones, Mourgeon se ha mostrado muy reticente a la utilización de la "obligación de reserva" de los funcionarios como principio derogatorio del principio de libertad²². Si seguimos este razonamiento, parece que los abogados configuran otro colectivo que, sin formar parte del funcionariado, sí cumplen funciones públicas como auxiliares de la administración de justicia²³. Por tanto, los abogados gozan de una libertad de expresión idéntica a la de los demás ciudadanos cuando actúan en calidad de tales. No ocurre igual, en cambio, cuando ejercen como abogados, pues en este caso su profesión les exige un deber de reserva no sólo para salvaguardar los recíprocos derechos de sus clientes sino también en favor de la buena administración de justicia. En este sentido, los órganos tutelares del CEDH han tenido oportunidad de pronunciarse sobre las limitaciones impuestas a la libertad de expresión de los abogados para salvaguardar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial, así como los intereses corporativos de los propios letrados²⁴.

21 Este precepto prevé en su apartado 2 que "el presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la *Administración del Estado*".

22 J. Mourgeon, *Les droits de l'homme*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"), núm. 1728, 5a ed. 1990, pág. 103: "Ya se invoque, a guisa de justificación, la sumisión al Gobierno o, de manera más maliciosa, las exigencias del servicio público, resulta que centenas de miles de individuos no son 'hombres' en el sentido del preámbulo de la Constitución, porque su libertad de expresión no es sino lo que un juez quiere que sea".

23 Esas funciones públicas, como vimos, han llegado a erigirse en causa justificativa para imponer a los abogados la defensa, sin contraprestación económica, de determinadas personas carentes de recursos suficientes (*caso Van der Musselle contra Bélgica de 23 de noviembre de 1983*).

24 Así por ejemplo, en la *decisión de 5 de diciembre de 1982* (no publicada), la Comisión estableció que "una sanción dirigida al tiempo a proteger la reputación de la profesión

3.-Objeto y contenido de la libertad de información

En este epígrafe vamos a examinar el alcance de la libertad de información desde una doble vertiente: por una parte, el contenido o tipos de mensajes que alberga este derecho y, por otra parte, las facultades que se comprenden en el mismo.

A) Contenido de la libertad de información

En cuanto al *contenido*, el artículo 10 CEDH hace alusión a la libertad de "opinión" y a la comunicación de "informaciones o ideas". Ciertamente, podemos distinguir estos tres tipos de mensajes: las "informaciones" se refieren a hechos, por lo que se trata de una noción objetiva (manifestaciones del mundo exterior del sujeto que ejerce el derecho). Al contrario, las "opiniones" y las "ideas" poseen un carácter subjetivo; aquéllas tienen que ver con un juicio (fuero interno) del sujeto sobre una circunstancia objetiva (externa al sujeto), mientras éstas son exclusivamente una manifestación del mundo interior del sujeto.

En cualquier caso, el TEDH no ha extraído consecuencias prácticas de la distinción apuntada, toda vez que ha realizado un tratamiento unitario (monista) de los distintos tipos de mensajes, a diferencia de la jurisprudencia constitucional española, según veremos más tarde.

jurídica y a garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial constituye un fin legítimo en el sentido del artículo 10.2 CEDH". Por su parte, el TEDH en el *caso Weber contra Suiza de 22 de mayo de 1990*, estimó la demanda de un abogado, destacado miembro de una organización ecologista, que había sido sancionado por violar el secreto sumarial informando al público en una conferencia de prensa de la existencia de un proceso por difamación que había iniciado contra R.M., circunstancia que ya era conocida por la opinión pública, así como de la demanda de recusación presentada contra el juez instructor y la querrela formulada contra este último por abuso de poder. En cuanto a las reglas restrictivas para la tutela del propio colectivo de abogados, ya hemos mencionado el *caso Casado Coca contra España de 24 de febrero de 1994*. Sobre las limitaciones, en general, a la libertad de expresión puede consultarse el capítulo III ("Les limitations à la liberté d'expression") del libro de J. Morange, *La liberté d'expression*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"), núm. 2751, 1ª ed. París, 1993, págs. 71-110. Sobre las limitaciones referidas en particular al CEDH, véase R. Ryssdal, "The limits of freedom of expression in a democratic society: examples from the jurisprudence of the Court", en *Seminar on Human Rights and Journalism-Proceedings*, Council of Europe, Strasbourg, 1987. Para acercarse a las concretas restricciones impuestas a los abogados, véase el epígrafe VII ("Las limitaciones impuestas a la libertad de expresión de los abogados para proteger la autoridad y la imparcialidad del poder judicial") del trabajo de J. J. López Ortega, "La libertad de información y el proceso penal a la luz de la doctrina del TEDH", *Justicia* 92, núm. I, 1992. Véase asimismo F. Gutiérrez-Alviz Conradi, "El abogado y la lealtad procesal", *Justicia* 92, núm. IV, 1992.

Lo que sí ha perfilado el TEDH, con un criterio extensivo (como no podía ser menos, por hallarnos ante un derecho fundamental), ha sido las distintas manifestaciones que pueden adoptar los anteriores mensajes, dado que el artículo 10 CEDH no las precisa. En esta línea, el TEDH ha aclarado que no sólo las ideas políticas, sino también otro tipo de ideas, como las comerciales o las artísticas, se hallan incluidas en el ámbito de aplicación y, por tanto, protegidas por la citada disposición.

Casos claros de protección de las *ideas políticas* los constituyen los que dieron lugar a la *sentencia Lingens contra Austria*, a la *sentencia Schwabe contra Austria*, y a la *sentencia Castells contra España*. En la primera de ellas, el TEDH destacó que la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos, de forma que "la libertad de controversia política" pertenece al corazón mismo del concepto de "sociedad democrática" que inspira el CEDH.

En cuanto a los *mensajes comerciales*, ya quedó atisbado que los mismos quedaban dentro del campo de aplicación del artículo 10 CEDH en el *caso Barthold contra Alemania de 25 de marzo de 1985*, si bien al final no aprovechó la ocasión para pronunciarse explícitamente al respecto²⁵. De manera indubitada, en cambio, se pronunció en tal sentido en el *caso Markt Intern Verlag y Klaus Beermann contra Alemania de 20 de noviembre de 1989*; en su párrafo 24 señaló que

"las informaciones de carácter comercial no pueden ser excluidas del ámbito del artículo 10 CEDH, el cual no resulta aplicable solamente a ciertas categorías de informaciones o ideas".

No obstante, de estos casos²⁶ parece deducirse que los mensajes publicitarios no han de constituir la base de lo expresado, sino contenido secundario que acompañe a la información principal. Será en la *sentencia*

25 J. de Meyer, "La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression", en el colectivo *Jurisprudencia europea en materia de derechos humanos (Jornadas celebradas en Bilbao del 7 al 10 de septiembre de 1990)*, Bilbao, Gobierno Vasco, 1991. Señala el autor que "en el asunto Barthold, declaró -el TEDH- no querer zanjar la cuestión, pero sin embargo pareció ya resolverla implícitamente" (pág. 239).

26 En ambos casos se planteó la eventual realización de actos de competencia desleal por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión. En el caso Barthold, por un veterinario de Hamburgo en relación a los demás miembros de la profesión. En el segundo, en las relaciones entre empresas distribuidoras y vendedoras de cosméticos. En cuanto al primero, el señor Barthold era un veterinario de Hamburgo que, en el curso de una entrevista que le realizó un diario de dicha ciudad sobre los servicios nocturnos de atención a los animales, tras poner de manifiesto la carencia de dichos servicios, aprovechó la circunstancia para ofrecer su propia clínica veterinaria. El TEDH amparó su derecho a la libertad de expresión, frente a las sanciones impuestas por las autoridades colegiales veterinarias y las autoridades jurisdiccionales alemanas.

Gropper Radio y otros de 28 de marzo de 1990 y, sobre todo, en la *sentencia Autronic de 22 de mayo de 1990*, ambas contra Suiza, en las que el TEDH se pronunciará con rotundidad y sin matizaciones sobre la publicidad como manifestación de la libertad de expresión, al sostener que no importa que el fin del sujeto activo del derecho sea lucrativa. Concretamente, en el *caso Autronic* dice el TEDH en su párrafo 47:

"Toda restricción al medio incide en el derecho a recibir la información (...). La recepción de programas televisados mediante una antena parabólica o de otro tipo afecta al ejercicio del derecho reconocido en las dos primeras frases del artículo 10.1, sin que sea necesario investigar por qué razón y con qué intención su titular desea ejercitarlo".

Estos dos últimos casos ponen de manifiesto que la libertad de empresa y la libertad de información se hallan estrechamente relacionadas en la actualidad, confluyendo ambas en la libertad de empresa informativa. Esta es el sujeto protagonista en el panorama informativo actual, puesto que el flujo de mensajes y la complejidad que les acompaña hacen difícil que destaque el particular, aunque sea un sujeto profesional.

Por otra parte, por lo que hace a los *mensajes artísticos*, el TEDH los ha considerado incluidos en la libertad de expresión de manera clara en el *caso Müller contra Suiza, de 24 de mayo de 1988*. En el párrafo 27 señala el TEDH:

"Es indudable que el artículo 10 no especifica que la libertad de expresión artística controvertida se incluya en su ámbito de aplicación; pero no distingue entre las diversas formas de expresión. Como los comparecientes reconocen, comprende la libertad de expresión artística -especialmente en la libertad de recibir y comunicar informaciones e ideas- que permite participar en el público intercambio de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales de cualquier naturaleza".

La libertad de expresión artística, por lo demás, puede venir avalada por el inciso final del apartado 1 del artículo 10, que alude a empresas de cinematografía (además de las de radiodifusión y de televisión).

B) Facultades comprendidas en la libertad de información

En relación a las *facultades* incluidas en la libertad de expresión, a tenor del artículo 10, la misma comprende "la libertad de *recibir o de comunicar*". Se trata de los denominados aspecto pasivo y aspecto activo del derecho de información respectivamente, esto es, que toda persona

tiene derecho de informar y de ser informada. Tal vez el exponente más claro del lado pasivo venga recogido, como dijimos, en el artículo 6.3,a) CEDH cuando dispone que todo acusado tiene, como mínimo, derecho a *ser informado* de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él. Así pues, existen dos facultades (recibir y comunicar) expresamente consagradas en el artículo 10.1 CEDH. Ello es obvio, pues el acto comunicativo necesita, además del mensaje, un emisor y un receptor.

La facultad de informar ha sido realizada recientemente frente a la moral, en el *caso Open Door et Dublin Well Woman contra Irlanda de 29 de octubre de 1992*. Como estudiamos (en el apartado II,1.2,A del capítulo III), esta sentencia elevó el papel fundamental de la libertad de información (en el caso concreto, de las dos agencias irlandesas dedicadas a informar sobre las posibilidades de abortar en el extranjero) frente a la moral (irlandesa).

Por otra parte, aunque no figure proclamada expresamente en esta disposición convencional, no es controvertido incluir en la misma el *derecho de investigar o de buscar información*. La jurisprudencia del TEDH así lo ha venido a corroborar en el *caso Leander contra Suecia de 26 de marzo de 1987*, cubriendo de este modo la laguna convencional, una laguna formal que no se produce en otros textos internacionales²⁷.

Más polémica, por el contrario, se ha presentado la inclusión en el artículo 10 CEDH de *la libertad de crear el medio de comunicación*, que por su interés pasamos a estudiar en epígrafe separado.

4.-La libertad de crear medios de comunicación como facultad comprendida en la libertad de información

Es quizá en el campo de la libertad de antena en donde la jurisprudencia de Estrasburgo ha experimentado una evolución más llamativa. En efecto, en un primer momento, en la tensión entre margen de apreciación estatal y doctrina europea, entre diversidad nacional y unidad europea, el TEDH se había mostrado extremadamente cauto y respetuoso en relación con los intereses nacionales²⁸. De esta manera, el

²⁷ En concreto, sendos artículos 19 de la Declaración Universal de 1948 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recogen esa facultad de buscar o investigar información.

²⁸ A título de ejemplo, véase el *caso X contra Suecia, decisión de inadmisibilidad de 7 de febrero de 1968* (demanda núm. 3071/67), *Yearbook of the European Convention...-1968*, The Haghe, 1970, págs. 456-467. En este asunto la Comisión consideró que el artículo 10 "no precisa si las empresas de radiodifusión debe ser sociedades de Derecho público o de

último inciso del artículo 10.1 CE ("el presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa") hacía gala de todo su posible juego restrictivo, y a tal juego se ha aferrado (lo avanzamos ya) el TC español.

Sin embargo, dicho planteamiento había de evolucionar, para acabar poco a poco con la insostenible situación de monopolio estatal, perjudicial para el pluralismo social e informativo.

A nuestro modo de ver, un primer paso en este sentido lo ha constituido la consideración de la publicidad como manifestación de la libertad de expresión²⁹, lo cual ha significado en cierta medida un nexo de unión entre la libertad de información y la libertad de empresa informativa.

A continuación, la jurisprudencia del TEDH comenzó a apuntar tímidamente la inclusión de la facultad de crear medios de comunicación en el artículo 10 CEDH. Esta línea quedó abierta con el *caso Groppera Radio AG y otros contra Suiza, de 28 de marzo de 1990*, el TEDH afirmó en el párrafo 55 de la sentencia que

"el progreso técnico permite a un particular captar estas emisiones -por vía de ondas hertzianas o por vía de cable- con su propio equipo; este derecho forma parte integrante del derecho de recibir informaciones, protegido por la primera y la segunda frases del artículo 10.1 del Convenio".

De forma más contundente se pronunció el TEDH en el *caso Autronic contra Suiza, de 22 de mayo de 1990*, insistiendo en que el artículo 10 CEDH protege no sólo el mensaje, sino también otros medios de transmisión o captación del mismo (párrafo 47):

"Toda restricción al medio incide en el derecho de recibir información (...). La recepción de programas televisados mediante una antena parabólica o de otro tipo afecta al ejercicio del derecho reconocido por las dos primeras frases del artículo 10.1, sin que sea necesario investigar por qué razón y con qué intención su titular desea ejercitarlo".

Recientemente se ha consolidado tal evolución, y el TEDH ha dictado una trascendental sentencia en el *caso Informationsverein Lentia y otros contra Austria, de 24 de noviembre de 1993*. En ella, el TEDH

Derecho privado, ni si puede ser establecido un monopolio en este terreno o al contrario deben coexistir diversas empresas en libre competencia" (pág. 462, considerando segundo).

²⁹ Sobre el particular, véase el citado *caso Markt Intern Verlag y Klaus Beermann contra Alemania de 20 de noviembre de 1989*.

considera contrario al artículo 10 CEDH el régimen de monopolio público de radiotelevisión en Austria, dado que

"de todos los medios para asegurar el respeto de esos valores (pluralismo y objetividad), el monopolio público impone las restricciones más fuertes a la libertad de expresión" (párrafo 39).

Tal aserción, el TEDH la razona refiriéndose a la experiencia de otros Estados europeos, con lo que *se percibe la búsqueda de un mínimo común denominador europeo* (párrafo 42):

"El razonamiento del Gobierno -austríaco- no convence al Tribunal. En efecto, tal razonamiento viene desmentido por la experiencia de algunos Estados europeos, de dimensión comparable a Austria, en donde la coexistencia de estaciones públicas y privadas, organizada según distintas modalidades y acompañada de medidas capaces de impedir posiciones monopolísticas privadas, hace vanos los temores expresados".

Esta sentencia es sumamente interesante e ilustrativa a nuestros efectos, dado que el supuesto de hecho es similar al de las sentencias de nuestro TC sobre la televisión por cable (que analizaremos después), en tanto que algunos de los demandantes solicitaban la instalación de videos comunitarios y televisiones locales por cable, y otros radios locales privadas. En cambio el TEDH, a diferencia del TC español, sí afrontó la cuestión de fondo evaluando y ponderando las eventuales limitaciones técnicas y financieras que podrían justificar la injerencia estatal, justificación que no se daba en ese caso según el órgano jurisdiccional de Estrasburgo.

En cuanto a la *limitación técnica*, el TEDH señala en el párrafo 39 de la Sentencia:

"Gracias a los progresos técnicos de las últimas décadas, las mencionadas restricciones -por los poderes públicos- ya no pueden actualmente fundarse en consideraciones relativas al número de frecuencias y de canales disponibles; el Gobierno así lo reconoce. Además, dichas restricciones en el caso presente han perdido en gran parte su razón de ser con la multiplicación de emisiones extranjeras destinadas al público austríaco y la decisión del Tribunal Administrativo de reconocer la legalidad de su retransmisión por cable. Finalmente, y sobre todo, no podría alegarse la ausencia de soluciones equivalentes menos restrictivas; a título de ejemplo, baste citar la práctica de ciertos países consistente bien en acompañar las licencias de pliegos de condiciones de contenido variable, bien en prever formas de participación privada en la actividad del ente nacional".

En los párrafos siguientes se ocupa de la *limitación financiera*:

"El Gobierno esgrime, en último lugar, un argumento económico: el mercado austríaco no estaría en condiciones de acoger un número de

estaciones privadas capaz de evitar las concentraciones y la constitución de monopolios privados" (párrafo 40).

"En opinión de los demandantes, se trata de un pretexto que esconde una política que, eliminando toda competencia, apunta ante todo a garantizar a la ORT (Österreichischer Rundfunk o Ente público austríaco de radiodifusión) el beneficio de los ingresos publicitarios, en detrimento del principio de libre empresa" (párrafo 41).

El Tribunal concluye, según el párrafo 41 anteriormente citado, hablando de la deseable coexistencia de estaciones públicas y privadas, de forma que

"El Tribunal considera las injerencias controvertidas como desproporcionadas respecto al fin perseguido y, por tanto, no necesarias en una sociedad democrática. En consecuencia, el artículo 10 ha sido violado".

Un último pronunciamiento en el ámbito del Consejo de Europa que reviste particular interés para nosotros es el emitido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el *caso Maldonado contra España, de 6 de julio de 1993* (núm. de demanda 18353/91). El asunto tiene su origen en la demanda presentada ante la Comisión por José Maldonado Nausia contra España, por estimar vulnerado su derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 CEDH.

El demandante, al que la autoridad gubernativa española había denegado su solicitud de atribución de frecuencias para emitir por televisión de alcance local, agotó la vía judicial previa en el ámbito interno español, siéndole desfavorables (al igual que a otros demandantes con pretensiones semejantes acumuladas) todas las resoluciones judiciales³⁰.

La Comisión, a la vista de la demanda, examinó la injerencia del Gobierno español a la luz de los tres requisitos establecidos por el artículo 10 CEDH:

- que la injerencia se halle prevista por la ley;
- que persiga un fin legítimo, y
- que sea necesaria en una sociedad democrática.

Los tres requisitos se daban en el caso presente, por lo que la Comisión declaró inadmisibles la demanda, no pasando al TEDH. Comentemos brevemente esas tres condiciones.

³⁰ En primer lugar, ante la Audiencia Nacional el 12 de junio de 1987, ante el Tribunal Supremo el 12 de julio de 1988, y ante el Tribunal Constitucional el 17 de diciembre de 1990.

En cuanto a la *previsión por la ley*, la Comisión recuerda que la injerencia ha de tener una base normativa en el Derecho interno, considerando que a tal exigencia obedecen la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, y la Ley 10/1988, de 3 de mayo de 1988, sobre Televisión Privada, a las que habría que añadir la Ley 31/1987, de 8 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. Por consiguiente, la Comisión cree que estas leyes constituyen base legal suficiente.

Respecto al *fin legítimo perseguido*, la Comisión da por válido el argumento del Gobierno español relativo a la defensa del orden ("para prevenir el desorden sobre las frecuencias de televisión") y a la protección de los derechos ajenos, en el sentido del artículo 10.2 CEDH.

Por último, la *injerencia se considera necesaria*, no con apoyo en la limitación técnica, que de hecho no se justifica en el panorama audiovisual español (ni europeo, en general)³¹, sino en la limitación financiera, dado que la pretensión del demandante consistía en obtener una red de autorizaciones de televisión local (en 14 provincias) que, unida a la pretendida por los parientes próximos (en otras 26 provincias) cubrirían una gran parte del territorio español, con vulneración del principio de igualdad.

A la vista de esta decisión, la conclusión es fácil de alcanzar: si la pretensión del demandante hubiera sido más "modesta", habría pasado el filtro de la Comisión y las posibilidades de condena al Gobierno español por el TEDH habrían sido elevadas. En cualquier caso, esta decisión supone un toque de atención al Estado español, que no puede tardar más en abordar la materia desde un enfoque global y de fondo.

Recapitulando: *las sentencias Open Door e Informationsverein* nos hacen afirmar una de nuestras conclusiones más rotundas. En las dos está en juego el tema de la libertad de información, con lo que se concluye la importancia de este derecho como piedra angular de la Europa democrática como marco común mínimo de libertad. Sin duda, el ejemplo de estas sentencias nos muestra que la libertad de información es un derecho sobre el que se puede sustentar una de las bases del consenso europeo en materia de derechos humanos, a efectos de construir Europa, a

³¹ La Comisión analizó tal panorama, según la documentación aportada por el Gobierno español. Así, comprobó que en España emiten actualmente dos cadenas públicas de difusión nacional, ocho cadenas públicas regionales y, desde 1990, tres cadenas privadas de difusión nacional. Además, el Gobierno hizo valer asimismo que el 22 de diciembre de 1992 se adoptó la Ley sobre la Televisión por Satélite, y que en se estaban llevando a cabo estudios sobre la televisión por cable. Como sabemos, actualmente está ya en avanzado trámite parlamentario la *Ley del cable*.

efectos de crear un *orden constitucional europeo*. La libertad de información contemplada en el CEDH, por tanto, se convertiría en una especie de *parámetro europeo de constitucionalidad*. Como indicamos, al margen de los derechos seleccionados en nuestro trabajo por su carácter básico o mínimo, existen otros elementos que la jurisprudencia europea ha esbozado como bases de un "Derecho común" europeo³².

IV.-NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE LIBERTAD DE INFORMACION

En el marco comunitario, el *Tratado de la Comunidad Europea* contiene disposiciones que prevén, tanto la línea estatista tendente al establecimiento de monopolios públicos como la línea más liberal (en la actualidad prevalente) que propende a la concentración en manos privadas de las diversas actividades económicas. Así, los artículos 37 y 90 del Tratado constituyen las disposiciones principales relativas al régimen jurídico de los monopolios estatales y de las empresas públicas en el ámbito del Derecho Comunitario. Además, hay que hacer mención de las disposiciones generales en materia de competencia (artículos 85 y 86 TCEE) y de las reglas sobre las ayudas nacionales (artículos 92, 93 y 94 TCEE). De estas disposiciones, conviene destacar especialmente los

³² En esta línea, de Salvia se ha ocupado del tema y ha precisado que "el *ius commune* no se presta a definiciones concretas. (...) Por tanto, el *ius commune* sólo puede resultar de un conjunto de principios derivados de la jurisprudencia de los órganos del Convenio: el principio del respeto de la dignidad de la persona humana; el principio de legalidad; el principio de la igualdad de armas en el proceso; el principio de proporcionalidad. Ciertamente, esta lista no es exhaustiva; podrían añadirse otros principios. Sin embargo, es sobre todo a través de estos principios como se elaborará un *ius commune* de los derechos fundamentales" (M. de Salvia, "L'élaboration d'un *ius commune* des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme", en el colectivo *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, pág. 556).

artículos 85 y 86 TCEE³³, por su relación con la potencial creación de monopolios u oligopolios privados de televisión³⁴.

De otro lado, cabe recordar las libertades económicas fundamentales contempladas en el Tratado de Roma, como son la libre circulación de mercancías (artículo 30), la libertad de establecimiento (artículo 52), y la libre circulación de capitales (artículo 67). A mayor abundamiento, en virtud del artículo 59 las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el destinatario de la prestación³⁵. En fin, hay un precepto del Tratado de la Comunidad Europea de gran importancia: el artículo 222 dispone que

"el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros".

De las disposiciones anteriores se extrae que el Tratado pretende conciliar, en la medida de lo posible, los intereses contradictorios de la Comunidad y de los Estados miembros.

Mas volviendo al tema de los medios de comunicación, es preciso señalar que, al margen de las disposiciones generales mencionadas, no existe una regulación específica sobre el particular en el ámbito comunitario, con la notable excepción de la *Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de*

33 El artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea declara incompatibles con el mercado común todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Por su parte, el artículo 86 declara incompatible con el mercado común, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

34 Para un acercamiento general al tratamiento de los monopolios comerciales por el TJCE, véase K. Riechenberg, "Los monopolios comerciales y el Derecho Comunitario. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", *Gaceta Jurídica de la CE - Boletín 81*, enero-febrero 1993, pág. 11. En particular, en relación a los medios de radiodifusión, puede verse C. Esteva Mosso, "La compatibilité des monopoles de droit du secteur des télécommunications avec les normes de concurrence du Traité CEE", en *Cahiers de Droit Européen*, núm. 3-4, agosto 1993, así como S. Martínez Lage, "La concentración en los medios de comunicación y el Derecho Comunitario", en *Gaceta Jurídica de la CE - Boletín 83*, abril 1993.

35 Sobre los aspectos relativos a las libertades concurrenciales, puede verse X. de Mello, "Droit de la concurrence et droits de l'homme", *Revue trimestrielle de Droit européen*, núm. 4, 1993.

determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. A colmar la laguna mencionada apunta, tras sendas solicitudes del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 1990 y de 16 de septiembre de 1993, el *Libro Verde de la Comisión de la Comunidad Europea*. Este se compone de tres elementos diferenciados: de un lado, recoge un documentado análisis, realizado por los propios servicios de la Comisión, de la legislación existente en cada uno de los doce Estados miembros para garantizar el pluralismo en los medios de comunicación³⁶; de otro lado, contiene un resumen de un estudio económico encargado por la Comisión, sobre el grado de concentración en los medios de comunicación en los países de la Comunidad Europea; y, fundamentalmente, una reflexión de los servicios de la Comisión sobre la conveniencia y el alcance de una acción normativa de las instituciones comunitarias en este campo, con una invitación expresa a todos los interesados para que le comuniquen sus comentarios.

El punto de partida de toda la reflexión llevada a cabo por la Comisión muestra que la necesidad de asegurar y promover que el pluralismo social tenga un adecuado reflejo en los medios de comunicación, ha llevado a que las legislaciones nacionales limiten de alguna manera la libre iniciativa empresarial, restringiendo las posibilidades de los empresarios de los medios de comunicación de superar determinadas cuotas de difusión, ya sean en su propio medio (concentración *monomedia*), ya sea en otros medios (concentración *multimedia*).

Por otra parte, la Comisión también ha publicado otras líneas directrices relativas a la aplicación de las reglas de la competencia al sector de las telecomunicaciones, con el objeto de precisar cómo entiende ella deben impedirse los acuerdos y las prácticas de las empresas privadas que podrían remplazar a las restricciones de los monopolios públicos. Por ejemplo, la *Comunicación de la Comisión de 26 de julio de 1991, relativa a las líneas directrices sobre la aplicación de las reglas de competencia de la Comunidad al sector de las telecomunicaciones*

Al hilo de la anterior reflexión, apunta Martínez Lage que "no parece que la salvaguarda del pluralismo social sea en sí misma un objetivo cuya consecución esté encomendada por los Tratados a las

³⁶ Sobre este punto, se percibe que el panorama legislativo de los Estados miembros es extraordinariamente variado. Desde legislaciones como la francesa que impiden -por encima de ciertos niveles- incluso la concentración *monomedia* en la prensa escrita, o como la italiana y la inglesa que regulan con todo detalle la concentración *multimedia*, hasta legislaciones como la danesa, la portuguesa o la española, que se limitan a regular la concentración *monomedia* en radio y televisión, sin preocuparse ni de la concentración *monomedia* en prensa, ni de la concentración *multimedia*.

instituciones comunitarias. Desde esta perspectiva, podríamos decir que la Comunidad no tiene competencia, ni siquiera compartida, para regular esta materia. (...) En definitiva, coincidimos con el Libro Verde en que las *eventuales necesidades de una iniciativa comunitaria estriban (...) más en las exigencias del funcionamiento del mercado interior que en el mantenimiento del pluralismo*"³⁷.

Ahora bien, discrepamos de este último razonamiento, por un motivo principal: si bien se ha señalado que el respeto a los derechos humanos no figura expresamente como objetivo de las Comunidades en los Tratados constitutivos, sí ha adquirido tal carácter por obra de las instituciones comunitarias y, en especial, por la acción jurisprudencial del TJCE. Por consiguiente, en el valor del pluralismo se esconden importantes y trascendentales derechos que deben ser protegidos. Ciertamente, tras la realización del mercado interior se hallan asimismo libertades económicas que deben garantizarse³⁸. Ante esta doble perspectiva, procede buscar un equilibrio entre la libertad de prensa (exigencia del pluralismo, de respeto de derechos fundamentales) y la libertad de empresa (exigencia del mercado interior, aunque también de respeto de derechos humanos). De lo contrario, si se inclina la balanza, según la orientación de la Comisión, por lo segundo, no va a ser difícil que se provoquen contenciosos paralelos entre los órganos jurisdiccionales de Luxemburgo y de Estrasburgo.

Por último, cabe mencionar el *Proyecto Herman de Constitución de la Unión Europea*, que consagra la libertad de opinión y de información en el punto 5 del Título VIII:

"a) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas.

b) El arte, la ciencia y la investigación son libres".

V.-JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: LIBERTAD DE INFORMACION FRENTE A MONOPOLIO PRIVADO

1.-El alto reconocimiento teórico del derecho la información versus la parca eficacia práctica del mismo

37 S. Martínez Lage, "La concentración en los medios de comunicación y el Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CE - Boletín* 83, abril 1993, pág.1.

38 Sobre la realización de la libertad informativa a través de la televisión en el mercado interior europeo, en relación con la normativa sobre derechos humanos del Consejo de Europa (artículo 10 CEDH), véase S. C. van Eyk: "International broadcasting of television programmes within the internal market of the European Communities after 1992", *Netherlands Quarterly Human Rights*, vol. 1, 1989.

Apuntábamos antes que se podrían producir divergencias (también a nivel jurisprudencial) si se propicia una total separación de la libertad de prensa y de la libertad de empresa y se intenta hacer prevalecer una de ellas en detrimento de la otra. Consideramos que, en el momento actual, ambos aspectos se hallan íntimamente relacionados, y los dos pueden recibir un tratamiento conjunto dentro del marco de la libertad de información. Este ha sido el criterio del TEDH, pero no así el del TJCE. Ya señalamos que éste se ha centrado más bien en garantizar el carácter pluralista del panorama radiodifusivo e informativo condenando los abusos privados. Aquél se ha pronunciado recientemente contra los ataques que puede sufrir el pluralismo no por la vía privada, sino pública. Es preciso insistir en que no se trata de perspectivas opuestas, al ser el criterio común la defensa del pluralismo. Teniendo en mente esta idea, se precisa un tratamiento conjunto, para evitar, si no contenciosos contradictorios, sí paralelos en Luxemburgo y en Estrasburgo.

Respecto de estos últimos contenciosos cabe recordar la resolución paralela del mismo supuesto por las dos jurisdicciones europeas, lo que dio lugar a soluciones diversas en el *asunto Grogan (Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan y otros)* del TJCE, de 4 de octubre de 1991, y en el *caso Open Door et Dublin Well Woman contra Irlanda del TEDH*, de 29 de octubre de 1992. Como ya comentamos, ambos tienen que ver con dos agencias irlandesas que suministran información para poder abortar fuera de Irlanda, al estar prohibido en este país. En el caso ante la instancia de Luxemburgo, el TJCE sostuvo que

"no debe considerarse prestación de servicios, en el sentido del artículo 60 del Tratado (CEE), el hecho de dar informaciones sobre una actividad económica, cuando estas informaciones no son difundidas por cuenta de un operador económico, sino que *constituyen una manifestación de la libertad de expresión*".

Pese a reconocer que la actividad de las susodichas agencias suponía el disfrute de la libertad de expresión o de información, el TJCE prefirió no entrar a examinar el asunto bajo este ángulo y decidió no entrar en el fondo, posición sin duda menos comprometida (por lo controvertido del tema) que la del TEDH. Éste sí llevó a cabo un examen de fondo y determinó que el Estado irlandés había violado el derecho a la libertad de información reconocido en el artículo 10 CEDH.

Desde un cierto punto de vista puede considerarse positiva la actuación del TJCE. En efecto, al no pronunciarse sobre la cuestión principal atinente a la libertad de información, se ha evitado que el contencioso paralelo con el TEDH se convierta en un eventual contencioso contradictorio, con soluciones opuestas. Sin embargo, la inactividad del

TJCE en este punto contrasta con la excelsa posición teórica que él mismo reconoce a la libertad de información en su jurisprudencia.

El caso *proceso penal contra Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, que dio lugar a la sentencia de 28 de octubre de 1992, ofrece un buen ejemplo sobre la emblemática libertad de expresión (apartados 33 a 38)³⁹:

"Las cuestiones del Juez nacional hacen referencia, en el supuesto que la publicación sea difundida por un tercero independientemente de la venta, al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la libertad de expresión.

Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (...), los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, este Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos reviste, a este respecto, una significación particular. De ello se deduce que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos de tal modo reconocidos y garantizados.

La libertad de expresión, consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, figura entre los principios generales del Derecho cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia".

2.-El pluralismo informativo y la persecución de los monopolios privados

En el terreno de la creación de los medios de comunicación, el TJCE pronunció su más trascendental *sentencia el 3 de febrero de 1993, en el asunto Veronica*. En ella se reconoce expresamente que una norma nacional necesaria para garantizar el carácter pluralista del sistema audiovisual implantado en un determinado Estado, puede, en ciertas condiciones, prevalecer sobre la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios reguladas por el TCEE.

En el fondo del asunto se pone en cuestión la *Mediawet* (ley de los medios de comunicación), pieza central de la legislación holandesa en materia audiovisual, por uno de los organismos de radiotelevisión,

³⁹ Rec. 1992-8, págs. I-5512 y ss. Tiene por objeto una decisión prejudicial sobre la interpretación de las disposiciones del párrafo primero del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas.

Verónica. Esta intentó ir más allá del estrecho campo de acción permitido por la *Mediawet* y decidió crear una emisora comercial de radiotelevisión (RTL-Véronique), que tenía como objetivo desplegar su acción en el territorio holandés a través de emisiones por cable.

En su sentencia, el TJCE declara conformes a los artículos 59 (libre prestación de servicios) y 67 (libre circulación de capitales) del TCEE las restricciones impuestas por la *Mediawet* a través de la siguiente argumentación:

- En primer lugar, el objetivo perseguido por la *Mediawet* (establecimiento de un sistema de radio y televisión de carácter pluralista y no comercial) debe considerarse incluido, a juicio del Tribunal, en el marco de una política cultural que tiene como objetivo salvaguardar el pluralismo en el sector audiovisual garantizando la libertad de expresión de las distintas tendencias socio-culturales holandesas. Este objetivo de política cultural es, siguiendo la línea jurisprudencial trazada en las dos sentencias anteriores recaídas en los asuntos que han tenido la *Mediawet* como objeto de litigio⁴⁰, un objetivo de interés general que un Estado miembro puede perseguir legítimamente elaborando de modo apropiado el estatuto de sus propios organismos de radiodifusión.

- A continuación, una vez apreciada la existencia de una exigencia imperativa (mantenimiento del pluralismo) en virtud de la cual puede restringirse la libre circulación de capitales, el TJCE plantea la cuestión que aparece de modo obligado e inmediato después de la apreciación de toda exigencia imperativa: ¿era necesario, para el cumplimiento de dicha exigencia imperativa, que se adoptaran las restricciones previstas por las disposiciones nacionales? La respuesta es afirmativa para el Tribunal. Así, tal y como expone el TJCE en el apartado 15 de la sentencia, las restricciones analizadas (artículo 57 de la *Mediawet*) eran

"necesarias para garantizar el carácter pluralista y no comercial del sistema audiovisual constituido por esta legislación".

-En fin, si confrontamos los dos foros europeos y comparamos el asunto *Verónica* y el asunto *Informationsverein* puede señalarse que en el primero se ha hecho uso del principio de subsidiariedad en favor de la acción de los Estados frente a la Comunidad, mientras en el segundo se ha impuesto el parámetro común europeo que se deriva del Convenio de 1950 sobre el margen de apreciación estatal. Insistimos una vez más en que ambas perspectivas no son contradictorias, sino complementarias, y

⁴⁰ Se trata de las sentencias de 25 de julio de 1991 (*asunto Comisión contra Países Bajos, y asunto Collectieve Antennevoorziening Gouda*).

en los dos casos ha prevalecido la defensa del mismo valor, el pluralismo social e informativo⁴¹.

VI.-LA LIBERTAD DE INFORMACION EN ESPAÑA A LA LUZ DE LAS EXIGENCIAS EUROPEAS Y LAS DUDAS SOBRE SU INTERPRETACION CONFORME AL MARCO COMUN MINIMO DE LIBERTAD: EN ESPECIAL, EL CASO DE LA TELEVISION

1.-Normativa nacional

1.1.-Disposiciones constitucionales

El precepto clave de nuestra Norma Suprema es el artículo 20 CE. Ya hemos hablado de otras dos manifestaciones básicas: el derecho de información en el marco procesal (artículo 24.1 CE) y el derecho de acceso a archivos y registros públicos (artículo 105 b) CE). Y, por lo que se refiere a los medios de comunicación social, es pertinente mencionar asimismo el artículo 149.1.27, que los configura como una materia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta pluralidad de significados contrasta con el alcance restrictivo de la libertad de información en el régimen franquista, en donde se reconocía la libertad de expresión, (pero) de acuerdo con los principios del movimiento nacional.

1.2.-Legislación de desarrollo

Sin duda, regular el propio derecho (el fin) haría casi inevitable ponerle límites. Por ello, no existe una ley sobre derecho de información. Unicamente se legisla una *leve* vertiente del derecho de información, el derecho de rectificación (*Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación*). Lo anterior se confirma de manera indirecta si tenemos en cuenta la Ley que desarrolla el procedimiento de protección de los derechos que con más frecuencia entran en colisión con el derecho a

⁴¹ Véase J. B. Marie, *Les droits de l'homme ou les 'choses de la vie' démocratique*, Strasbourg, Direction des Droits de l'Homme, 1985. Como expone el autor, "en nuestras sociedades modernas no sólo planean sobre estas libertades (de expresión) las amenazas de la censura abierta o de la represión brutal de las opiniones. Hay formas más o menos suaves de condicionar la opinión pública a través del control de los medios de información (control ejercido por el poder político o por los grupos privados sobre los periódicos, la radio la televisión). Las concentraciones de prensa, por ejemplo, que conducen a la desaparición progresiva de diferentes periódicos de opinión, constituyen un obstáculo para la libertad de pensamiento y de expresión de los ciudadanos; igualmente, un monopolio de radio y de televisión, si no cuenta con garantías reales de independencia que respeten el pluralismo de opiniones, puede conducir a una gran influencia de un gobierno o de grupos privados sobre los electores, los consumidores, sobre cualquier categoría de ciudadanos y, a fin de cuentas, sobre toda la opinión pública de un país" (cit. pág. 40).

la información, y que aparecen expresamente mencionados en el apartado 4 del artículo 20: nos referimos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, bienes jurídicos que fueron desarrollados mediante *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

Al margen de estas normas de desarrollo del fin o de los denominados *derechos primarios* por el TC, existe una panoplia de normas legislativas y reglamentarias que disciplinan el medio o los llamados *derechos secundarios* (la libre creación del medio de comunicación)⁴². Dejando de lado la normativa autonómica (en ejecución básicamente del artículo 149.1.27 CE mencionado), estas son las normas estatales más relevantes:

- Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión;
- Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal de televisión;
- Ley 31/1987, de 8 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones;
- Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, reguladora de la publicidad electoral en emisiones de televisión privada;
- Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada;
- Real-Decreto 169/1989, de 10 de febrero, que aprueba el Plan técnico nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia;
- Ley Orgánica 10/1991, de 8 de abril, de publicidad electoral en emisoras municipales de radiodifusión sonora;
- Ley 11/1991, de 8 de abril, de organización y control de las emisoras municipales de radiodifusión sonora.

2.-La jurisprudencia constitucional en la materia

La libertad de información (artículo 20 CE) ha venido constituyendo uno de los derechos más importantes, en términos numéricos, en tanto que núcleo de recursos constitucionales de amparo. Respecto a la facultad de creación de medios de comunicación, el artículo 20 CE se ha configurado asimismo en objeto principal de otros procesos

⁴² Véase A. Vallés Copeiro del Villar, "Legislación española sobre concentración de medios de comunicación social", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, núm. 6, invierno 1994. Las consideraciones que hemos realizado al hablar de la jurisprudencia europea y el respeto del pluralismo social frente a los monopolios (públicos o privados) vienen avaladas por las palabras de este autor: "Los monopolios y los oligopolios en el mundo de la información no constituyen sólo una cuestión a considerar desde el punto de vista económico como una alteración del régimen de libre competencia que preside la economía de mercado, sino también, y fundamentalmente, como un problema de aplicación del derecho universal a la información, que constituye una pieza básica de toda sociedad democrática" (cit. pág. 57).

constitucionales y, en concreto, de cuestiones y recursos de inconstitucionalidad, así como de conflictos competenciales⁴³.

Esta relevancia cuantitativa de la libertad de información⁴⁴, sin duda tiene que ver con su cualificación como derecho fundamental indispensable en toda sociedad verdaderamente democrática, como la doctrina y la misma jurisprudencia constitucional han destacado reiteradamente⁴⁵.

Como tuvimos ocasión de indicar, de las facultades comprendidas en la libertad de información en las democracias ya consolidadas, las de informar o expresarse y de ser informado (lado activo y pasivo respectivamente del derecho de información⁴⁶) no suelen ser especialmente problemáticas, toda vez que incluso las opiniones molestas al Estado deben ser respetadas por éste, a diferencia de lo que ocurre en los regímenes dictatoriales⁴⁷. Por su parte, la facultad de buscar o investigar información, si bien más complicada de llevar a la práctica, tampoco plantea especiales problemas. Es, en cambio, la libertad de crear medios de

43 Seleccionando algunos pronunciamientos recientes o ilustrativos a nuestros efectos, cabe citar: la *STC 189/1991, de 3 de octubre*, resolutoria de la *cuestión de inconstitucionalidad* núm. 2528/1989 sobre posible vulneración del artículo 20 CE en relación a video comunitario con utilización de dominio público; la *STC 127/1994, de 5 de mayo*, que resuelve los *recursos de inconstitucionalidad* acumulados núms. 1363, 1364, 1412 y 1430/1988 sobre la polémica Ley 10/1988, de 3 de mayo, de la Televisión Privada; y la *STC 167/1993, de 27 de mayo de 1993*, que pone fin al *conflicto de competencia* núm. 994/1986 promovido por el Gobierno Vasco en relación con el Real Decreto 780/1986, de 11 de abril, por el que se da nueva redacción al Real Decreto 2704/1982, de 3 de septiembre, sobre tenencia y uso de equipos y aparatos radioeléctricos y condiciones para establecimientos y régimen de estaciones radioeléctricas.

44 El artículo 20 CE (que reconoce la libertad de expresión) es seguramente el precepto más invocado ante el TC tras los artículos 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva), 17 CE (derecho a la libertad personal) y 14 CE (derecho a la igualdad)

45 En la doctrina, Sauvy apuntó que "en nuestro siglo la piedra de toque para clasificar un régimen jurídico consiste en el modo como se ejerza y se respete el derecho a la información" (citado por R. Sánchez Ferriz, "El derecho a la información y su consideración constitucional", *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, núm. 3, septiembre-diciembre 1985). En la jurisprudencia española, ya en la *STC 12/1982 (asunto Antena 3 TV)*, de 31 de marzo, señaló el Alto Tribunal que la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 CE "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"

46 Sobre el particular véase R. Sánchez Ferriz, *El derecho a la información*, Valencia, 1974, pág. 113.

47 Véase el *asunto Castells contra España, de 23 de abril de 1992* (párrafo 42).

comunicación la que mayores discusiones suscita en la actualidad, por la difícil conciliación que presentan los términos de dicha libertad, la de *empresa informativa*. Como se verá, según se ponga el acento en el aspecto económico o en el informativo, respectivamente, las consecuencias jurídicas son diversas; de ahí la necesidad de llevar a cabo una correcta ponderación de los bienes jurídicos en juego a la luz de la realidad económica y de las necesidades comunicativas actuales, con objeto de percibir mejor las funciones del paisaje audiovisual español.

En la mencionada deseable conciliación, la actitud del máximo intérprete de nuestra Constitución se ha inclinado en favor de la constitucionalidad del monopolio radiotelevisivo, concibiéndolo como una decisión política del legislador desde la famosa *STC 12/1982* dictada en el *asunto Antena 3*. En este contexto, el legislador español decidió romper con el monopolio televisivo estatal (con la creación de los canales autonómicos), primero, y con el monopolio público (con la creación de las cadenas privadas de ámbito nacional), más tarde. Por lo demás, todas las solicitudes de licencia por particulares (personas físicas o jurídicas) eran sistemáticamente rechazadas por las autoridades gubernativas y jurisdiccionales competentes, y confirmadas en la vía del amparo constitucional. Así, la *STC 31/94* y siguientes significan en sí un hito importante en la materia, con la concesión de los respectivos amparos a las entidades demandantes, cuya pretensión era emitir a través de televisión por cable o video comunitario de alcance local (campo carente de regulación en España) en uso de la libertad de información garantizada por el artículo 20.1 CE. En cualquier caso, vamos a evaluar el alcance real del citado hito.

2.1.-El derecho de información como manifestación del marco mínimo de libertad, y su contribución a la realización del marco mínimo de igualdad y de tolerancia

A) Marco mínimo de libertad: referencia particular al caso *Casado Coca contra España* del TEDH

Nos parece sumamente ilustrativo examinar de manera particularizada un asunto que se resolvió en el seno del TEDH, pero en donde además España fue el Estado demandado y se tuvo en cuenta la realización del espacio europeo (especialmente comunitario). De manera que tal examen nos permite de manera ejemplar comprobar el enfoque vertical (plano nacional y plano europeo) bajo el ángulo de los dos foros europeos que sirven de base a nuestro estudio (el Consejo de Europa y la Comunidad Europea). Aunque no se halle en juego la creación de medios de comunicación (que trataremos en epígrafe separado), el fondo del asunto es paradigmático, en la medida en que se suscita la libertad de

información en el sentido liberal del término, como espacio mínimo de libertad frente al poder. La cuestión, que plantea el alcance de la libre prestación de servicios de los abogados, está de candente actualidad en nuestro país, por las discusiones en torno a la implantación o no de una pasantía a los licenciados que pretendan ejercer la abogacía.

Nos referimos al *caso Casado Coca contra España de 24 de febrero de 1994*. En el fondo del asunto se halla la demanda del abogado que le da nombre, a quien las autoridades colegiales catalanas habían impuesto determinadas sanciones por insertar en prensa anuncios sobre los servicios que ofrecía su despacho. Dichos anuncios fueron considerados actos de competencia desleal hacia el resto de los miembros del foro⁴⁸.

Los órganos jurisdiccionales internos confirmaron las decisiones colegiales. El demandante, que amparaba su pretensión en la libertad de expresión (artículo 20 CE), acudió a la Comisión Europea de Derechos Humanos el 25 de mayo de 1989 en virtud del artículo 25 CEDH, tras cumplir el requisito del agotamiento previo de los recursos internos según prescribe el artículo 26 CEDH⁴⁹.

La Comisión, en su *informe de 2 de diciembre de 1991*, estimó que la ingerencia en el derecho a la libertad de expresión del abogado Casado Coca no estaba justificada ni era necesaria en una sociedad democrática, concluyendo que había violación del artículo 10 CEDH por 9 votos contra 9 (decidió el voto de calidad del Presidente).

A conclusión opuesta llegó el TEDH en la *sentencia de 24 de febrero de 1994*. Este consideró, no obstante, que el artículo 10 CEDH entraba en juego, tal y como había invocado el demandante en su alegación de base. Las demás alegaciones hechas valer por el recurrente ante la Comisión fueron rechazadas por ésta⁵⁰.

48 Desde otro punto de vista, es evidente que la competencia se ha visto forzosamente incrementada, ante el gran número de licenciados en Derecho, potenciales abogados. En este sentido, Vázquez Sotelo ha recordado "el excesivo número de Abogados, muchos más de los que la sociedad, razonablemente, puede necesitar, lo que conduce a lo que Calamandrei denominó 'Abogados en paro' en su famoso estudio *Troppi avvocati!* " (J.L. Vázquez Sotelo, "Organización de despachos de abogados", *Justicia* 92, núm. II, 1992, pág. 289).

49 Sucesivamente, el 1 de mayo de 1987 ante la Audiencia Territorial de Barcelona, el 23 de septiembre de 1988 ante el Tribunal Supremo, y el 17 de abril de 1989 ante el Tribunal Constitucional.

50 De un lado, el señor Casado Coca sostenía que el régimen disciplinario de los abogados de España obedecía a un decreto, y no a una ley, siendo que el artículo 10.2 CEDH se refiere a que las limitaciones han de estar "previstas por la Ley". Esta alegación no podía prosperar a la vista de la interpretación que ha dado el TEDH al término "Ley", no acogiendo la versión francesa "Loi" (más restrictiva, por cuanto hace pensar en norma emanada del Parlamento),

Como decíamos, la cuestión clave del asunto se centró en la alegación por el demandante de violación de su derecho a la libertad de expresión protegido por el artículo 10 CEDH, que según él avalaría la inclusión de anuncios en prensa con su dirección y número de teléfono profesionales.

Por su parte, el Gobierno español contestaba la aplicación de tal disposición argumentando que los anuncios controvertidos no representaban una información comercial, sino simple publicidad, no cayendo ésta en el ámbito de la libertad de expresión.

Esta distinción mantenida por la posición gubernamental carece de fundamento según el TEDH, resultando artificial decir que la información comercial apunta al interés general, mientras la publicidad busca sencillamente satisfacer el interés particular de quien intenta atraer más clientes. Por añadidura, ello parece coherente con la concepción monista del CEDH, no separando la libertad de información y la de expresión, extremo al que la jurisprudencia constitucional española habrá de ir acercándose desde su concepción dualista, por mandato del artículo 10.2 CE⁵¹.

Por consiguiente, los anuncios del señor Casado Coca sí son manifestación de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, y así se deduce de la jurisprudencia del TEDH ya citada (en especial, el *caso Markt*

sino la (más amplia) inglesa "Law". De otro lado, aducía violación del artículo 4.2 CEDH, que prohíbe obligar a alguien "a realizar un trabajo forzado u obligatorio", en la medida en que los abogados españoles no pueden elegir una especialidad profesional, siendo su colegiación obligatoria. Ciertamente, esta alegación carecía de fundamento, pues en la ponderación de bienes jurídicos, la justicia puede prevalecer sobre la libre elección del trabajo (cfr. la *sentencia Van der Mussele* citada). De igual modo ocurre en otras profesiones, como la de los médicos, en las que la colegiación obligatoria supone que la libertad de asociación cede ante el bien salud (sobre los colegios médicos, *vid.*, *mutatis mutandis*, la *sentencia Le Compte, Van Leuven y de Meyere de 23 de junio de 1981*, citada también en el caso Casado Coca -párrafo 39-). En fin, el demandante argumentaba la violación del artículo 14 CEDH (derecho a la igualdad) combinado con el artículo 10 CEDH (libertad de expresión), por cuanto los miembros de otras profesiones liberales gozarían de mayores posibilidades en materia de publicidad profesional. Sin embargo, la comparación ha de realizarse entre supuestos de hecho análogos según la doctrina del TEDH

⁵¹ Sobre este punto, la jurisprudencia constitucional española ha venido manteniendo una concepción dualista, ha distinguido la libertad de información y la libertad de expresión. En este sentido, se expresa el FJ 2 de la *STC 51/1989* en donde señala que el alcance justificativo de ambas libertades no es el mismo, "puesto que la *libertad de información* versa sobre hechos, que pueden y deben someterse al contraste de su veracidad, en tanto que la *libertad de expresión* tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivo, que no se prestan a una demostración de su exactitud, y que, por lo mismo, dotan a aquélla de un contenido legitimador más amplio".

Intern Verlag contra Alemania), así como del caso objeto de análisis, en que la jurisdicción de Estrasburgo declara que el artículo 10 CEDH es aplicable.

No obstante, es interesante el razonamiento del Gobierno, denominando a los anuncios "simple *publicidad*" y descartando la terminología "*información* comercial", para así sacar del marco del artículo 10 CEDH los anuncios controvertidos. Sin compartir tal argumentación (insistimos), pensamos que el Gobierno podía haber ido incluso más lejos y no limitar dicha diferencia al destino general o particular, público o privado, de los anuncios; de modo que podría haber reconducido éstos a la libertad de ejercicio de una actividad profesional o empresarial, pues al fin y al cabo las sanciones infligidas se basaban en la competencia desleal⁵².

La línea argumental del TEDH (haciéndose eco de su propia jurisprudencia y operando un detallado análisis del asunto) parece apuntar un fallo favorable a las pretensiones del demandante (empezando por justificar la aplicación del artículo 10 CEDH). En cambio, dicha línea halla un punto de inflexión a la hora de examinar las tres condiciones que permiten una ingerencia en el derecho de referencia:

- La *primera*, referida a que dicha ingerencia esté "prevista por la Ley" se cumple, dado que como se dijo, el término "Ley" se interpreta en sentido amplio, ofreciendo cabida tanto a las normas colegiales como a las gubernamentales, parlamentarias y constitucionales internas.

- La *segunda*, el "fin legítimo" perseguido por la ingerencia, se sustenta según el TEDH en que los abogados han cumplido tradicionalmente y vienen cumpliendo una función auxiliar de la justicia y, al tener el monopolio de la defensa, se impone el respeto a los demás miembros del foro para beneficio del público en general⁵³.

⁵² De hecho, el CEDH ofrece en el artículo 10.2 una base jurídica para perseguir esa competencia desleal, puesto que si bien reconoce la libertad de expresión en el apartado 1, en el apartado 2 enuncia una serie de motivos que permiten someter aquélla a "ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley" y, entre ellas, las basadas en la protección "de los derechos ajenos". En éstos, obviamente, se verían incluidos los derechos de los demás abogados, considerando además que según ese mismo apartado 2, el ejercicio de la libertad de expresión entraña "deberes y responsabilidades".

⁵³ Así lo mantiene en el párrafo 46: "El Tribunal no halla motivos para dudar de que las disposiciones colegiales incriminadas tendían a proteger los intereses del público dentro del respeto a los miembros de la abogacía. A este respecto, hay que tener en cuenta la naturaleza específica de la profesión que ejerce el abogado; en su calidad de auxiliar de la justicia, goza del monopolio y de la inmunidad de la defensa, pero debe dar testimonio de discreción, de honestidad y de dignidad en su conducta. Las limitaciones a la publicidad han tenido tradicionalmente su fuente en estas particularidades".

- Una consideración diferente merece, bajo nuestro punto de vista, la *tercera* condición abordada por el TEDH: que la ingerencia sea "necesaria en una sociedad democrática". En efecto, tras recordar el TEDH en el párrafo 50 que los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para juzgar acerca de la necesidad de una ingerencia, pero que dicho margen va acompañado de un control europeo que se proyecta al tiempo sobre las normas pertinentes y sobre las decisiones que las aplican, señala que

"semejante margen de apreciación se impone especialmente en el ámbito complejo y fluctuante de la competencia desleal. Lo mismo ocurre con la publicidad. En estas circunstancias, la tarea del Tribunal se limita así a buscar si las medidas adoptadas a nivel nacional se justifican en su origen y son proporcionadas".

Pues bien, a la vista de esta tarea, el TEDH concluye en su fallo que tales medidas de las autoridades internas españolas se encuentran justificadas y son proporcionadas.

Este fallo, y sin perjuicio de los dos votos particulares discrepantes, es criticable. Estimamos que la motivación del TEDH se ha mostrado vacilante, *no realizando un juego armonioso del respeto a la diversidad nacional y de la tendencia a la búsqueda de un orden común europeo*. Ello es patente en los párrafos finales (54, 55, 56 y 57) de la sentencia.

- En el párrafo 54, si bien por una parte reconoce que el régimen jurídico de los abogados varía de un país a otro en función de las tradiciones culturales, por otra parte comprueba que la mayoría de Estados contratantes (incluida España) conocen desde hace algún tiempo una evolución hacia la mayor flexibilidad en la materia a tenor de los cambios producidos en las sociedades respectivas y del papel creciente de los medios de comunicación. Además, se insiste en esta última evolución, ilustrándola con normativa al efecto: así, se menciona el *Código de deontología de los abogados de la Comunidad Europea*⁵⁴ de 28 de octubre de 1988, o las *conclusiones de la Conferencia de los grandes Colegios de Europa de 24 de mayo de 1991*, en donde pese a mantenerse como principio general la prohibición de publicidad, se autoriza a los abogados a expresarse en los medios de comunicación para darse a conocer y para participar en la discusión pública. A mayor abundamiento, se recuerda en este mismo párrafo que tanto en el ámbito catalán (el *Consejo de los Colegios de Abogados de Cataluña, en sus nuevas normas de 4 de julio de 1991 sobre publicidad*, que permite la publicación de circulares y

⁵⁴ Para un acercamiento genérico en el marco de la Comunidad Europea al problema de la competencia en el ejercicio de las profesiones liberales, véase C.D. Ehlermann, "Concurrence et professions libérales: Antagonisme ou incompatibilité?", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 365, febrero 1993.

artículos, incluso en la prensa) como en el estatal (el Gobierno está examinando un proyecto de estatuto general de los abogados españoles que liberaliza la materia en cierta medida) están hallando eco estas directrices liberalizadoras.

- Pese a lo anterior, en el párrafo 55 el TEDH prefiere decantarse por el margen de apreciación nacional, en detrimento del control europeo, con lo cual no se hace eco de esa tendencia europea que liberaliza y flexibiliza el régimen de publicidad para los abogados. El argumento del TEDH no es muy convincente, toda vez que se escuda en "la complejidad del problema".

- En el párrafo siguiente (56), se aferra a su postura *pro-nacional*, y justifica la reacción de las autoridades competentes, diciendo que "en aquel momento (1982-1983)" (en el que se impusieron las sanciones al señor Casado Coca) tal reacción no fue desproporcionada al fin perseguido. El TEDH sigue aquí un razonamiento contradictorio, al destacar primero las nuevas tendencias liberalizadora europeas y, a renglón seguido, decidir sobre la base de la normativa más desfavorable al demandante, esto es, la del momento en que se inició el procedimiento ante las autoridades nacionales y no la actual en el momento de dictar esta sentencia definitiva. En suma, el TEDH parece hacer un planteamiento más político (de respeto a la soberanía estatal) que progresivo del CEDH (de salvaguarda de los derechos humanos y, en consecuencia, de opción por el principio de *favor libertatis*), decantándose por la ingerencia en lugar de afirmar la libertad de información.

-Por último, concluye en el párrafo 57 que no ha habido violación del artículo 10 CEDH.

B) La contribución de la libertad de información a la realización del marco mínimo de igualdad

La reciente *STC 142/1993, de 22 de abril*, ofrece un buen ejemplo sobre el alcance de las medidas informativas tendentes a la realización del valor igualdad, concretamente en favor de los trabajadores. En esta sentencia se resuelve el recurso de inconstitucionalidad dirigido contra varios preceptos de la *Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*. La duda principal de constitucionalidad se plantea en relación al artículo 1.1 de dicha Ley, para ver si es contrario al derecho a la intimidad y familiar consagrado en el artículo 18.1 CE, y ello en la medida en que autoriza que los representantes legales de los trabajadores accedan a ciertos datos consignados en los contratos (a través de la entrega de una "copia básica" de dichos contratos) que podrían reputarse pertenecientes a la esfera íntima de los trabajadores. En este caso, por

tanto, parece suscitarse una especie de *exceso* de información. El TC concluyó en su fallo que los preceptos impugnados no eran inconstitucionales, poniendo el acento precisamente en la realización del valor igualdad en el campo laboral. Dice así en el FJ 11:

"En todo caso, la falta de relevancia de la voluntad del trabajador no implica la existencia de un sacrificio desproporcionado de su eventual derecho a la intimidad. Al respecto cabe señalar, de un lado, que se trata de un ámbito de representación institucionalmente delimitado por la Ley. De otra parte, y sobre todo, la falta de relevancia de la voluntad individual puede ser un elemento vital para alcanzar la finalidad perseguida por la Ley. Si este Tribunal en ocasiones anteriores se ha referido al carácter compensador de la desigualdad que tiene el ordenamiento laboral en su conjunto (...), esta idea permite justificar suficientemente que la entrega de la copia básica no quede a voluntad del trabajador individual. El momento de la contratación es, sin duda, aquel en el que la desigualdad real entre empresario y trabajador se hace más evidente".

C) La relevancia de la libertad de información en la consolidación del marco mínimo de tolerancia

Pese a que en España no existe una democracia militante, la jurisprudencia constitucional española se ha mostrado más restrictiva que la del TEDH en relación a la libertad de expresión, restringiéndola en aras a la protección de un mínimo de tolerancia, valor que prevalecería frente a manifestaciones racistas o frente a discursos sobre actitudes supuestamente terroristas.

En cuanto a los brotes intolerantes de racismo, debemos detenernos en la *STC 214/1991, de 11 de noviembre*, cuya trascendencia es tanto mayor cuanto que precedió a la consagración en el nuevo Código Penal español de la democracia del delito de apología de actitudes racistas y xenófobas⁵⁵. En dicha sentencia se resuelve el recurso de amparo promovido por doña Violeta Friedman por considerar vulnerado su derecho al honor, a causa de las manifestaciones de León Degrelle en las que éste negaba el genocidio del pueblo judío llevado a cabo por el

⁵⁵ Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por J. L. Mezuita del Cacho, "Racismo, xenofobia y discriminación", en el diario *El País*, del viernes 30 de junio de 1995, pág. 16: "Al amparo de un principio constitucional como el de libertad de expresión, falto de un desarrollo legal debidamente definidor y acotador, se asentaron en España actividades editoriales de agitación y apología de idearios neonazis y de *revisionismo* antisemita, cuyos productos se exportaron a países donde su edición está legalmente prohibida y condenada judicialmente; mientras los tribunales españoles, por falta de ley ordinaria aplicable, no podían condenar en paralelo, en casos de pública expresión, las ideas racistas o antisemitas. Hubo de ser el Tribunal Constitucional, en recurso de amparo, el que salvara el vacío sentando jurisprudencia sobre la base de reconocer a todos los grupos humanos los valores de la dignidad, el honor y la igualdad. De ahí la trascendencia (...) del Código Penal de la *Democracia*".

nazismo, atribuyéndolo a la invención de los judíos. El TC otorgó el amparo, haciendo prevalecer en este caso el derecho al honor frente a la libertad de expresión. En efecto, los valores libertad e igualdad deben ser compatibles con el valor tolerancia. Para ello, el TC opta por un concepto amplio de legitimación activa en atención a la mayor vulnerabilidad de los grupos que más frecuentemente padecen los ataques de intolerancia (FJ 3):

"Habida cuenta de que los tales grupos étnicos, sociales e incluso religiosos, son por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el artículo 162.1.b) CE, la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el *Estado español de Derecho* permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (artículo 1.1 CE) y que el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribire ('toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley')"

Ahora bien, este pronunciamiento ha sido criticado, no tanto como es lógico por el encomiable propósito de luchar contra el racismo y el antisemitismo, realzando el valor tolerancia, sino desde el punto de vista técnico (por el reconocimiento de tan amplia legitimación activa). En cualquier caso, este fallo podría plantear la cuestión de la represión de ideas no democráticas y su conexión con la posible ilegalización de formaciones políticas que las sustentan⁵⁶. La utilización de esta última posibilidad suscita muchas reticencias en la práctica a los poderes públicos españoles; el TC tampoco goza de una facultad de declarar inconstitucionales partidos políticos intolerantes. A falta de la voluntad (técnica y/o política) de los poderes públicos para obrar en tal sentido, desde otro punto de vista cabría plantear el papel de los mismos partidos políticos en la persecución de eventuales actitudes intolerantes de algunos de sus propios afiliados, a la luz de la exigencia constitucional de estructura interna y funcionamiento "democráticos" (artículo 6 CE). La potestad auto-organizativa de un partido para proteger su estructura y funcionamiento democráticos ha venido avalada por la *STC 56/1995, de 6 de marzo*, frente a la libertad de expresión (artículo 20 CE) y de asociación

⁵⁶ Véase una interesante crítica a esta *STC 214/1991* en el trabajo de M. Martínez Sospedra, "No todas las ideas son respetables. Racismo y nacionalsocialismo en el Estado constitucional democrático", *Revista General de Derecho*, núm. 585, junio 1993.

(artículo 22 CE) alegadas por miembros del partido a los que se había impuesto la sanción de expulsión.

Por lo que se refiere a las manifestaciones sobre supuestas actitudes terroristas, debe mencionarse el *caso Castells contra España de 23 de abril de 1992* del TEDH. Como es conocido, en este caso el demandante había sido condenado por injurias graves al Estado español (primero ante el Tribunal Supremo, por ser Senador -por Herri Batasuna- y tras serle levantada la inmunidad con la concesión del suplicatorio, fallo que confirmó el TC denegando el amparo solicitado en apoyo del artículo 20 CE) por un artículo que había publicado en el semanario vasco *Punto y Hora de Euskal Herria*§. En dicho artículo, tras hablar de los miembros de la organización terrorista ETA que habían perdido la vida, hacía responsables de dichas muertes a determinados grupos de extrema derecha que según él quedaban impunes porque el Gobierno español les respaldaba. En una controvertida sentencia, el TEDH dio la razón al demandante, hallando violación de su libertad de expresión reconocida en el artículo 10 CEDH. Y ello porque

"los límites de la crítica permitida son más amplios respecto del Gobierno que de un simple particular, o incluso de un político" (párrafo 46).

Obviamente, el trasfondo político del asunto difícilmente puede eludir la crítica, sea cual sea el fallo pronunciado. En lo que sí hemos de insistir es en el carácter más restrictivo de la jurisprudencia constitucional española frente a la europea en el ámbito de la libertad de expresión. De hecho, en un pronunciamiento posterior del TC (*sentencia núm. 190 de 16 de noviembre de 1992*) se hace caso omiso de la *sentencia Castells* del TEDH. El TC denegó el amparo solicitado por un miembro de la coalición Herri Batasuna que había sido condenado por un delito de desacato a causa de unas manifestaciones realizadas en un programa radiofónico y en el que involucraba a políticos con cargos públicos en actitudes delictivas (torturas y asesinatos). Y ello pese a reconocerse la mayor sujeción de los personajes de relevancia pública a la crítica permitida, pues esta circunstancia debe hacerse jugar con la exclusión de expresiones injuriosas gratuitas⁵⁷.

57 FJ 5 *STC 190/1992*: "Este Tribunal ha resaltado en abundante jurisprudencia cómo la fuerza expansiva del derecho a la libertad de expresión obliga a una interpretación restrictiva de sus límites y, entre ellos, del derecho al honor (...). Igualmente ha declarado (...) cómo la crítica de una persona que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa -y a veces extremadamente penosa- para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública. Pero no debe olvidarse que igualmente ha declarado que, en caso de invocación de la libertad de expresión, la concesión del amparo depende de que, en la manifestación de la idea u opinión se hayan añadido o no expresiones injuriosas".

En fin, tanto en el caso de las manifestaciones racistas como de las informaciones sobre terrorismo, la jurisdicción constitucional española y el TEDH han distinguido al autor de tales manifestaciones e informaciones del responsable del medio en el que las mismas aparecen. Por ello, este responsable verá protegida su libertad de información si se ha limitado a presentar de manera más o menos objetiva el programa en el que se han hecho las declaraciones controvertidas.

Así, el TEDH reconoció el derecho a la libertad de expresión del demandante en el *caso Jersild contra Dinamarca de 23 de septiembre de 1994*: se trataba de un periodista que había sido condenado por las autoridades danesas por presentar en televisión un espacio sobre problemas políticos y sociales en el que incluía el tratamiento de la xenofobia, la inmigración y los refugiados de aquel país. En uno de los programas se informaba sobre un grupo de extremistas (denominados "Greenjackets") que en el curso de una entrevista profirieron manifestaciones racistas contra inmigrantes y grupos étnicos.

Por su parte, el TC también ha otorgado el amparo, en protección del derecho a la información, al responsable de un medio que ha incluido un comunicado de una organización terrorista (*STC 159/1986, de 16 de diciembre*).

2.2.-La libre creación del medio como manifestación de la libertad de información: en particular, la iniciativa televisiva privada

A) La televisión en general^{5 8}

Para conocer la doctrina del TC sobre el derecho de creación de los medios de comunicación comprendido en las libertades reconocidas en el artículo 20.1 a) y d) CE⁵⁹ y sobre la configuración de la televisión como

⁵⁸ Puede consultarse, para obtener una visión global del problema de la creación del medio televisivo en España y en el Derecho Constitucional comparado, la obra de F. Bastida Freijedo, *La libertad de antena. El derecho a crear televisión*, Barcelona, Ariel, 1990.

⁵⁹ Numerosos son los trabajos que han versado sobre las libertades reconocidas en el artículo 20 CE y la jurisprudencia constitucional sobre los mismos. Entre los más recientes pueden verse los siguientes: J. J. Solozábal Echevarría, "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, mayo-agosto 1988; F. Santaolalla López, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración", *Revista de Administración Pública*, núm. 128; F. Fernández Segado, "La doctrina constitucional sobre las libertades de expresión e información", *Dereito-Revista Xurídica da Universidade de*

servicio público esencial de titularidad estatal, lo más pertinente es recordar dicha doctrina en las propias palabras del Alto Tribunal. En este sentido, la cita de una parte sustancial del FJ 5º de la *STC 31/1994* no resulta ociosa, sino extremadamente esclarecedora a los efectos aquí perseguidos:

"este Tribunal tiene declarado desde la *STC 12/1982*, y reiterado posteriormente en otras resoluciones, que no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende, en principio, el derecho de crear medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible (...). Ahora bien, también hemos dicho que si éste es el principio general en nuestro ordenamiento, aquel derecho no es absoluto y presenta indudables límites, debiendo compaginarse con la protección de otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (...). Ahondando en esta línea, no se puede equiparar (...) la intensidad de protección de los derechos primarios directamente garantizados por el artículo 20 CE y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos. *Respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración*, debiendo contemplar al regular dicha materia otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial. (...) Así, en relación con la radiodifusión y la televisión señalamos (...) que plantean, al respecto, una problemática propia y están sometidas en todos los ordenamientos a una regulación específica que supone algún grado de intervención administrativa, que no sería aceptable o admisible respecto a la creación de otros medios. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 10.1, último inciso, refleja esta peculiaridad al afirmar que el derecho de libertad de expresión, opinión y de recibir o comunicar información o ideas no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión o televisión a un régimen de autorización previa.*

Es en el marco descrito donde se incardina la configuración de la televisión como servicio público esencial, calificación que deriva del ordenamiento jurídico del sector globalmente considerado, en el que la televisión está declarada servicio público sin distinción del medio técnico que utilice ni de los contenidos que transmita y esta declaración, como hemos dicho en la *STC 12/1982*, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico político se encuentra dentro de los poderes del legislador (FJ 3º). Así se establece en el Estatuto de la Radio y la Televisión (artículo 1.2) y en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (artículo 2.1), y por lo que se refiere concretamente a la televisión propagada por cable, ha sido calificada por el legislador como servicio de difusión (artículo 25.2 LOT) y por ello como servicio público esencial de titularidad estatal (artículo 2.1 LOT)".

En síntesis, la jurisprudencia es sumamente restrictiva, avalando una posición estatalista favorable a la configuración de la libertad de creación de medios de comunicación como una decisión política, con las consecuencias que ello puede acarrear para la seguridad jurídica, ante el

Santiago de Compostela, vol. I, 1992; R. Sánchez Ferriz, "Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información: ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior", *Revista General de Derecho*, núm. 596, mayo 1994.

eventual cambio de criterio del partido(s) político(s) mayoritario(s) de turno en el Parlamento. Y ello porque el TC español (a diferencia del italiano, por ejemplo) no establece más criterio que la falta de criterios, dejando en manos del legislador la selección de los mismos, sin otra guía que la oportunidad política.

Como puede apreciarse, el TC pone mayor énfasis en el aspecto económico que en el informativo de la empresa informativa, para reconducirlo a la posibilidad del artículo 128 CE (la iniciativa pública en la actividad económica) en lugar de a la previsión del artículo 38 CE (la libertad de empresa). Por otra parte, y pese a que no se cita en los párrafos precedentes, creemos que el TC ha perfilado asimismo una línea estatista (y, por ende, justificadora de la intervención administrativa a través del servicio público) desde el prisma, ya no de la economía sino de la información. Nos referimos a la doctrina del TC sobre la *función institucional del derecho de información*, en virtud de la cual este derecho garantiza una institución fundamental como es la opinión pública libre.

Esa función institucional se ha erigido en un arma de doble filo. De un lado, ha servido para que el TC ponga el acento en la faceta individual o subjetiva del derecho de información y otorgarle un carácter preferente frente a otros derechos⁶⁰ y, en particular, frente a aquellos con los que más frecuentemente entra en colisión, como son el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen. En sentido contrapuesto, de otro lado, ha utilizado la faceta colectiva del derecho de información para justificar un recorte a la libertad de creación de medios de comunicación a través de la técnica servicial. Este es, precisamente, el sentido que recoge el FJ 6º de la *STC 206/1990 de 13 de diciembre*:

"La legitimidad constitucional de la calificación de la televisión como servicio público responde a una serie de razones, entre las que se cuentan las de carácter técnico, que no son, sin embargo, las únicas que pueden justificar este tipo de configuración del medio.

No debe olvidarse que el artículo 20 CE, además de los derechos subjetivos de expresión e información, garantiza el derecho de todos a recibir información, y tiene una dimensión de garantía de una institución fundamental cual es la opinión pública libre, que trasciende a lo que es común y propio de otros derechos fundamentales (*STC 104/1986*, FJ 5º). La comunicación pública libre no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder, como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión (*STC 12/1982*, FJ 6º)".

⁶⁰ Para un acercamiento a la construcción teórica de los derechos preferentes, puede verse el estudio de M. Martínez Sospedra, "Posición preferente y sistema de derechos fundamentales", cit.

Un último tema requiere alguna acotación. Se trata de la referencia del TC al artículo 10 CEDH. No deja de llamar la atención que el TC cite tal disposición para justificar y corroborar su línea intervencionista, esto es, la opción que tienen los Estados de someter las empresas de radiodifusión o de televisión a un régimen de autorización. Es más, el tratamiento jurisprudencial de la libertad de información, tal como ha sido llevado a cabo por el TC, la ha configurado más bien como una facultad sometida a concesión. A ello ha contribuido -es preciso hacerlo notar- la no delimitación de estos dos conceptos claves del Derecho administrativo (autorización y concesión)⁶¹ por parte del TEDH⁶², que ha preferido remitirse al margen de apreciación estatal⁶³.

B) La televisión por cable y el video comunitario en particular

La primera dificultad con la que se enfrenta el TC al examinar la actividad televisiva por cable o de video comunitario es la idea misma sobre dicha actividad, a efectos de poder encuadrarla o no en el artículo 20 CE. Tal extremo tuvo que abordarlo en la *STC 181/1990, de 15 de noviembre*. El demandante de amparo "se dedica a la actividad conocida como video comunitario en la población de Callosa de Segura" (antecedente 1º). En cuanto al fondo del asunto, el recurrente había solicitado del Ayuntamiento de esa localidad licencia municipal para la instalación del sistema, habiéndosele autorizado la instalación del tendido aéreo, soporte para su actividad. Sin embargo, posteriormente se le notificó un Decreto del Alcalde anulando la autorización concedida,

⁶¹ Véase al respecto E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, 1981. Según estos autores (pág. 123), la distinción entre la técnica de autorización y la técnica concesional radica en que mientras ésta parte del supuesto previo de la reserva a la actividad del Estado, aquélla parte de una prohibición general previa de una actividad no sólo no reservada al Estado, sino considerada como propia de los particulares.

⁶² A título de ejemplo, puede citarse el caso *Autronic contra Suiza de 22 de mayo de 1990*, en cuyo párrafo 18, el TEDH parece dejar confuso cuál es la técnica utilizada en Suiza para el ejercicio de la libertad de antena: "La recepción de programas de radio o de televisión destinados y accesibles al público en general sólo podía quedar subordinada al otorgamiento de una concesión en el sentido del Derecho suizo, de la cual todos tenían la facultad de ser beneficiarios".

⁶³ A la actitud del TEDH se ha sumado la propia de los Estados, que han formulado declaraciones interpretativas en el mismo sentido. Así, por ejemplo, España ha realizado la siguiente en esta materia: "España declara que interpreta: 1. La disposición de la última frase del apartado 1 del artículo 10 como compatible con el régimen de organización de la radiodifusión y televisión en España".

clausurando el local desde el que ejercía la actividad, ordenando el precintado de los aparatos usados e imponiendo una multa.

La pretensión principal del demandante era obtener el amparo en su derecho reconocido en el artículo 20 CE y, en consecuencia, que se anulara el Decreto impugnado, así como las resoluciones judiciales confirmatorias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia y del Tribunal Supremo. Es interesante la doctrina expuesta por el TC en el FJ 3º de esta Sentencia, despejando las dudas (en sentido afirmativo) sobre si la actividad de video comunitario entra o no en el marco del artículo 20.1 CE⁶⁴.

Dicho esto, sin embargo, el TC deniega el amparo solicitado, justificando una vez más la ingerencia pública en virtud de

"la protección del uso legítimo de bienes de dominio público, constitucionalmente protegido por el artículo 132 de la Norma Fundamental".

Un mes más tarde, el TC dictará una Sentencia (*STC 206/1990, de 13 de diciembre*) de mucha mayor entidad en cuanto a su doctrina, no sólo por la extensión cuantitativa de la parte actora⁶⁵, sino también por el planteamiento llevado a cabo por ésta. Impugnaban los recurrentes las resoluciones del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno (así como los pronunciamientos judiciales de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo confirmatorios de dichas resoluciones), por las que se les denegaron la atribución de frecuencias y potencias de televisión y de radio de ámbito local, no sólo por cable sino también por vía hertziana.

Los recurrentes sostenían que del artículo 20 CE nace directamente el derecho a emitir con baja frecuencia y alcance exclusivamente local, bien por ondas hertzianas, bien por cable, al no existir limitaciones técnicas en relación con el número de frecuencias posibles, único fundamento de la gestión indirecta, de acuerdo a la *STC 12/1982*, que se

64 Dice así el FJ 3º *STC 181/1990*: "efectivamente, el ejercicio de la actividad de video comunitario debe entenderse protegido por el derecho reconocido en el artículo 20.1 a) de la Constitución a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante cualquier medio de reproducción. Resulta obvio que entre los múltiples medios de comunicación hoy existentes, unos se encuentren más íntimamente vinculados que otros al ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 20 de la Constitución. Ahora bien, y en el caso del video comunitario, el contenido de un determinado tipo de programación (emisión de películas) o la mayor o menor dimensión comercial que posea no excluye que, en la actividad de video comunitario, se estén difundiendo pensamientos, ideas y opiniones, directa o indirectamente."

65 Recursos de amparo acumulados núms. 434/1988, 761/1988, 1942/1988, 1947/1988, 122/1989 y 890/1989.

refirió a un caso de televisión para todo el ámbito nacional. Así, argüían que tendrían *ex Constitutione*, sin necesidad de intermediación legislativa, un derecho a emitir con sus equipos técnicos, de manera que la solicitud de atribución de frecuencias y potencias se haría sólo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Ley 4/1980, que atribuye al Gobierno dicha competencia. Se trata, afirmaban los actores, de una actuación debida, similar al Registro de Asociaciones y Partidos Políticos, que sólo permite un control formal, siendo obligado su reconocimiento y consiguiente inscripción en el Registro.

El TC se muestra titubeante en su fundamentación jurídica, y da la impresión de querer salvar el expediente refiriéndose (de una manera muy tangencial) a las nuevas tendencias más flexibles del Derecho comparado y europeo en materia de gestión privada de televisión. Sin embargo, después establece una objeción que desvirtúa todo lo anterior volviendo a su vieja jurisprudencia. Esto es lo que se desprende del FJ 6º de la Sentencia:

"Los cambios en los condicionamientos técnicos (que no se limitan sólo al ámbito de frecuencias, sino también a las necesidades y costes de infraestructura 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 también este Tribunal".

A continuación, como se apuntaba, el hilo argumental del TC parece convertirse en pura retórica, con una especie de cesura que supone un giro radical en su argumentación:

"Sin embargo, en cualquier caso, la ampliación del ámbito de la televisión privada no significa el reconocimiento del 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."

No obstante, en el razonamiento del Alto Tribunal se atisba un detalle trascendental, que sólo menciona de manera incidental en el FJ 7º, pero que entendemos encierra el núcleo de la cuestión:

"De los seis recursos de amparo acumulados, dos se refieren a emisoras de radio y los cuatro restantes a emisoras de televisión; en ambos casos se trata, según los recurrentes, de radio y televisión de ámbito local, aunque la cobertura prevista en las demandas alcanza en su conjunto a 31 provincias en el caso de la radio y a 27 en el de la televisión".

En estas breves palabras el TC se está refiriendo a la limitación financiera: para salvaguardar el principio de igualdad, lo que el TC pretende evitar es que se cree una especie de oligopolio en manos de los demandantes de amparo. En cambio, de manera más o menos consciente, el Tribunal comprueba este hecho y lo aborda sancionándolo con una especie de reproche, enfocándolo como una situación fáctica y no poniéndole una envoltura jurídica: con tal proceder, no hace sino eludir sentar doctrina, para no decir claramente que aunque la limitación técnica ha perdido su peso en la actualidad, sí existen limitaciones financieras (como en el caso de referencia) que justifican la injerencia gubernativa. Obviamente, la postura del TC es inteligente, puesto que de esa manera se impide que pretensiones no oligopólicas de otros demandantes puedan en el futuro desvirtuar también la limitación financiera.

Por ello, el TC no deniega el amparo basándose en la limitación financiera. Sencillamente soslaya pronunciarse sobre la cuestión de fondo y la traslada al legislador (quien en el ámbito de la televisión ha previsto -recuerda el TC- como única modalidad de gestión por particulares las emisiones de ámbito nacional), haciendo caso omiso de que el legislador es asimismo un poder público y puede vulnerar derechos fundamentales. En el FJ 8º dice el TC:

"Podría cuestionarse si esa omisión, que conlleva la exclusión de cualquier tipo de televisión que no sea la de cobertura nacional por medio de ondas hertzianas está justificada y tiene fundamento razonable y, por ello, es constitucionalmente legítima. Pero el examen de esa hipotética inconstitucionalidad deriva de la omisión del legislador respecto de la televisión local; sólo sería posible si dicho examen fuese necesario para la atribución directa de frecuencias y potencias a efectos del otorgamiento de los recursos de amparo, lo que no resulta posible obtener en una sentencia de amparo (*STC 12/1982*). Falta, pues, la necesaria relevancia del examen de constitucionalidad para la resolución del recurso, con lo cual se pone de manifiesto también el carácter abstracto de pretensión de inconstitucionalidad que está en el fondo de los presentes recursos".

En suma, el TC ha adoptado la postura más cómoda, una actitud que no podía dejar de ser sino transitoria, pues la insostenible situación normativa de la materia exigía pronunciamientos apremiantes y contundentes, los cuales han llegado con la *STC 31/1994* y siguientes sobre la televisión por cable.

Antes de estas sentencias, empero, el TC seguirá ofreciendo una solución de continuidad con la *STC 189/1991 de 3 de octubre*, nuevamente sobre vulneración del artículo 20.1 en relación a video comunitario con utilización de dominio público⁶⁶. La cuestión a dilucidar consistía en saber si el video comunitario que no use instalación que ocupe la vía pública no tendría la consideración legal de televisión y, por ende, no requeriría concesión alguna.

Una vez más hay que traer a colación la difícil consideración de la actividad de video comunitario. Entiende el Fiscal que tales actividades se centran más en el terreno del espectáculo que en el de las libertades públicas. En cambio, estima que la omisión legislativa impide diferenciar las distintas modalidades de videos comunitarios, por lo que ante la duda está por favorecer el ejercicio de la libertad de comunicación. En estas circunstancias, lanza una severa crítica al legislador y le reprocha tal vacío legal⁶⁷. Pese a tal reproche, el Ministerio Público elude finalmente pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma controvertida y, más aún, realiza un juicio técnico (bastante ligero, a nuestro modo de ver, pues no lo ilustra con argumentos igualmente técnicos) distinguiendo el video comunitario de la televisión privada por cable⁶⁸.

Como antes señalábamos, el TC posterga una vez más pronunciarse sobre el fondo del asunto (FJ 4º):

⁶⁶ Esta sentencia resolvió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2528/1989, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sevilla) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por supuesta inconstitucionalidad del inciso "sin utilizar el dominio público" del artículo 25.3 de la Ley 13/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones, de 18 de diciembre, por vulneración de los artículos 14 y 20 CE.

⁶⁷ En esta *STC 189/1991*, el Ministerio Fiscal da fe de ello en el antecedente núm. 7 de la *STC 189/1991*: "hay que reconocer que mientras no exista una legislación específica que los regule -los videos comunitarios-, no es fácil distinguir entre unos y otros sistemas. Ahora bien, tal dificultad nace de una laguna legal imputable, sin duda, al legislador, que habiendo podido regular los videos comunitarios en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones o en la Ley de la Televisión Privada, ha preferido no hacerlo así. Tampoco existe una normativa general de la televisión por cable, pues la misma es meramente aludida por el artículo 25.2 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, sin que exista un desarrollo de la misma. Tales omisiones legislativas no deben producir efectos negativos en la esfera del ciudadano. Y aunque no sea misión de este Tribunal la de suplir las lagunas legales, sino más bien de depurar el ordenamiento jurídico de cuanto pueda resultar contrario a las normas constitucionales, se debe procurar que las oscuridades legislativas no enturbien el acreditado principio *in dubio libertas*".

⁶⁸ En el mismo antecedente núm. 7 de la citada sentencia apunta el Ministerio Fiscal: "En realidad, más que un supuesto de inconstitucionalidad de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, lo que se plantea en el presente caso es una laguna legal, esto es, la falta de normativa específica aplicable a los videos comunitarios, que constituyen un fenómeno sin duda distinto a la televisión privada por cable".

"Es claro que en este proceso constitucional el Tribunal no puede pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la calificación de servicio público aplicada a la televisión por cable de alcance local ni sobre el vacío legislativo existente en cuanto a su desarrollo, ya que ambas son cuestiones que no sólo no han sido planteadas por la Sala proponente, sino que han sido expresamente excluidas del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad".

Ante tal panorama, son más interesantes los votos particulares formulados a esta *STC 189/1991* por los Magistrados Sres. Rubio Llorente, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, y López Guerra. En particular, interesa resaltar la postura mantenida por este último, pues avanza una actitud minoritaria que, a la postre, es la que vendrá a imponerse en el seno del TC en la *STC 31/1994*:

"No encuentro razón suficiente alguna para considerar que el ejercicio de un derecho fundamental, como el recogido en el artículo 20.1.a) CE en su manifestación de emisión de programas de video comunitario, deba quedar impedido, o en suspenso, hasta que el legislador estime oportuno regularlo. Pues, una cosa es la conveniente y oportuna regulación de la utilización del dominio público mediante cables aéreos o subterráneos, y otra cosa muy distinta obstaculizar decisivamente el ejercicio de la libertad de expresión en tanto tal regulación se produce, cuando el trazado de cables para el video comunitario no implica, por sí y originariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, ni agotamiento de un medio escaso de comunicación".

C) La libertad de creación del medio televisivo en la *STC 31/1994* y siguientes: ¿Punto de inflexión?

Como se indicó, los pronunciamientos inaugurados con la *STC 31/1994* se erigen en un hito importante en la doctrina del TC, a causa de los fallos favorables a los demandantes de amparo. En efecto, hasta dichos fallos, la denegación del amparo había constituido la decisión monocolor del TC respecto de las tentativas de pluralismo externo informativo llevadas a cabo por empresarios privados de radiodifusión. Sin embargo, el tema del video comunitario y la televisión por cable es bastante reciente para el TC, lo que ha reavivado la polémica en torno a la libertad de antena. Así se pone de relieve en el FJ 6º de la *STC 31/1994*:

"En los casos ahora contemplados, a diferencia del supuesto que fue objeto de la *STC 206/1990*, el examen de esa omisión del legislador respecto a la televisión local por cable resulta posible y necesario para la resolución de los presentes recursos de amparo, ya que la pretensión de las sociedades demandantes es que se les reconozca el derecho a la actividad de difusión televisiva de carácter local por cable".

De esta manera, (¡por fin!), el TC parece querer enfrentarse de manera decidida con el tema de la televisión por cable y los videos

comunitarios. En el fondo de los asuntos de las *SSTC 31, 47, 98, 240 y 307/1994*, se hallan las pretensiones de amparo de las entidades recurrentes contra los actos de la autoridad gubernativa (y posteriores resoluciones judiciales confirmatorias de tales actos)⁶⁹ por los que se les requirió para que cesasen en sus emisiones de televisión por cable y procediesen al desmontaje de sus instalaciones, por no adecuarse su funcionamiento a lo dispuesto en el artículo 25 de la *Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones*.

La identidad en las demandas de amparo en estas sentencias justifica el estudio y tratamiento conjunto de las mismas, como se

⁶⁹ En la *STC 31/1994*, se resuelve los recursos de amparo acumulados núms. 1513/90 y 2074/90, promovidos, respectivamente, por "Lady Cocinas, S.A." y "Teledimo, S.A.", contra sendas Resoluciones del Gobierno Civil de Huesca, de 28 de abril de 1989, por las que se requirió a las entidades demandantes el cese en las emisiones de televisión por cable y el desmontaje de sus instalaciones, así como contra las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 20 de julio de 1989, y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 21 de marzo y 28 de junio de 1990, que las confirmaron.

En la *STC 47/1994* se sustancia el recurso de amparo núm. 296/91, promovido por "Tele-Satélite Mazarrón", contra Auto de la Sección Novena de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1990, desestimatorio del recurso de apelación núm. 1780/90 promovido contra el dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 8 de junio de 1989, por el que se inadmite recurso de la *Ley 62/1978* núm. 226/890 contra Resolución del Delegado del Gobierno en Murcia sobre cese de emisiones.

En la *STC 98/1994*, se entra en el examen del recurso de amparo núm. 668/1990, interpuesto por "Cartagena de Comunicaciones, S.A.", "Teledistribución Totana, S.A.", y otros, contra la Sentencia de la Sala Tercera (Sección Novena) del Tribunal Supremo, de 28 de diciembre de 1989, confirmatoria, en apelación (recurso núm. 1906/1989) de la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 13 de junio de 1989, por la que se desestima recurso de la *Ley 62/1978* núm. 185/1989, promovido por los demandantes de amparo contra requerimientos del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de 22 de febrero de 1989, por los que se instaba el cese de emisiones de video comunitario.

En la *STC 240/1994* se sustanció la demanda de amparo presentada por D. Eloy Pardo Girona, contra sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo, que confirmó la previa resolución administrativa que acordaba imponer una sanción de un millón de pesetas, así como el precintado de las instalaciones de televisión por cable del recurrente.

Por último, en la *STC 307/1994* se solventó el recurso de amparo interpuesto por "VIDEZA, SA" contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 1993, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo formulado contra las Resoluciones de la Secretaría General de Comunicaciones y del Subsecretario de Obras Públicas y Transportes, de 7 de diciembre de 1990 y 28 de septiembre de 1992, respectivamente, que impusieron a la entidad citada una sanción y el precintado i incautación de la emisora de televisión.

desprende, por lo demás, de sendos fundamentos jurídicos únicos de las SSTC 47, 98 y 240/1994, así como del FJ 3º de la STC 307/1994⁷⁰.

- Por parte de los solicitantes de amparo, el núcleo esencial de su argumentación se centra en la lesión de los derechos de libertad de expresión y de comunicación del artículo 20.1. a) y d) CE. Así, sostienen que el contenido de las citadas libertades comprende el derecho a crear televisiones por cable de alcance local, por tratarse de un medio o soporte de difusión que, al utilizar el cable coaxial para conectar el centro emisor con los aparatos receptores, es enteramente compatible con la recepción de otras televisiones por cable, así como con las emisiones televisivas realizadas por ondas o vía satélite.

En estas circunstancias, no creen que la actividad de televisión por cable pueda crear por razones técnicas situaciones fácticas de monopolio ni de oligopolio, única circunstancia que según ellas legitimaría, a la luz de la jurisprudencia del TC, el establecimiento de un monopolio de derecho del Estado sobre dicho medio de comunicación. Consiguientemente, las resoluciones administrativas impugnadas (confirmadas por las sentencias recaídas en la vía judicial ordinaria), al requerir el cese de las emisiones y el desmontaje de las instalaciones, por desarrollar las empresas recurrentes dicha actividad sin la previa concesión administrativa, habría conculcado los derechos reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE⁷¹.

Por otra parte, llama la atención en la STC 48/1994 que la parte actora abunde en sus argumentos con una especie de reproche a la jurisprudencia del TC en la materia, remitiéndose expresamente a los votos particulares formulados a la STC 189/1991 por los Magistrados. Rubio Llorente, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, y López Guerra; con ello, la parte demandante no hace sino alinearse con la postura hasta entonces

70 Dice así el FJ 3º de la STC 307/1994: "Esta cuestión coincide en lo sustancial con los supuestos resueltos últimamente por las SSTC 31/1994, 47/1994, 98/1994 y 240/1994, por lo que, con remisión a los argumentos en ellas contenidos, procede conceder el amparo pretendido".

71 De manera paralela, se alega en la STC 31/1994 la posible inconstitucionalidad del artículo 25.2 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, por cuanto dicho precepto, derogando el artículo 1.4 de la Ley 4/1980, reguladora del Estatuto de la Radio y la Televisión, engloba en el concepto de televisión a la televisión local por cable para, a partir de esa conceptualización, condicionar el ejercicio de esa actividad a la obtención de una previa concesión administrativa que se otorga discrecionalmente. Respecto de esta última alegación, el TC aclara con acierto que la vía del recurso de amparo no es la adecuada para la impugnación directa de leyes; en cualquier caso la Sala que aborda el amparo podría elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad (la denominada "autocuestión de inconstitucionalidad") para, en otra sentencia, pronunciarse sobre dicha inconstitucionalidad.

minoritaria del TC, que ya era la mayoritaria en la doctrina científica⁷² y también lo será a partir de la sentencia en que aquélla es parte precisamente (STC 31/1994). Para apoyar sus razonamientos, en fin, los recurrentes en amparo citan la jurisprudencia comparada de la Corte Constitucional italiana, con especial referencia a las *Sentencias* núm. 225, de 9 de julio de 1974, y núm. 202, de 28 de julio de 1976⁷³.

- Por su parte, la Abogacía del Estado contrarresta la argumentación de la parte actora con una audaz reconducción de la televisión por cable (carente de disciplina jurídica, insistamos en ello) a la normativa genérica de televisión, con lo cual llega a afirmar la constitucionalización de la reserva estatal de la televisión por cable. De este modo justifica la validez de los actos impugnados por las empresas recurrentes aduciendo que son una consecuencia de la *publicatio* que el ordenamiento jurídico actual (artículo 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión y 2.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) realiza de la actividad de televisión, respecto a cuya validez, "con inclusión de la televisión por cable", se remite a la jurisprudencia restrictiva del TC desde la *Sentencia* núm. 12 de 1982⁷⁴.

En efecto, con esta técnica argumental de inducción, el representante de la Administración Pública retoma la distinción realizada por el TC entre el "derecho primario" a comunicar libremente y sin injerencias, y el "derecho derivado" a crear soportes o instrumentos⁷⁵, de manera que no gozaría este último de la misma intensidad de protección que el primero. De ello se extrae la consecuencia de que "la posición del legislador democrático no es igual cuando se trata de dictar normas sobre

⁷² Como sabemos, ya desde el *asunto Antena 3* (STC 12/1982), hizo fortuna el voto particular del Magistrado Sr. Rubio Llorente, quien encontró gran eco en la doctrina constitucionalista.

⁷³ Para una visión más actual del tema de la libertad de información y de comunicación en la jurisprudencia italiana (así como del resto de materias en que es competente la Corte Constitucional) véase en el núm. 7 de los *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, la crónica del Sr. Casavola (Presidente de la Corte) sobre "La labor del Tribunal Constitucional italiano durante el año 1993".

⁷⁴ Se refiere el Abogado del Estado a la *indivisibilidad del problema de la llamada "televisión privada"*, que determina a su juicio la extensión de la conclusión a la que se llega en la STC 12/1982 también para la televisión por cable y para la televisión radiada de alcance local.

⁷⁵ Con tal técnica argumental, afirma el Abogado estatal que "el legislador democrático debe preservar lo primario (la libre comunicación, el acceso a la palabra de todos los grupos socialmente significativos, la circulación del máximo de opiniones e informaciones diversas) aun con sacrificio de lo secundario (libre creación y funcionamiento de instrumentos de radiodifusión)".

el núcleo de los derechos del artículo 20.1 a) y d) CE, que cuando se trata del derecho derivado de crear soportes o instrumentos de comunicación, pues en este segundo caso le asiste una extensa facultad de configurar el derecho, ponderando diversos bienes constitucionales y estableciendo objetivos de *política de derechos fundamentales* en una perspectiva global o institucional bajo el criterio (para decirlo con la Corte Suprema de los EE.UU, *Red. Lion Broadcasting Co.Vs. Federal Communications Commission, 359 US. 367*) de que lo más importante es el derecho de los telespectadores y oyentes y no el de los radiodifusores".

Como se observa, la Administración insiste en el primitivo y, a pesar de todo, persistente criterio del TC sobre la disciplina de la televisión como "decisión política" y, por ende, dependiente de la voluntad del legislador de turno. Para ello, explota el representante gubernamental la función institucional de la libertad de información y de comunicación, y justifica la bondad del servicio público para llevar a cabo tal función⁷⁶.

- **Por lo que se refiere al Ministerio Fiscal**, también se muestra partidario de la denegación, pero a través de argumentos menos sólidos que la Abogacía del Estado, en la medida en que elude afrontar la cuestión bajo el prisma de la libertad de expresión (artículo 20 CE), reconduciéndola al régimen jurídico de los bienes de dominio público (artículo 132 CE): entiende el Ministerio Público que "la medida impugnada no atenta contra la libertad de expresión, pues no es esa su finalidad, sino la de exigir el cumplimiento de unos requisitos de orden administrativo (el otorgamiento de la concesión que la ley exige), dado que la actividad de video comunitario tiene la caracterización de televisión privada cuando sus instalaciones invaden el dominio público. Desde esta perspectiva, la libertad de expresión no se ve directamente afectada por el acto administrativo aquí discutido. Además, como se señaló en la *STC 181/1990*, la justificación del requisito exigido resulta clave: la protección del uso legítimo de bienes de dominio público, protegido por el artículo 132 CE. En definitiva, la exigencia discutida no resulta abusiva o desproporcionada".

Recapitulando las posturas enfrentadas en los recursos de amparo que se estudian: los recurrentes centran su defensa en la falta de consistencia de la limitación técnica (el límite en el número de ondas del espacio radioeléctrico justificaría la intervención ordenadora de la Administración), que no tiene razón de ser respecto a la televisión por

⁷⁶ Sobre el particular puede verse C. Chinchilla Marín, "El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión", en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II (*De los derechos y deberes fundamentales*), Madrid, Civitas, 1991.

cable y de ámbito local. En sentido contrario, la Abogacía del Estado contra-argumenta trayendo a colación la limitación financiera (la no intervención estatal provocaría que los más pudientes económicamente establecieran oligopolios en el mercado audiovisual, con vulneración del principio de igualdad de oportunidades). Finalmente, en los argumentos tangenciales del Ministerio Público, no vale la pena entrar.

- Ante las argumentaciones de las partes, ¿cuál es la postura del TC y la crítica que merece la misma?

Ya de entrada, es preciso adelantar que otorga el amparo a las empresas recurrentes y, consiguientemente, les reconoce su derecho a la libertad de expresión y comunicación que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE, lo que lleva aparejado restablecerles en la integridad de su derecho fundamental y anular las resoluciones gubernativas (y sentencias confirmatorias de las mismas) por las que se les requería el cese de las emisiones de televisión local por cable y el desmontaje de sus instalaciones.

Con estas decisiones, ¿se produce un punto de inflexión en la jurisprudencia del TC? Respecto del fallo, la respuesta no puede ser sino afirmativa. Sin embargo, si examinamos el razonamiento de fondo, surgen serias dudas sobre tal conclusión.

La concesión de los amparos de referencia se produce por una vía negativa, la de la inconstitucionalidad por omisión⁷⁷, esto es, el perjuicio sufrido por las entidades recurrentes a causa de la actitud del legislador, que no ha desarrollado la normativa constitucional en lo relativo a la creación de televisión local por cable como facultad dimanante de los derechos del artículo 20 CE.

En síntesis, esta es la *ratio decidendi* del TC: partiendo de que los derechos de información y comunicación no son absolutos y de que, efectivamente, pueden resultar limitados por la configuración que de ellos haga el legislador, éste no puede reducirlos de tal forma que no respete su contenido esencial, lo cual se produce si se suprime (como en los casos de referencia) la posibilidad de su ejercicio.

El FJ 7º de la *STC 31/1994* (al que se remiten, así como al resto de fundamentos jurídicos, las sentencias que le siguieron) recoge la doctrina mencionada:

⁷⁷ Véase F. Santaolalla, "Televisión por cable y control de omisiones del legislador (En torno a la *STC 31/1994*, de 31 de enero). Epílogo sobre la televisión privada (*STC 127/1994*)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto, 1994.

"En virtud de la configuración, constitucionalmente legítima, de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos.

Pero lo que no puede hacer el legislador es diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE, pues la ausencia de regulación comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE, en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable. Ni la publicatio de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (STC 206/1990, FJ 6º, 189/1991, FJ 3º) ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados ex Constitutione, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el artículo 53.1 CE.

Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos (artículo 9.1 y 53.1 CE) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable (STC 15/1982, FJ 8º; 254/1993, FJ 6º), pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el artículo 20.1 a) y d) CE, de modo que deba ser protegido por todos los Poderes Públicos y, en última instancia, por este Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

El legislador ha demorado, hasta el presente, el desarrollo de la televisión local por cable con el consiguiente sacrificio del derecho fundamental. En efecto, dada la escasa complejidad técnica de la regulación de su régimen concesional en atención al soporte tecnológico empleado para la emisión y la ilegalidad sobrevenida que la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones supuso para una actividad que con anterioridad había recibido alguna cobertura jurídica por parte de la jurisprudencia (entre otras, SSTS de 17 de noviembre y 11 de diciembre de 1986; 21 de febrero, 6, 7, 10 y 13 de marzo, 21 de abril y 10 de julio de 1987), la prohibición absoluta que para las emisiones televisivas de carácter local y por cable implica la ausencia de regulación legal sin razones que lo justifiquen constituye un sacrificio del derecho fundamental desproporcionado respecto a los posibles derechos, bienes o intereses a tener en cuenta, que, en razón de la publicatio de la actividad de difusión televisiva, podrían dar cobertura suficiente a una limitación, pero en ningún caso a una supresión de la libertad de comunicación".

Llegados a este estadio, ¿puede afirmarse que las SSTC 31, 47, 98, 240 y 307/1994 suponen un verdadero punto de inflexión jurisprudencial? Consideramos que no, toda vez que el Alto Tribunal ha optado por una razón procedimental (ausencia de "procedimiento" legislativo que conduzca a disciplinar la materia) y no de fondo en la adopción de su decisión. Con tal proceder, el TC demora una vez más el pronunciarse sobre el meollo de la cuestión, pese al acierto al fallar. Estos cinco fallos son trascendentales, pero aislados: al no establecer criterios sobre la problemática de la televisión local por cable, cuando se cubra ese vacío legislativo podría volverse a las pautas jurisprudenciales restrictivas de corte estatalista. No obstante, en el mismo FJ 7° de la STC 31/1994 pueden hallarse atisbos de querer, cuanto menos, mencionar la cuestión de fondo, pese a no extraer consecuencias prácticas:

"Dichas emisiones, dado el soporte tecnológico empleado, no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente puede ser estimable la vía pública en este supuesto como un bien escaso, ni implican, por sí y ordinariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras. Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, no cabe, porque subsista la laguna legal, sujetar a concesión o autorización administrativa -de imposible consecución, por demás- el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el artículo 20.1 a) y d) CE".

Con estos términos, el TC alude al desfase de la limitación técnica en el ámbito de la televisión local por cable, con lo cual no es de recibo trasladar dicha limitación del ámbito nacional al local, para así justificar una omnímoda facultad de la Administración. Y esto habrá de tenerse presente por el legislador al elaborar la normativa exigida, por más que se proclame que nos hallamos ante derechos de configuración legal. Lo criticable es que este párrafo sea accidental, y no constituya razón principal de la decisión.

El TC sigue con ello una actitud sesgada, quizá influida por las argumentaciones de las partes: queremos significar con ello que es necesario ponderar y evaluar conjuntamente la limitación técnica y la financiera, y no considerarlas y utilizarlas de manera unilateral. De un lado, los recurrentes ponían el acento en la falta de consistencia de la limitación técnica sin caer en la cuenta de los eventuales perversos efectos de una total libertad del mercado audiovisual y las potenciales concentraciones de medios (peligro de oligopolios privados, de apogeo en la Comunidad Europea). De otro lado, la Abogacía del Estado centraba su contra-argumentación en la limitación financiera, no dando entrada en el mercado audiovisual a manos privadas con una utilización irrazonable y desproporcionada del principio de igualdad, sin reparar en las también

posibles perversas consecuencias de un monopolio público (peligro puesto de manifiesto recientemente en el marco del Consejo de Europa).

Como se decía, en la *STC 31/1994* y siguientes, el TC se refiere de forma objetiva a la ausencia de limitación técnica en el campo de la televisión local por cable. En este mismo ámbito, trató (como ya vimos) de la limitación financiera en su *Sentencia 206/1990*.

Pues bien, ya es hora de que el TC deje de elaborar una jurisprudencia fragmentada y afronte el tema de la televisión evaluando de manera conjunta y ponderando en sus justos términos las mencionadas limitaciones técnica y financiera, esto es, haciéndose eco de la normativa y jurisprudencia tanto de la Comunidad Europea como del Consejo de Europa.

En estas condiciones, resulta paradójico que el máximo intérprete de la CE vuelva a manifestar en el FJ 6º de la *STC 31/1994* que

"este Tribunal no puede dejar de ser sensible a las tendencias tanto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a las de otros Tribunales Constitucionales Europeos que han evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada".

La paradoja se produce desde el momento en que no se cita ni una sola sentencia del TEDH en materia de creación de medios de comunicación, una actitud que ha cambiado a raíz de la *STC 127/1994, de 5 de mayo, sobre la Ley de la Televisión Privada*. En cuanto al Derecho comparado, las partes citan únicamente jurisprudencia italiana y estadounidense, no haciéndose eco de otros sistemas constitucionales como el alemán, cuyo modelo ha inspirado en muchos aspectos el nuestro.

En cualquier caso, esa falta de citas de jurisprudencia del TEDH no sólo es achacable al TC, sino también a las partes en el proceso constitucional. Así, es un hecho objetivo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y las resoluciones de sus órganos tutelares aún son poco utilizados por los juristas españoles⁷⁸.

Al margen de esta ausencia, en cuanto al aprovechamiento de la experiencia comparada, tampoco se ha ido muy lejos. De tal suerte que, si

⁷⁸ No obstante, esta actitud no sólo es atribuible a nuestros juristas. En este sentido, apuntaba Pettiti, juez francés del TEDH, en la conferencia dictada en el mes de julio de 1993 en el Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo) sobre "L'application des Conventions Internationales des Droits de l'Homme dans la pratique judiciaire par les magistrats et les avocats", que es de lamentar el poco partido que los juristas prácticos, en general, extraen de un instrumento tan eficaz como el CEDH.

bien no podemos hablar de ausencia, sí es posible hablar de deficiencia: más en concreto, respecto a la jurisprudencia italiana, es parca en las SSTC 31/147 y 98/1994 la cita de las entidades recurrentes, y más aún el nulo reflejo que de ella se hace el TC. Ciertamente, están más desarrollados los criterios establecidos por la Corte Constitucional italiana para el funcionamiento del servicio público de televisión (ya sea gestionado por entes públicos o privados)⁷⁹.

La vaguedad y la generalidad, por el contrario, son la nota dominante de los criterios dibujados por el TC. Así, según nuestra jurisprudencia constitucional

"la calificación de la televisión como servicio público 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" (STC 31/1994, FJ 6°).

Por ello, -continúa diciendo-

"este Tribunal, en más de una ocasión ha señalado alguna de las condiciones que hacen constitucionalmente legítima la regulación de esa actividad como servicio público. Así, con referencia en general a los medios de comunicación, ha dicho que para que se produzcan dentro del orden constitucional tienen ellos mismos que preservar el pluralismo, y por lo que respecta a la televisión privada, que en su organización ha de respetarse los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado".

En definitiva, la jurisprudencia restrictiva del TC en materia de libertad de antena alcanza un punto de inflexión con estas SSTC 31, 47, 98, 240 y 307/1994, pero una inflexión más aparente que real, por cuanto los loables fallos no van acompañados de una aceptable fundamentación jurídica.

D) La sesgada utilización de la jurisprudencia europea sobre televisión

Podríamos preguntarnos cuál ha sido el eco que ha hallado en España la jurisprudencia europea, y en particular la del TEDH, por

⁷⁹ Para una aproximación a la jurisprudencia italiana sobre televisión véanse los trabajos de S. Varela, "Constitución, monopolio público y televisión", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 6, 1980; y de R. Sánchez Ferriz, "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano sobre la Televisión", *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, núms. 1,2 y 3, 1988.

hallarnos más en una órbita de nacionalización que de privatización. Pues bien, el intérprete supremo de nuestra Constitución ha hecho uso por vez primera de las sentencias del TEDH relativas a la creación de medios de comunicación que hemos analizado, y ello con motivo de la *STC 127/1994, de 5 de mayo*, sobre la polémica Ley de Televisión Privada. Sin embargo, el TC ha procedido de una manera "interesada", toda vez que ha utilizado dichas sentencias para extraer consecuencias contrarias a las alcanzadas por la instancia jurisdiccional de Estrasburgo.

Con un proceder a todas luces criticable, cita en el FJ 6º B) la sentencia dictada en el *caso Groppera Radio y otros, de 28 de marzo de 1990*, para destacar que

"el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el citado artículo 10.1 del Convenio, ha precisado que su texto permite a los Estados reglamentar, mediante un sistema de licencias, la organización de la radiodifusión en su territorio y, en particular, sus aspectos técnicos".

Por otra parte, no sólo pone el acento el TC en la restricción del último inciso del artículo 10.1 CEDH, sino que va más lejos y trae a colación la cláusula limitativa que aparece en el segundo apartado de algunos preceptos del CEDH y, en concreto, en el artículo 10.2. Y lo que es más grave, lo hace con un método enrevesado mediante el cual cambia radicalmente de sentido la solución alcanzada por el TEDH en el *caso Informationsverein Lentia de 24 de noviembre de 1993*, en donde (como se vio) se declaró inconvencional la injerencia de las autoridades austríacas consistente en el monopolio público de televisión. En efecto, en el mismo FJ 6º B) de la *STC 127/1994* se dice:

"El verdadero sentido de este precepto y del problema no puede ser captado sin leer a la vez el apartado 2º del mismo artículo 10 del Convenio, que permite que el ejercicio de esas libertades pueda ser sometido a 'ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley', siempre y cuando 'constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática'. Esta importante exigencia, la necesidad de las restricciones impuestas a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionales, ha sido interpretada en materia de difusión radiotelevisiva por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Asunto Informationsverein Lentia y otros, 36/1992/381/455-459, Sentencia del TEDH de 24 de noviembre de 1993*)".

Realmente, en estas circunstancias, hubiera sido deseable que el TC siguiera haciendo caso omiso de la jurisprudencia del TEDH, en lugar de cambiarla de sentido. El TC parece seguir una especie de juego de despropósitos en esta sentencia sobre la televisión privada, utilizando asimismo de manera sesgada el *caso Autronic AG de 22 de mayo de 1990*.

En cualquier caso, esta *esperada STC 127/1994* ha decepcionado a la mayoría de la doctrina científica, no sólo por el sesgo imprimido a la

jurisprudencia europea, sino desde el mismo prisma de los principios constitucionales de nuestro ordenamiento. No puede decirse que esta Sentencia haya dejado zanjado el tema de la televisión privada en España⁸⁰. Todo lo contrario, pues el Pleno del TC se ha hallado totalmente dividido, con un fallo desestimatorio que se ha decidido por el voto de calidad del Presidente, ante el empate de ocho votos contra ocho, con lo cual ni siquiera pueda hablarse de decisión estrictamente adoptada por mayoría del TC.

80 Sobre el tema de la normativa española en materia de televisión privada a la luz de la jurisprudencia constitucional puede consultarse el exhaustivo artículo de F. Sain Moreno, "La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, mayo-agosto 1981. Véase asimismo el trabajo de T. Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, "La televisión privada y la Constitución", *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 15, otoño 1982; R. Sánchez Ferriz, "La televisión española en los diez primeros años de vida constitucional (Labor parlamentaria y jurisprudencial)", en la obra colectiva *Diez años de régimen constitucional* (Coord. por E. Álvarez Conde), Madrid, Tecnos, 1989; J. J. Solozábal Echevarría, "Ordenación jurídica de la Televisión en España", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 5, Valencia, 1993.

CAPITULO X. MARCO COMUN MINIMO DE IGUALDAD: EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL O A RECURSOS MINIMOS GARANTIZADOS

SUMARIO:

I.-CUESTIONES PRELIMINARES: 1.-Algunas premisas para no excluir a los excluidos: El derecho a la asistencia social como manifestación mínima de igualdad. 2.-Breve apunte evolutivo sobre el derecho a la asistencia social. 3.-Palabras y acciones: la aportación de los autores y el compromiso de las organizaciones no gubernamentales. 4.-El derecho a la asistencia social en el espectro de la Seguridad Social española. 5.-Mecanismos de protección.

II.-MARCO NORMATIVO DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-Instrumentos vinculantes. 2.-Documentos no obligatorios.

III.-LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-El derecho a la asistencia social como auténtico derecho subjetivo. 2.-La asistencia social como derecho que debería caer en desuetudo frente a un salario justo. 3.-El derecho a la asistencia social como manifestación del derecho a una vida digna y de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes. 4.-La protección de la asistencia social por la vía extensiva del derecho a la igualdad. 5.-El derecho al proceso justo como garantía del derecho a la asistencia social.

IV.-EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL EN LA UNION EUROPEA: 1.-Marco normativo. 2.-Labor jurisprudencial del TJCE. 2.1.-La virtualidad del derecho fundamental a la igualdad. 2.2.-La efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. 2.3.-La protección de un nivel de vida equitativo frente a las exigencias del mercado.

V.-LA INFLUENCIA EN ESPAÑA DE LA NORMATIVA EUROPEA RELATIVA AL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL: 1.-Normativa española. 1.1.-Plano constitucional. 1.2.-Plano infraconstitucional: importancia de la Ley de prestaciones no contributivas de 1990 (incorporada al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994). 2.-Las vías aportadas por la jurisprudencia española. 2.1.-Eficacia de la Carta Social Europea. 2.2.-La protección del derecho a la asistencia social en relación al respeto de la vida, de la integridad física y moral, y de la libertad personal. 2.3.-La no discriminación en el disfrute del derecho a la asistencia social. 2.4.-El derecho a la tutela judicial efectiva como instrumento para la protección del derecho a la asistencia social. 2.5.-La comprensión del derecho a la asistencia social desde la perspectiva del derecho a la asistencia judicial gratuita en supuestos de insuficiencia de recursos. 2.6.-El conocimiento del derecho a la asistencia social para poder ejercitarlo.

I.-CUESTIONES PRELIMINARES

1.-Algunas premisas para no excluir a los excluidos: El derecho a la asistencia social como manifestación mínima de igualdad

A) Delimitación del derecho a la asistencia social. Planteamiento de la cuestión

De entrada, podemos decir que el derecho a la asistencia social posee un carácter multifacético, al referirse básicamente al derecho de acceso al alimento, a la vivienda y al vestido¹. Más básicas no pueden ser estas exigencias, que entroncan directamente con la dignidad de la persona. Por ello lo llamamos también derecho a recursos *mínimos* garantizados. En este sentido se expresa Martín Mateo al estudiar el valor calidad de vida, aunque él refiere especialmente tal noción a la protección del medio ambiente; señala asimismo que la calidad de vida supone, entre otras cosas, la tutela del bienestar, lo cual conlleva "el previo atendimento por el Estado de las necesidades básicas: alimentación, vivienda, salud, educación, que deben estar cubiertas por servicios públicos adecuados que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí de los recursos precisos"².

Ciertamente, "el objetivo central de cualquier sistema de protección social en sociedades avanzadas debería consistir en la garantía de una renta mínima para todo individuo. Mínimo desvinculado de la trayectoria personal y profesional del individuo y de la duración temporal de la situación de carencia en la que pudiera encontrarse"³. En este

¹ Algunos autores añaden, además, la salud y la cultura. En tal sentido, véase A. Marc, *Le fédéralisme face au futur*, Nice, Presses d'Europe, págs. 26-27. Según este autor, el mínimo social garantizado está compuesto por cinco necesidades fundamentales: alimentación, vestido, vivienda, salud y cultura, constituyendo las cinco primeras el "mínimo vital" y las dos últimas el "mínimo humano". Para un acercamiento a la normativa internacional sobre derechos humanos en lo relativo al derecho a alimentos y al derecho a una vivienda, véanse los trabajos de A. Eide, "The Right to an Adequate Standard of Living including the Rights to Food", y de S. Leckie, "The Right to Housing", ambos en el colectivo *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

² R. Martín Mateo, "La calidad de vida como valor jurídico", en *Estudios en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II ("De los derechos y deberes fundamentales"), Madrid, Civitas, 1991, pág. 1446.

³ J. Segura, "La reforma del Estado asistencial desde una perspectiva actual", en *La reforma del Estado asistencial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pág. 30.

contexto, el acceso a los tres bienes mínimos mencionados, en lugar de satisfacerse en especie, pueden concretarse en una suma de dinero idéntica para todas las personas⁴, una renta mínima no vinculada con la profesión (se habla así de *deslaboralización* de la Seguridad Social), sino con la simple condición de persona. Pero esto es un tema ligado a la financiación de la asistencia social, que trataremos después. En cualquier caso, a partir de ese mínimo de igualdad, en la libertad de cada uno radicará la mejora de la calidad de vida. Planteada la cuestión en estos términos, los valores igualdad y libertad se convierten en compatibles y susceptibles de una interpretación integral.

Desde este primer epígrafe queremos destacar la preocupación del Consejo de Europa (con la colaboración de algunas organizaciones no gubernamentales) por la lucha contra la exclusión social y en favor de la erradicación de la pobreza⁵. Es tal vez en este foro europeo en donde se reconoce de manera más contundente el derecho a la asistencia social como auténtico derecho subjetivo (en concreto, el artículo 13 CSE), como veremos en el apartado correspondiente. Ahora bien, pese a que en el otro foro europeo (la Comunidad Europea) ha habido una preocupación mayor por la libre competencia en detrimento de la atención por el fenómeno de la exclusión, no han faltado estudios en los que se ha destacado la necesidad de que la unificación europea vaya acompañada de *la creación de un zoco de protección social mínimo común a todos los Estados*⁶.

B) La libertad personal o física empieza a partir de un mínimo de libertad o seguridad económicas

⁴ Como dice Segura (*ibidem*, pág. 39, nota 5), "la *renta mínima* puede entenderse como ingresos monetarios en sentido estricto o como determinado grado de cobertura gratuita -sanidad, enseñanza, vivienda, cultura, transportes...- más una renta monetaria de la que se hayan descontado el valor de los servicios anteriores". El artículo clave de nuestra CE, el 41, obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice "asistencia" y "prestaciones sociales" suficientes. Algunos han sugerido que el primer término se referiría a *seguridad en especie*, mientras el segundo a *seguridad económica*. Véase al respecto E. Borrajo Dacruz, "La Seguridad Social en la Constitución", en *Estudios en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, ("De los derechos y deberes fundamentales"). Pensamos, no obstante, que ambas posibilidades pueden conjugarse; el problema, como decíamos, es más bien de financiación.

⁵ A título de ejemplo, recordemos el importante coloquio que se celebró en la sede del Consejo de Europa a finales de 1991, cuyos informes aparecen compilados en *Vers une plus grande justice sociale en Europe: le défi de la marginalisation et de la pauvreté. Actes du Colloque*, Estrasburgo, 3-5 diciembre 1991, Comité directeur sur la politique sociale, 1992.

⁶ En estos términos ha subrayado tal necesidad M. Ferrera, "Nuovi modelli per il welfare europeo", *Il Mulino*, núm. 2, 1993.

Realmente, sin esos mínimos, la persona se sitúa en umbrales de pobreza: mendigar para poder comer, deambular sin horizonte para encontrar un domicilio fijo, no poder desprenderse de unos míseros andrajos; estas tres acciones degradan la personalidad del que las padece, que no puede disfrutar de las tres necesidades básicas mencionadas. Sin esta libertad o seguridad económicas tampoco puede decirse que exista la libertad y la seguridad personales. Ya estudiamos los casos de defensa social en Bélgica, en los que los mendigos renunciaban a su libertad para ser internados forzados por su situación de indigencia; en estos casos ni la supuesta voluntariedad de los afectados justificaba la pérdida de la libertad. Así pues, también en estos supuestos la libertad precisa de unas garantías mínimas.

En términos parecidos podríamos sostener que la supuesta voluntad de una persona de ejercer la mendicidad no debería acarrear la posibilidad de renunciar a esos recursos mínimos. La aceptación de tal conducta por parte de los poderes públicos supondría la aceptación del individualismo más egoísta o del liberalismo más feroz. De suerte que el derecho a unos recursos mínimos aseguraría una igualdad básica de partida, que impondría a los poderes públicos medidas positivas, sin poder adoptar una actitud inhibicionista, para que esa igualdad fuese realmente efectiva.

Cuando nos referimos al aseguramiento de un mínimo de libertad económica no estamos utilizando este término en el sentido *liberal* en que se entiende en la Europa comunitaria, sino en una acepción de contenido *socializante*. Nuestra orientación se refleja en una de las cuatro libertades que mencionó el presidente Roosevelt en su famoso mensaje de 6 de enero de 1941: *la libertad de no hallarse en estado de necesidad* (junto a la libertad de palabra y de expresión, la libertad de culto, y la libertad de no vivir con miedo). Como puede apreciarse, es amplia la distancia que separa estas libertades de las cuatro libertades comunitarias⁷.

C) La igualdad como fundamento del derecho a la asistencia social

No es pacífico en la doctrina la elección del valor con el que engarzar el derecho a la asistencia social o a recursos mínimos garantizados, debatiéndose si constituye una manifestación de la igualdad real o de la solidaridad. En nuestra opinión, tal derecho responde a una

⁷ Théo van Boven ha comparado en paralelo las cuatro libertades enumeradas por el presidente Roosevelt y las cuatro libertades enunciadas por el Tratado de Roma (libre circulación de capitales, de mercancías, de personas y de servicios). Véase tal comparación en las actas del coloquio celebrado en San Sebastián (*Les droits de l'homme en Europe*, 12-14 décembre 1988).

exigencia de igualdad real, un imperativo jurídico (amén de consideraciones éticas) que debe hacerse efectivo desde el inicio de la vida de la persona (desde el nacimiento) y hasta el momento en que culmina el desarrollo de su personalidad (hasta el fallecimiento). Entre esos dos extremos (en los que se propicie una igualdad en el nacimiento y se evite una desigualdad ante la muerte, respectivamente), la persona debe tener asegurada una "digna calidad de vida" (Preámbulo CE), disponiendo de unos recursos mínimos al efecto.

Como decimos, el nacimiento también debe ser digno, al igual que la muerte; en este último caso no nos referimos en absoluto a la conocida como eutanasia o muerte digna. En la línea de lo expuesto, la propia Declaración Universal de 1948 abre su texto (artículo 1) de manera significativa afirmando que

"todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Por otra parte, el derecho a la asistencia social debe hallar cumplimiento a lo largo de toda la vida: a ello parece apuntar el artículo 25 de la Declaración cuando establece en su apartado 1 que

"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y *en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

La falta de acuerdo en la doctrina constitucionalista sobre si el derecho que examinamos halla su fundamento en la igualdad real o en la solidaridad, sin duda ha debido verse influida por la evolución histórica de la seguridad social. Su recorrido histórico suele presentarse jalonado por tres etapas principales: una *primera* correspondiente a la *previsión social*, acorde con los postulados de *libertad del Estado liberal de Derecho*, en donde cada cual ahorra para subvenir a eventuales contingencias que disminuyeran su capacidad para obtener medios con los que satisfacer sus necesidades; una *segunda*, en el marco del *Estado social*, en el que los poderes públicos intervienen con el objeto de establecer un régimen de *seguros sociales obligatorios* para todos los trabajadores, de modo que se garantizaba el acceso a prestaciones en condiciones de *igualdad* para todos éstos (al margen quedaban los no trabajadores); por último, una *tercera*, en el contexto del actual *Estado social y democrático de Derecho*, en la que subsistirían los seguros sociales obligatorios a los que se acogerían quienes no desearan suscribir seguros privados (conjugando así igualdad y libertad), y en la que las *medidas prestacionales o asistenciales* se extenderían a todos por mor de una supuesta *solidaridad*

de todos respecto de todos, de los que pueden contribuir respecto de los que no pueden hacerlo.

Sin embargo, esta última circunstancia, en nuestra opinión no depende de la solidaridad del conjunto de los ciudadanos, sino de la voluntad política de los poderes públicos para establecer unas condiciones de igualdad reales a través de una política redistributiva; es decir, la solidaridad se refleja en actitudes positivas de unos ciudadanos respecto de otros, mientras que el destino de una partida presupuestaria para pensiones asistenciales no es más que una acción de dirección política de los poderes públicos, de la misma forma que se destinan otras partidas para las demás finalidades u objetivos políticos. De lo contrario, entenderíamos que todos los aspectos de la vida política (al tener su expresión matemática en el presupuesto, que es lo que permite el funcionamiento de un Estado) serían manifestaciones de solidaridad⁸, dado que todos tenemos el deber de contribuir, más los que más tienen y menos los que de menos medios disponen (pero esto, en definitiva, es una expresión clara del principio de igualdad real).

Quizá la confusión proceda del intento de ubicar el derecho a la asistencia social en el ambiente actual de la última generación de derechos de solidaridad. Y es lógico que los derechos se vean modelados y evolucionen con la forma de Estado que les sirve de marco. Así, la libertad de prensa, derecho típicamente individual en el Estado burgués inhibicionista, ha pasado a tener una faceta institucional importante de suerte que, sin llegar a configurar un derecho de prestación, impone a los poderes públicos obligaciones positivas de conformidad con la cláusula del artículo 9.2 CE.

Por consiguiente, la circunstancia de que nos hallemos en la era de los derechos de solidaridad no significa que todos los derechos vengan asimilados por tal valor. Como expusimos, las generaciones tienen que ver con el momento de aparición de los distintos derechos: en este sentido, el derecho a la asistencia social, como componente del más amplio derecho

⁸ Así, por ejemplo, se entendería erróneamente que son acciones de solidaridad las de aquellos contribuyentes que sin cursar estudios en la Universidad, sin ir al teatro o a otros actos culturales, sin desplazarse los fines de semana al monte porque prefieren la playa, etc., están pagando también para nutrir las partidas presupuestarias destinadas a subvención para las Universidades, para la cultura o para la limpieza de montes. En cambio, hay que entender el presupuesto en forma global, como los servicios públicos, que están a disposición de todos, para que libremente hagamos o no uso de ellos. Tal vez yo no vaya al monte, pero utilice más el autobús... razonar en estos términos nos llevaría al absurdo. En algún caso, no obstante, se nos puede permitir una pequeña elección, como es el caso de la posibilidad que tiene el contribuyente de destinar un determinado porcentaje de su cuota impositiva a la Iglesia Católica o a otros fines de interés social. No obstante, esto viene a ser una elección en conciencia pues, en última instancia, la cantidad para fines de interés social es la misma, la diferencia sólo radica en quién la gestione.

a la seguridad social, nació con la generación de los derechos de igualdad, esto es, de los derechos socio-económicos, y así lo ha expuesto una autorizada doctrina⁹.

Veremos que de la jurisprudencia constitucional española se deriva asimismo tal conclusión. Ahora, para concluir este epígrafe, se revela pertinente transcribir una nueva disposición de la Declaración Universal de 1948, que pone luz a la cuestión: en concreto, el artículo 22 destaca el derecho a la seguridad social entre los derechos económicos, sociales y culturales, enlazándolo directamente con la dignidad de la persona:

"Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene *derecho a la seguridad social*, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la *satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad* y al libre desarrollo de su personalidad".

Resulta interesante recordar que la redacción de esta disposición está inspirada, entre otras fuentes, en una intervención del representante de Estados Unidos en el curso de los *Trabajos Preparatorios*, en la que había indicado que su delegación era favorable a la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en la Declaración, pues "no puede existir libertad individual alguna sin seguridad económica e independencia. Los hombres en estado de necesidad no son hombres libres"¹⁰.

En fin, la referencia del artículo 22 de la Declaración a la dignidad posee gran trascendencia pues, al margen del artículo 1 de la Declaración, sólo vuelve a repetirse una vez más en el resto del articulado, al reconocerse el derecho a una remuneración que asegure a toda persona y a su familia "una existencia conforme a la dignidad humana" (artículo 23). Además, este precepto parece remitirse al inmediatamente anterior (que consagra la seguridad social, artículo 22), cuando prevé la posibilidad de que tal remuneración sea "completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social". Proseguiremos intentando reforzar nuestra línea argumental en el sentido de fundamentar el derecho objeto de estudio en el valor igualdad. Además, puesto que hemos aludido a la evolución histórica de la seguridad social, vamos a realizar un apunte diacrónico sobre el concreto derecho a la asistencia social.

⁹ En especial, véase al respecto el trabajo de A. E. Pérez Luño, "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981.

¹⁰ Citado por A. Eide, Relator especial de la Subcomisión de la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas, en su informe sobre "El derecho a una alimentación suficiente como derecho humano", E/CN.4/Sub.2/1987/23 de 7 de julio de 1987, nota 62.

D) El derecho a la asistencia social como paradigma del valor igualdad y de la universalidad de los derechos humanos

Con razón se ha destacado que el disfrute de una renta mínima sería una premisa indispensable para la democracia social o económica, esto es, *una especie de sufragio universal en clave económica*¹¹. Detrás de ello se esconde la idea de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos.

Nos parece interesante el propósito de la renta mínima francesa que, como su propio nombre indica, está encaminada a superar la atribución pasiva de un mínimo vital para favorecer la *inserción* social de los más desfavorecidos. En otros términos, no consiste en reconocer un sustento, sin más, sino en que ese mínimo ayude a salir de la situación de necesidad¹² y forje una participación de todos en la vida social y política.

Por otro lado, se trata de no hacer tan atractivo ese mínimo que desincentive la voluntad de insertarse, pues de esta forma podría caerse en una especie de desprecio legal del trabajo de signo contrario al de otras épocas históricas. No en otro sentido apuntaban Marx y Engels que la asistencia tenía que ser peor que el trabajo más penoso, para que la gente se sintiera incentivada a salir de su miseria. En la misma línea, y en referencia una vez más a la renta mínima de inserción francesa, se ha recalcado la tarea urgente de "reconstruir un conjunto de prácticas que devuelvan su sentido a la sociedad democrática. Esto pasa por el restablecimiento o la reafirmación de un cierto número de derechos. Reafirmar los derechos es reafirmar los *valores-cimientos* de la sociedad"¹³.

¹¹ En esta línea E. Morley-Fletcher, "Reddito di cittadinanza e democrazia economica. Certezze per rischiare", *Nuova Rassegna Sindacale*, núm. 23, 1989. Este autor ha subrayado "la idea de la renta de ciudadanía como precondition para una efectiva democracia económica, casi un equivalente del sufragio universal en el terreno económico" (pág. 3). Sobre el particular véase asimismo P. Barcellona, "Questione sociale e questione democratica", *Crítica Marxista*, núm. 5, 1993.

¹² Como ha dicho E. Morley-Fletcher ("Reddito...", cit.) "no se trata de socorrer a los miserables, sino de dar a todos la oportunidad de participar en el juego económico".

¹³ P. Klebaner, G. Martin, y C. Ofredi, "Au-delà du revenu minimum", en la revista francesa *Futuribles*, núm. 126, noviembre 1988, pág. 12.

a) El derecho a la asistencia social: su teórica comprensión totalizadora en el ámbito internacional y nacional

Desde su creación en 1945, las Naciones Unidas han proclamado el principio de igualdad en relación al nivel de vida (que debe elevarse y mejorarse) desde una doble vertiente: de un lado, la igualdad soberana de los Estados; de otro lado, la igualdad formal de derechos de todos¹⁴. En cuanto a esta segunda vertiente, se perciben cláusulas dinámicas al prescribirse su efectividad, su progreso y su desarrollo apelándose a la dignidad y al valor de la persona humana, para que la igualdad sea real. Obviamente, las dos vertientes guardan una estrecha conexión, por cuanto la desigualdad soberana o el sometimiento de unas naciones a otras conlleva el empobrecimiento de las subyugadas y, en consecuencia, el empobrecimiento de las personas que en ellas (mal)viven.

Medio siglo después, la *Declaración final de la reunión del 50º aniversario de la creación de la ONU* (celebrada en Nueva York en octubre de 1995), vuelve a renovar el designio originario, para el siglo XXI, de manera que se perfilen como

"unas Naciones Unidas equipadas, financiadas y comprometidas para servir preferentemente a los pueblos, en cuyo nombre se creó (...) especialmente a aquellos que sufren y que están desprotegidos".

Por lo que se refiere al marco nacional, no puede desconocerse la voluntad del pueblo español de "asegurar a *todos* una digna calidad de vida". La letra del Preámbulo reviste un gran alcance como criterio interpretativo en caso de dudas sobre la titularidad de los derechos implicados en la "digna calidad de vida", puesto que no cabrían enrevesados razonamientos que, fundados en la ambigüedad

¹⁴ Si recordamos la voluntad de la organización más universal en la actualidad, expresada en su Carta fundacional de 1945, repararemos en que en el propio Preámbulo los pueblos de las Naciones Unidas se declaraban resueltos "a afirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad y el valor de la persona humana*, en la *igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*, (...) a *promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad*". Estos designios se refuerzan en el texto articulado. En concreto, el mismo artículo 1 asume como propósito de las Naciones Unidas "el respeto al principio de *igualdad de derechos* y al de la libre determinación de los pueblos" (apartado 2) "el *desarrollo y estímulo* del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, *sin hacer distinción* por motivos de raza, sexo, idioma o religión" (apartado 3). Por otra parte, en el artículo 55 (que abre el capítulo IX de la Carta, relativo a "Cooperación internacional económica y social"), reafirmando el principio de igualdad de derechos del hombre y de los pueblos, insta a la ONU a promover: a) *niveles de vida más elevados*, trabajo permanente para todos, y condiciones de *progreso y desarrollo* económico y social; (...) c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de *todos*, *sin hacer distinción* por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la *efectividad* de tales derechos y libertades.

terminológica del texto constitucional español, pretendieren excluir a algún colectivo. Por lo demás, la amplitud del campo subjetivo apuntado ("todos") entronca rotundamente con el núcleo esencial e irreductible de cualquier derecho: *la dignidad*, que califica y exalta el disfrute de la calidad de vida.

b) La práctica internacional y nacional

Los loables propósitos de la ONU no hacen olvidar a ésta el trasfondo desolador que vive la Humanidad¹⁵, que la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos de junio de 1993* recordó en términos agrios refiriéndose a la extrema pobreza y a la exclusión social como atentados a la dignidad humana¹⁶.

Con motivo de la citada conmemoración del 50º aniversario, ha vuelto a ponerse de manifiesto el débil eco hallado por los más pobres en el seno de la ONU¹⁷. Así, se ha recordado que "en esta organización, creada para favorecer un mundo más *igualitario*, se presta todavía muy poca atención a los países humildes, que apenas tienen que conformarse con que sus quejas sean registradas ritualmente en los documentos oficiales de la organización. Las voces de los países pequeños y pobres son, en la mayoría de las ocasiones, más realistas y profundas que los discursos

¹⁵ Un reciente estudio sobre el fenómeno de la exclusión social y la necesidad de la asistencia social, desde la perspectiva internacional (con referencias al sistema regional interamericano), puede verse en M. E. Moreira, *Derechos humanos y socorro internacional*, Quito-Ecuador, Ediciones Abya-Yala, julio 1995.

¹⁶ Apartados 14 y 25 respectivamente de la Declaración final de Viena, de 25 de junio de 1993: "La generalización de la pobreza extrema inhibe el pleno y eficaz disfrute de los derechos humanos; la comunidad internacional debe seguir dando un alto grado de prioridad a su inmediato alivio y su ulterior eliminación. (...) La Conferencia Mundial de Derechos Humanos afirma que la pobreza extrema y la exclusión social constituyen un atentado contra la dignidad humana y urge tomar medidas para comprender mejor la pobreza extrema y sus causas, en particular las relacionadas con el problema del desarrollo, a fin de promover los derechos humanos de los más pobres, poner fin a la pobreza extrema y la exclusión social y favorecer el goce de los frutos del progreso social. Es indispensable que los Estados favorezcan la participación de los más pobres en las decisiones adoptadas por la comunidad en que viven, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra la pobreza extrema".

¹⁷ La cooperación con los países más pobres por parte de los países más ricos es débil no sólo en el seno de la ONU, sino incluso desde el punto de vista de la cooperación estatal. Ello, por ejemplo, ha llevado a S. Belausteguigoitia a hablar de la "pobre ayuda para el mundo pobre" (título de su artículo publicado en el diario El País, del domingo 13 de marzo de 1994, pág. 2 de la sección "Comunidad Valenciana").

vacíos de los poderosos, pero son éstos los que aparecen en los medios de comunicación"¹⁸.

La introducción del derecho a recursos mínimos garantizados tampoco es objeto de unanimidad en los órdenes internos. Así, por ejemplo, en estos últimos años se ha convertido en frase corriente, en boca de los franceses, "Francia es demasiado asistencial": en el país vecino se introdujo la mencionada *renta mínima de inserción*, extensible incluso a los extranjeros que cumplan determinadas condiciones. Por ello, las críticas de excesiva asistencia traen su causa de las acciones en favor del colectivo foráneo *afincado* en territorio francés. De esta forma, las críticas dirigidas por los nacionales contribuyentes a los nacionales que sin pagar impuestos se benefician de prestaciones asistenciales, se hacen más duras cuando los beneficiarios son extranjeros¹⁹, dando origen en ocasiones a brotes de racismo y xenofobia animados incluso por formaciones políticas.

Si nos trasladamos a nuestro país, que no cuenta con una cifra tan elevada de extranjeros, podremos comprobar asimismo denuncias a la existencia de prestaciones asistenciales, reprochándose la denominada peyorativamente *cultura del subsidio*. Estas denuncias van dirigidas sobre todo a los propios nacionales, a causa del mencionado menor número de inmigrantes. A tenor de ello es preciso evaluar el conjunto de circunstancias para entender en su justa medida el alcance de estas denuncias: quizá sea cierto que el racismo esté menos acentuado en España que en Francia, pero también lo es que las medidas sociales en territorio galo revisten mayor envergadura. En cualquier caso, el mayor interés en España por la asistencia de los nacionales se torna paradójico si reparamos en que los extranjeros son más vulnerables y que nuestros nacionales son potenciales inmigrantes de otros países. De ello fue consciente el constituyente, y por ello el artículo 42 CE establece que

¹⁸ Este es el relato de A. Caño sobre la celebración del 50º aniversario de la ONU, en su artículo "La voz de los pobres sonó tímidamente en la ONU. La celebración de 50º aniversario concluye con la promesa de atender a los países más desprotegidos", en el diario *El País*, del viernes 27 de octubre de 1995, pág. 12. En este artículo se recogen algunos de los testimonios de los países pobres, denunciando la situación real del mundo, alejada totalmente de lo plasmado en los instrumentos escritos.

¹⁹ De la exclusión social a la que se ven sumidos los inmigrantes, junto a los ya marginados en el país receptor, se hace eco el núm. 10 de *La Farola (El periódico de los sin techo y sin empleo)*, mayo 1995, bajo el titular "Inmigrantes. La diversidad que viene". Como se sabe, este periódico es una iniciativa tendente a conseguir *dignamente* dinero a través de su venta directa en la calle, evitando la mendicidad. Se ha tomado el ejemplo de Francia, en donde existen varios periódicos de este tipo, como por ejemplo *Sans abri (journal régional pour lutter contre la précarité)*.

"El Estado velará por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno".

El contexto actual diverge bastante del momento en que se elaboró nuestra Norma Fundamental, pues España se ha convertido en país de acogida, más que en país de emigración. Por otra parte, la referencia al "extranjero" debe verse actualmente a la luz de nuestra integración en la Comunidad Europea, toda vez que la política de retorno casa mal con la libre circulación de trabajadores y el fomento de la movilidad en el espacio europeo comunitario²⁰. Lógicamente, las libertades comunitarias deben verse conjugadas con la consecución de la Europa social.

La realización de la Europa social es necesaria²¹ para evitar que, tanto los extranjeros comunitarios como los extracomunitarios, incurran en acciones de *dumping social*²², buscando las medidas asistenciales más favorables. Así, desde este punto de vista (que habría que ponderar junto a otros índices como el nivel de vida), las medidas adoptadas en Francia en este terreno son más atractivas para el inmigrante que las vigentes en España, dejando al margen el hecho de que el continente europeo en su conjunto también es desde esta perspectiva más atrayente para los inmigrantes que otros lugares²³.

2.-Breve apunte evolutivo sobre el derecho a la asistencia social

20 Esta pretendida movilidad voluntaria (por ello se habla de *libre* circulación de personas) no siempre ha sido tal. En concreto, y por lo que nos afecta, pese a que España hemos dicho que se ha convertido en país de acogida, en épocas no muy lejanas ha ocurrido lo contrario. Véase J. Messeguer, "La emigración española a los países de la CEE", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 2, núm. 2, 1975.

21 Se trata de una imposición, ciertamente, que no está exenta de exigencias morales. Por ello se entiende que ante el Parlamento europeo "Los obispos españoles piden en Estrasburgo una Europa *más social*" (Diario *El País*, del jueves 16 de marzo de 1995, pág. 36).

22 Este riesgo de *dumping social*, lógicamente, debería verse paliado por la armonización de los diversos sistemas de protección social. Al respecto, véase B. Magliulo, *L'Europe sociale des institutions et des hommes*, París, Nathan, 1991, págs. 136-137.

23 En este sentido, alude B. Majnoni d'Intignano (*La Protection sociale*, París, éditions de Fallois, 1993) a "la especificidad de Europa, cuna de la seguridad social. Sigue siendo el continente que ofrece a sus ciudadanos, pese a una parente diversidad, el nivel más alto de protección en el mundo, convirtiéndose por ello en un territorio de acogida codiciado" (pág. 9).

Como origen remoto del derecho a la asistencia social suele mencionarse la institución en Roma de una garantía de base. Por primera vez se habla formalmente de *rentas de la ciudadanía*, un concepto que acompañaba a la condición de ciudadano; todos los ciudadanos tenían derecho a un mínimo de trigo (la *frumentatio*). Interesa resaltar que se trataba de un derecho, y no de un don o una simple liberalidad.

No obstante, esta visión desaparece con los teólogos de la Edad Media y su "Derecho de los pobres", poniéndose más el acento en los aspectos éticos que en los jurídicos. Más tarde, vuelve a desarrollarse esta idea con los autores de la Edad Moderna (Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau), pero concebida como deber laico para con los indigentes²⁴.

Parece que el primer ensayo conocido de renta mínima en la Europa industrial se llevó a cabo en 1795 en un pequeño pueblo inglés (Speenhamland), aunque su aplicación no fue ni general ni regular, para acabar desapareciendo con la *Ley de los Pobres de 1839*. Consistía en conceder un mínimo de trigo por semana; pero no se reveló sino una medida de corte paternalista de los propietarios ricos ingleses para obtener un consenso y evitar que los sumidos en la pobreza se rebelasen²⁵.

Alcanzado el siglo XX, la idea se precisa hasta el punto de sugerirse modalidades más concretas de su puesta en práctica: por ejemplo, en Inglaterra algunos piden la creación de un *dividendo social*; en Francia otros (entre ellos, los fundadores de la revista *Ordre Nouveau*) reivindican un *mínimo social garantizado* para todo individuo desde el nacimiento hasta la muerte, independientemente de todo trabajo o cualquier otra condición.

Trasladados a nuestros días, las realizaciones en el campo de la Seguridad Social se han polarizado en torno a dos grandes sistemas: de un lado, el denominado sistema *bismarckiano*, de carácter profesional, orientado al mantenimiento de un nivel de vida adquirido gracias a prestaciones proporcionales a los ingresos y financiadas por contribuciones igualmente proporcionales a los mismos; de otro lado, el llamado sistema *beveridgiano*, de corte universal y, por tanto, más cercano a la asistencia

24 Así lo expresa S. Milano, *Le Revenu Minimum Garanti dans la CEE*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"), núm. 2479, 1989, pág. 5: "En el siglo XVIII, los filósofos del contrato social, en ruptura con las filosofías teológicas del Bien, acogen la idea de renta mínima en su búsqueda de los principios de la justicia, los cuales representan siempre una *deontología de la distribución*".

25 De lectura recomendada en esta línea es la obra de H. Spencer, *El individuo contra el Estado*. Barcelona, Orbis, 1984 (traducción de la obra *The Man versus State*, de 1884). Como se sabe, el autor defiende una postura ultraliberal en la que achaca a los pobres su propia desgracia, considerándolos haraganes y parásitos del sistema.

social, dirigido hacia la garantía de un nivel de vida mínimo para toda la población merced a prestaciones a tanto alzado y uniformes, financiadas bien por impuestos bien por cotizaciones, igualmente uniformes.

En la práctica, las transformaciones en la economía, en el trabajo y en la familia han alterado progresivamente ambos sistemas. De manera que el primero ha asimilado la idea de un mínimo para todos, y el segundo ha integrado la noción de proporcionalidad introduciéndola parcialmente en la determinación de la cuantía de ciertas prestaciones.

Una aproximación al modo en que se ha producido la asimilación o integración de ambos sistemas pasaría por estudiar los siguientes: el de Nueva Zelanda, por representar la vanguardia de los regímenes de Seguridad Social (a partir de la *Ley de 14 de septiembre de 1938*); el del Reino Unido, en cuanto se trata del modelo beveridgiano por antonomasia; el de Alemania, ejemplo típico de sistema bismarckiano; el de Francia, por la originalidad y la envergadura de la institución de la renta mínima de inserción (*revenu minimum d'insertion*)²⁶; y, por supuesto, el de España, por cuanto nos afecta y por la todavía reciente promulgación de la *Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, cuyo contenido ha quedado recogido en el nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio)*. En coherencia con nuestro enfoque vertical, no vamos a analizar cada uno de estos modelos comparados, al margen de que en lo referente al primero nos saldríamos del marco europeo²⁷. Únicamente entraremos a valorar el modelo español y, si acaso, realizaremos alguna incursión incidental en el modelo del país vecino²⁸.

26 El avanzado modelo francés de protección social, no obstante, no ha quedado exento de críticas, relativas incluso a su legitimidad. En tal sentido ha sido estudiado por B. Majnoni d'Intignano, *La Protection sociale, op. cit.*, pág. 10: "Por no haberse decantado por ninguno de los dos grandes modelos de organización a los que se adhieren actualmente la mayor parte de los europeos (el primero, llamado modelo de Beveridge, bajo el control de los elegidos por la nación, el segundo, conocido como de Bismarck, bajo el control de los interlocutores sociales), nuestro país padece una doble ilegitimidad. Mientras que el Parlamento no controla la gestión social, el Gobierno adopta corrientemente decisiones importantes que, de Derecho, corresponderían a los interlocutores sociales, los cuales rehusan en general ejercer sus responsabilidades, declarando sin embargo querer conservar todas sus prerrogativas, lo cual bloquea toda evolución".

27 Para un acercamiento exhaustivo a estos y otros modelos extranjeros, con profusión de tablas y datos estadísticos, es esencial la consulta de la obra de S. Milano, *Le revenu minimum garanti dans la CEE, op. cit.*, 124 págs.

28 El *revenu minimum d'insertion* francés, adoptado para un período inicial de tres años (que ha venido prorrogándose) por la Asamblea Nacional el 12 de octubre de 1988, esta modalidad de renta mínima entró en vigor el 1 de enero de 1989. El 14 de diciembre de 1988 se dictó una Circular relativa a su puesta en funcionamiento. La instauración de este

3.-Palabras y acciones: la aportación de los autores y el compromiso de las organizaciones no gubernamentales

A) La teoría: el estado de la cuestión doctrinal. Ventajas e inconvenientes de la consagración del derecho a la asistencia social

Tal vez una de las formulaciones más radicales del derecho a la asistencia social sea la elaborada por Alexandre Marc: según su teoría sobre el modelo federal de construcción europea, el *minimum social garanti* (m.s.g.) es el corazón de la economía federalista²⁹. La concesión del m.s.g. beneficiaría a todos, sin distinción, desde el nacimiento hasta la muerte, para lo que propone una curiosa modalidad técnica de atribución de ese mínimo vital, consistente en la apertura de una cuenta bancaria a nombre de cada individuo, a la que se irá dando crédito a intervalos regulares y sin ningún tipo de condición previa (de edad, minusvalía, cotización u otras).

La aportación de Marc encierra puntos interesantes. Destaca el hecho de poner el acento en el carácter universal de la institución. Su financiación íntegra corresponde al Estado³⁰. Y, políticamente, supone una supresión de la discriminación por razón de nacimiento, ya que asegura a todos una "línea de salida" igual, con un montante también

instituto, que corre enteramente a cargo del presupuesto estatal, es un proyecto ambicioso. Esta renta es concebida como una prestación diferenciada y no *à forfait* o tanto alzado, ya que viene a añadirse a los recursos existentes (y particularmente el subsidio para la vivienda), en el límite del SMIC (*salaire minimum interprofessionnel de croissance*), equivalente a nuestro salario mínimo interprofesional. En cuanto a los beneficiarios, la renta mínima está destinada a las personas mayores de 25 años, incluidos los extranjeros en situación regular y titulares del permiso de residencia y de trabajo por al menos tres años; también a las personas comprendidas entre los 18 y los 25 años con cargas familiares o que hayan agotado todas las fórmulas del tratamiento social del desempleo. El primer ministro francés en la época de la instauración de esta modalidad de asistencia social, Michel Rocard, dijo que "la creación de la renta mínima de inserción constituye lo que los historiadores reconocerán como una verdadera revolución en nuestro Derecho social", en la revista francesa *Législation sociale*, núm. 6181, de 18 de enero de 1989.

²⁹ A. Marc, *Minimum social garanti (m.s.g.) pour l'Europe*, Nice, Presses d'Europe, 1987. Con carácter general, véase T. Padoa-Schioppa, "Il federalismo economico e la Comunità europea", *Il Mulino*, núm. 1, 1993.

³⁰ Para un análisis más detallado sobre la financiación del m.s.g. propuesto por Marc, véase M. Herland, "Le financement du Minimum social garanti", *L'Europe en formation*, núm. 291, hiver 1993-1994.

igual³¹. Por otra parte, el m.s.g. debe ayudar a todo ciudadano a suscitar su poder de iniciativa (y éste sigue siendo un aspecto esencial, el de insertarse en el juego socio-económico), en la medida en que a partir de ese *minimum* de alguna forma se marcará la diferencia; pero esta diferencia no supondría discriminación, sino fruto del trabajo y del esfuerzo personal, teniendo en cuenta que el m.s.g. se atribuiría con independencia de cualquier actividad laboral.

Las ventajas de ese derecho a recursos mínimos garantizados hallan su contrapartida en dos escollos íntimamente relacionados: por un lado, el riesgo del parasitismo social y el correlativo clientelismo político que degradan la vida social³²; por otro lado, el problema de la financiación. Obviamente, la actitud pasiva de quienes se conformen con ese mínimo garantizado redundará en perjuicio del conjunto de la sociedad, pues se reducirá el consumo y se dificultará el desarrollo económico, lo que a su vez hará más difícil su financiación (por no hablar de la crisis económica generalizada)³³.

Numerosas aportaciones doctrinales se han consagrado a la financiación de la renta mínima. Los economistas han evaluado, en particular, la posibilidad de establecer un *negative income tax*, es decir, un *impuesto sobre la renta negativo*. Con este sistema, las personas físicas

31 A. Marc, *op. cit.*, pág. 8: "Si queremos que los excluidos de hoy puedan convertirse en ciudadanos de *pleno ejercicio* mañana, participando en pie de igualdad en la vida social, es necesario empezar por descartar toda posible discriminación, sin lugar a la más mínima sospecha de lo contrario".

32 Esta situación es la que lleva muchas veces a lo que vulgarmente se conoce como "vivir de la renta" (una renta mínima, pero suficiente en este caso). En relación con los parásitos del sistema, "puede apuntarse un nuevo tipo de fenómeno generado tras la puesta en práctica de los *derechos de prestación*: el surgimiento de tendencias que sugieren una posición egoísta o no solidaria por parte de los sujetos afectados, en el sentido de que la obtención de efectos de bienestar resultantes de las prestaciones del Estado se desvincula generalmente de cualquier principio de reciprocidad frente a las exigencias impuestas por las oscilaciones del proceso social y económico" (J. A. Porrás Nadales, "Derechos e intereses. Problemas de tercera generación", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pág. 225).

33 Véase M. Rodríguez Piñero, "La Seguridad Social ante la crisis económica", *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, 1982. Según este autor, cuando la financiación se traslada totalmente a los Presupuestos estatales, "el problema fundamental es, sin duda alguna, la incompatibilidad de un agravamiento de las cargas con el sostenimiento del crecimiento económico" (pág. 139). Lógicamente, el aumento de las cargas sociales está en relación inversa a la mejora de la competitividad de las empresas.

cuya renta estuviera por debajo de un mínimo recibirían un *impuesto negativo* (una transferencia) que garantizara ese ingreso mínimo³⁴.

Como decíamos, gran parte de las reflexiones teóricas se han dedicado al estudio de la financiación del derecho a la asistencia social. Sin duda, la Seguridad Social asistencial es la ideal, en cuanto supone una protección de todas las necesidades y una extensión a todas las personas, gravitando íntegramente sobre el Estado. Esto, lógicamente, requiere unos extraordinarios medios de financiación presupuestarios que, en palabras de Almansa Pastor, "posiblemente la conciencia de solidaridad de ningún país esté hoy en condiciones de soportar", razón por la que él habla de la "visión paradisiaca"³⁵, como concepción futura o asistencial.

B) La práctica: el papel de las organizaciones no gubernamentales

En el primer epígrafe ya indicábamos que las organizaciones gubernamentales juegan un papel fundamental en la lucha contra la pobreza y la exclusión social, y que algunas de éstas han colaborado de manera destacada con el Consejo de Europa en este terreno. De hecho, muchos de los documentos discutidos en este foro europeo han sido elaborados por estas organizaciones³⁶.

34 Véase G. Tortella, "Comentarios al esquema sobre la reforma del Estado asistencial de Julio Segura", en *La Reforma del Estado asistencial*, ya cit., págs. 60-61. Este autor simplificaría la Seguridad Social, de manera que la labor redistributiva de garantía de la renta mínima debería corresponder al Ministerio de Hacienda. Lógicamente, ese impuesto negativo se graduaría de manera igual (aunque a la inversa) al positivo, de manera que aquellos que tuvieran algún ingreso laboral recibieran en total una renta mayor que los que no tuvieran ninguno, y de este modo no se desincentivase el trabajo.

35 J. M. Almansa Pastor, *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 61. Según este autor, la Seguridad Social asistencial reposa en unos principios básicos, superadores de las deficiencias de la previsión social y de la Seguridad Social contributiva, a saber: 1) *universalidad subjetiva*, en la medida en que la Seguridad Social debe alcanzar a todos los ciudadanos, y no sólo a los trabajadores; 2) *generalidad objetiva*, por cuanto debe atender a la reparación de las necesidades sociales con la más amplia cobertura, y no sólo con una actuación reparadora sino también preventiva; 3) *unidad de gestión*, llevada a cabo única y exclusivamente por el Estado; 4) *igualdad protectora*, cubriendo en idéntica cuantía la situación de necesidad sin atender a la causa productora ni exigir requisitos previos de cotización; y 5) *solidaridad financiera*, es decir, los medios financieros proceden de la contribución general aportada por todos los miembros de la sociedad según su capacidad económica.

36 Ya mencionamos el Coloquio sobre *Vers une plus grande justice sociale en Europe: le défi de la marginalisation et de la pauvreté (Strasbourg, 3-5 diciembre 1991)*, Comité directeur sur la politique sociale, Strasbourg, 1992. Además, ha habido otras importantes contribuciones de organizaciones no gubernamentales; a título de ejemplo, mencionemos las

Al margen de la organización regional europea, las ONGs han colaborado con las autoridades nacionales. Así, en la exposición de motivos de la *Circular de 14 de diciembre de 1988 relativa a la puesta en funcionamiento de la renta mínima de inserción francesa*, se reconoce que la instauración de este instituto es

"el resultado de la reflexión y de la acción llevadas a cabo desde hace años por los poderes públicos, los organismos y las asociaciones enfrentadas a los problemas de pobreza, las cuales han jugado un gran papel en la toma de conciencia colectiva sobre el carácter inaceptable de la pobreza".

Indudablemente, el efecto directo de la actividad de estas organizaciones es sensibilizar al conjunto de la sociedad y a los poderes públicos sobre el fenómeno de la marginación. Sin embargo, indirectamente y respecto de estos últimos, están proclamando la necesidad de dar el salto de lo ético a lo jurídico³⁷, para que la desaparición de tal fenómeno no venga de la mano de la donación de limosnas sino de la consagración de un auténtico derecho subjetivo a la asistencia social. Por añadidura, algunos destacados miembros de estas ONGs contribuyen a animar el debate intelectual en la materia³⁸, como el padre Wrésinski, fundador del movimiento internacional *Cuarto Mundo*³⁹.

más significativas: *Contribution du Mouvement International ATD Quart Monde*, Comité pour la Charte Sociale européenne, 2a reunión (Strasbourg, 22-24 mayo 1991); *Contribution du Mouvement International des Juristes Catholiques (conclusions du Congrès international sur le thème "la justiciabilité des droits sociaux en Europe" tenu à Strasbourg du 22 au 24 novembre 1991)*, Comité pour la Charte sociale européenne, 4a reunión (Strasbourg, 3-6 febrero 1992); *Document de travail préparé par le Mouvement International ATD Quart Monde sur "La Charte sociale européenne au regard des travailleurs les plus défavorisés et de leurs familles"*, Comité pour la Charte sociale européenne, Strasbourg, 27 marzo 1992; *Document de travail préparé par le Mouvement International ATD Quart Monde: Remarques sur l'actualité des propositions du document de travail "La Charte sociale européenne au regard des travailleurs les plus défavorisés et de leurs familles" remis au Comité des Experts indépendants pour la Charte sociale européenne en novembre 1983*, Comité pour la Charte sociale européenne, Strasbourg, 10 abril, 1992.

37 Véase el clásico libro de J. Rawls, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986.

38 Nos parece fundamental la lectura del exhaustivo estudio elaborado por J. Fierens, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

39 La mayor preocupación de este comprometido autor y activista de los derechos humanos ha sido luchar contra la pobreza, por que puedan hacer oír su voz aquéllos que raramente tiene ocasión de ello. Para ello, ha insistido repetidamente en la importancia de hacer realidad la indivisibilidad de los derechos humanos, para que los derechos de prestación se hagan efectivos. Véase su trabajo "Les plus pauvres, révélateurs de

4.-El derecho a la asistencia social en el espectro de la Seguridad Social española

Enlazando con la alusión al ámbito interno, centrémonos en el ordenamiento constitucional español, cuyo precepto esencial es el artículo 41 CE:

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

La amplia redacción del artículo 41 CE parece dar cabida, acogiendo el legado de las tres fases históricas mencionadas, a la seguridad social privada y a la pública, así como a la asistencia social. La circunstancia de que orgánicamente existan entes que se ocupen de la seguridad social (como régimen contributivo) en sentido estricto, y otros que se encarguen de gestionar la asistencia social (seguridad social no contributiva), no significa que esta última quede sustraída del amplio campo de la Seguridad Social.

En la práctica española actual, se ha plasmado esta diferencia orgánica en la constitución de dos Ministerios diferentes (Trabajo y Seguridad Social, de un lado, y Asuntos Sociales, de otro), con partidas presupuestarias diversas. También desde el punto de vista dogmático, en algunos instrumentos internacionales, como es el caso de la *Carta Social Europea*, se ha distinguido el derecho a la seguridad social del derecho a la asistencia social en preceptos separados (artículos 12 y 13 CSE, respectivamente). En cambio, en el ámbito español, las prestaciones no contributivas de la antigua Ley de 1990 han quedado integradas junto a las contributivas en el vasto campo de la nueva Ley General de Seguridad Social⁴⁰.

l'indivisibilité des droits de l'homme", en *Les droits de l'homme en questions*, París, La documentation française, 1989. Por otra parte, el propio movimiento *Cuarto Mundo* ha elaborado algunas publicaciones, entre las que destacan: AA.VV, *Pour une justice sans exclusive*, París, Science et service, Quart Monde, 1977; AA.VV, *Le Quart Monde face aux droits de l'homme*, París, Science et service, Quart Monde-UNESCO, 1980.

⁴⁰ Con la ampliación del objeto de la relación jurídica de la seguridad social, con nuevas necesidades, la doctrina se plantea el problema de delimitar el ámbito de los que es la Seguridad Social y su Derecho objetivo. Así, se pregunta: "¿dónde está la frontera entre la Seguridad Social y otros campos de la política social de los Estados modernos? La nebulosa se vuelve especialmente densa en el campo de la Sanidad: ¿pertenece ésta a la Seguridad Social; es independiente de ella; está en parte dentro, en parte fuera? Este triple interrogante se puede repetir en términos idénticos respecto a la Asistencia Social y los

En todo caso, sea orgánica, sea dogmática la separación, el valor que subyace y al que apuntan los términos de la separación no es otro que un mínimo de igualdad que permita unas condiciones de vida dignas.

5.-Mecanismos de protección

No pretendemos quedarnos en un plano teórico, sino reflexionar sobre mecanismos de tutela de este derecho fundamental. Pensamos que pueden distinguirse tres planos:

- según el primero, y desde un prisma positivo, el derecho a la asistencia social debe, como mínimo, asegurar el derecho a una vida digna y a la integridad física y moral de la persona, así como su libertad física o personal;

- de acuerdo con el segundo plano, y adoptando un punto de vista negativo, el derecho a la asistencia social no puede dar lugar a situaciones discriminatorias en relación a dos o más personas que se hallen en circunstancias comparables;

- a tenor del tercer plano (garantista), que viene a integrar los dos anteriores, cuando no se respete el derecho a la asistencia social, ya sea vulnerando la vida digna, la integridad física o la libertad personal de una persona, ya sea infligiéndole un trato discriminatorio en el goce de aquel derecho, la persona afectada debe poder disponer del derecho a una tutela judicial efectiva.

Lógicamente, este último extremo nos sitúa en un plano reparador, en un mecanismo *a posteriori*. Por ello, no está de más insistir nuevamente en la importancia de la educación como mecanismo preventivo para el respeto de los derechos humanos. En el caso de las personas más necesitadas de asistencia social, el profesor Imbert ha expresado la precariedad de los derechos de los indigentes partiendo de la base de que el bajo nivel cultural comporta unas ínfimas posibilidades de protección: "Derecho(s) de los pobres, pobre(s) Derecho/derechos"⁴¹.

II.-MARCO NORMATIVO DEL CONSEJO DE EUROPA

1.-Instrumentos vinculantes

Servicios Sociales" (M. R. Alarcón Caracuel, y S. González Ortega, *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 32).

⁴¹ P-H. Imbert, "Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s)?", cit., pág. 753 (nota 37).

En primer lugar, no es ocioso insistir en que la situación de las personas más desfavorecidas en los países miembros del Consejo de Europa, incluidos los países más desarrollados, ha ocupado un lugar nada desdeñable en los trabajos de la organización regional europea por excelencia. En efecto, el Consejo ha abordado las situaciones de extrema pobreza y de exclusión social, que han hecho aflorar esa masa de marginados del mundo occidental agrupados bajo el nombre de "Cuarto Mundo". Para combatir este fenómeno, el profesor Imbert ha recordado las potencialidades brindadas por el artículo 13 CSE (derecho a la asistencia social y médica)⁴², consagrado a la protección de las personas que se hallan en estado de necesidad por carecer de los mínimos recursos para vivir:

"En vista a asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen:

1. a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de procurárselos por su propios medios o de recibirlos de otra fuente, en particular por prestaciones derivadas de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia apropiada y, en caso de enfermedad, los cuidados exigidos por su estado;

2. a velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran, por esta razón, una disminución de sus derechos políticos o sociales;

3. a prever que cualquiera pueda obtener, por medio de servicios competentes de carácter público o privado, los consejos y la ayuda personal necesaria para prevenir, abolir o aligerar el estado de necesidad de orden personal o de orden familiar;

4. a aplicar las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo, en pie de igualdad con los nacionales, a los nacionales de otras Partes Contratantes que se hallen legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones que asuman en virtud de la Convención europea de asistencia social y médica, firmada en París el 11 de diciembre de 1953".

El contenido del precepto puede sintetizarse como sigue. Por una parte, en el apartado 1 se reconoce el derecho subjetivo a la asistencia social. Por otra parte, en los tres siguientes apartados se contemplan (al margen del mecanismo de control genérico instaurado por la CSE) una serie de garantías específicas, cuales son: la prohibición de discriminación por hallarse en esta precaria situación merecedora de asistencia social, como consecuencia de la indivisibilidad de los derechos humanos

42 *Ibidem.* Para una aproximación ética a la cuestión véase P. Rodríguez del Pozo Alvarez, "El acceso a recursos médico-asistenciales escasos: cuestiones éticas", *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 7, 1990.

(apartado 2); el derecho de información para conseguir recursos suficientes, lo que encierra una vertiente preventiva nada despreciable (apartado 3) y el *minimum* protector fijado por un instrumento específico del Consejo de Europa en la materia (apartado 4).

El artículo 13 CSE completa el eventual marco restrictivo del derecho a la seguridad social reconocido en el artículo 12 CSE⁴³. Por otra parte, el propio artículo 13 CSE se ve completado por el derecho al beneficio de los servicios sociales contemplado en el artículo 14 CSE, en la medida en que los *servicios sociales* cubren un campo más amplio que los *servicios de asistencia*⁴⁴. El artículo 14 CSE recoge una previsión importante en su apartado 2, de manera que la obligación impuesta directamente a los poderes públicos en el apartado precedente, se completa por la obligación de favorecer "la participación de los individuos y de las organizaciones benévolas u otras en la creación y mantenimiento" de los servicios sociales. Tal previsión, por tanto, contiene una llamada al *voluntariado*; pero, además, no cabe duda de que este campo es idóneo para cumplir la obligada "prestación *social* sustitutoria" del servicio militar que, en su caso, puede imponerse a los objetores de conciencia, según prevé el artículo 30 CE. En fin, el círculo de preceptos relacionados con la asistencia social se vería completado básicamente por el derecho al trabajo (artículo 1 CSE) y el paralelo derecho a una remuneración equitativa (artículo 4 CSE), como fuente de ingresos y medio de vida ordinario, sin olvidar la cláusula general de igualdad que impregna el conjunto de la CSE, según se desprende del Preámbulo.

Aunque las disposiciones principales relativas al derecho a la asistencia social se encuentren en la CSE, las *extensiones* y *prolongaciones*

43 Con el artículo 13, según Bourlard, "podemos congratularnos de ver así el derecho a la seguridad social, regido por el artículo 12, *confortado* por otro derecho subjetivo que se presenta en cierta manera como la red protectora del primero, abarcando a todos aquellos que por los motivos más diversos, voluntaria o involuntariamente, todavía escaparen a las mallas cada vez más estrechas de la seguridad social contemporánea" (M. Bourlard, "Article 13", en *La Charte sociale européenne. Dix années d'application*, Université de Bruxelles, 1978, pág. 147).

44 Como señala Bourlard (*ibidem*, pág. 150), "El artículo 14, apartado 1, no da una definición explícita de los servicios sociales. (...) En todo caso, no pueden ser confundidos con los servicios de asistencia previstas por el artículo 13, apartado 3. El artículo 13, apartado 3, se dirige solamente a las personas que no disponen de recursos suficientes; el artículo 14 es susceptible de referirse a un número mayor de beneficiarios. El artículo 13, apartado 3, se limita a la asistencia, mientras el artículo 14 supera este marco para afrontar cualquier acción para el desarrollo del individuo y su mejor inserción en la sociedad. En cualquier caso, los servicios sociales previstos por el artículo 14 pueden asimismo dispensar la asistencia prevista en el artículo 13, apartado 3, pero un Estado (...) no satisfaría las obligaciones del artículo 14 adecuándose solamente a lo prescrito por el artículo 13, apartado 3".

socio-económicas de algunos derechos del CEDH pueden revelarse útiles para proteger aquel derecho. En este sentido, el derecho a recursos mínimos garantizados podría hallar protección en el marco del derecho a una vida digna (artículo 2 CEDH), de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH), de una libertad y seguridad efectivas (artículo 5 CEDH), sin olvidar la garantía del derecho a un proceso justo (artículo 6 CEDH) y del derecho a la igualdad (artículo 14 CEDH). Con carácter general Sudre, tras hacer un balance de los derechos protegidos por el CEDH y manifestar la conveniencia de corregir algunas anomalías en el enunciado de los mismos, apunta la pertinencia de "ensanchar el campo de los derechos garantizados: el CEDH podría abrirse a nuevos derechos, tales como el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, los derechos de las minorías o *algunos derechos económicos y sociales, como el derecho a vivir en condiciones conformes a la dignidad humana, a fin de que el estado de pobreza no siga viéndose excluido del CEDH*"⁴⁵. Como puede observarse, Sudre califica este derecho a la asistencia social como derecho económico y social, lo cual corrobora que el valor al que responde, como dijimos, es la igualdad.

2.-Documentos no obligatorios

Como hemos indicado, el Consejo de Europa se ha hecho eco de la dramática situación que afecta a dos categorías de personas como los trabajadores migrantes y los pobres, habiendo promovido o elaborado un gran número de documentos no vinculantes dirigidos a los Estados miembros para que adopten las medidas oportunas al efecto⁴⁶. De estos

⁴⁵ F. Sudre: *La Convention européenne...*, op. cit., pág. 117.

⁴⁶ Entre esos documentos, podemos subrayar los siguientes: *Document préparé par la Direction des Droits de l'Homme sur "Amélioration du contenu matériel de la Charte"*, Comité pour la Charte sociale européenne, 6a reunión (Strasbourg, 14-16 octubre 1992); *Document préparé par la Direction des Droits de l'Homme sur "La pauvreté et l'exclusion sociale"*, Comité pour la Charte sociale européenne, Strasbourg, 22 enero 1993; *Extrait du Rapport sur la sixième Session du Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels des Nations Unies (25 novembre-13 décembre 1991) - Anexe III sur "Le droit à un logement suffisant (artículo 11, par. 1 du Pacte)"*, Comité pour la Charte sociale européenne, Strasbourg, 31 julio 1992; *Proposition présentée par le Juge Valticos lors du 7e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (30 mayo-2 junio 1990) - Anejo a la 4a reunión (Strasbourg, 3-6 febrero 1992) del Comité pour la Charte sociale européenne sobre "Droit à la protection contre la pauvreté"*; *Propositions relatives aux dispositions matérielles de la Charte sociale européenne formulées par les membres du Comité Directeur sur la Politique Sociale*, Comité pour la Charte sociale européenne, Strasbourg, 3 septiembre 1992; *Propositions du Secrétariat visant à l'amélioration du contenu matériel de la Charte*, Comité de la Charte sociale européenne, Strasbourg, 4 septiembre 1992; *Proposition du représentant de la Finlande en ce qui concerne le droit au logement*, 8a reunión (Strasbourg, 5-7 mayo 1993) del Comité pour la Charte sociale

documentos, vamos a centrarnos en el que afecta más directamente a la materia objeto de estudio.

En efecto, el Consejo de Europa ha destacado la conexión entre las dos categorías mencionadas apelando implícitamente a la colaboración de la Unión Europea en la *Recomendación 1196 (1992), de 7 de octubre de 1992, relativa a la extrema pobreza y a la exclusión social: hacia recursos mínimos garantizados*. En esta significativa Recomendación, la Asamblea General del Consejo de Europa señala que

"esta situación comporta un desafío lanzado a los Gobiernos y a los Parlamentos para que reconsideren los principios que se hallan en la base del funcionamiento de los sistemas de protección social y los valores que se derivan y están inscritos en un cierto número de textos fundamentales del Consejo de Europa y, en particular, su Carta Social".

En la Recomendación, además, la Asamblea apunta como una de las causas de esta situación las

"diferencias esenciales en el funcionamiento de la economía entre los países del Oeste y los de Europa Central y del Este, diferencias que se derivan de perturbaciones importantes debidas al paso al sistema de mercado libre".

Sobre esto último debe tenerse en cuenta que el sistema de libre mercado se enmarca en la filosofía de la Unión Europea desde la creación de las Comunidades Europeas, unas Comunidades que han hecho prevalecer el desarrollo económico relegando el objetivo de cohesión económica y social. La crítica al modelo económico que se ha impuesto y que propugna la Unión la expresaba claramente un economista norteamericano cuando lo describía diciendo "la economía va bien, es la gente la que va mal". No hay nada más contradictorio, tanto más cuanto que la economía debe estar al servicio de la gente. Esto es, no han de hacerse incompatibles una Europa económicamente fuerte y la consecución de los derechos sociales en Europa, no debe oponerse un espacio económico europeo frente a un espacio social europeo. Es preciso evitar los efectos perversos del capitalismo, utilizando y poniendo al servicio de la sociedad las virtudes de ese sistema económico⁴⁷. Deben obviarse, en última instancia, políticas opuestas por parte de la Unión Europea (más centrada en los aspectos económicos) y del Consejo de

européenne, Strasbourg, 8 abril 1993; *Rapport sur l'extreme pauvreté et l'exclusion sociale: vers des ressources minimales garanties* (Rapporteur: Mme Havik, Suède), Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, doc. 6592, 7 abril 1992; *Avis sur l'extreme pauvreté et l'exclusion sociale: vers des ressources minimales garanties* (Rapporteur: M. Svensson, Suède), Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, doc. 6623, 8 mayo 1992.

⁴⁷ Véase J. Segura, "La reforma del Estado asistencial...", cit., pág. 21: "La propiedad esencial del sistema de economía de mercado es la eficiencia técnica en la asignación de los recursos *dada una distribución inicial de la riqueza*".

Europa (que muestra unas preocupaciones de índole social), pues dicha oposición puede distorsionar gravemente las políticas internas de los miembros de ambas organizaciones⁴⁸, al tener que decantarse nuevamente por una de las "dos verdades europeas".

En definitiva, como dice la Asamblea General en su *Recomendación 1168 (1991) relativa al futuro de la Carta Social del Consejo de Europa*, conectando los instrumentos vinculantes y los no obligatorios, hay que

"explotar el valor político de la Carta como instrumento de cooperación, de apreciación y de estimulación de las políticas sociales nacionales basadas en el respeto de los derechos de las personas".

Sólo así la Carta podrá ser un instrumento eficaz de protección de los derechos humanos y dejará de ser la "hermana pobre" del Convenio Europeo de 1950.

III.-LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA

1.-El derecho a la asistencia social como auténtico derecho subjetivo

Parece obligado empezar el tratamiento jurisprudencial de la asistencia social afirmando su carácter de derecho subjetivo conforme a la jurisprudencia del Comité de Expertos de la CSE. No obstante, como dijimos en el capítulo IV, este derecho ha provocado conflictos *ad intra*, originando importantes divergencias interpretativas entre los órganos de control de la Carta. Así, mientras el Comité de expertos ha mantenido que

"el apartado 1 del artículo 13 impone a los Estados que lo han aceptado la obligación de reconocer a las personas privadas de recursos, *un verdadero derecho subjetivo a la asistencia*; por tanto, *no supone para las Partes Contratantes una simple facultad de proporcionar asistencia*,"

⁴⁸ Sobre esta eventual oposición entre la política de la Unión Europea y la del Consejo de Europa es ilustrativo el estudio de A. de Vos Van Steenwijk, *Pour une Europe des droits de l'homme: entre le rapport Wrésinski et le rapport Marin, el faut choisir*, Mouvement International A.T.D. Quart-Monde, noviembre 1988. Así, el informe Marin (*Dimensión social del mercado interior*, Doc. SEC. (88) 1148 final, 14 septiembre 1988) contiene una dimensión social particularmente débil, dejando de lado la situación de los pobres, al contrario del informe Wrésinski. En efecto, el informe Marin no analiza el problema de la pobreza en cuanto tal. Al contrario, parte del principio de que el crecimiento económico se traducirá en una mejora de las condiciones sociales para todos los ciudadanos y sólo afronta la protección de los derechos fundamentales de las personas que tienen empleo.

de la que podrían hacer uso de manera discrecional, sino de una obligación cuyo respeto puede ser reclamado ante los tribunales"⁴⁹,

Por su parte, el Comité gubernamental ha sostenido una postura más reticente al respecto:

"El Comité (de expertos) ha examinado la cuestión de saber si ha lugar a interpretar esta disposición en el sentido de exigir de las Partes Contratantes el reconocimiento de un derecho subjetivo. En su opinión, las Partes Contratantes tienen la obligación de tomar medidas para asegurar que las personas que se encuentren en situación de necesidad puedan beneficiarse de una asistencia apropiada, pero *ello no implica necesariamente la existencia de un derecho subjetivo a una tal asistencia*"⁵⁰.

La primera postura nos parece más correcta desde la perspectiva política, al ser suscrita por un órgano independiente, y desde el punto de vista jurídico, atendidas las circunstancias actuales así como los *Trabajos Preparatorios* del artículo 13 CSE y otros trabajos posteriores del Consejo de Europa sobre la materia. Por lo demás, la postura del Comité de expertos, que estimamos más favorable a la realización de los derechos, ha venido avalada por la propia Asamblea parlamentaria:

"El tenor de estas disposiciones -del artículo 13 CSE- aparece lo bastante preciso como para que pueda deducirse la existencia de *un derecho subjetivo en favor de los interesados*"⁵¹.

2.-La asistencia social como derecho que debería caer en desuetudo frente a un salario justo

Al margen de lo anterior, parece que se impone asimismo postular que lo ideal sería que hubiese el mínimo número de personas beneficiarias del derecho del artículo 13 CSE, hasta el punto de que el mismo pudiera caer en *desuetudo*. Esto significaría, entre otros aspectos, que cada persona (con capacidad laboral) estaría en condiciones de *ganarse la vida* por su propio trabajo, para lo cual sería necesario el cumplimiento de la disposición del artículo 4 CSE referente al derecho a una remuneración equitativa. La progresividad y la mejora de las condiciones sociales llevaría a hacer cada vez más digno el nivel de vida de las personas. Así lo ha expresado el Comité de expertos de la CSE:

49 *Ibidem*, pág. 120.

50 *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 122.

51 *Ibidem*.

"Esta disposición (el artículo 4) 'que impone a los Estados Contratantes la obligación de asegurar, a través de medidas apropiadas, un nivel de vida decente a los trabajadores y a sus familias' implica 'para dichos Estados una cierta continuidad en el esfuerzo llevado a cabo para realizar los objetivos a los que apunta esta disposición de la Carta. En estas condiciones, hay que tener en cuenta que la condición socio-económica del trabajador y de su familia evoluciona y que las necesidades de base, primero centradas en la satisfacción de las necesidades esenciales y puramente materiales, como la comida y el alojamiento, se orienten después hacia preocupaciones más elevadas y complejas, tales como el acceso a la educación y a las ventajas culturales y sociales"⁵².

Interpretando el propio artículo 4 CSE, el Comité de expertos ha recogido estudios científicos que proponen métodos para fijar esa equidad del salario, sobre la base del denominado por el Consejo de Europa "umbral de decencia" (o "umbral de pobreza" para la OCDE). Con independencia del método que se adopte, lo que destaca el Comité es que ese salario decente podría quedar fijado en la "conciencia común" europea, por ser fruto de un consenso social europeo, no difícil de hallar al encontrarnos ante

"países cuyas estructuras sociales y económicas son relativamente comparables, como es el caso en el seno del Consejo de Europa; (...) -se requeriría- la existencia de un esfuerzo por parte de los Gobiernos de esos países para asegurar a los trabajadores un *progreso social* constante. (...) La actitud del Comité, en vista a determinar si un Estado satisface esta disposición de la Carta, se basa principalmente en preocupaciones de *justicia social*"⁵³.

3.-El derecho a la asistencia social como manifestación del derecho a una vida digna y de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes

Una de las vías más contundentes para la protección frente a la pobreza debiera ser la consideración de ésta como un trato inhumano y degradante, prohibido por el artículo 3 CEDH. Como ha señalado Imbert en relación al decisivo reconocimiento jurisprudencial de las "prolongaciones de orden económico y social" (caso *Airey contra Irlanda*, que veremos a continuación), "sería deseable que los órganos de control (del CEDH) llegasen hasta el final de la lógica de esta toma de posición, que no puede ser sino una interpretación más amplia de las disposiciones del artículo 3"⁵⁴. Sin embargo, ésta es una *brecha* jurisprudencial que, con

52 *Ibidem*, pág. 29.

53 *Ibidem*, pág. 31.

54 P-H. Imbert, "Droits des pauvres, ...", cit., pág. 747.

este alcance, queda todavía por abrir. En este contexto, Sudre lamenta que en la decisión sobre el *caso Van Volsem de 9 de mayo de 1990* "la Comisión haya rechazado calificar de trato degradante condiciones de vida miserables en relación a una situación de gran pobreza"⁵⁵.

En relación al derecho a la vida (artículo 2 CEDH) estimamos con Imbert que pueden hacerse reflexiones del mismo orden que respecto al artículo 3 CEDH, superando la estrecha visión que se tiene de aquél reduciéndolo al derecho de no ser privado de la vida: "si es cierto que en el corazón de la filosofía de los derechos humanos se halla la noción de dignidad, debe admitirse que la sobrevivencia no es vida. Sólo merece tal nombre una vida en dignidad. (...) Es decir -y esto debe ser subrayado con contundencia- que la gran pobreza no es, en primer lugar, un problema económico y ni siquiera financiero"⁵⁶.

Sobre el alcance del derecho a la vida ya se había pronunciado René Cassin en este sentido unos años antes, con motivo de la celebración de una mesa redonda sobre derechos humanos organizada por la UNESCO en Oxford del 11 al 19 de noviembre de 1965: "El hombre tiene una personalidad indivisible. Su derecho a la vida no exige sólo un orden social en donde haya seguridad contra el terrorismo y los riesgos de ejecución sumaria. Hace falta asimismo que pueda hallar su subsistencia en un trabajo y el apoyo activo de sus semejantes, para él y para su familia, si no se halla en condiciones de producir"⁵⁷. En fechas más recientes, Jean-Bernard Marie ha reflexionado sobre la búsqueda del núcleo intangible de los derechos humanos, planteando si la teoría de las necesidades elementales permitiría fijar mejor un haz de prioridades, o si la cobertura y satisfacción de tales necesidades podría constituir la condición previa para el goce del conjunto de derechos humanos que deben permitir "el libre y pleno desarrollo de la personalidad al que se refiere el artículo 29 de la Declaración Universal"⁵⁸.

4.-La protección de la asistencia social por la vía extensiva del derecho a la igualdad

55 F. Sudre, *La Convention européenne...*, op. cit., pág. 90.

56 P-H. Imbert, "Droits des pauvres, ...", cit., pág. 747.

57 Véanse estas palabras de René Cassin en *Enseignement des droits de l'homme*, UNESCO, Vol. IV, 1985, pág. 63.

58 J. B. Marie, "Préface", en *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Suisse, Éditions universitaires Fribourg (Collection interdisciplinaire, série "droits de l'homme"), 1991, págs. 12-13.

Sobre la aplicación del derecho a la igualdad del artículo 14 CEDH nos parece ineludible volver a recordar los *asuntos Marckx de 13 de junio de 1979* y *Vermeire de 29 de noviembre de 1991*⁵⁹, ambos *contra Bélgica*. Como vimos, en ambos se consideró que la legislación belga, en cuanto diferenciaba el estatuto de los hijos legítimos y naturales, excluyendo a estos últimos de los derechos sucesorios, violaba el artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 8 CEDH (respeto de la vida familiar)⁶⁰. Con estos pronunciamientos parece claro que las circunstancias del nacimiento no deben determinar una penuria económica posterior.

El razonamiento más interesante del TEDH consiste en considerar que tal discriminación puede acarrear consecuencias patrimoniales negativas para los hijos naturales, pudiendo ver mermada su asistencia socio-económica. Por ello, la circunstancia de que algunas madres solteras no quieran asumir el cuidado de sus hijos naturales no justifica la legislación belga según la cual se subordinan los efectos económicos al reconocimiento voluntario de la maternidad. Veremos que en la jurisprudencia constitucional española se ha alcanzado una solución parecida en el supuesto de las pruebas de paternidad (*STC 7/1994, de 17 de enero*), que no pueden quedar a la libre voluntad de los padres, pues ello constituiría una discriminación por razón de nacimiento (artículo 14 CE) y violaría el mandato constitucional de la protección integral de los hijos (artículo 39 CE).

5.-El derecho al proceso justo como garantía del derecho a la asistencia social

A) Perspectiva material y prolongación socio-económica: gratuidad del proceso y asistencia judicial gratuita

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la importancia de asegurar *la tutela judicial efectiva* (artículo 6 CEDH) y *uno de sus componentes, el recurso efectivo* (artículo 13 CEDH), a las personas que no dispongan de medios suficientes para el disfrute de tales derechos. Así ocurrió en el *caso Airey contra Irlanda de 9 de octubre de 1979*, en relación a la carencia de medios de una mujer para instar el procedimiento de separación de su marido, que había abandonado el hogar. El TEDH condenó al Estado demandado por vulneración del

⁵⁹ Serie A, núms. 31 y 214-C respectivamente.

⁶⁰ En el caso *Marckx*, además, el TEDH consideró que hubo violación del artículo 14 CEDH combinado con el artículo 1 del Protocolo adicional (derecho de toda persona al respeto de sus bienes).

artículo 6 CEDH, toda vez que la legislación irlandesa no preveía la gratuidad del procedimiento en este tipo de juicios civiles. En un pasaje ya célebre (apartado 26), el TEDH subrayó que si bien

"el Convenio enuncia en esencia derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen prolongaciones de orden económico y social. Con la Comisión, el Tribunal no estima por tanto tener que descartar tal o tal interpretación por el simple motivo de que adoptándola se correría el riesgo de usurpar la esfera de los derechos económicos y sociales; ningún tabique de retención separa esta esfera del ámbito del Convenio".

Una situación similar se produjo en el *asunto Van der Musselle contra Bélgica de 23 de noviembre de 1983*, pero en esta ocasión la situación de fondo era más precaria (una persona de Gambia carente de recursos en general, no sólo para litigar). Ahora bien, el caso tuvo su origen en la demanda de un abogado belga en régimen de pasantía al que se le requería (según la legislación belga) para hacerse cargo sin remuneración de la persona mencionada. El demandante alegó vulneración del artículo 4 CEDH (prohibición del trabajo forzoso u obligatorio) en combinación con el artículo 14 CEDH (no discriminación -alegaba- en relación con otros especialistas, como dentistas o médicos, no constreñidos a realizar obligaciones similares). El TEDH no halló violación de estos preceptos, señalando que la práctica procesal es precisamente uno de los medios gracias a los cuales Bélgica puede dar cumplimiento al derecho a un juicio justo garantizado por el artículo 6 CEDH.

B) Perspectiva formal y garantía instrumental de las prestaciones no contributivas

En el *caso Salesi contra Italia de 26 de febrero de 1993*⁶¹, el TEDH emitió una sentencia de gran alcance, al reconocer por primera vez la aplicación de la garantía del artículo 6.1 CEDH a las *prestaciones no contributivas o de asistencia social*. Con anterioridad, en el *caso Feldbrugge contra Países Bajos de 29 de mayo de 1986*⁶², y en el *caso Deumeland contra Alemania de la misma fecha*⁶³, el TEDH había inaugurado asimismo la aplicabilidad del artículo 6.1 CEDH a las

61 Serie A, núm. 257-E.

62 Serie A, núm. 99.

63 Serie A, núm. 100.

prestaciones contributivas, doctrina que se ha venido repitiendo con posterioridad⁶⁴.

El asunto tiene su origen en la demanda de Enrica Salesi, a quien se había denegado en el ámbito interno una prestación mensual de invalidez no contributiva, basada en el artículo 13 de la Ley núm. 118 de 20 de marzo de 1971. Este precepto concede una prestación mensual (*assegno mensile*) de invalidez a los mutilados e inválidos civiles de edades comprendidas entre los 18 y 64 años a quienes se comprobara una incapacidad laboral de 2/3 y que se hallaran en *estado de indigencia*. Esta previsión legal, por lo demás, desarrolla el párrafo 1 del artículo 38 de la Constitución italiana vigente⁶⁵.

Tras el procedimiento administrativo y agotada la vía judicial previa, la actora presentó su demanda ante la Comisión, denunciando la larga duración del procedimiento ante las jurisdicciones de su país, invocando a tal efecto el artículo 6.1 CEDH. El informe de la Comisión de 20 de febrero de 1992 declaró que hubo violación de la citada disposición⁶⁶. Por su parte el TEDH, recordando su jurisprudencia anterior (en especial los *casos Feldbrugge y Deumeland*, sobre prestaciones contributivas, que trataremos después) entendió que el artículo 6.1 era aplicable a las pensiones no contributivas y que, además, tal precepto había sido violado. Por otra parte, introdujo un elemento de gran relevancia al traer a colación los citados casos: *la aplicación del principio de igualdad en el goce del derecho a percibir prestaciones sociales, con independencia de la naturaleza o carácter de las mismas*. El núcleo del razonamiento del TEDH se contiene en el párrafo 19 de su sentencia, que por su interés transcribimos:

"En el caso de autos, el Tribunal se halla de nuevo ante la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6.1 a un litigio de la Seguridad Social. Ya se le había planteado en los *asuntos Feldbrugge contra Países Bajos* y

⁶⁴ A título de ejemplo, puede verse la *sentencia de 24 de junio de 1993, pronunciada en el caso Schuler-Zraggen contra Suiza*, sobre pensión por invalidez, serie A, núm. 263.

⁶⁵ Este es el tenor literal del párrafo 1 del artículo 38 de la Norma Fundamental italiana: "Todos los ciudadanos incapacitados para el trabajo y desprovistos de medios necesarios para vivir, tiene derecho al sustento y a la asistencia social". Al tratarse de una prestación de asistencia social obligatoria, los litigios relativos a la existencia de un derecho a esta prestación dependen de la competencia del *pretore*, en funciones de juez de lo social, y el desarrollo del proceso obedece a las disposiciones dictadas en materia de contencioso laboral (artículos 442 y 444 del Código de procedimiento civil).

⁶⁶ Según el primer inciso del artículo 6.1 CEDH, "toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sea sobre *sus derechos y obligaciones civiles*, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella".

Deumeland contra Alemania, sobre los que falló el 29 de mayo de 1986 (serie A, núms. 99 y 100). En aquel momento comprobó la existencia de una gran diversidad en la materia entre los Estados miembros del Consejo de Europa, cuya legislación y práctica conciben de forma distinta la naturaleza del derecho a las prestaciones de seguridad social. Sin embargo, la evolución jurídica introducida por estas sentencias y el principio de igualdad de trato permiten estimar que la aplicabilidad del artículo 6.1 constituye hoy la regla en el ámbito de la seguridad social.

No obstante, aquí la cuestión se plantea en el terreno de la asistencia social y no, como era el caso en los asuntos citados, de la seguridad social. Ciertamente existen diferencias entre las dos, pero no podría considerárselas fundamentales en el estado actual del desarrollo del Derecho de la seguridad social. Esto justifica que se siga, para el derecho a las prestaciones de asistencia social, la opinión que se desprende de las mencionadas sentencias en cuanto a la calificación del derecho a las prestaciones de seguridad social, a saber, que la intervención estatal no es suficiente para establecer la inaplicabilidad del artículo 6.1.

Como en los casos mencionados, tres consideraciones apoyan en este caso la conclusión opuesta. La más importante de ellas reside en la circunstancia de que, pese a los aspectos de Derecho público señalados por el Gobierno, la señora Salesi no se hallaba ligada por relaciones con la Administración como tal, usando prerrogativas discrecionales; afectada en sus medios de existencia, la demandante invocaba un derecho subjetivo de carácter patrimonial, que resultaba de reglas precisas de una ley que daba efecto a la Constitución.

La protección de ese derecho fundamental se encuentra, por lo demás, organizada de manera que en la fase judicial, los litigios relativos al mismo dependen de la competencia de la jurisdicción ordinaria, el juez social (*pretore del lavoro*).

En resumen, el Tribunal no percibe razón alguna convincente para distinguir entre el derecho de la señora Salesi a las prestaciones de asistencia social y los derechos a las prestaciones de seguridad social de los que se preválían la señora Feldbrugge y el señor Deumeland. Por tanto, el artículo 6.1 se aplica en este caso".

De este sustancial pasaje, al margen de la mencionada referencia al principio de igualdad, se derivan otros extremos importantes. Por una parte, se otorga relevancia al *reconocimiento del derecho a la asistencia social como derecho subjetivo* en el plano interno. Por otra parte, este derecho se califica como *fundamental*, lo que no parece referirse únicamente a la vertiente formal-garantista, sino asimismo a la material. Además, al citar la jurisprudencia anterior, se atisba la idea de que el TEDH intenta establecer "*una perspectiva común europea*" (*caso Feldbrugge*, párrafo 29) que hasta entonces no existía, esto es, un *mínimo común denominador europeo en cuanto a la concepción y tutela de las prestaciones sociales*, frente a la diversidad nacional, y en un sentido progresivo favorable a la realización efectiva de los derechos. Veremos que este *consenso social mínimo* no es respetado en el ámbito español.

En efecto, la referencia del artículo 6.1 CEDH a los "derechos y obligaciones civiles" parecía un gran escollo para extender la protección de

tal disposición incluso a las prestaciones contributivas, que parecen revestir una naturaleza mixta: de un lado *semiprivada*, en tanto que el pago de cotizaciones y el recíproco pago de prestaciones parecen presentar un carácter contractual, pero al tiempo *semipública*, al establecerse la obligatoriedad de asegurarse. En cambio, no debería ofrecer lugar a dudas la naturaleza pública de las prestaciones no contributivas, derivadas directamente de la ley, pero el contenido patrimonial de éstas no debe dar lugar a diferencias de trato en relación a las contributivas (que también poseen un contenido patrimonial).

De nuevo, a la vista de los casos anteriores, habría que insistir en lo paradójico que resulta asegurar asistencia gratuita para disfrutar de un derecho instrumental (asistencia judicial) y no garantizar dicha asistencia *a priori* (asistencia social), para evitar el uso de la primera.

A modo de conclusión: las reflexiones anteriores sobre la virtualidad de la asistencia judicial de las personas carentes de recursos revisten una enorme importancia para progresar en la protección de los derechos humanos. Pero aún cabría profundizar en este enfoque, evaluando las posibilidades de consagración de un derecho en favor de ciertas asociaciones para presentar una demanda en defensa de los derechos de las personas más desfavorecidas, constituyéndose en parte civil del proceso⁶⁷.

IV.-EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL EN LA UNION EUROPEA

1.-Marco normativo

Con carácter previo hemos de recordar que para aproximarse al enfoque horizontal o comparado en la Comunidad Europea, que en este trabajo obviamos, puede consultarse la obra de Serge Milano ya mencionada⁶⁸.

⁶⁷ Sobre estas posibilidades llevan algún tiempo trabajando asociaciones que trabajan en el campo de la marginación social. En este sentido, el 5 de mayo de 1987, las ONGs con estatuto consultivo en el Consejo de Europa adoptaron una moción sobre "las posibilidades de las ONGs de entablar, tanto en el plano nacional como internacional, un procedimiento en interés de la protección de los derechos humanos" (Doc. H./ONG (87) 4).

⁶⁸ Al margen de esta obra titulada *Le revenu minimum dans la CEE*, el autor ha escrito otras dos monografías sobre la materia: *La pauvreté absolue*, París, Hachette, 1988, y *La pauvreté dans les pays riches*, París, Nathan, 1992. Para más recientes aportaciones jurídico-sociales, detalladas con cifras, véase el dossier monográfico preparado también por Milano bajo el título "La lutte contre la pauvreté", *La documentation française*, núm. 751, 7 juillet 1995.

Si descendemos a nuestro enfoque vertical, lo primero que se desprende del espíritu liberal de los Tratados, lógicamente, es la práctica omisión de cualquier avance en el terreno de la asistencia social, a salvo la lejana consecución de "la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos" (Preámbulo del Tratado CEE y artículo 117 del propio Tratado).

Con posterioridad, la timidez con que se plasma en el texto articulado del Acta Unica la prometedora proclamación en su Preámbulo de la igualdad y la justicia social, así como la mención expresa a la CSE, viene a confirmarse de manera negativa con motivo de las negociaciones de Maastricht. En efecto, en este ambiente y sobre el tema del *cuarto mundo* es preciso recordar que una de las primeras propuestas formuladas por la Comisión de las Comunidades Europeas para ser incluida en el marco del capítulo fundamental sobre la ciudadanía europea del Tratado de Maastricht⁶⁹, consistió en que la lucha contra la exclusión social se convirtiera en una de las prioridades del trabajo de las Comunidades, lo cual no prosperó⁷⁰.

Las lagunas existentes en la normativa comunitaria obligatoria, no vienen sino a ser confirmadas por la esporádica adopción de documentos sin carácter vinculante. A título de ejemplo podemos citar la *Resolución del Parlamento europeo sobre la lucha contra la pobreza y la exclusión social en la Comunidad Europea, de 13 de julio de 1993*. Unos años antes, el propio Parlamento había adoptado la *Resolución sobre la lucha contra la pobreza en la Comunidad Europea, de 16 de septiembre de 1988*.

⁶⁹ Con carácter general puede verse D. Symon y R. Kovar, "La citoyenneté européenne", *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, agosto 93. Véase asimismo I. Bullaín, "Ciudadanía y Unión Europea", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 38, enero-abril 1994. En este contexto, el autor también se refiere a la problemática de la coexistencia del Derecho de los dos foros europeos que sirven de fundamento a nuestro estudio (el Consejo de Europa y la Comunidad Europea), y plantea la necesidad de "establecer un nivel común sobre la base de valores comunes" (pág. 72). Al tiempo, critica la incapacidad de la Comunidad Europea para "articular entre sus ciudadanos una voluntad conjunta de aspirar a un destino común sobre la base de intereses y valores distintos de los económicos. El patrimonio común europeo representado en estructuras políticas democráticas, de economías sociales de mercado, y de respeto a los derechos y libertades fundamentales, está siendo arrinconado en favor de un proyecto escasamente participativo, carente de dimensión social y falta de un catálogo de derechos y libertades con sus correspondientes garantías" (pág. 74).

⁷⁰ Sobre el particular, ver las actas del Coloquio *Vers une plus grande justice sociale en Europe: le défi de la marginalisation et de la pauvreté*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Comité directeur sur la politique sociale, 1992, págs. 52 y ss.

Por otra parte, no es ocioso mencionar, en este mismo tono no vinculante, la *Declaración relativa a la cooperación con las asociaciones de solidaridad* aneja al TUE, cuyo enunciado es el siguiente:

"La Conferencia destaca la importancia que tiene, para conseguir los objetivos del artículo 117 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la colaboración entre ésta y las asociaciones de solidaridad y las fundaciones, como instituciones responsables de establecimientos de beneficencia y de servicios sociales".

Sin duda, esta Declaración tiene un apreciable contenido, en la medida en que toma en consideración el papel de las ONGs. Por otra parte, la alusión al artículo 117 del Tratado de la Comunidad Europea, que se refiere a la "equiparación por la vía del progreso" vuelve a confirmar que la "beneficencia" y los "servicios sociales" (entre los que cabría incluir, como dijimos, la asistencia social) tiene como base el valor igualdad. Ahora bien, la circunstancia de que se trate de una Declaración, unida a una implícita renuncia a ocuparse de la asistencia social reconociendo un verdadero derecho subjetivo, dota de precariedad jurídica a este campo de acción, abandonándolo al juego de la ética. En estas condiciones, queda prácticamente sesgada la acción de los Estados miembros en el ámbito de la "integración de las personas excluidas del mercado laboral", tal como se contempla en el artículo 2.1 del *Acuerdo anejo al TUE sobre la política social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido*.

No está de más concluir este epígrafe mostrando nuestro deseo de que los Estados europeos den muestras de voluntad política en el reconocimiento del derecho a la asistencia social, para lo que no es impertinente traer a colación el punto 7 (dedicado a la "protección social") del Título VIII del Proyecto Herman sobre la Constitución de la Unión Europea. El apartado b) de dicho punto tiene este trascendental enunciado:

"Toda persona que carezca de recursos suficientes tendrá derecho a la asistencia social y sanitaria"⁷¹.

2.-Labor jurisprudencial del TJCE

⁷¹ Los otros tres apartados del punto 13 (a, c y d, respectivamente) tampoco son desdeñables, por cuanto se refieren a aspectos íntimamente ligados con la asistencia social: "a) Toda persona tiene derecho a beneficiarse de medidas que favorezcan a su *salud*. (...) c) Los trabajadores por cuenta ajena, los autónomos y sus derechohabientes tienen derecho a la *seguridad social* o a un sistema equivalente. d) Toda persona que, por razones ajenas a su voluntad, no pueda acceder a una *vivienda digna* tiene derecho a la ayuda de las autoridades públicas competentes".

En primer lugar, no se puede perder de vista que, al no reconocerse en los instrumentos vinculantes de la Unión, el derecho a la asistencia social no ha podido dar lugar a un tratamiento jurisprudencial explícito por el TJCE. Ahora bien, podemos hallar algunos pronunciamientos interesantes al respecto.

2.1.-La virtualidad del derecho fundamental a la igualdad

En primer lugar, el TJCE ha destacado que el principio de igualdad no sólo tiene que ver con la nacionalidad, siendo ésta un motivo de no discriminación meramente enunciativo; de manera que, siendo abierta la lista de motivos, tampoco podría producirse discriminación en el disfrute del derecho a recursos mínimos garantizados.

En efecto, la *sentencia de 23 de febrero de 1994*, pronunciada en el *caso Ingetraut Scholz contra Opera Universitaria di Cagliari y Cinzia Porcedda*⁷² (sobre discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a la Administración pública), confirma que las razones por las que no cabe discriminación en el ámbito comunitario no conforman un *numerus clausus*, de manera que no se limitan únicamente a la nacionalidad (apartado 7):

"De una jurisprudencia reiterada (...) resulta que el artículo 48 del Tratado prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier otra forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado".

La virtualidad del principio de igualdad sí ha quedado patente en materia de seguridad social⁷³. Lógicamente, tampoco habría dificultad en aplicar esta doctrina si se hallase en juego una prestación no contributiva.

72 Rec. 1994-2, págs. I-505-523.

73 Sobre el particular, pueden verse las sentencias del TJCE de *25 de julio de 1991 dictada en el caso Theresa Emmott y Minister for Social Welfare*, y de *5 de octubre de 1994 pronunciada en el caso Simon J.M. van Munster contra Rijksdienst voor Pensioenen* (Rec. 1994-10, págs. I-4661-4700). Sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes, véase la sentencia del TJCE de *24 de marzo de 1994 dictada en el caso Guido Van Poucke contra Rijksinstituut voor de Sociale Veerzekeringen der Zelfstandigen* (Rec. 1994-3, págs. 1101-1121)..

2.2.-La efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva

En segundo lugar, hemos tenido ocasión de ver el papel que juega el derecho a un proceso justo como eventual garantía del derecho a la asistencia social en el marco del CEDH. Pues bien, el TJCE ha destacado por su parte el carácter de derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. Sobre el lugar privilegiado que ocupa este derecho en toda sociedad democrática, el apartado 14 de la *sentencia de 3 de diciembre de 1992 dictada en el caso Oleificio Borelli SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*⁷⁴, recuerda los pronunciamientos más sobresalientes en la materia, con referencia explícita a las disposiciones del CEDH que consagran los derechos a un proceso justo⁷⁵ y a un recurso:

"Como ha declarado el Tribunal de Justicia, especialmente en las sentencias de 15 de mayo de 1986, *Johnston* (Rec. p. 1651), apartado 18, y de 15 de octubre de 1987, *Heylens* (Rec. p. 4097), apartado 14, la exigencia de un control jurisdiccional de cualquier decisión de una autoridad nacional constituye un principio general de Derecho comunitario que deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que está consagrada en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos".

El respeto del proceso justo como garantía democrática llega hasta tal punto, en el ámbito comunitario, que debe protegerse incluso ante ausencia de normas al efecto. Esto se desprende del *caso Reino de Bélgica contra Comisión de las Comunidades Europeas, sentencia de 21 de marzo de 1990*⁷⁶ (apartados 45 y 46):

"El Estado demandante señala que la Comisión se refiere en su Decisión impugnada a observaciones presentadas por 'otros tres Estados miembros y cuatro asociaciones profesionales de tubos de acero' sin haber presentado los documentos correspondientes y sin haber dado al demandante la posibilidad de comentar dichas observaciones. De este modo, la influencia que las mencionadas observaciones hayan podido ejercer sobre la Decisión de la Comisión no es conocida. Por consiguiente, se trataría de una violación del derecho de defensa y del principio de 'proceso justo'.

Hay que subrayar a este propósito que, según lo ha destacado ya este Tribunal de Justicia en su jurisprudencia reiterada (...), el respeto del

74 Rec. 1992-10, pág. I-6334.

75 En relación al derecho al proceso justo del artículo 6 CEDH, el TEDH ha subrayado, en la sentencia de 27 de febrero de 1980, dictada en el caso *Deweer* contra Bélgica (Serie A, núm. 35), el "lugar eminente que ocupa el derecho a un proceso equitativo en una sociedad democrática".

76 Rec.1990-3, pág. I-1016.

derecho de defensa en cualquier proceso instruido contra una persona y que puede dar lugar a una resolución que le cause perjuicio constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe asegurarse incluso a falta de una normativa específica".

Los dos aspectos mencionados (igualdad y tutela judicial efectiva) han sido puestos en conexión por la propia jurisprudencia comunitaria, de manera que el derecho a un recurso no puede ser objeto de discriminación (*asunto Marguerite Johnston de 15 de mayo de 1986*, apartado 58). La relación deriva precisamente del hecho de que la lista de motivos por los que no cabe discriminación no sea cerrada.

2.3.-La protección de un nivel de vida equitativo frente a las exigencias del mercado

Aunque hemos mencionado casos relativos a derechos que por vía de conexión o extensión serían útiles para la protección del derecho a la asistencia social, en otros se ha sustanciado de manera más directa la problemática relativa a un nivel de vida decente.

En concreto, en la *sentencia dictada en el caso República Helénica contra Consejo de la Unión Europea, de 14 de julio de 1994*⁷⁷. En este pronunciamiento se vislumbra, en el marco de la política agraria común, la idea de garantizar unos recursos mínimos a los agricultores (un "nivel de vida equitativo") y ello en el contexto general de la política social comunitaria de reducir las diferencias entre los grandes y los pequeños productores, lo cual se halla en la línea del Estado social de favorecer a los grupos más vulnerables.

El Gobierno helénico, de un lado, mantenía (apartados 32 a 34)

"que el apartado 2 del artículo 10 del Reglamento de base hace peligrar dos objetivos de la política agraria común. Por una parte, considera que a los productores de soja que llevan a cabo la siembra con posterioridad al 15 de mayo no se les garantiza el *nivel de vida equitativo* que propugna la letra b) del apartado 1 del artículo 39 del Tratado CEE. Al estar excluido ese cultivo de los pagos compensatorios por efecto del apartado 2 del artículo 10, los ingresos de dichos productores han disminuido. Por otra parte, continúa dicho Gobierno, se disuade a los productores de cultivar soja después del 15 de mayo, de manera que deja de garantizarse la seguridad de los abastecimientos de la Comunidad que propugna la letra d) del apartado 1 del artículo 39 del Tratado".

⁷⁷ Rec. 1994-7, págs. I-3411. En esta sentencia se resuelve un recurso de anulación del Reglamento (CEE) núm. 1765/92 del Consejo, de 30 de junio de 1992, por el que se establece un régimen de apoyo a los productores de determinados cultivos herbáceos.

De otro lado, el Gobierno griego exige (apartado 35) que en la elaboración de la política agraria común, se tengan en cuenta

"las características especiales de la actividad agrícola, que resultan de la estructura social de la agricultura. Sería conveniente, pues, según el Gobierno helénico, que este sector de la política social estuviera orientado a reducir las desigualdades entre grandes y pequeños productores".

Los loables objetivos de la política social (y de la más concreta política agrícola) quedan matizados por el marco de la política comunitaria en general que, impregnada por el espíritu neocapitalista occidental, pone mayor énfasis en el equilibrio del mercado.

Con esta orientación, manteniendo una tesis menos *socializante* que el Gobierno griego, el TJCE pondera la convergencia entre el mantenimiento del nivel de vida digno de los pequeños agricultores y la realización prioritaria de las exigencias mercantilistas. Así, recuerda en el apartado 36 que

"según reiterada jurisprudencia, en la consecución de los objetivos de la política agraria común, las Instituciones comunitarias deben garantizar la conciliación permanente que puedan exigir las posibles contradicciones entre los diferentes objetivos fijados por el artículo 39 del Tratado, considerados separadamente, y, en caso necesario, atribuir a uno de ellos la preeminencia temporal que impongan los hechos o las circunstancias económicas en virtud de las cuales se adopten sus decisiones".

Ahora bien, en esa conciliación, hay que tener en cuenta según el TJCE (apartado 37) que

"el nuevo régimen de apoyo se estableció con el *fin de asegurar un mayor equilibrio del mercado*, mediante la aproximación de los precios comunitarios de determinados cultivos herbáceos a los del mercado mundial y para compensar las pérdidas de ingresos causadas por la reducción de los precios institucionales mediante un pago compensatorio a los productores que siembren tales productos".

V.-LA INFLUENCIA EN ESPAÑA DE LA NORMATIVA EUROPEA RELATIVA AL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL.

1.-Normativa española

1.1.-Plano constitucional

Si nos situamos en el plano dogmático, al margen del genérico artículo 41 CE hemos de mencionar otras disposiciones relevantes entre los "principios rectores de la política social y económica", en la medida en

que se refieren a esa protección básica y mínima de determinados colectivos vulnerables frente a la eventual insuficiencia de recursos.

Así, el artículo 39 CE impone a los poderes públicos asegurar "la protección social, *económica* y jurídica de la familia"⁷⁸ (apartado 1). De manera especial se extiende ese mandato a "la protección *integral* de los hijos" (apartado 2), que se completa con la obligación de los padres de "prestar *asistencia de todo orden* a los hijos". Otras disposiciones constitucionales garantizan el derecho a la asistencia social de determinados grupos vulnerables, como los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (artículo 49 CE) o los ancianos (artículo 50). Además, el propio artículo 41 CE alude de manera específica a los desempleados.

Por otra parte, el artículo 47 CE alberga la garantía específica de una de las tres necesidades básicas incluidas en la asistencia social: el derecho a la vivienda⁷⁹. La consagración constitucional de este derecho adquiere relieve desde una doble vertiente: de un lado, se pone en conexión con la dignidad de la persona del artículo 10.1 CE ("una vivienda digna"); de otro lado, acoge una cláusula dinámica que recuerda la del artículo 9.2 CE, en la medida en que "los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho".

En otro orden de consideraciones, desde el punto de vista orgánico u organizativo, hay que tener en cuenta el artículo 148.1.20.a) CE, en virtud del cual

"Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:
(...) *Asistencia social*".

La efectividad de esta disposición estimamos que no puede desvincularse de la importante previsión del artículo 158.1 CE:

"En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de *la garantía de*

⁷⁸ Este mandato constitucional referente a la protección de la familia se convierte tanto más importante cuanto que España está catalogada, junto con Grecia y Portugal, uno de los países en donde "la política familiar -en términos monetarios, se entiende, es prácticamente inexistente" (Ph. Steck, *Les prestations familiales*, París, PUF-Collection "Que sais-je?", núm. 2771, pág. 124). Para mayor actualidad, véase el artículo aparecido en el diario *El Mundo*, del viernes 3 de noviembre de 1995, bajo el título "España, en la cola de la protección social", pág. 43.

⁷⁹ Véase M. Bassols Coma, "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85, 1983; R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, IEAL, 1982.

un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español".

Sin lugar a dudas, a la luz de estos dos preceptos de nuestra *Lex Superior*, la asistencia social debe considerarse como uno de esos servicios públicos fundamentales, cuya prestación no tiene sentido si no se entiende que responden a la garantía de un derecho a unos recursos mínimos.

En fin, de la conjunción del enfoque orgánico y del dogmático parece desprenderse la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta "regional" y "personal" (respectivamente) más equitativa en el marco de una política de estabilidad económica (artículo 40.1 CE). Es importante la mención a la renta y, sobre todo, el último inciso de este precepto, por cuanto prescribe una atención "especial" a la realización de una "política orientada al pleno empleo". De aquí podría deducirse, al no establecerse explícitamente, que el derecho a la asistencia social debe ejercitarse de manera muy transitoria, lo justo para permitir la inserción en el mercado laboral. Con ello vemos que este designio constitucional se aproxima bastante a la idea-fuerza de la renta mínima de *inserción* francesa.

Dicho lo que precede, es más fácil establecer una ligazón entre el referido contenido del artículo 40.1 CE ("*de manera especial* realizarán una política orientada al *pleno empleo*") y la garantía del artículo 41 CE en lo que se refiere a "la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, *especialmente* en caso de *desempleo*". Con razón se ha dicho que esta mención al desempleo es coyuntural, por el alto índice de paro existente en la época de la elaboración de nuestra Norma Suprema, que por lo demás ha aumentado. Pero no es menos cierto que tal mención también se debe a la circunstancia de que el paro de larga duración ha sido una de las causas más graves y comunes de la exclusión social durante la segunda mitad de este siglo, dando lugar a lo que ha venido a denominarse en el mundo desarrollado "la nueva pobreza"⁸⁰. De ahí que la orientación de la política al pleno empleo venga respaldada por la protección ante el desempleo. Tal orientación, en fin, intenta

⁸⁰ Esta situación la relata en estos términos B. Majnoni d'Intignano, *La Protection sociale*, op. cit., pág. 117: "En contra de las esperanzas de Beveridge, el paro no sólo ha persistido tras la guerra de 1945, sino que ha progresado fuertemente desde la crisis de 1975. Sin llegar a producirse las calamidades observadas antes de la era industrial y durante la crisis de 1930, en que se moría de hambre y los parados sin subsidio guardaban cola para las sopas populares, la nueva pobreza (paro de larga duración y exclusión de la vida social) se convierte en la tara de los países desarrollados, pese a su enriquecimiento contínuo". Véase asimismo sobre el particular J. Ballesteros, "Los derechos de los nuevos pobres", en AA.VV. (J. Ballesteros, ed.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992.

conjugar el riesgo de parasitismo social y la protección estrictamente necesaria para incentivar la inserción en el mercado laboral⁸¹.

1.2.-Plano infraconstitucional: importancia de la Ley de prestaciones no contributivas de 1990 (incorporada al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994)

La mayor realización española en materia de asistencia social vino a recogerse, como avanzamos, en la *Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, desarrollada por dos Reales Decretos (356/1991 y 357/1991, de 15 de marzo)*. Sobre la misma, cuyo contenido ha quedado incluido en el *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, se ha apuntado que supuso un hito histórico en la aportación de España a la consecución de un *espacio social europeo*⁸².

Este objetivo se desprendía de la propia Exposición de motivos de la Ley, que parece querer adecuarse a la normativa internacional en materia de derechos humanos, al declarar que su contenido

⁸¹ En este sentido, la mayoría de sistemas prevén medidas para desincentivar el mantenimiento de la situación legal de desempleo e inducir a los parados a buscar trabajo para insertarse en el mercado laboral; tales medidas suelen consistir en el tipo aplicable a la base reguladora de la prestación, que se va reduciendo a medida que aumenta la situación de desempleo. Así por ejemplo, en España, los tipos aplicables eran el 80% durante los seis primeros meses de desempleo, el 70% desde el séptimo al duodécimo mes, y el 60% a partir del decimotercer mes; tales porcentajes se modificaron restrictivamente por medio del denominado "decretazo", el *Real Decreto Ley 1/1992, de 3 de abril, de Medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo* (BOE del martes 7 de abril de 1992). Según la exposición de motivos "se modifican, igualmente, los tipos aplicables a la base reguladora que determinan la cuantía de la prestación, para moderar las elevadas tasas de reposición de la prestación contributiva en relación con los salarios dejados de percibir, en tanto tales tasas pueden desincentivar la búsqueda de empleo. En congruencia con la finalidad de esta norma, el derecho a la prestación o al subsidio por desempleo se extinguirá cuando los beneficiarios rechacen participar en acciones de formación profesional, rehusando adquirir la capacidad necesaria para acceder a un puesto de trabajo e instalándose de forma insolidaria en la protección por desempleo".

⁸² Así lo expresó quien fue en el momento de la promulgación de la Ley Secretario general para la Seguridad Social y miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social, A. Jiménez Fernández. En relación a la citada Ley, declaró éste que "la Seguridad social española se encuentra hoy día en uno de los momentos más importantes de su historia reciente. Tras las reformas llevadas a cabo durante la pasada década, que han reforzado y perfeccionado el sistema, se ha dado un paso decisivo en la universalización de la protección de la Seguridad Social con la entrada en vigor de la Ley de prestaciones no contributivas, en un momento en el que nos preparamos desde la estabilidad alcanzada por el sistema, para hacer frente a las transformaciones sociodemográficas que se avecinan y para cumplir el compromiso ineludible, desde el punto de vista del bienestar social, de establecer un *espacio social europeo*", en el diario *El País*, del lunes 4 de marzo de 1991, pág. 11.

"sintoniza, además, con las más recientes orientaciones que se dan en el ámbito internacional. Las diferentes Organizaciones inter o supranacionales vienen recomendando que la Seguridad Social extienda su ámbito, con el doble propósito de garantizar a los trabajadores el mantenimiento de ingresos proporcionales a los obtenidos durante su vida activa y, al propio tiempo, *asegurar a los ciudadanos, particularmente a quienes se encuentran en estado de necesidad, unas prestaciones mínimas*".

En este doble propósito se percibe la asimilación o integración del sistema bismarckiano y beveridgiano a la que nos referíamos.

La Exposición de motivos de la Ley aludía también a su alcance y proyección:

"La trascendencia de la reforma, que la Ley introduce, se centra en la extensión del derecho a las pensiones de jubilación e invalidez y a las prestaciones económicas por hijo a cargo, del Sistema de Seguridad Social a todos los ciudadanos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones del nivel contributivo, por la realización de actividades profesionales. Se trata, en definitiva, de la *universalización de las prestaciones*".

Por otra parte, la Ley pretendía desarrollar los objetivos constitucionales presentes en el artículo 41 CE, en lo que se refiere al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social "para todos los ciudadanos"; en el artículo 49 CE, en relación a "una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos" (pensiones de invalidez); en el artículo 50 CE, para garantizar mediante "pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad" (pensiones de jubilación); y en el artículo 39, en cuanto a "la protección social, económica y jurídica de la familia" y a "la protección integral de los hijos" (prestaciones por hijo a cargo)⁸³.

A la vista de las previsiones legales, pueden destacarse los siguientes extremos:

⁸³ Para el derecho a las prestaciones no contributivas previstas en la Ley 26/1990 se exigen unos requisitos. Con carácter general, hay que acreditar la residencia en territorio nacional y la insuficiencia de recursos; y, con carácter específico, la edad de 65 años para la pensión de jubilación, y la de 18 y el grado de minusvalía establecido, para la de invalidez. La cuantía de ambas pensiones es uniforme y se fijará en las anuales leyes de presupuestos. En lo que se refiere a las prestaciones familiares por hijo a cargo, es curioso destacar, siquiera sea de forma anecdótica, que las famosas 250 pesetas mensuales por hijo que pagaba el empresario en régimen de colaboración obligatoria han sido elevadas a 3000 pesetas por mes, y la gestión ha pasado a ser directa por el propio Instituto Nacional de la Seguridad Social.

a) La Ley desarrollaba las disposiciones constitucionales mencionadas atribuyendo derechos directamente accionables ante los Tribunales. En efecto, con la Ley, la ubicación de los artículos 39, 40, 49 y 50 CE entre los principios rectores de la política social y económica ya no limita el juego de las prestaciones asistenciales previstas en ellos a informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de la Administración (artículo 53.3 CE). La Ley vino a añadir el *plus* previsto en el último inciso del artículo 53.3 CE, de forma que esos principios rectores pueden ser invocados ante la Jurisdicción ordinaria. En concreto, la Exposición de motivos de la Ley, establecía claramente que

"estas prestaciones se configuran como *derechos subjetivos perfectos a favor de los beneficiarios*".

b) Ese desarrollo constitucional no era completo, aunque "sí es un paso decisivo hacia la consecución de un modelo asistencial de Seguridad Social; (...) de ahí que no sea casual que la Ley no emplee el término asistencial, sino, al contrario, prefiere calificarlas (las prestaciones) de no contributivas"⁸⁴.

c) En conexión con lo anterior, el sistema presenta numerosas insuficiencias, dado que "subsisten situaciones de necesidad igualmente merecedoras de tutela, que quedan desprotegidas, como por ejemplo: muchos casos de paro, situaciones de invalidez no permanente, incluso permanente, que del juego combinado de los requisitos de edad y porcentaje de minusvalía quedan sin protección por hijos a cargo"⁸⁵; a ello se añaden las deficiencias en la gestión, a lo que no es ajena la distribución competencial en la materia⁸⁶.

d) A los solos efectos técnicos, en principio, podría depurarse terminológicamente la referencia al detonante de la protección: el término "situación de necesidad" podría utilizarse para la protección de origen contributivo, mientras la expresión "estado de necesidad" podría

⁸⁴ J. Morro López, y M.A. Pérez Alonso, "Las asignaciones económicas por hijo a cargo, a propósito de la Ley 26/1990", *Tribuna Social*, mayo de 1991, pág. 5.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ En los primeros meses de la puesta en práctica de la Ley 26/1990 se detectaron numerosos retrasos, en detrimento de la eficaz asistencia social: "Decenas de miles de ancianos se desesperan ante la falta de respuesta de la Administración a sus peticiones de pensiones no contributivas. Ninguna de estas pensiones, que deberían beneficiar a unas 150.000 personas mayores de 65 años que nunca cotizaron a la Seguridad Social, ha sido concedida todavía. Las demoras se atribuyen a conflictos de competencias entre la Administración central y las Comunidades Autónomas" (Diario *El País*, del lunes 17 de junio de 1991, pág. 16).

reservarse para las modalidades no contributivas. Es lo que parece vislumbrarse en la Exposición de Motivos.

e) Finalmente, cabe hacer notar que las prestaciones no contributivas se financiarán mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. La cuestión de la financiación, así como la misma existencia de las prestaciones asistenciales sigue siendo espinosa, y objeto de críticas por determinados sectores sociales⁸⁷.

2.-Las vías aportadas por la jurisprudencia española

Para determinar el alcance jurídico del derecho a la asistencia social en España es preciso tomar en consideración la viabilidad de estos mecanismos:

- El mecanismo más óptimo, obviamente, consistiría en el reconocimiento del derecho a una renta mínima como derecho subjetivo en el Derecho nacional. Hemos visto que, a diferencia de lo que ocurre en Francia (RMI), en España la extensión de tal derecho no es absoluta (Ley de Prestaciones no contributivas de 1990, incluida en la actual Ley General de Seguridad Social), sino restringida a algunas situaciones, cuya protección se prevé a partir de la consagración de auténticos derechos subjetivos (invalidez, jubilación e hijos a cargo). Por ello, procedería estudiar, en relación a las situaciones excluidas de la cobertura asistencial, la eficacia del artículo 13 CSE en el ámbito interno como disposición más contundente de la normativa europea en esta materia.

- Una vez reconocido, procedería examinar si existen mecanismos para reforzar su protección en el plano interno, incluso al máximo nivel protector (el recurso de amparo constitucional). Dado que el precepto constitucional básico (artículo 41 CE) no puede ser invocado directamente ante el TC, es necesario valorar las posibilidades de vías indirectas o de extensión, sí susceptibles de amparo, del derecho en aquél contemplado, con el mismo *modus operandi* que en relación al medio ambiente. Con tal orientación, es interesante estudiar la conexión del derecho a la asistencia social con dos derechos sustanciales (la integridad física y moral del artículo 15 CE y la libertad personal del artículo 17 CE), y con dos derechos de carácter al tiempo conexo y autónomo (el derecho a la igualdad del artículo 14 CE) o sencillamente instrumental (la tutela

⁸⁷ En este sentido, las críticas por parte del empresariado se han dejado sentir recientemente. Véase al respecto el artículo titulado "Cuevas (CEOE) propone suprimir las pensiones no contributivas", en el diario *Levante*, del domingo día 2 de diciembre de 1995, pág. 15. Según este artículo, el presidente de la Confederación de Organizaciones Empresarias de España aseguró que las pensiones no contributivas "no deberían existir o de continuar tendrían que estar financiadas exclusivamente con los recursos del Estado".

judicial efectiva -y la importante concreción de la asistencia gratuita de letrado a falta de recursos económicos- del artículo 24 CE).

- Al margen de estos mecanismos de protección *a posteriori*, no puede soslayarse una referencia al derecho a la educación (artículo 27 CE) como vía de defensa *a priori* del derecho a la asistencia social.

2.1.-Eficacia de la Carta Social Europea

Ya nos referimos al valor del Derecho europeo de los derechos humanos en el ámbito interno español, sobre la base de los artículos 10.2 y 96.1 (véase nota 46 del capítulo I), por lo que conviene reafirmar igualmente el carácter de Derecho interno de la CSE. El problema radica en si este bloque normativo del Derecho europeo se aplica efectivamente en España: un acercamiento a los Tribunales de Justicia españoles seguramente arrojará un balance negativo en cuanto a la invocación y aplicación de la CSE. Ahora bien, las excepciones que confirmen esta regla pueden abrir expectativas más optimistas.

En esta línea, no sólo el TC ha utilizado el tratado europeo de derechos sociales en sus fundamentos jurídicos; otros Tribunales españoles también lo han hecho. A título de ejemplo, podemos citar la *sentencia de 23 de diciembre de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*, en cuyo FJ 2º utiliza el artículo 6.2 CSE (derecho a la negociación colectiva) para dar cobertura jurídica a su fallo⁸⁸. El

⁸⁸ En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección segunda), se sustanció el recurso núm. 493/92 promovido por la "Convergencia estatal de médicos y ayudantes técnicos sanitarios", contra la Orden de 20 de noviembre de 1991, de la Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana, por la que se aprobaba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Equipos de Atención Primaria de la Comunidad Valenciana. En el fondo del asunto se denunciaba por la parte actora una infracción del derecho a la negociación colectiva en relación con la autonomía colectiva en el marco laboral. Así, en el FJ segundo de la sentencia señala el Tribunal "que *la autonomía colectiva constituye un principio rector de las relaciones laborales en todo nuestro entorno socio-económico (artículo 9.4 Convenio OIT y 6.2 Carta Social Europea)*, y que *a nivel estatal aparece recogido en el texto constitucional (artículos 7 y 37.1 CE)*, si bien la tutela se remite al ulterior desarrollo legislativo ("*la ley regulará...*"). Así pues, sobre el legislador pesa el mandato de configurar un espacio libre, exento de ingerencias por parte de los poderes públicos, en el cual puedan regularse conjuntamente las condiciones de trabajo entre los agentes directamente interesados, así como garantizar los mecanismos para que dicha negociación se produzca y la eficacia jurídica ulterior de lo convenido. En el ámbito laboral, tales previsiones se cumplen a través de las normas del Título III (artículos 82 y ss.) del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/80). Y en relación con el colectivo funcional, la Ley 7/90, de 19 de julio, ya introduce expresamente la 'negociación colectiva' en el mismo, frente a la más tímida incursión en dicho campo, que realizaba la inicial Ley 9/87, de 12 de mayo". Considerando que en la elaboración de la Orden autonómica controvertida, la Generalitat no

derecho del artículo 13 CSE se halla al mismo nivel (en el núcleo duro de la CSE) que el del artículo 6.2 CSE, por lo que la garantía de la asistencia social no puede considerarse una pura norma programática. El Tribunal valenciano, no ha hecho sino dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 53.3, que en su primer párrafo reconoce que los principios, en este caso los contenidos en el Capítulo III del Libro I, "informarán la legislación positiva, la *práctica judicial* y la actuación de los poderes públicos".

La sentencia anterior confirma que existen mecanismos jurídicos en nuestro marco constitucional para hacer valer la CSE de manera vinculante. El hecho de que el párrafo final del mismo artículo 53.3 CE disponga que tales principios "sólo podrán ser alegados en la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen", no desdice en nada la consecuencia apuntada. Insistimos en que no sólo son vinculantes las normas cuando pueden ser invocadas ante los Tribunales por reconocer derechos subjetivos, y menos aún cuando la adquisición de la vinculatoriedad se hace depender de la posibilidad del recurso de amparo constitucional. En el caso expuesto hemos comprobado que se ha acudido, ya no al TC, sino a un Tribunal ordinario, que es el competente para controlar "la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa" (artículo 106.1 CE)⁸⁹.

Por esta vía judicial ordinaria, por tanto, se ha prescrito el cumplimiento de un principio constitucional básico (artículo 37.1 CE) que supone a su vez la protección de un derecho fundamental reconocido en nuestra Norma Suprema (artículo 28) y en el Derecho europeo de los derechos humanos (el artículo 6.2 CSE).

2.2.-La protección del derecho a la asistencia social en relación al respeto de la vida, de la integridad física y moral, y de la libertad personal

No sería descabellado plantear la siguiente paradoja respecto a la huelga de hambre de los presos: ¿Hace falta que una persona se vea privada de libertad para que se le haga efectivo su derecho (convirtiéndolo en obligación) a comer y que se le propicien condiciones de igualdad real? Ello iría, sin duda, en contra de la fórmula estatal y, en concreto, de la compatibilidad de los valores libertad e igualdad.

ha respetado las previsiones en la materia, el Tribunal estimó el recurso y falló la anulación de tal Orden.

⁸⁹ Ya sabemos que el recurso de inconstitucionalidad ante el TC se reserva para el control de la constitucionalidad "de leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley", a tenor del artículo 161.1.a CE.

En relación al interrogante, lo destacable es la conexión entre la obligación de asistencia social (proporcionando alimentos forzosamente) y respeto del derecho a la integridad física y moral. Sin embargo, el planteamiento es justo a la inversa: la integridad física y moral no se vulnerará cuando se compela a ingerir alimentos (por lo que estamos de acuerdo con la jurisprudencia constitucional al respecto, como tuvimos ocasión de exponer); más bien el derecho a la asistencia social no se respetará cuando se produzca una situación de indigencia contraria a la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes (artículo 15 CE).

Tal conclusión viene avalada por la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para que la libertad sea efectiva; y la libertad no es efectiva si se renuncia a la libertad (*de manera voluntaria, supuestamente*) a causa de la situación o el estado de necesidad (nos remitimos a los casos ya vistos sobre defensa social en Bélgica, relativos al internamiento de vagabundos: en particular, el *caso De Wilde, Ooms y Versyp de 18 de junio de 1971*), ni tampoco lo es cuando se hace un ejercicio abusivo de la misma para quitarse la vida mediante la no ingestión voluntaria de alimentos (en este caso, reenviamos a los dos casos sobre la huelga de hambre de los miembros del GRAPO: *SSTC 120/90 y 137/90*).

En otro orden de consideraciones, no pretendemos suscitar en esta sede una polémica semejante a la concerniente al "derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social" de los presos (artículo 25.2 CE), y a la pretendida paradoja (otra más) que significaría el que no gocen de tal derecho las personas no privadas de libertad, que además no gozarían de la protección reforzada del recurso de amparo constitucional. En efecto, mientras los derecho a los beneficios laborales y las prestaciones sociales de los presos se ubica entre los artículos 14 a 30 CE (en concreto, el artículo 25.2 CE), para las personas no privadas de libertad hay que reconducirlo a los artículos 35.1 CE y 41 CE respectivamente⁹⁰. El alto intérprete de nuestra Norma Fundamental ha matizado la aparente contradicción en la *STC 172/1989, de 19 de octubre*, condicionando la actividad laboral retribuida de los penados a "las posibilidades de la organización penitenciaria".

En cualquier caso, en el trasfondo de este precepto subyace un hecho trascendental, a saber: los derechos son inherentes a la persona, son atributos esenciales suyos, con independencia de su condición o *status* personal o social.

⁹⁰ Véase al respecto M.C. Palomeque López, "Los derechos laborales en la Constitución española", *Cuadernos y Debates-28*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 27.

2.3.-La no discriminación en el disfrute del derecho a la asistencia social

A) El derecho a la asistencia social como manifestación del valor igualdad

Desde el punto de vista sustancial, uno de los fallos más relevantes en la materia data de *14 de enero de 1993*, pronunciado en la *sentencia núm. 3* de tal año. Se examina por el garante máximo de nuestra Carta Magna el juego potencial del principio de igualdad jurídica (artículo 14 CE) y real (artículo 9.2 CE) en relación a prestaciones asistenciales dentro del marco del derecho a la seguridad social (artículo 41 CE).

La sentencia trae su causa de una cuestión de inconstitucionalidad en la que se contestaba la validez del reconocimiento únicamente a hijas o hermanas, con exclusión de hijos o hermanos, del derecho al percibo de las llamadas *prestaciones en favor de familiares* contemplado en el artículo 162.2 de la anterior Ley General de Seguridad Social (aprobada por Decreto 2065/1974). El TC declaró que tal medida era contraria al principio de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE, con un razonamiento similar al empleado en las discriminaciones relativas a los viudos, que quedaban postergados por el régimen de acceso a la pensión de viudedad⁹¹.

La doctrina sentada en esta *STC 3/1993* reviste especial significación, toda vez que confirma la aplicación del artículo 14 CE al derecho a la asistencia social, refiriéndose a la "protección básica", lo que corrobora nuestra elección de este derecho para verificar el consenso *mínimo* europeo en la materia. En el FJ 2 establece el TC que

"el carácter predominantemente asistencial de estas prestaciones no permite afirmar ni que el legislador pueda realizar cualquier configuración normativa de los estados de necesidad emergentes, fuera del sistema contributivo o profesional, ni que dicha configuración aparezca exenta de las exigencias del artículo 14 CE. Desde el momento en que el artículo 41 CE hace un diseño de la Seguridad Social con vocación universalista en el área de la protección básica, no puede entenderse que el ámbito de cobertura de una prestación, que como la pensión en favor de familiares, contribuye a garantizar unas prestaciones sociales ante una situación de necesidad, continúe delimitado en atención a criterios más o menos arbitrarios como el del sexo".

Por otra parte, y sin perjuicio del fallo, el TC no elude un aspecto de enorme envergadura, la "protección frente a la pobreza" (FJ 5 *in fine*):

91 Véanse *SSTC 103/1983* y *104/1983*.

"La hija y hermana reciben protección no sólo en razón de su condición femenina, de mujeres apartadas de las labores profesionales, sino también en función de las necesidades derivadas del defecto de ingresos producido como consecuencia de la muerte del causante. La norma dispensa una *protección frente a la pobreza*. Atribuye una pensión al que, al tiempo de fallecer el padre o hermano causante, se queda *sin auxilio económico*. Es en este sentido una *específica manifestación de la garantía institucional de la Seguridad Social que permite asegurar una cierta protección ante una situación de objetiva necesidad*".

B) Efectividad del valor igualdad y protección de los más desfavorecidos

El derecho a la asistencia social, sin duda, encarna un derecho subjetivo que responde a una política tendente a favorecer a los desprotegidos, que se benefician así de un trato diferente respecto de quienes en ese momento, por disponer de recursos suficientes, no se encuentren en situación de exigir tal derecho. Esta acción positiva viene exigida por la realización del principio de igualdad real: "a sociedad polimorfa, conceptos jurídicos polimorfos al servicio de una norma superior, el principio igualitario"⁹². En sintonía con esta exigencia de la realidad, una reiterada jurisprudencia constitucional (entre otras, *STC 34/1981*, FJ 3; *STC 3/1983*, FJ 3; y *STC 128/1987*, FJ 7) sobre el artículo 14 CE en relación con el artículo 9.2 CE ha mantenido que el tratamiento diverso de situaciones distintas

"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 (artículo 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva".

A mayor abundamiento, el FJ 5 de la *STC 128/1987* establece claramente que para prestar servicio al principio igualitario debe excluirse cualquier vestigio de la histórica sociedad polimorfa, que siempre ha tenido que ver con la discriminación por razón de nacimiento (cfr. el *caso Marckx contra Bélgica del TEDH, de 13 de junio de 1979*), lo que determina un punto de partida diverso, una fortuna diferente. Precisamente la *STC 7/1994 de 17 de enero, sobre las pruebas de paternidad*, parece avanzar en la supresión de este tipo de discriminación, no pudiendo esto convertirse en causa de desprotección socio-económica⁹³. De ahí que la vulgar frase

⁹² En estos términos expresa el desafío del restablecimiento de la igualdad real A. Minc, *La machine égalitaire*, París, Éditions Grasset & Fasquelle, 1987, cit. pág. 269.

⁹³ En especial, se destaca esta idea en los FF.JJ. 2 y 3 de la *STC 7/1994*, "no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que

"siempre ha habido ricos y pobres" no sea desconocida a nadie. Pues bien, como decíamos, en el mencionado FJ 5 de la *STC 128/1987* se subraya que el artículo 14 CE

"no implica la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE".

El respeto que impone a todos los poderes públicos el mandato de igualdad del artículo 14 CE (que hay que entender conectado en este ámbito con el artículo 9.2 CE), ya vino concretado respecto al legislador en la *STC 34/1981* (FJ 3A). Según esta sentencia, resolutoria de un recurso de amparo por presunta violación del artículo 14 con motivo de un comportamiento discriminatorio por los poderes públicos, la Sala correspondiente del TC podría elevar al Pleno la denominada "autocuestión de inconstitucionalidad" si se suscitasen dudas en cuanto a la conformidad con la CE de la Ley que avalase tal comportamiento. Cabe preguntarse si todavía podríamos ir más lejos: si por ejemplo el legislador de turno derogase las disposiciones relativas a prestaciones no contributivas, ¿sería inconstitucional tal acción, por volver a restablecer la desigualdad que pretendía evitarse? Como mínimo, tal acción negativa sería contraria (si no hubiese "razón suficiente para ello") al principio de irreversibilidad de las conquistas sociales ya conseguidas, exigido por el propio Estado social y democrático de Derecho según el propio TC (*sentencia núm. 81 de 21 de diciembre de 1982*, FJ 3). Otra cuestión sería rebajar (que no suprimir) la cuantía de las prestaciones asistenciales, operación que sí ha venido avalada por el TC (*sentencia núm. 27 de 20 de julio de 1989*, FJ 10).

En fin, el TC ha introducido una serie de criterios para evaluar la operatividad del sistema de Seguridad Social en la corrección de desequilibrios sociales: básicamente se ha referido a la toma en consideración del contexto general, de las disponibilidades económicas del momento y de las necesidades de los diversos grupos sociales (*STC 184/1993*, FJ 6). Ciertamente, la jurisdicción constitucional puede apreciar la conformidad con la Constitución de previsiones generales plasmadas en leyes y disposiciones con rango de ley, pudiendo entonces considerar el

subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE. (...) El artículo 39.2 CE declara que 'la ley posibilitará la investigación de la paternidad', e inscribe esta prescripción en la idea de 'protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación'. Lo cual conecta directamente con el artículo 14, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento".

contexto socio-económico general. Ahora bien, si nos ocupamos de la asistencia social como derecho subjetivo, lo que debe prevalecer es la justicia del caso concreto; de modo que el criterio determinante habría de ser el último mencionado, esto es, las necesidades de los grupos sociales o, más concretamente, de la persona, por cuanto según la sentencia citada "pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad".

2.4.-El derecho a la tutela judicial efectiva como instrumento para la protección del derecho a la asistencia social

Desde un punto de vista más instrumental o garantista, es muy significativo (por lamentable) el pronunciamiento del TC en la *sentencia núm. 377 de 20 de diciembre de 1993*, pues en él se ignora la línea antiformalista y antiarbitraria trazada por la jurisprudencia constitucional en el estudio del artículo 24 CE y, además, se hace caso omiso de la normativa europea. Ello viene a corroborar la validez del método utilizado en nuestro trabajo, consistente en poner en duda el cumplimiento de las normas europeas en el ámbito interno.

En el fondo del asunto se halla la demanda de amparo de una empleada de hogar a quien, pese a habersele reconocido que su estado psicofísico era constitutivo de una gran invalidez, se le negaba el derecho a prestaciones económicas por tal concepto al no reunir la cotización previa indispensable. La actora alegaba, frente a las resoluciones administrativas y judiciales previas, la vulneración del artículo 14 CE e incumplimiento del mandato de garantizar la asistencia y prestaciones sociales prescrito en el artículo 41 CE, así como del criterio de equidad establecido en el artículo 6.1 CEDH.

En cuanto al artículo 14 CE, el TC reitera su jurisprudencia considerando que existe justificación objetiva y razonable para establecer distintos requisitos y períodos de carencia entre los diversos regímenes de la Seguridad Social (FJ 4 *in fine*). Lo criticable, empero, es que el TC no entre a considerar los otros dos preceptos invocados (artículo 41 CE y 6.1 CEDH), por no "consagrar derechos protegibles a través del recurso de amparo" (FJ 1).

Como avanzábamos, por una parte el TC opera con una línea formalista contraria a sus precedentes jurisprudenciales en torno a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). En sentido contrario, hemos de entender que cuando se alega el artículo 6.1 CEDH debe entenderse invocado el artículo 24 CE, tanto más cuanto que se han dado casos en que el TC ha admitido tal invocación cuando el demandante se ha

equivocado de disposición o no la ha mencionado expresamente⁹⁴. Así, siendo el artículo 24 CE susceptible de amparo, procedería analizarlo también en combinación con el artículo 41 CE; este último, además, hemos visto que efectivamente ha sido examinado en recursos de amparo en conjunción con otras disposiciones integradas en los principios rectores.

Por otra parte, el TC no se hace eco de la jurisprudencia de los órganos tutelares de Estrasburgo en la materia que, como hemos comprobado, otorga virtualidad al artículo 6.1 CEDH no sólo respecto a prestaciones contributivas (*casos Feldbrugge y Deumeland*), sino incluso no contributivas (*caso Salesi*).

Teniendo en cuenta que la STC criticada es posterior a estos dos casos, se ha perdido una gran ocasión de, por la vía interpretativa del artículo 10.2 CE, adaptarse a las exigencias europeas. Cabe esperar que, siendo más aceptable y favorable para la realización de los derechos fundamentales la jurisprudencia europea, el TC y los demás tribunales internos corrijan su jurisprudencia en pronunciamientos futuros. Hasta entonces, podrá seguir poniéndose en duda que se respete la normativa europea y, por ende, la realización de nuestro Estado social y de Derecho en lo relativo a este punto.

2.5.-La comprensión del derecho a la asistencia social desde la perspectiva del derecho a la asistencia judicial gratuita en supuestos de insuficiencia de recursos

De entrada, hemos de poner de manifiesto la paradoja (una más) que a nuestro entender supone el reconocimiento de la asistencia judicial gratuita para que una persona defienda sus derechos cuando no posee los derechos más básicos, o sea cuando ni siquiera puede hacer efectivo el derecho a la asistencia social. Es un contrasentido facilitar el acceso a la justicia para hacer valer unos derechos de los que no se disponen, esto es, cuando no se tiene acceso a ese *præius* que permita el disfrute de recursos mínimos garantizados para la subsistencia o, mejor aún, para "una digna calidad de vida" (tal como reza en el Preámbulo CE).

La jurisprudencia constitucional ha reconocido con contundencia la importancia, en un Estado social y democrático de Derecho, de la garantía material consistente en la asistencia gratuita de letrado cuando

⁹⁴ Véase FJ 2 de la STC 242/1994, de 20 de julio: "Respecto de este concreto motivo de amparo (el artículo 24 CE), procede considerar cumplida la exigencia impuesta por el artículo 44.1.c) LOTC, ya que, con este fin, no es precisa la invocación exacta del precepto en que se basa la pretensión; ni siquiera la referencia al *nomen iuris* del derecho invocado (STC 95/1984, FJ 1). Respecto de este solo motivo, pues, procede examinar el fondo de la cuestión".

no se disponga de recursos para ello. Lógicamente, el alcance de esta garantía procesal, como medio, debería proyectarse al fin: velar por la suficiencia de recursos. En otras palabras, la protección de los desposeídos no debería llegar en un momento reparador, sino con anterioridad. El FJ 3 de la *STC 42/82, de 5 de julio*, sintetiza la doctrina al respecto:

"La idea del Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE) y el mandato genérico del artículo 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 la organización tiene deficiencias (...). El hecho de que la organización, esto es, la garantía material, sea deficiente, no anula ni debilita, sin embargo, la existencia del derecho, que como los demás enunciados en el artículo 24 está garantizado por el recurso de amparo constitucional con el alcance que la ley lo regule y, por tanto, cuando así está legalmente establecido, también en su gratuidad".

En realidad, la remisión que parece hacer el TC a la ley no puede suponer en ningún caso la exclusión de tal derecho, dado que el propio artículo 119 CE, tras establecer que "la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley", dispone claramente que "en todo caso" lo será "respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar". Por lo demás, en correlación con este derecho, recordemos que el TEDH ha declarado conforme al CEDH la obligación impuesta a un abogado de defender a un indigente sin percibir honorarios (cfr. *caso Van der Musselle contra Bélgica de 23 de noviembre de 1983*).

Desde otro punto de vista, en numerosas ocasiones se ha destacado que la carencia de recursos mínimos constituye una de las causas que llevan a delinquir⁹⁵ (muchas veces para acceder a las necesidades básicas, y pensemos en el caso del denominado *hurto famélico*): ¿No sería, pues, más razonable dedicar el dinero que se gasta en costas procesales (recordemos la clásica denuncia del alto coste de la justicia) a salarios dignos (por no hablar del efecto añadido de aligerar la sobrecarga a la que ha de atender el sistema judicial, para así desterrar el fantasma de la lentitud de la justicia)? ¿No se reduciría así el número de delitos? En cualquier caso, parece que protegiendo a los que no gozan del mínimo social indispensable se mantiene el juego del consumo y se evita que ese sector de la población se dedique a actividades ilícitas.

2.6.-El conocimiento del derecho a la asistencia social para poder ejercitarlo

⁹⁵ Sobre esta problemática, véase J. Serna Alonso, *Presos y Pobres en la España del XIX*, Barcelona, PPU-Colección "Sociedad-Estado", 1988, 324 págs.

Sin perjuicio de las múltiples paradojas que podamos hallar en la vida de cada día, todavía deseáramos apuntar una última, que tiene que ver más directamente con el derecho a la asistencia social. Es en este marco en el que, como indicamos, el profesor Imbert se ha referido a los derechos/al Derecho de los pobres como pobres(s) derechos/Derecho: desgraciadamente, el no acceso a recursos mínimos garantizados lleva aparejado el no disfrute efectivo de otros derechos, a menudo por desconocimiento de que se es titular de los mismos.

Lo ilustraremos con un ejemplo, sin abandonar el terreno asistencial: la Ley de Prestaciones no Contributivas supuso, efectivamente, un gran avance en la historia de las medidas sociales en nuestro país; sin embargo, si analizamos de cerca la ley en algunos de sus puntos nos apercebiremos de que su alcance es matizable.

En lo que se refiere a las prestaciones por hijo a cargo, los umbrales de renta exigidos para tener derecho subjetivo a las mismas son tan exiguos que es difícil no superar esa barrera por una unidad familiar si se cumple la normativa laboral en materia salarial. Pues bien, precisamente numerosas familias que, por no alcanzar tal umbral mínimo, serían beneficiarias de tales prestaciones, no las están haciendo efectivas al no conocer el derecho subjetivo que les asiste, lo cual se agrava si consideramos que la ley no prevé la aplicación de oficio ni con efectos retroactivos de tales medidas asistenciales. Sobre el concreto derecho a la asistencia social reconocido en la CSE ha indicado Van Langendonck que "en nuestro mundo moderno, el individuo sufre una alienación de segundo grado, provocada por la complejidad de los trámites administrativos que debe efectuar para hacer valer sus derechos. Muchas personas no saben en qué términos deben presentar una solicitud, ignoran las consecuencias de lo que firman, no conocen sus derechos, no son conscientes de la importancia de los plazos"⁹⁶.

En suma, nos hallamos ante una precaria situación de los *derechos de los pobres*, que tiene una relación inescindible con la cuestión de la enseñanza de los derechos. A estos efectos, es ilustrativa la impresión del propio Defensor del Pueblo al valorar el Informe anual correspondiente a 1994 presentado ante las Cortes Generales; habiendo comprobado que la mayoría de las quejas presentadas ante su Oficina provenían de personas de un nivel considerable de instrucción, anunció su propósito de acercarse a las capas sociales más desfavorecidas.

En este último punto sí que debería desplegar su acción intervencionista el Estado social y democrático de derecho, para que por

⁹⁶ Van Langendonck, "Discussion", en *La Charte sociale européenne. Dix années d'application*, ya cit., pág. 157.

la vía de un derecho de prestación como es la educación, se hiciera efectivo su objeto consistente en desarrollar plenamente la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (artículo 27.2 CE). Esta efectividad, por otra parte, viene impuesta por el artículo 149.1.30.a) cuando se refiere al "cumplimiento de las *obligaciones de los poderes públicos* en esta materia".

El fenómeno de los necesitados de asistencia social puede verse desde una perspectiva más amplia. Nos hallamos actualmente en un denominado *Estado de grupos*, en donde ciertamente la unión hace la fuerza. Desde este punto de vista, a veces se ha dicho que los sindicatos son grupos poderosos de trabajadores organizados, pero éstos aisladamente son los más débiles socialmente. En realidad, los que ni siquiera tienen trabajo todavía tienen más dificultades de organización y son aún más débiles. Por ello, al margen de la tarea del Estado en la protección de los desempleados, los sindicatos deben recuperar ese sentido de la solidaridad de que hacían gala en los albores del movimiento obrero.

CAPITULO XI. MARCO COMUN MINIMO DE TOLERANCIA: EL DERECHO DE ASILO Y DE NO EXPULSION

SUMARIO:

I.-OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS

II.-LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-El valor tolerancia en los *Trabajos Preparatorios* del CEDH. 2.-El CEDH y sus Protocolos. 3.-La CSE y sus Protocolos. 4.-Instrumentos no vinculantes.

III.-JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA: 1.-Primeros pasos en la jurisprudencia: no protección del derecho a no ser expulsado, por causa de inadmisibilidad *ratione materiae*. 2.-Desarrollo jurisprudencial: medidas provisionales frente a la expulsión y aplicación de los artículos 3 y 8 CEDH. 3.-¿Culminación de la jurisprudencia sobre no expulsión? 4.-La protección del extranjero en la situación subsiguiente a su no expulsión.

IV.-LA NORMATIVA DE LA UNION EUROPEA EN MATERIA DE INMIGRACION Y DE ASILO: 1.-Introducción. 2.-La ciudadanía de la Unión y el derecho de no ser expulsado: Derecho originario sobre inmigración y asilo. 3.-Derecho derivado. 4.-Derecho complementario: los espacios Schengen y Dublín. 5.-Conflictos *ad intra*: la tensión entre el método de integración comunitaria y el de cooperación gubernamental en la elaboración de la normativa sobre inmigración y asilo.

V.-LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.

VI.-LA ESTANCIA DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA A LA LUZ DEL DERECHO EUROPEO EN LA MATERIA: 1.-Normativa nacional: 1.1.-Disposiciones constitucionales. 1.2.-Legislación de desarrollo. 2.-Jurisprudencia nacional: 2.1.-La inicial jurisprudencia constitucional sobre extranjería: opción restrictiva. 2.2.-Evolución jurisprudencial en materia de expulsión de extranjeros: algunos apuntes progresivos. 3.-Impacto de las divergencias europeas en el sistema constitucional español.

I.-OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS

Al abordar el valor fraternidad o solidaridad (en sentido *negativo* de tolerancia) en relación a la situación de los extranjeros, pretender justificar la perspectiva internacional y, por ende, el estudio del Derecho europeo (como Derecho internacional) de los derechos humanos, se convierte en un ejercicio redundante que nos exime de cualquier esfuerzo al respecto: obviamente, cuando nos referimos al régimen de extranjería, el elemento internacional aparece por doquier. Por otra parte, si analizamos en clave democrática el marco común mínimo de tolerancia, esto es, desde la perspectiva de la democracia como regla de la mayoría con respeto de las minorías, parece contestable permanecer indiferentes ante el *derecho a la diferencia*¹. La síntesis de estas dos perspectivas (la geográfica -dimensión internacional- y la subjetiva -los sujetos de los derechos-) se recoge en la nota de la *universalidad*, que ha venido fallando en la medida en que, como ha recordado de Lucas, "la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados durante mucho tiempo como sujetos de derechos"².

El carácter de *mínimo* del derecho de asilo y de no ser expulsado se desprende del hecho de que conlleva un ejercicio de solidaridad y de tolerancia por los poderes públicos y por los ciudadanos del país de acogida. Se trata, insistimos, de hacer realidad el denominado *standard mínimo* en Derecho Internacional, sin pretender caer en el consabido alegato por la utopía, como el *Estado mundial* o la *Constitución mundial*³. La exigencia de estos dos valores parece desprenderse del artículo 14.1 de la Declaración Universal de 1948, a tenor del cual

"*en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país*".

En relación a la situación de los extranjeros en el viejo continente, Lara Romero ha destacado que "la integración tiene que encontrar su legitimación social en la *solidaridad* con los pobres y los desfavorecidos, y debería constituir uno de los valores fundamentales de

¹ Sobre esta cuestión, en el ámbito francés, véase G. Koubi, "Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 15, 1er juillet 1993.

² J. de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1993, pág. 45.

³ En este sentido, véase J. de Lucas, "Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?", *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993, pág. 39.

la Europa Occidental"⁴. Es más, como ha puntualizado Vidal en relación a los colectivos vulnerables y en el contexto de nuestra fórmula estatal, hay razones suficientes para pensar en la solidaridad "como valor jurídico y como fundamento de los derechos en el marco del Estado social y democrático de Derecho"⁵.

Si descendemos al plano interno, se revela pertinente recordar la voluntad del pueblo español de "garantizar la *convivencia democrática* dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo" (Preámbulo CE). Y de nuevo podríamos traer a colación la cláusula preambular relativa al aseguramiento a "todos" de una "digna calidad de vida", y al establecimiento de una "sociedad democrática avanzada". Así, los extranjeros no tienen porqué entenderse excluidos del término "todos": no sólo debe tolerarse su estancia (la Comisión europea de derechos humanos habla de *estancia tolerada* o de *tolerancia de estancia*⁶), sino que además ésta ha de ser digna. En este sentido, si tornamos la mirada hacia Francia, nos apercibiremos de que el país vecino se autoproclama *terre d'asile* y extiende a los extranjeros que cumplan ciertas condiciones el *revenu minimum d'insertion*, como vimos en el capítulo anterior.

La cuestión no es baladí, pues nos hallamos en la actualidad ante un fenómeno de gran envergadura, consistente en saber *qué hacer con* los extranjeros (o, mejor, *por* los extranjeros) una vez se ha evitado su expulsión (tarea ya de por sí ardua a tenor de las restrictivas normativas europea y española de extranjería), es decir: ¿de qué van a vivir después? Las ONGs y asociaciones que se ocupan de la defensa y acogida de extranjeros cada vez se muestran más preocupadas por la situación *ex post* de los extranjeros cuya estancia ha sido *tolerada*.

En realidad, desgajar el momento en que se consigue no ser expulsado (salvando el valor *libertad o la integridad física* frente a la persecución), y el momento posterior (respetando la *igualdad* real, que propicie condiciones sociales dignas) puede plantear problemas que es

⁴ J. F. Lara Romero, "La situación de los extranjeros en España. Justicia y solidaridad", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, núm. 6, invierno 1994, pág. 76.

⁵ E. Vidal Gil, "Los derechos de los colectivos vulnerables", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, núms. 11/12, primavera-verano 1995, pág. 126.

⁶ A título de ejemplo, véase el caso *V. contra Reino Unido, decisión de inadmisibilidad de 10 de febrero de 1990* (demanda núm. 16106/90), DR 64, marzo de 1990, págs. 278 y ss.

preciso prever. Como sabemos, cada año el Gobierno español fija por Decreto del Consejo de Ministros el contingente de extranjeros no comunitarios cuya entrada se permite en España⁷, así como los sectores de actividad económica a los que pueden acceder⁸. Con independencia de que las ofertas laborales se correspondan con trabajos normalmente despreciados por los nacionales, ello no significa obviamente que la actividad no sea digna en sí misma, pues incluso atentaría contra el principio de igualdad el establecimiento de una jerarquía de profesiones en función de lo que éstas *dignifiquen*, o de una supuesta mejor o peor condición social, dado que todo trabajo es digno si permite *ganarse la vida*. Nos queremos referir a que, en caso de haberse cubierto el cupo establecido, sería un contrasentido no ofrecer condiciones sociales dignas al extranjero si no se le puede expulsar del país porque, por ejemplo, si se ejecutara la orden de expulsión se violaría el principio de *non-refoulement*. En tales condiciones, esa eventual minoría no susceptible de ser expulsada debería despertar en el país de acogida una fuerte llamada a la *solidaridad*⁹. *El desgaje de los momentos mencionados y paralelamente de los valores libertad e igualdad, así como el desconocimiento de la solidaridad conllevarían, en suma, una infracción del principio de la indivisibilidad de los derechos humanos.*

Vamos a ocuparnos especialmente de los problemas planteados por la estancia tolerada de los extranjeros, si bien no dejaremos de abordar (siquiera de manera colateral) la cuestión del estatuto subsiguiente a la evitación de una expulsión o a la concesión del asilo. En cuanto al primer aspecto, vamos a estudiar si las autoridades españolas han optado por alinearse con la política restrictiva de inmigración y de asilo elaborada en el seno de la Unión Europea o, en cambio, han secundado la más benévola acción de los órganos del Consejo de Europa en la materia. A la vista de ello, veremos si procede o no poner en duda que España respeta los mínimos exigidos por el Derecho europeo de los derechos humanos.

⁷ Para el año 1995 el cupo de nuevos permisos se redujo significativamente: pasó de los 20.660 del año 1994 a 8.000. Ello ha provocado reacciones negativas: véase M. Pérez Oliva, "Las organizaciones de inmigrantes califican de burla y trampa la regularización de este año", diario *El País*, del lunes 18 de septiembre de 1995, pág. 24.

⁸ Sobre esta problemática véase *Plan para la integración de los inmigrantes*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Dirección General de Migraciones, 1995.

⁹ Para un análisis conjunto de los aspectos jurídicos y morales sobre el fenómeno de la expulsión y acogida de extranjeros, véase A. Martínez Rodrigo, *Las migraciones: un signo de los tiempos. Jalones para una pastoral inmigrante*, Madrid, Delegación diocesana de migraciones, 1995. Con carácter general, véase J. de Lucas, *El concepto de solidaridad*, Méjico, Fontamara, 1993. Puede verse asimismo J. de Lucas y E. Vidal, "Los principios básicos de la Constitución: el Título I", en AA.VV., *La Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980.

Al hilo de lo que precede, dentro del Derecho europeo resulta conveniente examinar las eventuales divergencias entre órganos comunitarios en el marco institucional de la Unión. Tampoco puede soslayarse el examen de la posible dualidad de interpretaciones emanadas de dos órganos europeos concretos, el TJCE y el TEDH, en relación a la admisión y expulsión de extranjeros no comunitarios, para comprobar cómo tal circunstancia podría influir en las jurisdicciones internas de los Estados miembros de la Unión: ¿cómo decantarse entonces por una de las que se han dado en llamar "dos verdades europeas"?

El estudio de la normativa europea en esta materia se justifica tanto más cuanto que el Viejo Continente se ha convertido en uno de los territorios que están experimentando más flujos migratorios. En particular, la entrada en la Comunidad Europea de personas procedentes de países del antiguo bloque socialista y/o de otros países, ha provocado numerosas discusiones políticas sobre cómo regular su entrada y mantener un fuerte control en las fronteras comunitarias exteriores. Tampoco debe olvidarse la emigración interna, ya que son varios los millones de ciudadanos de la Comunidad que residen en un país comunitario diferente del de origen¹⁰.

Para acabar de dejar planteada la cuestión en estas líneas introductorias, aún podríamos resaltar la voluntad del pueblo español de "colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra" (Preámbulo CE)¹¹.

¹⁰ Aunque en relación a la Europa de los Doce (antes, por tanto de la integración de Austria, Suecia y Finlandia), son ilustrativos los datos aparecidos en el diario *El País*, de 9 de Diciembre de 1.992, pág. 29; fuente: EUROSAT 1.991. Así, por ejemplo, España contaba con 231.000 extranjeros comunitarios residentes. En cuanto al resto de países miembros de la Comunidad: Bélgica 536.000; Dinamarca 26.000; Alemania 1.325.000; Grecia 102.000; Francia 1.578.000; Irlanda 62.000; Italia 100.000; Luxemburgo (no aparecen los datos, sin embargo hay que tener en cuenta la fuerte presencia de ciudadanos portugueses); Holanda 160.000; Portugal 27.000 y Reino Unido 828.000.

¹¹ En este sentido, aunque no en el ámbito europeo, sino en el africano (es significativo que sea de este continente de donde procede gran parte del grueso de los inmigrantes que buscan instalarse en Europa), es interesante destacar que la Carta africana de 1981 (artículo 23) se refiera al goce del derecho de asilo en el marco del derecho de todos los pueblos "a la paz y a la seguridad nacional e internacionales. Los principios de *solidaridad* y relaciones amistosas implícitamente afirmados por la Carta de las Naciones Unidas y reafirmados por la Carta de la Organización de la Unidad Africana regirán las relaciones entre los Estados".

II.-LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA

1.-El valor tolerancia en los Trabajos Preparatorios del CEDH

La exigencia del marco común mínimo de tolerancia queda patente si reparamos en que el fenómeno inmigratorio desgraciadamente lleva aparejado el problema del racismo y la xenofobia. Estas actitudes antidemocráticas se encuentran, también desafortunadamente, en el centro de atención de la opinión pública¹², no sólo nacional, sino europea y mundial. Sin embargo, no se trata de un fenómeno nuevo. Al contrario, tal problemática estuvo presente en el Consejo de Europa desde el inicio mismo de los *Trabajos Preparatorios* del CEDH. En este ambiente, no es ocioso recordar las palabras pronunciadas por Teitgen en la primera sesión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1949:

"El racismo no se ha muerto por completo con Hitler. Incluso de manera más particular, permítaseme decirlo, un cierto anticomunismo que pretende combatir al comunismo, no con los medios de la democracia sino con los de la dictadura, pone a veces en peligro los principios de la democracia"¹³.

Aprovechando estas palabras, también ponemos de manifiesto la inescindible conexión entre Estado democrático y el valor solidaridad/tolerancia, tal como expusimos en el capítulo I.

2.-El CEDH y sus Protocolos

Dicho lo anterior, lo primero que conviene dejar sentado es que el CEDH no reconoce expresamente el derecho a no ser expulsado ni el derecho de asilo¹⁴. En el apartado siguiente comprobaremos que ha sido

¹² En este sentido, resulta interesante una de las actividades que viene llevando a cabo el Centro de Investigaciones, Promoción y Cooperación Internacional. Fundación Iberoamérica-Europa (CIPIE), consistente en la elaboración de un dossier trimestral bajo el título *Análisis de prensa sobre inmigración*, Ministerio de Asuntos Sociales. En este dossier se contrastan las informaciones y opiniones aparecidas en los medios de comunicación social en torno al fenómeno de la inmigración.

¹³ P. H. Teitgen, *Rec. trav. prép.*, Vol. I, cit., pág. 41.

¹⁴ Esto, obviamente, era muy patente en los primeros años de funcionamiento de la Comisión europea de derechos humanos. A tal efecto, véase el *Yearbook of the European Convention...*, 1961, Martinus Nijhoff, The Hague, 1962, págs. 415-416. Se recuerda que procede la declaración de inadmisibilidad *ratione materiae*, por incompatible con las disposiciones del CEDH, de las demandas que tengan por objeto "la violación de uno de los derechos y libertades que no están garantizados, como tales, por el Convenio: derecho al

la jurisprudencia de los órganos de control del texto convencional la que ha extendido su manto protector a tales derechos¹⁵. Como ha indicado Carrillo Salcedo, "gracias a la obra pretoriana de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los derechos de los extranjeros gozan ya de una cierta protección indirecta, como por efecto de rebote, en virtud de una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del artículo 3 del Convenio"¹⁶.

Esta interpretación progresiva no sólo se ha forjado a partir de la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes del artículo 3 CEDH, sino aprovechando asimismo el juego potencial del artículo 8 CEDH, que garantiza el respeto de la vida familiar. El no sometimiento a aquellos tratos y la reunificación familiar han sido, sin duda, las dos vías más contundentes de protección de los extranjeros amenazados por órdenes de expulsión, fundadas en la restrictiva normativa de los Estados europeos y de la Unión Europea. Como suele decirse, cuando se cierran las puertas se corre el riesgo de que se entre por las ventanas. Las dos ventanas han sido precisamente las dos disposiciones convencionales mencionadas (artículos 3 y 8 CEDH). Al margen de éstos, existen otras previsiones convencionales directamente relacionadas con la protección de los extranjeros.

Por una parte, el artículo 5.1 CEDH, tras reconocer a toda persona el derecho a la libertad y a la seguridad, prevé como una de las causas legales de privación de libertad la siguiente:

"f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a Derecho, de una persona *para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o de extradición*".

Por su parte, el Protocolo núm. 4 consagra ampliamente la libertad de circulación y de residencia de "cualquiera que se encuentre

trabajo; derecho a participar en la administración, gestión o dirección de una asociación profesional o de una asociación sin finalidad lucrativa; *derecho de residencia o de estancia de los extranjeros en el territorio de los Estados contratantes*; derecho de sufragio activo y pasivo; derecho a obtener de su propio Gobierno la reparación de un perjuicio causado por las autoridades o los habitantes de otro Estado independiente; derecho a ser indemnizado por los daños sufridos".

15 Para una primera aproximación al tema, véase J. Oraa Oraa, "Extradiciones y expulsiones de extranjeros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI, Madrid, CGPJ, 1993.

16 J.A. Carrillo Salcedo, "Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 2, mayo-agosto 1991, pág. 441.

regularmente en el territorio de un Estado" (artículo 2.1). Por lo que se refiere al Protocolo núm. 7, en su artículo 1º dispone:

"1. Un extranjero que resida regularmente en el territorio de un Estado sólo puede ser expulsado en ejecución de una decisión tomada de conformidad con la ley, y debe permitírsele: a) hacer valer las razones que existan en contra de su expulsión, b) la revisión de su caso, y c) hacerse representar a este propósito ante la autoridad competente o ante una o varias personas designadas por esta autoridad. 2. Un extranjero puede ser expulsado con anterioridad al ejercicio de los derechos enumerados en el párrafo 1.a), b) y c) de este artículo cuando su expulsión resulte necesaria en interés del orden público o en base a razones de seguridad nacional".

3.-La CSE y sus Protocolos

Como puede observarse, las disposiciones anteriores poseen virtualidad respecto a las precisas circunstancias que rodean a la eventual orden de expulsión. Ahora bien, si nos referimos al momento posterior, cuando la estancia ha sido tolerada, la CSE prevé normas protectoras al efecto. En concreto, el Comité de Expertos de la CSE ha extraído consecuencias en tal sentido del artículo 19 CSE, que garantiza el derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y a la asistencia. Pues bien, el apartado 1 de este precepto contiene una referencia implícita al respeto del valor tolerancia, cuando dispone que las Partes Contratantes se comprometen a:

"mantener o asegurar la existencia de servicios gratuitos apropiados encargados de ayudar a estos trabajadores y, en particular, de proporcionarles informaciones exactas y de *tomar medidas útiles*, en la medida en que la legislación y la reglamentación nacionales lo permitan, *contra toda propaganda engañosa relativa a la emigración y a la inmigración*".

Este precepto merece completarse con dos observaciones.

Por una parte, si bien es cierto que los trabajadores migrantes han de ser nacionales de los Estados Contratantes (esto es, únicamente personas con nacionalidad de uno de los Estados miembros del Consejo de Europa), el Anexo a la CSE prevé "la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las Partes Contratantes" y, en cualquier caso, el respeto del tratamiento ofrecido por la *Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 relativo al estatuto de los refugiados*.

Por otra parte, aunque lo normal es pensar que la expulsión de extranjeros se va a plantear respecto a extranjeros no europeos (o quizá también de europeos extracomunitarios) que se hallen en el Viejo Continente, ello no tiene porqué ser así necesariamente. En efecto, debe observarse que en la Unión Europea todavía no se ha producido un

acuerdo unánime para evitar la concesión del estatuto de refugiado/asilado a los ciudadanos comunitarios¹⁷: ello sería la consecuencia lógica de la asunción en la Europa comunitaria de la democracia como un acervo común y del espacio sin fronteras. Si esto es así en la Unión, pueden preverse mayores dificultades de llegar a un acuerdo semejante en el marco del Consejo de Europa, pese a que en éste también se proclama la democracia como principio esencial.

Al margen del artículo 19 CSE, ésta prevé otras medidas sociales que han sido extendidas por la jurisprudencia de control en favor de los trabajadores migrantes y sus familias, teniendo en cuenta la mayor vulnerabilidad de este colectivo: se trata, en concreto, de los artículos 9 y 10, que garantizan respectivamente el derecho a la orientación profesional y el derecho a la formación profesional.

4.-Instrumentos no vinculantes

Sin duda alguna, uno de los documentos más emblemáticos del Consejo de Europa en la materia es la *Declaración sobre la intolerancia-Una amenaza para la democracia, adoptada por el Comité de Ministros el 14 de mayo de 1981* en su 68ª sesión. La primera nota destacable desde el prisma de nuestro trabajo es la conexión entre el valor tolerancia y el carácter democrático del Estado. Por ello, el Comité declara en el primer punto su convencimiento de que

"la tolerancia, así como el respeto de la dignidad y de la igualdad intrínsecas a todos los seres humanos se hallan en la base misma de toda sociedad democrática y pluralista".

¹⁷ Ciertamente, se han producido algunos acuerdos en la materia: véase el *Instrumento de ratificación del Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, hecho en Donostia-San Sebastián el 26 de mayo de 1989* (BOE núm. 117, miércoles 17 de mayo de 1995). En relación con ello recordemos los problemas planteados en 1994 por la solicitud de asilo de detenidos etarras en Bélgica: el juez encargado del caso dudaba entre conceder la extradición solicitada por las autoridades españolas o no concederla creyendo que existían motivos que justificarían el asilo, supuestamente porque en las instituciones penitenciarias españolas los etarras correrían el riesgo de ver violado su derecho a la integridad física y moral (véase W. Oppenheimer, "Bélgica deniega el asilo político a los dos presuntos colaboradores del Comando Vizcaya de ETA", diario *El País*, del viernes 18 de febrero de 1994, pág. 15. Más recientemente se han vuelto a suscitar dudas similares, esta vez procedentes de Alemania, que llevaron incluso a votar una moción en el Bundestag, propuesta por los poscomunistas alemanes en relación a los presos etarras: véase el artículo de J. Comas, "El Gobierno alemán rechaza una propuesta para investigar si en España se tortura", en el diario *El País*, del jueves 23 de noviembre de 1995, pág. 22.

El Comité de Ministros, por otra parte, se muestra "profundamente inquieto ante el resurgimiento de diversas formas de intolerancia" y destaca el espíritu instaurado por el CEDH, en tanto que ha conseguido establecer un sistema de protección internacional eficaz, "*sin discriminación, a toda persona* dependiente de la jurisdicción de los Estados Contratantes". Para la mayor efectividad, el Comité evoca la complementariedad del sistema de derechos humanos, recordando la importancia de la *Convención internacional de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965*. Asimismo menciona expresamente su propia *Resolución (68) 30 de 31 de octubre de 1968 relativa a las medidas a adoptar contra la incitación al odio racial, nacional y religioso*, y aplaude la adopción, por la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, de la *Resolución 743 (1980) relativa a la necesidad de combatir la reaparición de la propaganda fascista y de sus aspectos racistas*.

Por lo demás, tras recordar el papel capital de la educación en la acción contra la intolerancia (punto 9), lanza un llamamiento a las instituciones, movimientos, asociaciones y todas las fuerzas políticas y sociales "para que aporten su contribución a una acción resuelta contra la amenaza que representa la intolerancia para la democracia".

Más recientemente, y en la línea de nuestro trabajo, la *Declaración y plan de acción sobre la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia* de los jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros del Consejo de Europa¹⁸ han puesto el acento en la necesidad de construir una Europa democrática sobre la base de unos valores comunes (un consenso europeo democrático, por tanto) y de un marco mínimo de tolerancia y solidaridad:

"Lanzamos un llamamiento apresurado a los pueblos, a los grupos, a los ciudadanos europeos y, en especial, a los jóvenes, para que se comprometan de manera resuelta en la lucha contra todas las formas de intolerancia y para que participen activamente en *la construcción de una sociedad europea democrática, tolerante y solidaria, sobre la base de valores comunes*".

En fin, la Declaración no elude referirse a la situación subsiguiente a la estancia tolerada de extranjeros. Por ello, "más allá de la tolerancia", los representantes de los Estados del Consejo de Europa

"reafirman los valores de solidaridad que deben inspirar a todos los miembros de la sociedad en vista a reducir la marginación y la exclusión social".

¹⁸ Esta Declaración y su plan de acción aparecen como anexo III a la Declaración de Viena de 9 de octubre de 1993.

III.-JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA

1.-Primeros pasos en la jurisprudencia: no protección del derecho a no ser expulsado, por causa de inadmisibilidad *ratione materiae*

Como decíamos, la Comisión europea de derechos humanos siguió *casi* al pie de la letra el texto del CEDH, de manera que declaraba inadmisibles *ratione materiae* las demandas presentadas por extranjeros amenazados por orden de expulsión. Así ocurrió, por ejemplo, en el *caso X contra RFA de 6 de octubre de 1962*¹⁹. El demandante, de nacionalidad egipcia, declaraba haber abandonado Egipto como disidente del régimen establecido por el presidente Nasser tras la caída de la monarquía. Después de haber vivido de 1951 a 1958 en Francia, se instaló en Alemania, en donde cometió algunos delitos de contrabando por los que cumplió pena de prisión. La *Administración del Orden Público* alemana ordenó su expulsión, frente a lo que aquél alegaba que la atmósfera reinante en Egipto, su conocida religión armenia ortodoxa y sus actividades pro-israelitas, le harían correr un grave riesgo para su vida y su libertad en su país de origen.

La Comisión había declarado asimismo inadmisibles un asunto similar, *X contra Bélgica de 13 de abril de 1961*²⁰, en relación a la expulsión de un escritor húngaro reputado como un peligroso comunista. En el segundo considerando de Derecho, la Comisión justifica la inadmisibilidad en los siguientes términos:

"el derecho de residencia o de estancia de los extranjeros en el territorio de los Estados Contratantes no figura, como tal, entre los mencionados derechos y libertades (convencionales), como por lo demás la Comisión lo ha decidido en varias decisiones anteriores; (...) en la medida en que X reivindica el derecho mencionado, la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio, de manera que hay que rechazar esta alegación por aplicación del artículo 27.2"²¹.

¹⁹ *Caso X contra RFA, decisión de inadmisibilidad de 6 de octubre de 1962, Yearbook of the European Convention...-1962*, demanda núm. 1465/62, Martinus Nijhoff, The Hague, 1963, págs. 257-261.

²⁰ *Caso X contra Bélgica, decisión de inadmisibilidad de 13 de abril de 1961, Yearbook of the European Convention...-1961*, demanda núm. 858/60, Martinus Nijhoff, The Hague, 1962, págs. 224-241.

²¹ *Ibidem*, pág. 237.

2.-Desarrollo jurisprudencial: medidas provisionales frente a la expulsión y aplicación de los artículos 3 y 8 CEDH

La Comisión europea de derechos humanos empezó a cambiar de actitud hace algunos años, no sólo declarando admisibles las demandas de personas amenazadas de expulsión que invocaban los artículos 3 y/u 8 CEDH, sino además aplicando el artículo 36 de su Reglamento de Procedimiento. Esta última disposición prevé la adopción de medidas provisionales, que la Comisión ha utilizado para salvaguardar los derechos de los extranjeros pendientes de verse infligidos una orden de expulsión, al efecto de suspenderla hasta la resolución del fondo del asunto. Esto es importante si tomamos en consideración que la orden de expulsión es un acto administrativo que, como tal, suele gozar de la presunción *iuris tantum* de legalidad y, por ende, en general es ejecutivo inmediatamente; esta ejecutividad inmediata podría acarrear consecuencias irreparables si, por ejemplo, la persona afectada puede perder su vida o ser torturada en el país al que se le expulsa. Con todo, debe advertirse que el TEDH ha mostrado bastantes reticencias a la utilización de estas facultades por parte de la Comisión, toda vez que se insta a los Estados a que suspendan un acto interno antes de que haya sentencia definitiva de aquél.

Uno de los casos más significativos en el terreno de la expulsión de extranjeros es el *asunto Soering contra Reino Unido de 7 de julio de 1989*, al que tuvimos ocasión de referirnos en el capítulo V. El TEDH decidió por unanimidad que la decisión ministerial del Reino Unido de extraditar al demandante a los Estados Unidos de América (en donde previsiblemente sería condenado a la pena capital, por doble asesinato) no debía ser ejecutada, pues los efectos del síndrome del "corredor de la muerte" le acarrearían un trato inhumano y degradante prohibido por el artículo 3 CEDH. Por ello, el TEDH declaró que el Gobierno británico había vulnerado tal disposición con la adopción de la orden de extradición, pese a que ésta no llegó a ejecutarse precisamente porque las autoridades británicas aplicaron las medidas solicitadas por la Comisión con apoyo en el artículo 36 de su Reglamento. Es interesante también esta sentencia porque en ella el Tribunal sostiene que el texto convencional no garantiza el derecho a no ser expulsado; sin embargo, cuando una decisión de extradición puede poner en cuestión un derecho garantizado por el Convenio, pueden entrar en juego las obligaciones del Estado parte de respetar tal derecho reconocido (el artículo 3 CEDH en el caso concreto).

La *jurisprudencia Soering* ha venido aplicándose posteriormente, tanto por el TEDH como por la Comisión²². Un caso similar (con matices) al *asunto Soering* se hallaba en el fondo del reciente *asunto Joy Aylor-Davis contra Francia de 20 de enero de 1994*²³, en el que la Comisión también ha aplicado el artículo 36 de su Reglamento interno. La demandante estaba acusada en Estados Unidos (Estado de Tejas) de haber participado en el asesinato de la amante de su marido y en la tentativa de asesinato de este último, delitos castigados en ese Estado con la pena de muerte. Los Estados Unidos solicitaban la extradición a Francia, país en donde se hallaba la presunta delincuente. Así,

"la Comisión recuerda que un Estado contratante se conduciría de una manera incompatible con los valores subyacentes en el Convenio, este patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto de la libertad y de la preeminencia del Derecho, al que se refiere el Preámbulo del Convenio, si entregara conscientemente a un individuo -por odioso que pueda ser el crimen perseguido- a otro Estado en donde existan motivos serios para pensar que amenaza al afectado un peligro de tortura o de tratos inhumanos o degradantes, prohibido por el artículo 3"²⁴.

Por otra parte, la Comisión se remite igualmente al *asunto Soering* para argumentar que una decisión de extradición puede excepcionalmente plantear problemas en el ámbito del derecho a un proceso justo (artículo 6 CEDH) en el caso de que el fugitivo hubiera sufrido o corriera el riesgo de sufrir una denegación flagrante de justicia. Además, es interesante comprobar cómo la Comisión no descarta la posibilidad de aplicar el artículo 1 del Protocolo núm. 6 (abolición de la pena de muerte) en estos supuestos²⁵. Sin embargo, señalábamos que este asunto presentaba algún matiz en relación al *caso Soering*, por cuanto la Comisión consideró que las garantías ofrecidas a Francia por

22 Un ejemplo claro lo presenta el *caso DR. contra Francia de 10 de marzo de 1994*. En el fondo del asunto se halla la demanda de un argelino, miembro del FIS que había sido condenado a muerte en su país de origen. El compromiso de Francia de llevarlo hasta la frontera para expulsarlo llevó a la Comisión a aplicar el artículo 36 de su Reglamento interno. Finalmente el compromiso del Gobierno francés de no expulsar al demandante hasta que no encontrara un país de acogida sin riesgo para su vida o su integridad física, llevó a la lógica decisión de archivar el asunto (DR 76-A, marzo 1994, decisión de archivo del asunto de 10 de marzo de 1994, pág. 176).

23 DR 76-A, marzo 1994, demanda núm. 22742/93, decisión sobre la admisibilidad de 20 de enero de 1994, págs. 164-173.

24 *Ibidem*, pág. 170.

25 *Ibidem*, "La Comisión no excluye que la responsabilidad de un Estado contratante se vea comprometida en el ámbito del artículo 1 del Protocolo núm. 6 cuando un fugitivo sea extraditado a un Estado en el que correría un serio riesgo de ser condenado a muerte y ejecutado".

el Departamento de Justicia norteamericano, en el sentido de no solicitar la pena capital para la demandante, eran fiables y suficientes para considerar la demanda inadmisibile.

Como decíamos, análoga protección indirecta se desprende de la interpretación extensiva que viene haciendo el TEDH del artículo 8 CEDH. Un primer apunte jurisprudencial con tal orientación se produjo en el *caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido de 28 de mayo de 1985* (estudiado en el capítulo VII), en donde el TEDH sostuvo que las

"medidas adoptadas en el campo de la inmigración pueden afectar al respeto de la vida familiar, garantizada en el artículo 8 del Convenio" (párrafo 60).

Con la asunción de esta realidad, el TEDH disponía de elementos de enjuiciamiento más decisivos para ponderar el valor de la reunificación familiar frente a medidas supuestamente encaminadas a la tutela del orden público. Como resultado de esta ponderación el TEDH falló en el *caso Berrehab contra Países Bajos de 21 de junio de 1988*²⁶ que el demandante sufrió una violación del respeto de la vida familiar garantizada por el artículo 8 CEDH a causa de la orden de expulsión que le impuso el gobierno holandés. En efecto, el señor Berrehab, de nacionalidad marroquí, no debía ser expulsado del territorio holandés, dado que el respeto de su vida familiar exigía tener cerca a su hija Rebecca (holandesa) habida en el matrimonio con Sonja Koster (asimismo holandesa), pese a haber mediado divorcio entre ésta y el recurrente.

3.-¿Culminación de la jurisprudencia sobre no expulsión?

La jurisprudencia progresiva en el terreno de la inmigración y el asilo parece llegar a su punto culminante con el *asunto Beldjoudi y Teychene contra Francia de 26 de marzo de 1992*. El TEDH consideró que la orden de expulsión del ciudadano argelino Beldjoudi (condenado en varias ocasiones por algunos delitos) constituían una ingerencia de la autoridad pública francesa en su vida familiar, con violación del artículo 8 CEDH (el juez De Meyer, en su voto particular, estimaba que la expulsión infligiría asimismo un tratamiento inhumano con vulneración del artículo 3 CEDH).

26 Serie A, núm. 138.

Una crítica contundente a esta última decisión se recoge claramente en el voto particular discrepante del juez Pettiti cuando señala que

"el derecho de un Estado de expulsar a los extranjeros delincuentes y criminales supone en cierta medida para el interés general la contrapartida de la amplia acogida de beneficiarios del derecho de asilo y de emigrantes, elemento clave de la solidaridad internacional y de la protección de los derechos humanos".

En semejante línea, Flauss denuncia la ausencia de "discernimiento" del Tribunal en este caso, de manera que "al no distinguir en el terreno de los atentados contra la vida familiar, entre las expulsiones administrativas no ligadas a las condenas penales y las expulsiones de extranjeros delincuentes, el Tribunal ha optado por una interpretación excepcional del artículo 8, constitutiva de una especie de inmunidad en provecho de los extranjeros delincuentes y reincidentes"²⁷.

Esta decisión benévola para el extranjero que ha delinquido ciertamente plantea una interpretación, desde el punto de vista jurídico, difícil de compatibilizar con las excepciones al principio de *non-refoulement*, que se expresan en el mismo CEDH (artículo 5.1.f) y Protocolos adicionales (núm. 4 y núm. 7)²⁸, como hemos tenido ocasión de observar.

4.-La protección del extranjero en la situación subsiguiente a su no expulsión

²⁷ J. F. Flauss, "Actualité de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *l'Actualité juridique-Droit Administratif*, 20 Junio 1992, pág. 424.

²⁸ El artículo 5.1 del Convenio Europeo señala que "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona *para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté un procedimiento de expulsión o de extradición*". En cuanto al Protocolo n° 4, consagra ampliamente la libertad de circulación y de residencia de "cualquiera que se encuentre *regularmente* en el territorio de un Estado" (artículo 2.1). Por lo que se refiere al Protocolo n° 7, en su artículo 1° dispone que: "1. Un extranjero que resida regularmente en el territorio de un Estado sólo puede ser expulsado en ejecución de una decisión tomada de conformidad con la ley, y debe permitírsele: a) hacer valer las razones que existan en contra de su expulsión, b) la revisión de su caso, y c) hacerse representar a este propósito ante la autoridad competente o ante una o varias personas designadas por esta autoridad. 2. Un extranjero puede ser expulsado con anterioridad al ejercicio de los derechos enumerados en el párrafo 1.a), b) y c) de este artículo cuando su expulsión resulte necesaria en interés del orden público o en base a razones de seguridad nacional".

Si traemos a colación "la cooperación entre todos los pueblos de la Tierra", tal como expresa el Preámbulo CE, se impone aclarar que tan ambicioso designio no debe atisbar el más mínimo resquicio de imperialismo, ni una concepción unilateral de la labor cooperativa, especialmente en lo relativo al fenómeno de la inmigración. Y ello porque el país que hoy acoge inmigrantes, mañana puede ver cómo sus ciudadanos emigran para buscar mejor fortuna fuera de sus fronteras. La concepción unilateral mencionada sería nociva, en tanto que podría generar conflictos entre el país de emigración y el país de acogida. De esta circunstancia y con esta visión se ha hecho eco el Comité de expertos al examinar el respeto por los Estados Partes del mencionado artículo 19 CSE:

"El Comité ha estimado conveniente recordar que esta disposición de la Carta apunta a que se establezca una *colaboración apropiada* cuando sea necesario, *entre los servicios sociales, públicos o privados, de los países de emigración y de inmigración, a fin de coadyuvar a la resolución de los problemas personales y familiares que puedan encontrar los trabajadores migrantes y sus familias*"²⁹.

No obstante, como se dijo, el alcance de los mencionados derechos tiene un carácter más limitado de lo que pudiera parecer a primera vista, pues sólo se reconocen a los nacionales de países europeos Partes en la CSE³⁰, también con los matices expuestos. Pero ello no priva de valor a nuestras reflexiones, puesto que nos servirán para llamar la atención sobre el siguiente extremo: si se reconoce la mayor vulnerabilidad de los trabajadores migrantes nacionales de los Estados Parte en la CSE, *a fortiori* habremos de ser sensibles a la precaria situación de los demás extranjeros. A esta última circunstancia apunta el apartado 4 del artículo 19 CSE y, en particular, el salario y demás medidas adecuadas en materia laboral. Sobre esta disposición el Comité de expertos ha elaborado una interesante jurisprudencia:

"Examinando las partes de los informes bienales consagrados a esta disposición, el Comité ha estimado tener que resaltar que la obligación de garantizar al trabajador migrante la igualdad de

29 *Recueil de jurisprudence relative à la Charte..., Supplément núm. 1*, pág. 48.

30 *Ibidem*, pág. 101: "El Comité -de expertos- considera a este respecto que la Carta Social impone a los Estados la obligación de reconocer a todos los nacionales de las otras Partes Contratantes obligadas por este instrumento, el derecho a la formación profesional y que este derecho no puede depender de las ventajas que podrían o no derivarse de ello para la economía del país de inmigración. El Comité ha estimado que toda exclusión en el acceso a la formación, basada en una discriminación hacia los extranjeros, incluso si dicha discriminación afecta sólo a una parte de ellos, no es compatible con el artículo 10.1 de la Carta".

tratamiento en materia de empleo, reviste importancia creciente y plantea problemas particulares en el período de recesión económica que atraviesa actualmente la mayor parte de los Estados contratantes obligados por la Carta. En efecto, en la medida en que un aumento de la tasa de paro es susceptible de afectar particularmente a esta categoría de trabajadores -que se encuentran entre los más vulnerables-, los Estados en cuestión deberían adoptar una acción específica con el fin de evitar cualquier discriminación de hecho respecto de aquéllos"³¹.

Parecido énfasis ha puesto el Comité de expertos en el respeto del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a acceder a una vivienda en condiciones de igualdad, sobre la base del apartado 6 del artículo 19:

"El apartado 6 del artículo 19 obliga a los Estados a adoptar *medidas prácticas* para ayudar a los trabajadores migrantes a obtener un alojamiento apropiado para sus familias, teniendo en cuenta que la igualdad jurídica en el acceso a un alojamiento es un medio, entre tantos otros, para cumplir con esta obligación"³².

Por otra parte, como ya avanzamos, el artículo 10 reconoce el derecho a la formación profesional, que debe verse realizado de manera particular en relación al colectivo de trabajadores migrantes, lo cual requerirá sin duda dosis nada despreciables de tolerancia y de comprensión por parte de los nacionales, sobre todo si éstos se hallan desempleados. Así lo expresa el Comité de expertos de la CSE:

"Es evidente que las dificultades económicas pueden tener, respecto a los trabajadores migrantes y a sus familias, consecuencias mucho más graves que para los otros grupos de la población; es por ello que se imponen esfuerzos particulares para que los trabajadores migrantes, si se encuentran en paro, puedan beneficiarse, en las mismas condiciones que los nacionales, de cualquier ayuda apropiada, particularmente en materia de formación profesional y de reciclaje"³³.

En fin, la protección del colectivo de trabajadores migrantes todavía va más lejos, en la medida en que el Comité de expertos ha

31 *Ibidem*, pág. 162.

32 *Ibidem*, pág. 170.

33 *Recueil de jurisprudence relative à la Charte...*, pág. 99.

interpretado el artículo 9 CSE poniendo el acento en "la extensión de la formación profesional a los hijos de los trabajadores extranjeros"³⁴.

IV.-LA NORMATIVA DE LA UNION EUROPEA EN MATERIA DE INMIGRACION Y DE ASILO

1.-Introducción

Para comprender la normativa de la Unión Europea en esta materia, conviene llevar a cabo una consideración previa. Es un hecho que la construcción europea exige poner en marcha una maquinaria común que conlleva sacrificios y beneficios para los Estados Partes en el momento de adoptar determinadas políticas de integración o, cuanto menos, de cooperación. Un caso de cooperación lo constituye precisamente la política de inmigración y asilo en el marco de la Unión³⁵.

A tenor de lo que precede, debe advertirse la necesidad de despertar la conciencia solidaria y tolerante suficiente para propiciar la acogida en la Comunidad de los inmigrantes procedentes del Centro y Este de Europa, de la misma manera que ellos se ven forzados a acoger el *flujo migratorio de capitales comunitarios* que intentan establecerse en los territorios de Oriente aún por explotar. Es en estas coordenadas en donde debe inscribirse el fenómeno de la inmigración y del asilo, en donde se halla en juego uno de los derechos fundamentales de la persona, cual es la libertad de movimientos y de circulación³⁶.

Parece obvio, por lo demás, que la adopción de medidas políticas en este terreno persigue el refuerzo del espacio interior común.

34 *Ibidem*, pág. 98. Véase C. Wihtol de Wenden, y A.M. Chartier (comps.), *École et intégration des immigrés*, La documentation française - problèmes politiques et sociaux, núm. 693, diciembre 1992.

35 Con carácter general, véase N. Guimezanes (comp.), *Les politiques d'immigration en Europe*, La documentation française - problèmes politiques et sociaux, núm. 673, febrero 1992; véase asimismo el monográfico dirigido por D. Lapeyronnie, *Immigrés en Europe*, La documentation française - notes et études documentaires, núm. 4952, 1992.

36 Véase G. Varona Martínez, *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Vitoria, Ararteko (Colección Derechos Humanos "P. Francisco de Vitoria"), 1994. La autora advierte "las tendencias de deslocalización de empresas del Primer Mundo, del mundo sobredesarrollado. Las empresas se instalan en los países empobrecidos donde la mano de obra es mucho más barata. (...) La libertad de circulación dentro de la Europa comunitaria no será plena hasta que pueda aplicarse también a los nacionales de terceros Estados, como forma adicional para asegurar su plena integración" (cit. pág. 467).

Ello, no obstante, no debe hacer olvidar que los beneficiarios últimos de la política son las personas³⁷. Por consiguiente, la *Europa de las instituciones* no ha de estar por encima de la *Europa de las personas*, sino aquélla al servicio de ésta. Como apuntamos en el capítulo anterior, alguien decía en relación al sistema neocapitalista (el modelo económico que se ha impuesto en la Unión Europea) que "la economía va bien, es la gente la que va mal"; utilizando el símil, hemos de intentar no forjar una idea de Europa que, en el caso que nos ocupa, conduzca a pensar que "la política de inmigración funciona bien, son los inmigrantes y solicitantes de asilo quienes lo pasan mal". Nada más paradójico y contradictorio.

Si seguimos esta línea argumental, las clásicas referencias a la *Europa de los ciudadanos* han de concebirse como equivalentes a la *Europa de las personas*, único enfoque que nos permite afrontar con realismo las cuestiones planteadas por la mayor parte de las materias relativas al fenómeno migratorio. Ahora bien, si ésta es la noción adecuada para enfrentarse con el referido fenómeno, no por ello es incompatible con otros conceptos de *Europa del ciudadano*, que se revelarán útiles para otras cuestiones. El problema radica en utilizar un único concepto dotándolo de carácter no sólo reduccionista o restrictivo, sino además exclusivo.

En este contexto, en el plano de la denominada *Europa de los ciudadanos* "habría que situar tanto las disposiciones convencionales que tienen como objetivo democratizar la vida de las instituciones comunitarias, como las que configuran la noción jurídica de pueblo europeo (o, si se prefiere, comunitario), a través de la ciudadanía de la Unión, o las que *incorporan garantías básicas de los derechos humanos, cumpliendo un requisito inexcusable en toda organización de Derecho*"³⁸.

2.-La ciudadanía de la Unión y el derecho de no ser expulsado: Derecho originario sobre inmigración y asilo

En la Unión Europea se habla insistentemente de ciudadanos, excluyéndose a los extranjeros no comunitarios. Así, y teniendo en

³⁷ Sin duda, la inmigración plantea seriamente la pregunta sobre para quién ha comenzado la Europa unida, a quién beneficia. Sobre el particular, véase R. Fernhout, "The United States of Europe have Commenced, but for whom?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. II, núm. 3, 1993.

³⁸ E. Pérez Vera, "El Tratado de la Unión europea y los derechos humanos", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, mayo-agosto 1993, núm. 2, pág. 460

cuenta el precedente epígrafe introductorio, es más comprensible la afirmación según la cual "la ciudadanía de la Unión Europea es uno de los principios fundamentales consagrados por el Tratado de la Unión Europea, basada en la nacionalidad de los ciudadanos de los Estados miembros"³⁹.

Si nos centramos en el TUE pueden destacarse tres preceptos fundamentales. El primero de ellos es el artículo B, que señala entre los objetivos de la Unión

"desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los *asuntos de interior*".

Los otros dos preceptos se contienen en los artículos K.1 y K.2 del Título VI, que desarrolla el anterior objetivo ("Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y en los asuntos de interior"). Como ya expusimos, los contenidos del Título VI del TUE pueden reconducirse a dos sectores: de un lado, la cooperación judicial y policial ("ámbitos de justicia") y, de otro lado, las materias referentes al fenómeno inmigratorio ("asuntos de interior").

Veamos estas disposiciones. El artículo K.1 reza así:

"Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la *libre circulación de las personas*, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes:

- 1) *La política de asilo.*
- 2) Las normas por las que se rigen el cruce de *personas* por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas.
- 3) *La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de:*
 - a) *las condiciones de acceso* al territorio de los Estados miembros y *de circulación* por el mismo de los nacionales de terceros Estados;
 - b) *las condiciones de estancia* de los nacionales de terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar;
 - c) *la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares* de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros; (...)"

Por su parte, el artículo K.2 tiene el siguiente tenor literal:

"1.-*Las cuestiones a que se refiere el artículo K.1 se tratarán con el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950,*

³⁹ G. Sebastien, "La citoyenneté de l'Union européenne", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm. 5, 1993, pág.264.

y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de Julio de 1951, y teniéndose en cuenta la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos.

2.-El presente Título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad común".

Por último, debe mencionarse *la Declaración relativa al asilo aneja al TUE*:

"1.-La Conferencia conviene en que, en el marco de los trabajos previstos en los artículos K.1 y K.3 de las disposiciones sobre cooperación en los ámbitos de la justicia y en los asuntos de interior, el Consejo estudiará prioritariamente las cuestiones referentes a la *política de asilo* de los Estados miembros, con la finalidad de adoptar, a principios de 1993, una acción común destinada a armonizar algunos de sus aspectos, a la luz del programa de trabajo y de los plazos estipulados en el informe sobre asilo elaborado a petición del Consejo Europeo de Luxemburgo de los días 28 y 29 de junio de 1993".

3.-Derecho derivado

Sin duda, la *Comunicación sobre la supresión de los controles en las fronteras, de 18 de diciembre de 1991* ha recogido una de las propuestas más avanzadas en cuanto a la consecución de una *Europa de las personas*, lo que, como veremos, ha vuelto a suscitar conflictos entre las instituciones comunitarias (la Comisión en este caso) y los Estados miembros en materia de política migratoria. Según la Comisión, toda deceleración u oposición a una supresión de los controles en las fronteras sobre las personas extranjeras no comunitarias serían contrarias a la obligación de resultado que pesa sobre los Estados desde el Acta Unica, en virtud especialmente del artículo 8A, según el cual

"el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, *personas*, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado".

Al margen de lo anterior, existe normativa derivada referida a la estancia en la Comunidad Europea por razones laborales o de estudios: respectivamente, la *Directiva 90/364/CEE relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional*, y la *Directiva 90/366/CEE relativa al derecho de residencia de estudiantes*, ambas de 28 de junio de 1992.

4.-Derecho complementario: los espacios Schengen y Dublín

Las previsiones de Maastricht sobre inmigración y asilo están en gran parte desarrolladas, esperemos que de forma provisional, por normas restrictivas y poco respetuosas con los derechos de las personas. Nos estamos refiriendo a la política que surgió de la cooperación restringida del Grupo de Schengen y de la Cooperación global "a Doce" del Grupo *ad hoc* inmigración, cuyos trabajos se concretaron, respectivamente, en el *Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985* y el posterior *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990*, de una parte, y en el *Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, de 15 de junio de 1990*, de otra parte.

Aunque no haya una total identidad entre los dos textos convencionales, y de ahí los eventuales problemas de coexistencia (en los que no vamos a entrar⁴⁰), para el propósito perseguido en este trabajo vale una consideración conjunta de ambos. Así, los dos tienen por objeto la determinación del Estado responsable de examinar una concreta solicitud de asilo, dando ello un carácter procedimental al tratamiento del asilo sin pretender, por tanto, su reconocimiento como derecho subjetivo ni su regulación material. Además, en ambos instrumentos se produce una identificación del concepto de solicitante de asilo con el de refugiado contemplado por la *Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto del refugiado*, adoptando un concepto limitativo para diferenciar las categorías de *refugiado político* y *refugiado económico*.

Al margen de estas generalidades, existen dos cuestiones específicas que es preciso subrayar, puesto que en relación a ellas se podría suscitar en un futuro la interpretación divergente del TJCE y del TEDH: el principio de *non-refoulement* y el concepto de familia. Las dos cuestiones se corresponden respectivamente con las dos ventanas mencionadas en el ámbito del Consejo de Europa: la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, y la reunificación familiar. Ahora bien, como vamos a ver, en el marco de la Unión las dos cuestiones son tratadas de manera más restrictiva y desfavorable para los extranjeros aceptados⁴¹.

⁴⁰ Un buen estudio comparativo al respecto puede verse en el trabajo de C. Escobar Hernández, "El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 1, enero-abril 1993.

⁴¹ Véase P. A. Fernández Sánchez, "La circulación de los ciudadanos extracomunitarios", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 12, 1995.

A) Principio de *non-refoulement*

Por una parte, no cabe desconocer las consecuencias que tendrá para el solicitante de asilo su admisión temporal en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, a la luz del principio de *non-refoulement* reconocido en la *Convención sobre el Estatuto del Refugiado*⁴² y de la forma particular en que lo recogen los instrumentos de Schengen y de Dublín.

El artículo 29.3 del *Convenio de Aplicación de Schengen* señala que las Partes Contratantes conservan el derecho

"a devolver o expulsar a un solicitante de asilo a un tercer Estado, con arreglo a sus disposiciones nacionales y a sus obligaciones internacionales".

Por su parte, el artículo 3.5 del *Convenio de Dublín* dispone que todo Estado miembro conservará la posibilidad, en aplicación de su Derecho nacional,

"de enviar a un Estado tercero a un solicitante de asilo, respetando las disposiciones de la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York".

A tenor de lo anterior, como dice Escobar Hernández, "hay que tener en cuenta que la Convención de Ginebra parte del supuesto de la salida directa del particular del territorio del Estado en que sufre persecución. Y, por consiguiente, el principio de *non-refoulement* tan sólo prohíbe devolver o expulsar al extranjero hacia el país en que efectivamente sufre o puede sufrir persecución, quedando a salvo la posible expulsión o devolución hacia un tercer Estado seguro"⁴³. En estas condiciones, el principio de referencia sólo se respeta aparentemente, dado que la idea de asilo no como derecho subjetivo sino como derecho graciable en manos de los Estados va a hacer gala del juego discrecional

⁴² Este principio aparece desarrollado en los artículos 32 y 33 de la Convención de Ginebra de 1951. Pero, sin duda, la expresión más clara de este principio se halla en el artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966*, del que todos los Estados miembros de la Unión Europea son miembros: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas".

⁴³ Véase C. Escobar Hernández, "El Convenio de Aplicación...", cit., pág. 63.

a que se brinda; la inseguridad a que se pueden ver sometidos los extranjeros no comunitarios solicitantes de asilo es palmaria.

B) La restrictiva noción de familia

Por otra parte, los instrumentos de Schengen y de Dublín mantienen un concepto de familia sumamente restrictivo, entendida en el sentido nuclear del término, que comprende únicamente a las relaciones conyugales y paterno-filiales (en este último caso hasta alcanzada la mayoría de edad), lo cual contrasta con los conceptos más amplios existentes en los ordenamientos internos de los Estados miembros⁴⁴ y con la interpretación lata dada al respecto a la vida privada familiar por los órganos tutelares de Estrasburgo en el ámbito del artículo 8 CEDH. A ello hemos de añadir que esta corriente amplia (consecuencia lógica del carácter humanitario del asilo) es la imperante en los últimos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁴⁵.

En las dos cuestiones específicas acabadas de estudiar, contrasta -insistimos- el lenguaje restrictivo de la política de cooperación de Schengen y de Dublín, con la interpretación amplia de los artículos 3 y 8 CEDH.

44 Así, el artículo 10.1 de nuestra *Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado* (BOE núm. 74, de 27 de Marzo) dispone que "la condición de asilado se concederá, por extensión -reunificación familiar, por tanto-, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado, o a la persona con la que se halle ligado por *análoga relación de afectividad y convivencia*, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia".

45 Cfr. en este sentido la *Convención internacional relativa a los derechos de los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias de 18 de diciembre de 1990*. Según el artículo 4 de dicha Convención (que no ha entrado en vigor, pues sólo cuenta hasta el momento con dos firmas -Marruecos y Méjico- y una única ratificación -Egipto-), la expresión "miembros de sus familias" se extiende no sólo a las personas casadas con los trabajadores migrantes, sino también a aquéllas que mantengan con ellos relaciones de tal tipo que, en virtud de la ley aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a cargo y otras personas a cargo reconocidas como miembros de la familia en virtud de la legislación aplicable o de acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los países interesados. Para una aproximación a esta Convención, véase H. Gaham, "Le système de protection des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies et des ses institutions spécialisés", *Recueil des Cours. Textes et sommaires*, Strasbourg (2-30 julio 1993 -24a sesión de enseñanza del Instituto Internacional de Derechos Humanos).

5.-Conflictos ad intra: la tensión entre el método de integración comunitaria y el de cooperación gubernamental en la elaboración de la normativa sobre inmigración y asilo

La política de asilo ha provocado tensiones en el propio seno de la Unión, dando lugar a reacciones negativas en el Parlamento europeo. En efecto, al fracasar el intento de armonizar el asilo por los Estados miembros a través del método de integración estrictamente comunitario⁴⁶ recurriendo, en cambio, a la cooperación intergubernamental, la institución más afectada ha sido el Parlamento europeo, cuyo malestar se ha manifestado en su *Informe anual sobre derechos humanos de 1993*⁴⁷. En términos muy duros, el máximo órgano representativo de la Unión Europea

"lamenta el hecho de que algunos Estados miembros hayan empezado a reducir la protección legal y la seguridad social de las personas que buscan asilo, (...) deplora que estas medidas no contengan garantías relativas a la protección de los derechos fundamentales, en particular para aquéllos que buscan asilo".

Por otro lado, el Parlamento

"lamenta el carácter intergubernamental (se refiere a Schengen y Dublín) de las medidas iniciales tomadas para armonizar el *status* de los nacionales de terceros Estados en la Comunidad. (...) desea llamar la atención sobre el peligro de que Europa se convierta en una fortaleza si los nacionales no comunitarios son discriminados, en contra de los principios en los que se basa el orden comunitario".

De lo anterior es interesante retener la consideración del asilo como un derecho fundamental y la falta de protección a la que queda expuesto en el nuevo marco de la Unión Europea.

Por último, cabe reseñar que la vía de la *comunitarización* queda abierta en el Tratado de Maastricht (artículo K.9)⁴⁸. No obstante, parece

46 La Comisión europea presentó en 1988 un proyecto de *Directiva relativa a la coordinación e las normas sobre derecho de asilo y sobre el estatuto de los refugiados*, para su adopción por el Consejo en 1990, propuesta que no culminó positivamente ante la negativa de los Estados a comunitarizar la política de asilo.

47 *Resolución A-30025/92 de marzo de 1993*.

48 El artículo K.9 prevé que "el Consejo podrá decidir por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, la aplicación del artículo 100C del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea a acciones en los ámbitos contemplados en los apartados 1 a 6 del artículo K.1, determinando las condiciones de votación que correspondan. El Consejo recomendará la adopción de esta decisión por parte de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales".

poco probable que se vaya a alterar la vía utilizada que, por lo demás, encuentra acogida en el propio TUE (artículo K.7)⁴⁹.

V.-LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Para abordar la labor jurisprudencial del TJCE conviene aclarar que la referida mención a la interferencia entre los dos tribunales europeos (TJCE y TEDH) en términos de *eventualidad* se justifica porque el derecho de asilo, al no configurarse como una regulación comunitaria en sentido estricto sino de cooperación, en principio queda fuera de la competencia del TJCE. Sin embargo, no queda descartado que al Tribunal de Luxemburgo se le atribuya tal facultad mediante acuerdo de las Partes en los Convenios de que se trate (en nuestro caso, las referencias son Schengen y Dublín), según prevé el propio artículo K.3 TUE:

"Tales convenios podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido".

Lo que antecede nos obliga, de un lado, a criticar que el TJCE no disponga de competencia en los pilares de cooperación, dado que en ellos se hallan involucrados derechos fundamentales de las personas, como el derecho de asilo. Pero, de otro lado, nos conduce a proponer como deseable que por el momento no se actualice tal posibilidad, toda vez que la severa normativa de la Unión en la materia pondría en grave compromiso al TJCE: bien tendría que ser coherente como órgano *ad hoc* de interpretación del restrictivo Derecho europeo de la Unión⁵⁰, bien debería actuar respetando la más benévola interpretación del Convenio Europeo de 1950 (en particular, de los artículos 3 y 8), al

⁴⁹ El artículo K.7 dispone que "las disposiciones del presente Título (VI) no serán óbice para la institución o el desarrollo de una cooperación más estrecha entre dos o más Estados miembros, en la medida en que dicha cooperación no contravenga ni obstaculice la que se contempla en el presente Título".

⁵⁰ Ciertamente el TJCE habría de optar por la normativa más favorable a la realización de los derechos fundamentales. Ahora bien, tenemos que advertir esta otra circunstancia: Las exigencias democráticas han conducido a que el TJCE asuma el rol de dotar de más democracia a las otras instituciones comunitarias a través de una labor jurisprudencial pretoriana. Esa "adaptación o adecuación democrática", si bien es loable desde la perspectiva (dogmática) expuesta, no puede suplantar una acción normativa de reforma democrática del resto de instituciones (sobre todo, del Parlamento europeo) que no corresponde a él realizar, pues ello eterniza unas disfuncionalidades que, a la larga, prolongan el déficit democrático.

formar parte asimismo de los principios generales del Derecho Comunitario.

Pese a que el TJCE no sea competente en materia de inmigración y asilo, en algún caso sí se ha acercado a esta problemática. Será precisamente en la sentencia pronunciada en el *caso Rutili contra el Ministro del Interior de Francia de 28 de octubre de 1975*, en donde el TJCE utilizará, por vez primera explícitamente, disposiciones concretas del CEDH como elemento interpretativo para la aplicación protectora de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. En el asunto en cuestión se abordaba, de manera significativa, el acceso y la residencia de ciudadanos comunitarios en un Estado miembro del que no eran nacionales. La sentencia también reviste interés para comprender la situación de los extranjeros no comunitarios, pues se analizaba el alcance de la potestad estatal en el tratamiento de las cuestiones inmigratorias.

Se examinaba si el margen de apreciación de que gozan los Estados en la aplicación de la excepción del orden público era suficientemente amplio como para limitar los derechos individuales del ciudadano de la Comunidad. En este pasaje de la sentencia se percibe el esquema interpretativo seguido por el TJCE:

"En su conjunto, estas limitaciones de los poderes de los Estados miembros en materia de Policía de extranjeros (contenidas en los artículos 2 y 3 de la Directiva 64/221 y el artículo 8 del Reglamento 1.612/68) se presentan como la manifestación específica de un principio más general consagrado por los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio de protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y firmado por todos los Estados miembros, y el artículo 2 del Protocolo 4 de dicho Convenio firmado en Estrasburgo el 17 de septiembre de 1963, que dispone en términos idénticos que los atentados producidos por necesidad del orden y la seguridad públicos a los derechos garantizados por los artículos citados no pueden sobrepasar el marco de lo que se considera necesario para la protección de esas necesidades *en una sociedad democrática*".

En relación directa con los extranjeros no comunitarios, la falta de voluntad estatal para *comunitarizar* la materia ha sido suplida por la tarea incisiva de la Comisión europea, en una vieja querrela en virtud de la cual el órgano motor de la acción comunitaria se ha venido enfrentando con los Estados miembros de la Unión a la hora de dirimir la controvertida competencia respecto a la política migratoria. Estas fricciones dieron lugar a la *sentencia del TJCE de 9 de julio de 1987, pronunciada en el caso RFA y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*⁵¹. El asunto tiene su origen en un recurso

51 Rec. 1987, págs. 3203-3258.

interpuesto por los gobiernos de la RFA, Francia, Países Bajos, Dinamarca y Reino Unido con objeto de anular la *Decisión 85/381 de la Comisión, de 8 de julio de 1985, por la que se establece un procedimiento de notificación previa y de concertación sobre las políticas migratorias en relación con terceros Estados*. En la sentencia, el TJCE resolvió que las pretensiones de los Estados, que rechazaban completamente cualquier competencia en favor de las instituciones de la Comunidad en materia de inmigración, eran excesivas, y por la vía del acceso al mercado de trabajo era admisible una interpretación comunitaria. Según el TJCE, el fundamento de tal habilitación comunitaria se encuentra en el artículo 118 del Tratado CEE, que confiere a la Comisión la "misión de promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social", de lo que se deduce que tal ámbito "afecta a la situación de los trabajadores de terceros países"⁵².

El conflicto surgió de nuevo a finales de 1991, cuando la Comisión hizo pública su *Comunicación sobre la supresión de los controles en las fronteras, de 18 de diciembre de 1991*, anteriormente mencionada.

Por otra parte, recordemos que el TUE expresa en su artículo K.1 que la cooperación en los asuntos enumerados se efectúa "sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea".

Las anteriores reflexiones hacen replantear más seriamente, si cabe, la conveniencia de que la Unión Europea ratifique como tal el CEDH⁵³ de modo que, subsistiendo el TJCE para las cuestiones comunitarias que no afectaren directamente a los derechos fundamentales, el TEDH se configurara como la instancia europea "única" en materia de derechos humanos. Así se evitarían posibles interpretaciones contradictorias en Luxemburgo y en Estrasburgo.

VI.-LA ESTANCIA DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA A LA LUZ DEL DERECHO EUROPEO EN LA MATERIA

1.-Normativa nacional

1.1.-Disposiciones constitucionales

⁵² Apartado 23 de la sentencia, pág. 3252.

⁵³ Las distintas posturas en torno a esta posibilidad pueden verse claramente sintetizadas en el trabajo de J. Pipkorn, "La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 14, abril 1993. Con carácter general, véase R. Brillat, "La participation de la Communauté européenne aux Conventions du Conseil de l'Europe", *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXXVII, 1991.

Sin duda alguna, el precepto constitucional clave en materia de extranjería es el artículo 13 CE:

"1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al criterio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España".

Además, es evidente que el derecho de asilo y no expulsión guarda una estrecha relación con la protección de la libertad física y de la libertad de movimientos. La primera se encuentra recogida en el artículo 17 CE, cuya relevancia viene reforzada de manera notoria en este terreno por el artículo 25 CE, que prohíbe a la Administración "imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad". Sobre este extremo ya vimos en el capítulo VII, al hablar del alcance de la libertad personal (apartado III.1), que una detención no puede ser un disfraz para la tramitación de un procedimiento de extradición⁵⁴.

La segunda libertad, la *de ir y venir*, está consagrada en el artículo 19 CE, como también tuvimos ocasión de estudiar en el capítulo VII.

Por último, no se puede perder de vista lo dispuesto en el artículo 149.1.2a:

"El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
(...) *Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*".

1.2.-Legislación de desarrollo

La normativa básica de desarrollo del artículo 13 CE se contiene en la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de los derechos y libertades de los extranjeros en España* (más conocida como *Ley de Extranjería*), y en su *Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26*

⁵⁴ Véase en particular el *asunto Bozano contra Francia de 18 de diciembre de 1986*, Serie A, núm. 111.

de mayo. Una década después de su puesta en funcionamiento, esta normativa arroja un balance altamente criticado desde sectores sociales y jurídicos. En cuanto a estos últimos, la doctrina ha subrayado que, más que de una Ley de derechos de los extranjeros se trata de una *Ley de policía de los extranjeros*⁵⁵. En semejante línea ha venido vertiendo sus críticas la alta institución del Defensor del Pueblo español en los últimos años⁵⁶.

Precisamente fue el Alto Comisionado de las Cortes Generales quien presentó el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Extranjería, lo que dio lugar a la *STC 115/1987, de 7 de julio*, que vino a confirmar la concepción restrictiva de esta normativa. Ya comentamos que se declararon inconstitucionales las restricciones impuestas (de manera discriminatoria) a los extranjeros en el ejercicio de los derechos de reunión y de asociación. Después veremos que también se declaró inconstitucional la ejecutividad inmediata en todos los casos (o, lo que es lo mismo, la no posibilidad de suspensión en ningún caso) de las órdenes de expulsión, no prosperando en cambio la alegación de inconstitucionalidad relativa al período de internamiento de los extranjeros que están siendo objeto de un procedimiento de expulsión.

En tal línea restrictiva, el loable *desideratum* del Preámbulo de la Ley⁵⁷ choca frontalmente con el texto articulado. Por lo demás, se

⁵⁵ Véase, entre otros, E. Sagarra i Trias, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Barcelona, Bosch, 1991.

⁵⁶ Un pasaje del informe anual correspondiente a 1991 ilustra tales denuncias: "Se ha notado un incremento de quejas sobre extranjería, quizás justificado por el amplio margen de discrecionalidad que tiene la Administración en esta materia, la inmediata ejecutividad que suele caracterizar a las resoluciones administrativas adoptadas, sin olvidar la situación de indefensión a veces sobrevenida al extranjero por desconocer los derechos que constitucionalmente le son reconocidos, así como los mecanismos legales de defensa en un país distinto del suyo. (...) Se ha apreciado la carencia de un control suficiente con respecto a algunas intervenciones practicadas por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad. (...) Se ha constatado que, en algunos casos, no se produce una correcta aplicación por parte de la Administración de la legislación vigente (...)". Por otra parte, tales denuncias ha vuelto a reproducirlas el Defensor del Pueblo recientemente, en relación a la no admisión a trámite de peticiones de asilo en el año 1995; dichas peticiones, según el Adjunto del Defensor del Pueblo, Antonio Rovira, son rechazadas casi sistemáticamente y con vagos razonamientos (véase el artículo "El Gobierno admite a trámite el 55 % de las demandas de asilo presentadas en frontera. Interior rebate la queja del Defensor del Pueblo", diario *El País*, del miércoles 27 de diciembre de 1995, pág. 20).

⁵⁷ El Preámbulo de la Ley destaca la preocupación de ésta "por reconocer a los extranjeros las máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles".

establece una jerarquía o varias categorías de extranjeros⁵⁸. De todas esas categorías, la diferencia más importante tal vez radique en el diverso régimen entre los extranjeros no comunitarios y los extranjeros de países de la Unión Europea⁵⁹. En lo que concierne a estos últimos, el diferente (y más favorable) tratamiento se plasmaba en el *Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre la entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de las Comunidades Europeas*, posteriormente derogado por el *Real Decreto 766/1992, de 26 de junio* dictado, como indica su Exposición de Motivos, para incorporar aquellos cambios que la experiencia en la aplicación del Real Decreto 1099/1986 ha hecho aconsejables, y para dar cumplimiento al Reglamento CEE núm. 2194/1991, de 25 de junio, relativo al período transitorio aplicable a la libre circulación de los trabajadores entre España y Portugal por un lado, y los otros Estados miembros por otro, así como a las Directivas 90/364/CEE y 90/366/CEE ya citadas.

Volviendo a la Ley de Extranjería, interesa transcribir su artículo 26 (párrafo segundo del número segundo), pues tiene que ver directamente con la expulsión, concretamente con el internamiento previo a tal medida:

"La Autoridad Gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días".

Por otra parte, el artículo 34 de la Ley se relaciona igualmente de manera directa con la orden de expulsión:

"Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las Leyes. *En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones*

58 Dicha jerarquía se basa principalmente en los siguientes criterios: situaciones de conexión familiar, nacimiento o larga residencia en España; nacionales de países con los que España ha mantenido especiales relaciones por motivos coloniales, vecindad, o afinidad cultural (iberoamericanos o andorranos, por ejemplo); apátridas, asilados y refugiados.

59 Sobre el diverso régimen administrativo de estas dos categorías básicas de extranjeros, véase C. Aprell Lasagabaster, *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley".

Como se ha observado anteriormente, este segundo inciso fue declarado inconstitucional y nulo por el TC.

La nueva legislación en materia de asilo⁶⁰ se hace eco de esta exigencia en el nuevo artículo 21.2⁶¹. Tal exigencia, como se sabe, viene impuesta por el Protocolo núm. 7 adicional al CEDH. Así pues, *la Ley 9/1994, de 9 de mayo, ha supuesto una sustancial modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*⁶². En ella se suprime la doble figura de asilo y refugio con estatus diferenciados, y concibe el asilo de la siguiente forma, de acuerdo con la Exposición de Motivos:

"La reforma configura el asilo reconocido en el artículo 13.4 CE como la protección dispensada por España a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, es decir, a quien debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él".

Sin embargo, según se desprende de la propia Exposición de Motivos, la Ley 9/1994 contiene un aspecto preocupante: la remisión expresa a la normativa restrictiva de Schengen y Dublín, sin una referencia paralela al Consejo de Europa. De manera que la Ley

"responde a lo establecido en Convenios internacionales en los que será parte España (Convenio de Dublín y Convenio de Schengen) que determinan el Estado miembro al que corresponde el examen de cada solicitud de asilo".

⁶⁰ En torno a la jurisprudencia y a los prolegómenos a la nueva legislación en la materia, véase J. M. Ortega Terol, "Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (Análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, septiembre-diciembre 1993.

⁶¹ Este es el tenor literal del artículo 21.2 de la *nueva Ley de Asilo*: "La interposición por el solicitante del asilo de recurso contencioso-administrativo contra el acto que decida la petición de reexamen (...) *suspenderá el acto administrativo* cuando el actor así lo haya solicitado y la representación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo".

⁶² Con carácter general, véase D. López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid, Trotta-Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1991.

2.-Jurisprudencia nacional

2.1.-La inicial jurisprudencia constitucional sobre extranjería: opción restrictiva

Lógicamente, el pronunciamiento más significativo del TC en esta materia es el que se produce con motivo de la promulgación de la propia Ley de Extranjería, cuya impugnación dio lugar a la *sentencia núm. 115, de 7 de julio de 1987*. Recordamos en síntesis el fallo del TC: por una parte, se declaran inconstitucionales y, por consiguiente, nulos, parte del artículo 7 de la Ley (en cuanto somete a autorización previa las reuniones de extranjeros), y el artículo 8.2 (en lo que se refiere a la posible suspensión gubernativa de asociaciones de extranjeros, dado que en el artículo 22 CE sólo se prevé la suspensión judicial); por otra parte, se declara igualmente inconstitucional y nulo el inciso segundo del artículo 34 de la Ley, en lo relativo a la imposibilidad de suspensión en todo caso de las órdenes de expulsión, desestimándose el recurso de inconstitucionalidad en cuanto al resto. Pues bien, procede el estudio de las alegaciones que no prosperaron y, en concreto, algún extremo criticable como el concerniente al internamiento de extranjeros que precede a su expulsión.

Centrándonos en esto último, el Defensor del Pueblo negaba la constitucionalidad del párrafo segundo del inciso segundo del artículo 26 de la Ley, partiendo de la naturaleza administrativa del procedimiento de expulsión y de la prohibición constitucional de que la Administración imponga sanciones que impliquen privación de libertad (artículo 25.3 CE), por lo que tampoco podría la Administración adoptar este tipo de medidas de internamiento aun con carácter cautelar. Según el recurrente, la intervención adhesiva del Juez no desvirtuaría la índole administrativa del procedimiento de expulsión y no tendría carácter de actividad jurisdiccional contradictoria, pues se deja al margen del procedimiento a la persona afectada. No podría admitirse, según el Defensor de Pueblo, que esa intervención judicial sirva como *mera justificación formal de una medida administrativa privativa de libertad*. La interpretación del Defensor, sin duda más beneficiosa para los extranjeros, no satisfizo al TC, según el cual

"la cuestión así planteada depende en su resolución en buena parte de la valoración que pueda darse a la intervención judicial prevista en el precepto impugnado, y, por ello, a si esa intervención se corresponde con la exigencia constitucional de que, pasado el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido no liberado, deberá ser puesto 'a disposición de la autoridad judicial' (artículo 17.2), evitando además el que pudiera, al menos indirectamente, no respetarse la prohibición contenida en el artículo 25.3 CE".

Tras este planteamiento, el TC se apoya en la ambigüedad o equívocidad del precepto impugnado para, ponderando el valor del *principio de conservación de los actos* (en este caso, legislativos) y del *principio favor libertatis*, decantarse por el primero (FJ 1), lo que nos parece criticable⁶³. En este sentido, avala la interpretación según la cual la intervención judicial prevista por el precepto impugnado es suficiente a los efectos de los artículos 17.2 y 25.3 CE. Sin embargo, nos parece inaceptable el razonamiento del TC, por una serie de razones:

- En primer lugar, porque comparar el tratamiento actual de los extranjeros por la Administración con la actitud del régimen franquista al respecto (FJ 1⁶⁴), supone utilizar un parámetro absolutamente inválido. Los términos de la comparación no son equiparables. ¿Por qué no se compara *correctamente* con el parámetro europeo en la materia? Esta es una de las razones que contribuyen a que pongamos en duda el respeto del consenso mínimo europeo.

- En segundo lugar, porque se utilizan los parámetros europeos (especialmente el artículo 5 CEDH, que reconoce el derecho a la libertad personal, y el artículo 16.4 del Convenio Europeo de Extradición de 1957) de una manera contradictoria. En efecto, si por un lado se dice que el internamiento no supone una privación de libertad⁶⁵, por otro lado y al mismo tiempo se está justificando dicho internamiento sobre la base de la normativa europea mencionada, relativa precisamente a la privación de libertad. Así, se compara con las garantías "que existen en materia penal", citando jurisprudencia europea al respecto (el *caso de Wilde, Ooms y Versyp* del TEDH)⁶⁶; pero esta jurisprudencia del

⁶³ Dice así el TC en el FJ 1: "Como ha dicho la *STC 93/1984, de 16 de octubre*, sólo cabe declarar la derogación de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución 'resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación'. Y también hemos dicho que las leyes deben ser interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales, y de conformidad con la Constitución -*SSTC 34/1983, de 6 de mayo, y 67/1984, de 7 de julio*".

⁶⁴ Este pasaje del FJ 1 de la *STC 115/1987* ilustra lo dicho: "Esta lectura conforme a la Constitución es además la más consecuente con el propio contexto global de la Ley Orgánica 7/1985, y lo que ésta ha significado de corrección respecto a la situación anterior de plena disponibilidad gubernativa sobre la detención de los extranjeros".

⁶⁵ Esta parte del FJ 1 se expresa en tal sentido: "El internamiento preventivo de extranjeros, previo a su expulsión, tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal, no sólo en las condiciones físicas de su ejecución, sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso".

⁶⁶ En el FJ 1 la cuestión debatida se pone "en conexión con el artículo 5.4 del citado CEDH. Se cumple así la exigencia que el Tribunal de Estrasburgo estableció en su

TEDH, estudiada extensamente en el capítulo VI, no se tiene en cuenta en lo que se refiere a la duración de la detención preventiva. En fin, la circunstancia de que los centros de internamiento "no tengan carácter penitenciario"⁶⁷ no puede disfrazar la realidad que se esconde tras ellos, y que viene siendo denunciada insistentemente por asociaciones y voces autorizadas⁶⁸.

2.2.-Evolución jurisprudencial en materia de expulsión de extranjeros: algunos apuntes progresivos

La verificación del eventual progreso jurisprudencial en la materia aconseja el análisis de algún pronunciamiento reciente del máximo intérprete de nuestra Ley Superior. En esta línea, la *STC 242/1994, de 20 de julio*, lleva a cabo un exhaustivo análisis del derecho de un extranjero de no ser expulsado del territorio español. El TC otorgó el recurso de amparo promovido por don Omar Ras Lograhw contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca que confirmó en apelación una anterior del Juzgado de lo Penal de Huesca, por delitos de robo, utilización ilegítima de vehículo de motor y falta de daños.

El problema planteado trae su causa de la aplicación del artículo 21.2 de la Ley de Extranjería, según el cual:

"Si el extranjero fuera condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción

Sentencia de 18 de junio de 1971 (*Caso de Wilde, Ooms y Versyp*), de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con 'unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal'. En cambio, para la duración de este internamiento, cuyas garantías se comparan con la detención preventiva, no se utiliza la jurisprudencia del TEDH, sino en otro instrumento europeo: "Este carácter restringido y excepcional de la medida de internamiento se refleja también en la existencia de una duración máxima, de modo que la medida de internamiento no puede exceder, en ningún caso, de cuarenta días, que es también la duración máxima de la prisión preventiva de los extranjeros prevista en el artículo 16.4 del Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982".

⁶⁷ Citemos un último párrafo del FJ 1: "Finalmente, el internamiento ha de ser en centros o locales 'que no tengan carácter penitenciario', garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios".

⁶⁸ A título de ejemplo véase el artículo de J. Parrilla, "El Colegio de Abogados denuncia ante el TSJ y la fiscalía el sistema carcelario de los extranjeros en Zapadores", en el diario *Levante-El mercantil valenciano*, del miércoles 18 de octubre de 1995, pág. 33.

de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuese impuesta".

El recurrente sostenía al respecto que en el proceso de instancia, en que se acordó la medida de expulsión como sustitutiva de la pena impuesta, no se le concedió audiencia previa, por lo que alegaba básicamente violación de la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24 CE. Además, invocaba el artículo 19 CE, en cuanto la CE reconoce también a los extranjeros el derecho a circular libremente por el territorio nacional y residir en él.

En primer lugar, es interesante la delimitación de la noción de expulsión en el FJ 4:

"La expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como una modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar".

A continuación, en el propio FJ 4, el TC enmarca la medida de expulsión en la doctrina sobre el alcance del artículo 13 CE, poniendo el acento en este caso no en la legítima posibilidad del legislador de establecer restricciones, sino en la circunstancia de que "*esta posibilidad no es incondicionada*" cuando están en juego derechos que pertenecen a *todas las personas* porque así lo exige la dignidad humana⁶⁹. La lectura en clave positiva (a diferencia de la actitud negativa con que se afronta la cuestión de fondo en la *STC 115/1987* anteriormente estudiada) es coherente con la fundamentación jurídica, que conducirá al fallo señalado.

Precisamente, y en consecuencia con esta doctrina, el TC hace una interpretación amplia de la libertad de movimientos del artículo

⁶⁹ "En esta doctrina, se admite que el artículo 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que pueden disfrutar los extranjeros en España. Pero esta posibilidad no es incondicionada. De entrada, no podrá afectar a aquellos derechos 'que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo, ...aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español' (*STC 99/1985*, FJ 2). Y, adicionalmente, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España (*SSTC 115/1987*, FJ 3; *107/1984*, FJ 3; o *99/1985*, FJ 2), pues una cosa es 'autorizar diferencias entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales' (en el mismo sentido, *STC 112/1991*, FJ 2)".

19 CE extendiéndola a todas las personas (y, por tanto, también a los extranjeros), pese a que este precepto se refiere únicamente a "españoles"⁷⁰; esta interpretación extensiva parece reforzarse incluso cuando el TC recuerda la única exclusión establecida explícitamente en la CE en relación al derecho de sufragio (artículo 23 CE), excepción que vendría a confirmar la regla general. Volviendo al artículo 19 CE, y haciendo un paralelismo con la Unión Europea, podría pensarse que el TC abre una línea favorable a la consecución de una *España de las personas*, no limitándose exclusivamente a la realización de una *España de los ciudadanos*.

Por otra parte, consideramos esencial la aportación del TC al abordar la libre circulación de los extranjeros y las consiguientes garantías frente a su expulsión bajo el ángulo del principio de *non-refoulement* consagrado en el artículo 13 PIDCP, que cita expresamente. Tal aportación se contiene en el FJ 5:

"Dentro de los Tratados suscritos por España, con trascendencia interpretativa a estos efectos se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto sus artículos 12 y 13. Precisamente, en este último precepto se establece que 'el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a Ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas'.

Del referido precepto del PIDCP se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país: el primero de ellos, la predeterminación en una norma de las

70 Así se expresa en este otro pasaje del FJ 4: "En concreta relación con el derecho de residencia y desplazamiento de los extranjeros en nuestro país, la referencia 'los españoles' que abre el artículo 19 CE no puede ser entendida como equivalente a una norma de exclusión de los extranjeros del ámbito subjetivo de dicho derecho fundamental. Por el contrario, junto al artículo 19 CE deben tenerse en cuenta 'otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España' (STC 94/1993, FJ 2) y, en los términos establecidos por la *Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992*, 'el apartado 2 del artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE' (FJ 2, STC 94/1993, cit.). Salvada esta única exclusión, las condiciones en que un extranjero ha de acceder a los derechos reconocidos en el artículo 19 CE han de ser determinadas por el legislador, pero, una vez que estas condiciones han sido legalmente fijadas y cumplidas, puede concluirse que los extranjeros que 'por disposición de una ley, o de un Tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el artículo 13.1 CE (STC 94/1993, cit.; en el mismo sentido STC 116/1993, FJ 2)".

condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo 'las razones que le asisten en contra de su expulsión'. Y conviene recordar que las exigencias del referido Tratado, en cuanto tutelan el derecho del extranjero a permanecer en el país, 'se benefician' de las garantías previstas en el artículo 19 CE en los términos en que antes se ha hablado".

Aproximándonos al final de nuestro trabajo, es oportuno destacar que el TC utiliza como criterio interpretativo de su *ratio decidendi* la normativa internacional en materia de derechos humanos, tanto más cuanto que el fallo es coherente con el criterio utilizado. Sin embargo, debemos manifestar que sería deseable asimismo la utilización de los parámetros europeos en la materia, y de manera señalada en este terreno la jurisprudencia del TEDH sobre los artículos 3 y 8 CEDH. Y ello porque, a diferencia del PIDCP, del que básicamente conocemos su tenor literal, los artículos 3 y 8 gozan de un gran desarrollo jurisprudencial, avalado por tanto por la interpretación final del TEDH. Aun con todo, en el FJ 6, se hace alguna alusión a la toma en consideración de otros *valores o bienes de relevancia constitucional*, como la protección familiar del artículo 39 CE⁷¹. Siendo esto correcto, debería completarse, a tenor justamente del juego al que ha dado lugar el artículo 8 CEDH (vida familiar), con la referencia a la disposición constitucional equivalente (artículo 18 CE, que reconoce el derecho al respeto de la intimidad familiar), que goza de mayor protección que el artículo 39 CE. Con la introducción de estos elementos, se disiparían gran parte de las dudas con que, de conformidad con nuestro método de estudio, percibimos el respeto del consenso europeo social y *democrático* de Derecho.

Por último, cabe subrayar que la realización de este consenso, por lo que a la materia de inmigración y asilo se refiere, requiere la colaboración de todos los sectores de la sociedad, pues en definitiva a todos nos afecta y todos queremos disfrutar de un *marco común mínimo de tolerancia*, en el contexto de un *Estado democrático*. La ya citada *STC 214/1991, de 11 de noviembre*, que otorgó el amparo solicitado a doña Violeta Friedman frente a las manifestaciones xenófobas de León Degrelle, deja entrever la compatibilidad de los

⁷¹ Dice así el FJ 6 *STC 242/1994*: "Precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor-, que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, artículo 39.1 CE)".

valores de nuestra fórmula estatal, de manera que la libertad y la igualdad deben combinarse con la tolerancia (FJ 8):

"De la conjunción de ambos valores, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social".

3.-Impacto de las divergencias europeas en el sistema constitucional español

El Estado español es Parte Contratante en los Convenios de Schengen y de Dublín, así como en el Convenio de Roma de 1950 y sus Protocolos Adicionales, compromisos internacionales que ha de respetar a tenor del juego combinado de los artículos 10.2 y 96.1 de nuestro texto constitucional.

Aunque no entre en juego la posibilidad de conocimiento de los casos concernientes al derecho de asilo y de no expulsión por el TJCE y, consiguientemente, ello evite una interpretación divergente de la jurisprudencia del TEDH en este terreno, las diferencias normativas puestas de manifiesto en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea no permiten ser optimistas en cuanto a la producción de divergencias. Como ha podido apreciarse, estas diferencias oponen una normativa de la Unión sumamente restrictiva (criticada por el propio Parlamento Europeo) frente a una benévola jurisprudencia del TEDH (según algunos poco acorde con la autorrestricción judicial, y más cercana a una especie de función legislativa de sustitución⁷²).

Las palabras de Flauss, que cuadran perfectamente en la búsqueda del consenso mínimo europeo propuesto en este trabajo, ayudan a comprender el alcance de esta oposición: "A la lógica de la argumentación basada, en definitiva, en la idea de *self-restraint* judicial en una materia eminentemente política, *el Tribunal* opone

72 Sobre el problema del *self-restraint* de los jueces y la proporcionalidad que han de tener presente en la correcta aplicación del Derecho en el marco de los órganos tutelares del Consejo de Europa, véase E. García de Enterría, "El principio de proporcionalidad en la extradición", *Poder Judicial*, núm. 15; véase asimismo P. Mahoney, "Judicial activism and judicial self-restraint in the European Convention of Human Rights: two sides of the same coin", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1990.

otra inspirada por *la voluntad de crear un standard europeo de protección* que ya no sea el pequeño común denominador de las legislaciones nacionales. Consciente o inconscientemente, la mayoría de los jueces ciertamente han sido sensibles a las evoluciones susceptibles de afectar a corto o largo plazo en el marco europeo y, especialmente comunitario, al régimen de expulsión de los extranjeros no nacionales de un Estado miembro de la Comunidad"⁷³.

Entre el standard minimalista vislumbrado en el ámbito comunitario y el standard maximalista alcanzado en el Consejo de Europa, es preciso buscar un cierto equilibrio, para que no se opere un conflicto entre órganos europeos que, a la postre, complique el ejercicio de funciones por los diferentes poderes públicos en el ámbito interno de los Estados. Es decir, se precisa que los Estados miembros de la Unión modifiquen su normativa de cooperación intergubernamental en materia de asilo, según ha recomendado el propio Parlamento Europeo. De otro lado, la jurisprudencia de Estrasburgo debe ser fuente del Derecho como cuerpo de decisiones judiciales, no como cuerpo normativo de leyes. De lo contrario, de continuar el panorama actual, esas divergencias van a distorsionar las funciones de los órganos internos (tanto al nivel del Legislativo, como del Ejecutivo y del Judicial) al hacerse eco de los dilemas que plantea Europa⁷⁴.

En este contexto, el Legislativo ha de ser coherente con los tratados internacionales ratificados por España (Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y Convenio de Dublín, pero también el Convenio de Roma⁷⁵), de la misma manera que se ha de operar la armonización con determinadas políticas comunitarias a

73 *Ibidem*, pág. 425.

74 Véase J. de Lucas, *Europa, ¿convivir con la diferencia?*, Madrid, Tecnos, 1992.

75 En aras a esa coherencia se han producido problemas constitucionales en el seno de algunos países. Por ejemplo, en Francia, la Ley que autoriza la aprobación del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen dio lugar a una importante decisión del Consejo Constitucional francés, núm. 91-294 DC, de 25 de Julio de 1991. Véase tal decisión en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 135 (1992) sección "Jurisprudencia constitucional extranjera", págs. 215-221. Esta decisión es de indudable interés para nosotros, puesto que las Cortes Generales españolas aprobaron una similar Ley de autorización en febrero de 1992. En Francia, por lo demás, no ha sido el único problema legislativo y constitucional en la materia que se ha elevado al Consejo Constitucional. En tal sentido, véase en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 129 (1992), págs. 187-191, la *Decisión del Consejo Constitucional núm. 89-261 DC, de 28 de julio de 1989 en relación a la Ley sobre las condiciones de estancia y entrada de extranjeros en Francia* (tras esta decisión -control a priori- se promulgó como Ley núm. 89-548, de 2 de Agosto de 1989, publicada en el Diario Oficial del 8 de Agosto del mismo año). Para una aproximación al contexto inmigratorio francés, véase el núm. 47 de la revista *Pouvoirs*, monográfico sobre "L'immigration", noviembre 1988.

través de la transposición de Directivas al Derecho interno. En este contexto, desgraciadamente, la reciente modificación de nuestra Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, se ha decantado de modo expreso por el método restrictivo de Schengen y de Dublín.

Al tiempo, los operadores del Derecho, tanto los agentes de la Administración que llevan la iniciativa en la orden y ejecución de expulsiones de extranjeros⁷⁶, como los jueces que se enfrentan con los expedientes de expulsión, han de ser conscientes del necesario equilibrio entre la normativa de cooperación a nivel comunitario y la normativa y la jurisprudencia estrasburguesas. Sobre todo, han de considerar en su justa medida estas últimas, porque son más acordes con el principio *favor libertatis* y porque, en cambio, la rigurosa coherencia en la aplicación de la normativa comunitaria puede llevar a resultados tan indeseables como los conseguidos con nuestra actual Ley de Extranjería⁷⁷.

En suma, para poder actuar de acuerdo con el equilibrio aquí profesado, dada la complejidad de la materia de asilo y el consiguiente desconocimiento, por parte de afectados y de los operadores jurídicos, de la normativa española⁷⁸ y europea en la materia, se imponen al

76 Véase E. Sagarra i Trias, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, op. cit. pág. 189: "El sometimiento al principio de legalidad, que debe imperar en todos los actos de la Administración, personalmente creemos que, sin embargo, bien por negligencia, bien por desconocimiento, es objeto de frecuente olvido y que su escrupuloso acatamiento no se da siempre en la actuación de los órganos y funcionarios de la Seguridad del Estado competentes en materia del trato de extranjeros".

77 Esta Ley ha sido calificada en la doctrina, desde un punto de vista procedimental, como legislación *administrativizada*, y desde una perspectiva material, como ley de policía de extranjeros más bien que como ley de derechos de los extranjeros.

78 En relación a la normativa española de extranjería Lara Romero ha puesto de manifiesto algunas de las disfuncionalidades que tan compleja regulación ha creado, y cómo la jurisprudencia ha contribuido en gran medida a paliarlos con una interpretación progresiva. Lo más negativo es que esas disfuncionalidades afectan a la libertad de las personas sobre las que pesa una orden de expulsión: "Llegó a dudarse incluso de la posibilidad de aplicar el procedimiento de *habeas corpus* a los extranjeros detenidos en la llamada 'zona internacional' de los aeropuertos, por considerarse que no habían franqueado a nivel teórico la frontera (interpretación que hacía difícilmente explicable en tal caso la actuación de las fuerzas del orden) o dudándose de que debieran forzosamente ser puestos a disposición judicial dentro del plazo de 72 horas, cuestiones éstas que han sido resueltas convenientemente en la práctica por las decisiones judiciales de interpretar extensivamente los derechos de los extranjeros" (J. Lara Romero, "La situación de los extranjeros en España...", cit., pág. 82). Con la nueva Ley de Asilo de mayo de 1994 parece que las disfuncionalidades continúan. En este sentido puede verse el artículo de B. de la Cuadra, "El juez de guardia pone en libertad a dos extranjeras

menos, a nuestro modo de ver, dos tipos de acciones: una a nivel comunitario e internacional, consistente en el establecimiento de un órgano supranacional en la Unión Europea que ejerciere sus funciones en cooperación con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, propuesta recogida en el mencionado informe anual del Parlamento Europeo de 11 de Marzo de 1993; otra, a nivel interno, que proporcione medidas de asistencia jurídica y de información sobre la normativa de asilo y las posibilidades de defensa que existen aplicando ésta de la forma más favorable a la protección de los derechos fundamentales (con los ajustes pertinentes en el procedimiento administrativo de expulsión), tal como se ha hecho en algún otro país comunitario con un gran índice de inmigración⁷⁹.

detenidas 10 días en Barajas. Primeros habeas corpus contra la aplicación de la Ley de Asilo", en el diario *El País*, del jueves 20 de octubre de 1994, pág. 30.

⁷⁹ Así, por ejemplo, en Francia, se adoptó la *Circular Ministerial de 25 de Octubre de 1991* que, destinada explícitamente a asegurar el respeto de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tiende a mejorar la información previa de los extranjeros amenazados de expulsión, así como los procedimientos administrativos aplicables en la materia. Llama la atención que la adopción de esta Circular Ministerial se produjera unos días después del informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos declarando la admisibilidad del *asunto Vijayanathan y Pusparajah contra Francia* (de 27 de Agosto de 1992 es la Sentencia del TEDH).

CAPITULO XII. CONCLUSIONES

- El estudio del alcance y contenido de la cláusula del *Estado social y democrático de Derecho* se inscribe en un proceso milenario consistente en la búsqueda de la ciudad o el Estado ideal, es decir, el espacio en donde la persona pueda realizarse de manera más plena. En efecto, la consolidación de la fórmula estatal adoptada en España ha venido precedida por grandes obras de *Teoría del Estado*, que han evolucionado en la Antigüedad clásica, el Medievo y la Epoca Moderna, desde la inicial preocupación de los griegos por la *eunomía* hasta el arquetipo de la *monarquía absoluta* (teocrática o no) de los autores modernos (Bodino, Maquiavelo, Hobbes), pasando por la *civitas maxima* romana o la *civitas Dei* medieval, sin olvidar otras emblemáticas nociones modernas como la *Utopía* de Tomás Moro, la *Nueva Atlántida* de Francisco Bacon o la *Ciudad del Sol* de Tomás Campanella.

- Trasladados a la época contemporánea, se suele convenir que la Revolución francesa supuso el punto de partida del Estado constitucional actual, del Estado de Derecho liberal: con el elemento jurídico, con el Derecho (plasmado en una Constitución como técnica o mecanismo para la libertad -Loewenstein-), la burguesía pondrá límites al poder absoluto del monarca. Así, se establecerán unos órganos o poderes separados para cumplir las tareas estatales, que no podrán consistir sino en asegurar a los individuos unos espacios de libertad (derechos de libertad) bajo la marca de la divisa revolucionaria encarnada en tres valores: libertad, igualdad, fraternidad (solidaridad).

- A partir del nacimiento del Estado constitucional, será insoslayable practicar, por más que parezca de perogrullo subrayarlo, *Teoría Constitucional* junto a la *Teoría del Estado*. En cuanto a esta última, los análisis doctrinales se han centrado en el sistema institucional (enfoque orgánico), obviando el correlativo papel (que aquí pretendemos subrayar) jugado en la configuración de la teoría estatal por los derechos humanos (Pérez Luño), tanto más cuanto que éstos constituyen el eje de las tareas estatales (López Pina). Respecto de la primera, ha prevalecido el enfoque kelseniano de la *Teoría pura* del Derecho, ignorando en ocasiones el contenido de éste, por lo que se venía haciendo cada vez más patente la necesidad de una *Teoría constitucional de los valores* (Baldassarre). Ello nos conduce nuevamente a poner el énfasis en los derechos humanos como manifestación de tales valores. Desde este doble punto de vista se justifica la elección de los derechos humanos (enfoque dogmático) como elemento estructural de un trabajo que aborde la fórmula estatal

consagrada por nuestra Constitución de 1978, que sintetiza nuestra *Constitución material* (Lucas Verdú).

- Con la Revolución francesa no sólo fue novedosa la proclamación de los ya tópicos valores libertad, igualdad y fraternidad, sino que además nació una *nueva lengua de los derechos* (García de Enterría), por oposición a los privilegios del Antiguo Régimen. Ambas novedades siguen hoy vigentes, salvadas las distancias y con la consiguiente adaptación a *las transformaciones del mundo contemporáneo* (García Pelayo). En este sentido, los valores del Estado actual siguen siendo la libertad, la igualdad y la solidaridad, pero han de verse dotados de contenido real, y no meramente formal, correspondiéndose respectivamente con cada uno de los elementos de la fórmula: Estado *de Derecho, social y democrático*. En ello encuentran su razón de ser las redacciones que proponemos de los artículos 1.1 CE (añadiendo la *solidaridad*, a la libertad y a la igualdad, y suprimiendo -por sobreentendido o repetitivo, respectivamente- la justicia y el pluralismo político) y 9.2 CE (insistiendo en hacer real y efectiva asimismo la *solidaridad*, no únicamente la libertad y la igualdad). Por otra parte, cabe matizar igualmente el alcance de la *nueva lengua* de los derechos, que debe entenderse *renovada* a partir de la Segunda guerra mundial, pues sólo tras ella se internacionalizan los derechos humanos estrechamente vinculados a la democracia. Los valores no pueden entenderse consolidados en un momento concreto; más bien han venido jalonados por diversos acontecimientos históricos (*valores generacionales*) que han dado origen a distintas categorías o *generaciones* de derechos (los de libertad con la Revolución francesa de 1789, los de igualdad con la Revolución rusa de 1917, y los de solidaridad con la Segunda contienda mundial).

- Los valores generacionales y los respectivos derechos se han correspondido con un marco estatal concreto (los de libertad o *cívico-políticos* con el Estado liberal de Derecho, los de igualdad o *socio-económicos* con el Estado social de Derecho, y los de solidaridad o *colectivos* con el Estado democrático de Derecho), lo que ha marcado al tiempo la constitucionalización de las distintas categorías de derechos. Tal constitucionalización por este orden cronológico no se ha visto secundada en todos los casos por la consagración en el orden internacional: así por ejemplo, algunos derechos colectivos (protección de las minorías) fueron objeto de interés en la antigua Sociedad de Naciones, precediendo a la preocupación de la OIT por los derechos sociales (tutela de colectivos vulnerables como las mujeres y los niños en el ámbito laboral), que a su vez antecedió al mayor énfasis puesto en la ONU por los derechos cívico-políticos.

- Pese a lo dicho, el plano constitucional (nacional) y el internacional no son incompatibles (más bien todo lo contrario), y ello se desprende claramente del artículo 96.1 CE, de manera que el

ordenamiento interno conforma un sistema en el que confluyen el Derecho de origen nacional y el de producción internacional. Tal confluencia se hace más patente cuando se introduce el elemento estructural de nuestro trabajo por la vía del artículo 10.2 CE, pues en este caso queda clara la globalidad del sistema de derechos humanos y su identidad de sujetos (derechos *del hombre*) y de objeto (la justicia), lo que no deja lugar a resquicio alguno de oposición entre órdenes (nacional e internacional) pretendidamente situados en tensión dialéctica.

- A tenor de lo anterior, el examen de la cláusula del artículo 1.1 CE no puede dejar de verse desde el prisma del *Estado internacionalmente integrado* (Torres del Moral) y, por lo que respecta a nuestro país, desde el punto de vista de su integración en el continente europeo, con particular hincapié en la Unión Europea (de *los Quince*) y, sobre todo, en el Consejo de Europa (la organización europea por excelencia, actualmente compuesta por treinta y seis Estados), dejando al margen (por contar con países no europeos) otra organización que despliega sus actividades básicamente en el Viejo Continente (la OSCE). La circunstancia de que las dos primeras organizaciones europeas nacieran justo tras el Segundo conflicto bélico mundial con el propósito de consolidar *un patrimonio y una cultura comunes* basados en la paz y el respeto de los derechos humanos, evoca la idea de un *marco mínimo compartido* que, en paralelo a los tres valores mencionados y siguiendo el orden de nuestra fórmula estatal, podría llamarse *consenso europeo social y democrático de Derecho*. Ciertamente, hemos preferido situar el momento emblemático de la internacionalización y europeización de los derechos humanos en el nacimiento (post-guerra) de los dos foros europeos mencionados; ahora bien, es evidente que siendo estrictos con los calificativos empleados (y, en concreto, con el calificativo democrático), y con el foro europeo preferente (el Consejo de Europa), la construcción de la Europa democrática habría que situarla a partir de la caída del muro de Berlín, momento que debería ser postergado si nos situamos fuera del continente europeo, en donde todavía se siente el imperativo de universalizar la democracia (Cotarelo) y los derechos humanos.

- Volviendo al enfoque dogmático que inspira nuestra investigación: hasta ahora, los autores no sólo han otorgado preferencia al enfoque orgánico (basta repasar *status questionis doctrinal*), sino que han adoptado una perspectiva horizontal (comparada) y no vertical (integración internacional). En efecto, el profesor Lucas Verdú dejó apuntada la necesaria internacionalización del Estado social y democrático de Derecho, al menos en el ámbito del *ius publicum europeum*, un apunte que no ha sido secundado por la doctrina. Si empezamos por esto último, y sin desconocer las virtudes y los defectos del método comparado (Lanchester) es evidente que la adopción de la perspectiva vertical imprime mayor eficacia a nuestro estudio, dado que el Derecho emanado de las organizaciones internacionales de referencia (la

Unión Europea y el Consejo de Europa) se convierte en Derecho interno (aplicable, por tanto) en España. El conjunto del Derecho interno, como decíamos, impide ver oposición entre el orden nacional y el internacional perfilándose en cambio una complementariedad entre ambos. Además, la vertiente práctica se ve realzada si reparamos en el primer aspecto (los derechos humanos): éstos dan contenido a la abstracción normativa. En relación con ello, el desarrollo normativo apela a la interpretación y a la integración creadora del Derecho (artículo 10.2 CE de nuevo), para lo que resulta inevitable detenerse en el papel de la jurisprudencia: la validez de su estudio, trasunto de la cada vez más importante *jurisprudencia de valores* (Fernández Segado) no radica únicamente en la descripción de los *objetos y fines del Derecho que son comunes a todos los sistemas* (Austin), sino en la posibilidad de percibir la *transitividad de la norma y la realidad* como operación inevitable en nuestra disciplina (Sánchez Ferriz).

- En coherencia con lo expuesto, se imponía abordar en cada capítulo la normativa y la jurisprudencia sobre los temas propuestos, que sintetizamos a continuación. En cualquier caso, respecto de la jurisprudencia, la complementariedad de órganos a que aludíamos lógicamente se concreta en la complementariedad entre el juez nacional y el internacional. Por lo que se refiere al sistema de derechos humanos, el sistema nacional y el internacional (y dentro de éste, el europeo que sirve de base a nuestra investigación) se *retroalimentan* (Bidart Campos). En este contexto, la jurisprudencia de los órganos tutelares del Consejo de Europa (tanto de la Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos del CEDH como de los órganos de control de la CSE) y de la Comunidad Europea (en especial, el TJCE) se veía llamada a ocupar un espacio nada desdeñable en el estudio efectuado.

- Aunque el bloque principal del trabajo se basa en el enfoque vertical (capítulos III a XI), parecían ineludibles algunas referencias históricas y comparadas (capítulo II), amén de la exposición del método (capítulo I) y, lógicamente, de las conclusiones (capítulo XII).

- Por lo que se refiere a nuestra historia constitucional, hemos destacado el precedente más notorio del constitucionalismo social (la Constitución de 1931) advirtiendo ciertos resabios de exclusivismo social ("república de *trabajadores*") y subrayando, en sentido positivo, la relevancia concedida a la *integración internacional*. Por otra parte, al tratar de los avatares del proceso constituyente hemos llamado la atención sobre la procedencia conservadora en nuestra fórmula estatal del adjetivo *social* (Fraga - AP), así como sobre el pretendido carácter programático de la cláusula de progreso del artículo 9.2 CE (Herrero de Miñón - UCD), sin dejar de lado la entonces parca confianza en los compromisos internacionales (Peces-Barba - PSOE). Frente a ello, ha quedado probado que la evolución posterior de la fórmula constitucional se ha alejado afortunadamente de la restrictiva intención de los

constituyentes (de Castro Cid), de manera que la progresiva jurisprudencia constitucional ha evitado un *hurto capitalista o conservador* del adjetivo social (Garrorena), afirmando también la normatividad de la referida cláusula de progreso (así como del conjunto normativo constitucional), si bien no ha extraído todas las consecuencias posibles de la normativa internacional (y más concretamente europea) sobre derechos humanos para colmar de contenido la fórmula del artículo 1.1 CE, como se demuestra en este trabajo. Por este último motivo, pretendemos que la "feliz coincidencia" de la jornada en que comenzaron los trabajos de la Comisión constitucional con el día de Europa (según expresó el Presidente de dicha Comisión, Emilio Attard), se torne en un buen augurio de nuestra integración europea para dejar de ser una simple sentencia repleta de retórica.

- En otro orden de cosas, los elementos introductorios de Derecho comparado nos han servido como punto de partida para una adecuada utilización del enfoque vertical. Así, la asunción por nuestro constituyente de la fórmula estatal alemana debe tener en cuenta que en Alemania los valores compartidos por la mayoría de partidos políticos son la libertad, la igualdad y la *solidaridad* (Heck). Por una parte, desde el punto de vista positivo, las Constituciones vigentes de Francia y Portugal asumen el valor solidaridad: el artículo 1 de la primera hace suya expresamente la divisa revolucionaria, y el artículo 1 de la segunda configura a la República portuguesa como una *sociedad solidaria*. Por otra parte, la solidaridad se ha erigido en una "nueva fundamentación" (Pérez Luño) que ha venido a añadirse a la libertad y a la igualdad en el marco del Estado social y democrático de Derecho actual.

- El acercamiento a otros elementos introductorios se revelaba igualmente necesario. Así, había que detenerse en la evolución del Estado de Derecho para matizar la equiparación entre sus versiones occidentales y anglosajonas (de Otto, y García Pelayo), o la adecuación del Estado social al nuevo modelo de acumulación capitalista (de Cabo), así como para mesurar la concreción de la democracia como regla de la mayoría con respeto de la minoría en nuestro Estado constitucional actual (Aragón Reyes). Las matizaciones pueden sintetizarse como sigue:

- a) en relación al Estado de Derecho, ha habido una *tendencia a la convergencia de los modelos formales occidentales* (*l'Etat de droit* francés y el *Rechtsstaat* alemán) y *de los modelos sustanciales anglosajones* (el *rule of law* inglés y el *due process of law* americano), de manera que los primeros no han hecho caso omiso de los derechos de los ciudadanos y los segundos tampoco han obviado la introducción de determinadas garantías formales. La comprobación de esta tendencia ha presentado el interés adicional de facilitar la comprensión de la relevancia de las dos lenguas oficiales (y teniendo en cuenta que el lenguaje es

expresión de la cultura jurídica) del foro europeo por antonomasia (el Consejo de Europa), de modo que la jurisprudencia del *TEDH se ha mostrado partidaria de la efectividad de esa convergencia*, que es tanto como decantarse por la versión más favorable a los fines (los derechos y valores): ha sido el caso notorio de la opción jurisprudencial por la versión inglesa en detrimento de la francesa en sendas redacciones del artículo 14 CEDH (derecho de no discriminación y valor igualdad).

- b) Pese a que la teoría formal del Estado de Derecho se haya venido complementando con la sustancial, el adjetivo social precisa de un plus de sustancialidad, para que no sólo se haga efectivo el valor igualdad, sino que también se *materialice* la igualdad, operación que a su vez requiere *acciones positivas* por parte de los poderes públicos.

- c) Por último, para que el Estado sea también democrático debe propiciarse un *aggiornamento* consistente en la realización paralela de la *solidaridad* (Bidart Campos), junto a la libertad y a la igualdad.

- De lo que precede es fácilmente colegible que cada valor ha ido perfeccionando el conjunto de la fórmula estatal, de modo que el Estado social no ha desterrado los logros del Estado liberal (Sánchez Ferriz), como tampoco el Estado democrático ha vaciado de contenido los adjetivos liberal y social. Por ello, es interesante destacar que el esquema del Estado de Derecho en sus versiones formal, jerárquica y material (Chevallier) y el coincidente esquema del Estado de Derecho como sistema de normas, de órganos y de fines (de Carreras) nos han servido asimismo para estructurar el análisis del Estado social y del Estado democrático. Precisamente los fines (derechos y valores) nos han posibilitado la utilización de dichos esquemas de manera diacrónica, para apreciar la evolución del Estado como de Derecho, social y democrático y, en paralelo, la consecución del que hemos denominado *consenso europeo de Derecho, social y democrático*. Por añadidura, tales fines nos han permitido ampliar la perspectiva según la cual *el Estado de Derecho se ha mundializado, reconociéndose como una exigencia axiológica de orden internacional* (Chevallier), *lo que parece exigir inexorablemente la mundialización del Estado social y del Estado democrático*; esto es lo que se desprende una vez más del enfoque dogmático y de la perspectiva del Estado internacionalmente integrado.

- Una vez introducido el tema, procedía entrar a desentrañar el contenido de nuestra fórmula estatal a la luz de la normativa europea. Así, en una **Parte general (capítulos III a V)** se ha revelado útil descomponer la fórmula global del *consenso europeo*, a efectos analíticos y siguiendo idéntico proceder al utilizado por la doctrina al ocuparse de la

fórmula estatal. Así, hemos abordado dicho consenso, en términos genéricos, estudiando separadamente el espacio de Derecho, el espacio social y el espacio democrático, sobre la base de la normativa y la jurisprudencia del Consejo de Europa y de la Comunidad Europea y siguiendo el esquema indicado (sistema de normas, de órganos y de fines). Por otro lado, en una **Parte especial (capítulos VI a XI)**, debía perfilarse el contenido de ese mínimo común denominador estudiando las *manifestaciones subjetivas básicas* (el derecho a la libertad personal, el derecho a la igualdad, y el derecho a la calidad de vida y al medio ambiente) y las *exigencias mínimas* (el derecho a la información, el derecho a la asistencia social y el derecho de no ser expulsado) de los valores libertad, igualdad y solidaridad. En realidad, la descomposición analítica de la fórmula consensual europea no es una operación originariamente tomada de los autores que se han ocupado de la fórmula estatal española; antes bien se deriva del método cartesiano, al que hemos recurrido. Pues bien, el análisis llevado a cabo en dicha Parte especial permite afirmar que incluso el cumplimiento de esos aspectos básicos y mínimos se presenta dudoso en el ámbito interno. Especifiquemos esta conclusión.

- En efecto, con carácter general, parece que España se ha constituido en un auténtico Estado constitucional de Derecho, social y democrático. Sin embargo, cada adjetivo parece ser más débil en relación al precedente, lo que se acentúa si tenemos en cuenta que ejerce más influencia la *integración* en la Comunidad Europea que la *cooperación* en el seno del Consejo de Europa. Así, en la primera prevalece la Europa liberal sobre la Europa social, quedando en último lugar la Europa de solidaridad. También en el Consejo de Europa se muestra más efectivo el instrumento básico de derechos civiles (el CEDH) que el de derechos sociales (la CSE), y ambos más contundentes que el programático instrumento de solidaridad (la reciente Convención marco sobre las minorías). En ambos foros, la jurisprudencia ha jugado un papel esencial: en la Comunidad Europea, el TJCE ha desarrollado una labor *pretoriana* de primera magnitud en favor de los derechos fundamentales y de la reducción del déficit democrático; en el Consejo de Europa, la Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos, en defecto de una mayor efectividad de los instrumentos sociales y de solidaridad, han explotado las prolongaciones sociales (*caso Airey*, sobre justicia gratuita) y solidarias (*caso López Ostra*, sobre medio ambiente) del CEDH. A pesar de ello, y quedando claro por tanto que los dos foros europeos no son la panacea de la culminación de nuestra fórmula estatal, *debe seguir poniéndose en duda que las exigencias europeas se cumplan siempre en España*. En caso de interpretaciones contradictorias entre ambos foros, el mandato del artículo 10.2 obliga a estar a la *verdad europea* más cercana a los derechos fundamentales, que generalmente es la del Consejo de Europa.

- De acuerdo con las exigencias europeas, la consolidación del Estado español como Estado de Derecho (**capítulo III**) exige que las instituciones permitan incluso la crítica que pueda resultarles molesta (*caso Castells* del TEDH). La trascendencia de esta jurisprudencia es tanto más perceptible en el Consejo de Europa si tenemos en cuenta la reciente incorporación de los países del Este a este foro, lo que supone reforzar la proclamación en el texto del propio Estatuto del Consejo y del CEDH de la "prééminence du droit" o del "rule of law" como uno de los núcleos esenciales de la organización. Por tanto, esto constituye un baremo de legitimidad para el acceso al Consejo (en estos últimos casos) y para la permanencia y consolidación (en el caso de España y el resto de países occidentales). Es, en suma, el *pedestal sobre el que reposa el Derecho europeo de los derechos humanos* (Sudre).

- Por otra parte, un verdadero espacio de Derecho debe elevar a su punto más alto el principio de seguridad jurídica, para lo que se revela necesaria la *motivación*. El cumplimiento de este principio ha sido puesto en duda en relación a España, tanto por parte del Consejo de Europa como de la Comunidad Europea. En el primer caso, el TEDH ha declarado la necesidad de motivar las resoluciones judiciales (*caso Ruiz Torija*) y en el segundo el TJCE ha subrayado la exigencia de motivar la elaboración de legislación (*caso Diversinte SA e Iberlacta SA contra Administración principal de Aduanas de la Junquera*). En este último caso, además, se pone de manifiesto la relevancia de las Exposiciones de Motivos para la vigencia del Estado de Derecho. Por último, es obvio que sobre la exigencia de motivación descansa la aceptación y la adhesión, no sólo por los poderes públicos sino también por los ciudadanos, al *consenso europeo de Derecho*.

- En el perfeccionamiento del Estado social (**capítulo IV**), la(s) cláusula(s) de progreso de nuestro sistema constitucional, así como las normas que permiten la recepción de la normativa y de la interpretación europeas en materia de derechos humanos, deberían dar entrada a los avances acometidos en el espacio social europeo a fin de superar los desfases existentes aún en nuestro país en el campo social. Desde el marco del Consejo de Europa, la jurisprudencia de control de la CSE ha puesto el acento en la adopción de medidas o acciones sociales positivas en estos ámbitos prioritarios: no discriminación en el empleo; consulta paritaria de los trabajadores en la empresa; protección de los trabajadores migrantes y sus familias; seguridad e higiene en el trabajo (en este caso, el Comité de expertos de la CSE ha indicado que se trata de un derecho fundamental que deriva de la integridad física de la persona, vía de tutela que habría de tomarse en consideración en España); y trabajo infantil (el citado órgano ha llamado la atención a España por la diferencia que se producía entre la edad mínima para trabajar y la edad obligatoria de escolaridad). La adaptación a estas exigencias facilitarían que el tratado europeo de derechos sociales por excelencia deje de ser considerado el

hermano pobre del CEDH y se aprovechen sus enormes potencialidades. En este sentido, la circunstancia de que la CSE no disponga de un mecanismo de control jurisdiccional en nada perjudica la naturaleza vinculante de sus prescripciones.

-En especial, nos parece paradigmático el artículo 12 CSE, que establece un mínimo europeo en materia de seguridad social y un paralelo mandato de progreso para ir superándolo. Estos niveles mínimos son de dudosa aplicación en España, por no hablar del efecto mimético que puede tener en nuestro país la reciente crisis social en el país vecino (Francia). Nos parece ejemplar el caso de la seguridad social por la siguiente razón: si establecemos un paralelismo con la *seguridad jurídica* en el sentido estudiado, como exigencia esencial del Estado de Derecho (motivación), igual carácter esencial reviste para el Estado social la *seguridad social* como sustrato mínimo. El Comité de expertos, por añadidura, ha insistido en el respeto de esos mínimos aun en época de crisis exigiendo a los Estados un esfuerzo continuo, de forma que por ejemplo el paro no conlleve la disminución del salario (efecto negativo para el trabajador), sino la reducción del tiempo de trabajo diario y semanal (mejora para el trabajador).

- Desde el ámbito comunitario y la jurisprudencia del TJCE se exige la igualación de salarios y de beneficios de la seguridad social entre hombres y mujeres (*caso Richardson*); la igualdad en el acceso al empleo como principio fundamental del que no deben claudicar las autoridades públicas (*caso Kalanke*), aunque las exigencias del mercado posibiliten el cumplimiento de tal tarea por agencias privadas de colocación laboral; o el mantenimiento de derechos de los trabajadores en casos de transmisiones de empresas. En cualquier caso, resulta curioso cómo las instituciones comunitarias (no sólo el TJCE, sino también el Consejo y la Comisión) han extraído consecuencias de gran alcance del principio de igualdad de sexo en materia de salario (artículo 119 del Tratado de Roma) y de la vía extensiva suministrada por los artículos *multifuncionales* de dicho tratado (artículos 100 y 235). Dicha vía ha sido operada por la jurisprudencia pretoriana de los órganos tutelares del CEDH. Esta extensión en ambos casos no significa sino hacer efectiva la cláusula de progreso, que en este sentido (positivo) sí habría de tener un efecto mimético en España por mandato expreso del artículo 10.2 CE. En suma, por la vía de este mandato se proporciona otro argumento a tenor del cual se confirma que los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I CE) no son normas programáticas: ya no sólo el principio de indivisibilidad de los derechos (campo teórico), sino la asunción de la realización de los derechos sociales como objetivo de democracia social en el Consejo de Europa y como exigencia de la política de cohesión económica y social de la Europa Comunitaria (terreno práctico), obligan a España a aplicar este *Derecho social europeo de los derechos humanos o Derecho europeo de derechos sociales*.

- Las obligaciones emanadas del Consejo de Europa requieren que la democracia española (**capítulo V**) se base no sólo en el gobierno de la mayoría, sino asimismo en el respeto de la minoría; la introducción del criterio de los derechos humanos hará ceder en ocasiones la regla de la mayoría. La realización del Estado democrático español tendría que tener en cuenta la idea de la democracia, entendida a escala internacional, como "un Estado, un voto", de manera que la solidaridad y cooperación españolas con el resto de pueblos de la Tierra se hiciera desde esta consideración y desde la aplicación justa y coherente del principio de condicionalidad política (respeto de la democracia y de los derechos humanos). Mucho nos tememos que España, y casi todos los países europeos (especialmente los occidentales), no se ajustan siempre a estas exigencias (que sí intenta respetar la Unión Europea como tal) cuando venden armamento a esos países a los que condicionan políticamente las ayudas, pues ello provoca el efecto paradójico de exigir la democracia ofreciendo medios para destruirla. Por otra parte, y más en concreto, debería tenerse en cuenta la cesión de la regla de la mayoría en casos de derechos realmente universales, como el derecho a la vida (*caso Soering* del TEDH) o el derecho a la integridad física y moral (*caso Tyrer* del TEDH). En otro orden de cosas, las ingerencias en libertad de expresión deben producirse con respeto de los valores de una sociedad democrática, la cual se caracteriza por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto (*caso Handyside* del TEDH). En España estas coordenadas se han respetado frente a ataques de particulares (*caso Violeta Friedman* del TC), pero no frente a atentados contra la autoridad pública (*caso Castells* del TEDH).

- A la vista del Derecho europeo del Consejo de Europa, cabe poner en duda el respeto de las garantías mínimas en materia de libertad personal (**capítulo VI**) en los siguientes campos: en la modalidad de privación de libertad a efectos de identificación; en la prisión provisional, en la que sólo parece tenerse en cuenta la calificación del delito, y no otras circunstancias más acordes con el principio *favor libertatis* exigidas por la jurisprudencia europea; otro tanto ocurre con las medidas de internamiento de menores, en las que se hace caso omiso de la normativa europea, aprobándose que se acate la normativa universal como acto de *mera voluntad*, y no como auténtica imposición del ordenamiento jurídico (artículos 10.2 y 96.1 CE). Esta situación, por lo demás, no parece hallar mejores expectativas en la normativa de la Unión Europea, más preocupada por el *déficit de seguridad*, y concibiendo casi inconciliable el binomio libertad-seguridad. Los razonables dictados de la seguridad (centrados básicamente en la lucha contra la inmigración ilegal, contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y contra el comercio ilícito de armas de fuego y municiones) deben conjugarse con las garantías de la libertad en la puesta en funcionamiento de la cooperación europea en estos *asuntos de interior*.

- El valor igualdad que imbuye el consenso social europeo (**capítulo VII**) ha sido tal vez el que mayor recepción ha conocido en el ámbito interno (en especial, en el campo de la no discriminación sexual en el empleo -*caso HUNOSA, STC 229/1992*-), como lo confirman las numerosas sentencias del TC en las que expresamente se recoge la interpretación llevada a cabo por el TEDH (con carácter general) y el TJCE (en concreto, sobre nocturnidad -*asunto Stoeckel*- o peligrosidad -*asunto Marguerite Johnston*-). Sin embargo, una lectura pesimista de esta circunstancia podría conducir a pensar que el gran número de sentencias constitucionales significa también que, para el caso de otorgamiento del amparo, se corresponden con otras tantas violaciones en la materia. Es difícil resistir a tal crítica. Ahora bien, debe insistirse en ese realce del valor igualdad como base europea (recientemente confirmado por la eliminación de la discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito deportivo, en relación a los extranjeros comunitarios -*asunto Bosman*- y, además, intentar hacer llegar ese consenso a todos los poderes públicos y los ciudadanos, a través de medidas adecuadas de información.

Pese a lo anterior, el TJCE no ha ofrecido soluciones finales europeas en algunos ámbitos de discriminación positiva de la mujer, lo cual es criticable (por ejemplo, en la maternidad -*asunto Ulrich Hoffmann*-, o la reducción de la pensión de jubilación por el no cómputo del período dedicado a la educación de un hijo -*asunto Rita Grau-Hupka*-). En cambio, sí ha adoptado una posición en relación a otras discriminaciones positivas, como el sistema de cuotas (*asunto Kalanke*), o los beneficios en favor de las mujeres en cuanto a asistencia médico-sanitaria por razón de edad (*asunto Richardson*) o pensión de viudedad (*asunto Razzouk y Beydoun*). Por su parte, el TEDH tampoco ha ofrecido criterios definitivos respecto a determinados motivos por los que no cabe discriminación (por ejemplo, la lengua).

- Tampoco resiste a la crítica la protección del derecho a un medio ambiente sano (**capítulo VIII**) en el ámbito interno según la normativa europea. La justicia española (incluido la propia jurisdicción constitucional) se ha decantado por un análisis orgánico, más que dogmático, cuando incluso la conjunción analítica de estas dos vertientes ha sido reconocida compatible por el propio TC. En este sentido, si nos fijamos en su último pronunciamiento importante sobre la materia, la *STC 102/1995*, nos apercibiremos de que pone más énfasis en la política medioambiental y en la influencia de la política comunitaria europea: ello es criticable, toda vez que la única vía de integración de normativa europea en España no es el artículo 93 CE (precepto utilizado para nuestra adhesión a la Comunidad Europea), sino sobre todo, por lo que respecta a la normativa europea sobre derechos humanos, los artículos 96.1 y 10.2 CE. España debe adaptarse, por tanto, a los compromisos medioambientales del Consejo de Europa (especialmente a partir de la

sentencia López Ostra del TEDH). Las cuestiones del medio ambiente no constituyen únicamente elementos de política legislativa, por lo que no sólo podrá defenderse la conservación del medio ambiente a través de recursos relativos a la legalidad ordinaria. En efecto, el medio ambiente sano también se configura como un derecho subjetivo defendible a través de un recurso para la protección de los derechos fundamentales y, por vía de extensión, debería serlo a través del recurso de amparo. De ello se deduce, y así lo reconoce el TEDH, que ambos tipos de recursos no se solapan, no son incompatibles. En nuestro caso, los procedimientos ordinarios en materia contencioso-administrativa (para contestar la ausencia de licencia municipal) o penal (para resolver un posible delito ecológico), no empecen al planteamiento de un recurso basado en la ley 62/28, de protección de los derechos fundamentales de la persona. Si consideramos de forma integral la fórmula española, hemos de concluir que el Estado español, si quiere cumplir con las condiciones para ser realmente de Derecho, social y democrático, ha de amoldarse a las exigencias mínimas europeas, y así proteger el derecho a un medio ambiente sano como derecho subjetivo (como mínimo, por la vía del derecho a la vida privada y familiar, sin descartar otros cauces como el derecho a la integridad física), que propicie una verdadera protección del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (Comité de expertos CSE), y que defienda un equilibrio ecológico (TJCE) que mueva a los ciudadanos a tener actitudes solidarias y, en su caso, ejercer acciones populares de denuncias de delitos ecológicos. La realidad española actual (casos que llegan al TEDH, lamentables accidentes laborales que no son producto de una situación aislada de deficiencias salubres e higiénicas, y retraso en las tendencias ecológicas europeas, respectivamente) ofrece serias dudas sobre el cumplimiento del consenso solidario europeo.

- Si nos atenemos a la normativa y jurisprudencia del Consejo de Europa y de la Comunidad Europea sobre medios de información (capítulo IX), nos daremos cuenta de que en ambos casos se persigue la consecución del pluralismo social: en el primero frente a los monopolios públicos (*sentencia Informationsverein Lentia* del TEDH), y en el segundo frente a los privados (*sentencia Veronica* del TJCE). Sin duda, esta materia es la más significativa en cuanto al progreso en el consenso europeo como marco común mínimo de libertad y en la que, por el contrario, la normativa y la jurisprudencia españolas (incluida, y de forma significativa la del TC) han desvirtuado totalmente tal consenso. La concesión de los primeros amparos por parte del TC en materia de creación de medios de comunicación (televisión por cable y videos comunitarios) han supuesto un cambio más aparente que real en la jurisprudencia constitucional. En el caso de la televisión privada, la actitud del máximo intérprete de la CE ha sido igualmente censurable.

- La catalogación de nuestro país como uno de los más retrasados en materia de asistencia social (capítulo X) en la órbita occidental no ha

venido mejorada por la deseable adaptación a las obligaciones europeas en la materia, lo que configura un dudoso respeto en nuestro país del marco común mínimo de igualdad. La cuestión no radica sólo en la restricción nacional respecto al campo de protección (hijos a cargo, jubilación y minusválidos) y las exiguas cuantías, frente al amplio reconocimiento como derecho subjetivo del derecho a la asistencia social en la CSE. Es más, supuesto el reconocimiento del derecho a la asistencia social en determinados campos, la jurisprudencia constitucional española no ha extraído la virtualidad aportada por mecanismos como la tutela judicial efectiva, en contradicción con la jurisprudencia europea (*caso Salesi* del TEDH). El defecto de tutela se ve acentuado si se repara en el paralelo desconocimiento de los cauces para hacer valer el derecho a recursos mínimos garantizados, por lo que se ha hablado del *pobre alcance de los derechos de los pobres* (Imbert). En la Comunidad Europea, por otra parte, el debate es más bien teórico y la jurisprudencia del TJCE parece haberse plegado a los dictados de la economía de mercado frente a la exigencia de un nivel de vida decente en el campo agrícola, por ejemplo (*caso KYDEP*). Por ello, no es infundada la crítica según la cual, en el sistema neocapitalista (imperante en la Unión europea) se corre *el riesgo de propiciar que la economía vaya bien, pese a que la gente vaya mal*. Incluso en este caso, el eventual aprovechamiento de la experiencia comparada es más desalentador en nuestros días, especialmente si nos fijamos en el país que se jacta de poseer el mejor sistema mundial de seguridad social (Francia y la conflictividad creada por el denominado *Plan Juppé*).

- Si en el caso anterior, la diferente acción normativa y jurisprudencial del Consejo de Europa y de la Comunidad Europea revestían orientaciones distintas pero encaminadas al mismo fin, en el supuesto de las cuestiones de inmigración y de asilo (**capítulo XI**), ambos foros ofrecen *verdades europeas* contradictorias, dirigidas a fines distintos: en efecto, la política restrictiva de la Unión en materia migratoria (especialmente en el marco de los espacios Schengen y Dublín) chocan frontalmente con la benévola jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal europeos de derechos humanos sobre no expulsión de extranjeros (sobre la base de los artículos 3 y 8 CEDH, especialmente), especialmente en lo que afecta al principio de *non-refoulement* y al respeto de la vida familiar. En el ámbito interno, la opción por la política restrictiva, acorde con la cooperación intergubernamental en el marco de la Unión, ha venido explícitamente confirmada en fechas recientes por la nueva Ley de asilo, que no ofrece grandes expectativas de mejora en relación al ya de por sí restrictivo régimen de extranjería. Por tanto, en este caso, y trasladando al marco mínimo de tolerancia el anterior símil sobre el marco mínimo de igualdad, ha de procurarse no forjar una idea según la cual *la política de inmigración y asilo funcionaría bien, pese a que los inmigrantes y los asilados lo pasaran mal*. Mientras esto último ocurra, no

conformándose a la jurisprudencia del CEDH, es preciso poner en duda que se cumpla en España esta exigencia mínima de tolerancia.

- Las dudas expuestas no pretenden ser llevadas al extremo de hablar de España como *Estado anticonstitucional* (Riudavets) o, *antieuropeo* (si tenemos en cuenta la búsqueda de ese paralelismo entre el sustrato constitucional ínsito en nuestra fórmula estatal y el consenso mínimo europeo propuesto). No obstante, sí conviene dejar planteadas estas dudas para trabajar a partir de ellas y seguir forjando la actualización de la cláusula de progreso española del artículo 9.2 en relación con el artículo 1.1 CE. A esto invita el dinamismo de nuestra formulación estatal. En este sentido, las dudas expresadas intentan constituir una crítica constructiva, en la medida en que la justificación de dichas dudas a la luz de la normativa europea pretenden ser otros tantos *criterios europeos* para ir despejándolas. En estas condiciones, hemos perseguido en cierta forma describir unas bases de construcción europea, de manera que la *casa común* (en expresión de Mitterrand) se edifique desde el suelo, y no por el tejado. En otras palabras, se trataba de partir (clarificándolo) de lo ya conseguido (del consenso), en lugar de partir de proyectos (quizá demasiado ambiciosos y, por ello, irrealizables a corto y medio plazo) de Constitución europea. Por ello, trabajando sobre esos mínimos es posible hablar de la internacionalización del sustrato comprendido en la fórmula del Estado social y democrático de Derecho (Mortati), así como de un paralelo consenso europeo social y democrático de Derecho. En coherencia con esto, y atendiendo a los criterios europeos extraídos a lo largo del trabajo, los cimientos de la *casa estatal y europea* podrían formularse del siguiente modo:

"España (Europa) se constituye en un Estado (se basa en un consenso) social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y la solidaridad. Para la respectiva realización de tales valores se reconocen y protegen como básicos los derechos a la libertad, a la igualdad y a la calidad de vida/medio ambiente, que deberán verse completados por unas exigencias mínimas para la dignidad humana y tuteladas mediante los derechos a la información, a la asistencia social y a la no expulsión de extranjeros. No podrá desconocerse el acervo constituido por el Derecho europeo de los derechos humanos, que en todo caso será un mínimo susceptible de verse complementado y mejorado por la normativa nacional e internacional en la materia".

- Las anteriores conclusiones en torno a la fórmula estatal española podrían ser aprehendidas en el contexto social actual si tenemos en cuenta, como ha apuntado el profesor Lucas Verdú, su claro "valor didáctico". En efecto, "el artículo 1º es *fácilmente retenible*. Ha reunido en sus tres apartados, como vimos, muchos contenidos (normativos, institucionales, valorativos e ideológicos) con la mayor economía de palabras posible. Se puede memorizar sin excesivo esfuerzo. De ahí deriva su alcance didáctico, capaz de servir para la formación política del

ciudadano. (...) La triple calificación: solemne, estética y de fácil retención, es eficaz para suscitar y fomentar el sentimiento constitucional: la adhesión sentida, pero racional, en la medida en que la naturaleza humana es racionalidad sintiente -y a mayor abundamiento ha de serlo el ciudadano- al espíritu y finalidad de nuestra Constitución"¹. A la vista de esta cita, no es quizá, a estas alturas, el momento de producir un *excursus* en nuestro trabajo, y menos aún un salto en el vacío. Al contrario, queremos concluir, al hilo de nuestro discurso y colmando la fórmula constitucional. Esta fórmula, fácilmente asimilable y forjadora de un sentimiento constitucional, hemos pretendido dotarla de sentido a través de unos mínimos -unos valores y unos derechos fundamentales que constituyen exigencias básicas de las personas- para el respeto de la dignidad. ¡Ojalá esos mínimos puedan ser aprehendidos gracias a ese contenido didáctico! ¡Que este trabajo se inscriba en la búsqueda de un verdadero sentimiento constitucional pero, sobre todo, que impregnado por el consenso europeo social y democrático de Derecho, permita no sólo sentirse español, sino también europeo y, ante todo, persona libre, igual y solidaria! Ya destacamos también que la CSE era poco conocida y que hacía falta insistir en su difusión. Aplíquense las anteriores reflexiones y las que siguen a la normativa europea de referencia.

- El problema evocado no es nuevo, pero sigue teniendo vigencia. En efecto, ya en el debate del que surgió la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, Mirabeau observó que tal documento debía ser "más bien la lengua que tendría el pueblo si tuviese el hábito de expresar sus ideas, más que una ciencia que se proponga enseñarle"². Ojalá el pueblo, guiado por el sentido común que todo ciudadano tiene del bien y del mal, conozca y respete espontáneamente los derechos y los deberes; pero mucho nos tememos que el propósito pedagógico en materia de derechos y de democracia no es posible abandonarlo.

- En estrecha conexión con esto último, en no pocas ocasiones se ha aludido a la inconsistencia e impertinencia de hablar sobre derechos humanos sin defenderlos. Por nuestra parte, al elegir los derechos humanos como elemento estructural del trabajo, pretendemos romper una lanza en favor de aquellos que efectivamente luchan por los derechos humanos; pero esa lucha en cierta forma se eleva al cuadrado si recordamos que desentrañar el contenido de la fórmula estatal supone involucrarse en la mencionada *lucha por el Estado social y democrático de Derecho*, con lo cual también queremos con este trabajo realzar el compromiso de los que hacen, en la línea sugerida, *literatura de combate*

¹ P. Lucas Verdú, "Artículo 1º", en *Comentarios a las leyes políticas...*, cit., págs. 103-104.

² Citado por E. García de Enterría, *La lengua de los derechos...*, op. cit., pág. 31.

(Lucas Verdú y Cascajo Castro). Así, Lucas Verdú ha destacado la imbricación entre el artículo 1.1 CE y el 9.2 CE, al manifestar que la sociedad democrática avanzada traducida normativamente en el primero *es una meta lejana que exige una lucha continua*, porque tienen que removerse los obstáculos a que alude el segundo. Porque, "a fin de cuentas -como dice el profesor Garrorena en su brillante monografía sobre la fórmula estatal española, refiriéndose a la potencialidad de la cláusula de progreso del artículo 9.2 CE-, de lo que se trata no es disputar sobre palabras sino de ser eficaces en la incesante, aunque responsable, tarea de transformación de la sociedad"³.

- En síntesis, y para terminar, podríamos decir que el Estado social y democrático de Derecho, a la luz del Derecho europeo de los derechos humanos, debe venir caracterizado (como ciudad-Estado ideal contemporáneo) por una concepción del desarrollo de la personalidad entendida como participación en valores (libertad, igualdad y solidaridad) y en los derechos que de ellos se derivan (de un lado, a la libertad personal, a la igualdad, y a la calidad de vida, y, de otro lado, a la información, a la asistencia social, y a la no expulsión de extranjeros) en el sentido estudiado. La simple condición de persona acarrea esta trascendental consecuencia

³ A. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pág. 63.

BIBLIOGRAFIA (por capítulos)

CAPITULO I

AA. VV., *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, tomo 105, mayo-junio 1989, en conmemoración del bicentenario de la Declaración.

AA.VV., "Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?", Rapport présenté par la délégation française à la IXe conférence des Cours constitutionnelles européennes (Paris, 10-13 mai 1993), *Revue française de Droit administratif*, 9 (5), septiembre-octubre 1993.

J. L. Abellán, *Ideas para el siglo XXI*, Madrid, Libertarias/Prodhufi, S.A., 1994.

W. Abendroth, E. Forsthoff, y K. Doehring, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

J. A. Alonso de Antonio, *El Estado autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2 vols. 1986.

E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

R. Alonso García, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid, Universidad Complutense-Civitas, 1989.

M. Aragón Reyes, "La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, septiembre-diciembre 1994.

- "Los problemas del Estado social", *Sistema*, núms. 118-119, marzo 1994.

R. Arnold, *La unificación alemana. Estudios sobre derecho alemán y europeo*, Madrid, Civitas, 1993.

M. Artola, *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

F. J. Astudillo Polo, "El Estado del bienestar: notas sobre su crisis", *Estado & Direito-Revista semestral luso-espanhola de Direito público*, núm. 11, 1º semestre 1993.

J. Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981 (traducción del famoso ensayo de Austin *On the Uses of the Study of Jurisprudence* y estudio preliminar por F. González Vicen).

F. Ayala, presentación del libro de K. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, 1a reimpr.

R. Badinter, "L'Europe du droit", *European Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 1993.

A. Baldassarre, "Constitución y teoría constitucional de los valores", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, 1994.

S. Basile, "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en *La Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 2a ed., 1981.

R. Bergalli, "Protagonismo judicial y cultura de los jueces", *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993.

G. J. Bidart Campos, "La interpretación del sistema de derechos humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 19, enero-junio 1994.

Th. Buergenthal, *International human rights*, St. Paul-Minnesota, West Publishing Co., 1988, reimpr. 1990 (este libro cuenta con una versión francesa preparada por Th. Buergenthal y A. Kiss, *La protection internationale des droits de l'homme*, Kehl-Strasbourg-Arlington, Éditions N.P. Engel, 1991).

A. A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos", *Colección "Cuadernos de derechos humanos" de Guatemala*, 1995.

J. Carter, "The Rule of Law and the State of Human Rights", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 4, 1991.

J. L. Cascajo Castro, "La voz 'Estado social y democrático de Derecho': materiales para un léxico constitucional español", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, mayo-agosto 1992.

A. Colomer Viadel, *El retorno de Ulises a la comunidad de los libres*, Bilbao-Madrid, Ediciones Madre Tierra-INAUCO, 1993.

V. Constantinesco, "¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?", Universitat de València, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, 1994.

J. R. Cossio Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

R. Cotarelo, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 2a ed.

P. Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.

C. De Cabo Martín, "Democracia y Derecho en la crisis del Estado social", ambos en *Sistema*, núms. 118-119, marzo 1994.

J. De Esteban, "La Constitución en el mundo actual", en su obra recopilatoria *Constituciones españolas y extranjeras*, Madrid, Taurus, 1979, vol. I.

R. Descartes, *Discurso del método*, traducción de A. Rodríguez Huéscar, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983.

L. M. Díez-Picazo, "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea", *Revista de Instituciones Europeas*, 1993.

G. Fernández de la Mora y Mon, *Del Estado ideal al Estado de razón*, discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el día 29 de febrero de 1972, Madrid, 1972.

F., Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

T. Freixes Sanjuán, y J. C. Remotti Carbonell, "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992.

-*El derecho a la libertad personal*, Barcelona, PPU, 1993.

T. Freixes Sanjuán, "Una aproximación al método de interpretación constitucional", Universitat de València, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 4, 1993.

E. García de Enterría, "Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol", *Protecting Human Rights: The European Dimension/ Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Studies in honour of/Mélanges en honneur de Gérard J. Wiarda, Estrasburgo, Carl Heymanns Verlag KG, 1988.

-*La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994.

M. García Pelayo, "El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española", *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, en sus *Obras Completas*, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

A. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos-"Temas clave de la Constitución española", 1984, 3a reimpresión de 1990.

-"La sentencia constitucional", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 11, 1981.

F. González Navarro, *El Estado social y democrático de Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992.

P. Häberle, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia* (A. López Pina, ed.), Madrid, Civitas-Universidad Complutense, 1991.

- "Derecho constitucional común europeo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, enero-marzo 1993.

H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal* Barcelona, PPU-"Estado y Derecho"-, 1991.

A. Hoyos, *La interpretación constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1993.

F. Lanchester, "El método en el Derecho constitucional comparado. Luigi Rossi y sus sucesores", Universitat de València, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 4, 1993.

K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 4a reimpr., 1986, trad. de A. Gallego Anabitarte.

A. López Pina (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-Universidad Complutense, 1991.

P. Lucas Verdú, "Artículo 1º", en *Comentarios a las leyes políticas* (dir. por O. Alzaga Villaamil), Madrid, EDERSA, 1983, Tomo I.

L. Martín-Retortillo Baquer, "Derechos y libertades fundamentales: estándar europeo, estándar nacional y competencias de las Comunidades Autónomas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7, 1983.

M. Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

C. Mortati, "Articolo 1º", en *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna/Roma, 1975.

E. Olivas, y otros, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.

L. Parejo Alfonso, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983.

G. Peces-Barba Martínez, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos-Temas Clave de la Constitución, 1986 (1a reimpr.).

- *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1984, 2ª ed.

- *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

- *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Mezquita, 1982.

A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984 (capítulo 5: "Estado social y democrático de Derecho y derechos fundamentales").

- "La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales", en E. Olivas y otros, *Problemas de legitimación en el Estado social*, cit.

- "La interpretación de la Constitución", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, 1984.

- "Las generaciones de derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991.

J. Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

R. Plender, y J. Pérez Santos, *Introducción al Derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, 1984, en especial el capítulo IX: "Aplicación judicial del Derecho comunitario europeo".

A. J. Porras Nadales, "Derechos e intereses. Problemas de tercera generación", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991.

L. Prieto Sanchís, "Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, núm. 11, junio 1984.

J. Roldán Barbero, "Democracia y Derecho europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 1, enero abril 1993.

F. Rubio Llorente, "Sobre la conveniencia de terminar la Constitución antes de acometer su reforma", *La forma del poder*, cit.

- "La Constitución como fuente del Derecho", *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- "La interpretación de la Constitución", y "Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", ambos en su obra *La forma del poder*, cit.

- "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-abril 1988.

D. Ruiz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad Empresa, 1993.

G. H. Sabine, *Historia de la teoría política*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1990, pág. 46.

R. Sánchez Ferriz, *Introducción al Estado Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1993.

- "Reflexión sobre las generaciones de derechos y la evolución del Estado", en *Libro-homenaje al profesor Ruiz Rico* (en prensa).

J. R. Serrano-Piedecabras, *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, PPU, Barcelona, 1988.

J. J. Solozábal Echevarría, "Una nota sobre el concepto de política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 42, noviembre-diciembre 1984.

F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, París, PUF-Collection "Que sais-je?", núm. 2513, 1992, 2a ed.

A. Torres del Moral, *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, especialmente el capítulo 5 ("El Estado internacionalmente integrado", págs. 113-130).

- *Principios de Derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense, vol. I, 3a ed., 1992.

J. Vilas Nogueira, "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, septiembre-diciembre 1984.

I. Von Münch, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo-agosto 1982.

J. Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985.

CAPITULO II

W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring, *El Estado social*, *op. cit.*

N. Alcalá Zamora, *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

E. Alvarez Conde, "Algunos aspectos del régimen jurídico de la prensa", *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991.

M. Aragón Reyes, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, mayo-agosto 1986.

A. Bar Cendón, *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Diputación, 1985.

A. Bleckmann, "L'État de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne", *Pouvoirs* (monográfico sobre "La République fédérale d'Allemagne"), núm. 22, 1982.

J. L. Cascajo Castro, "Acerca de los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español", *Debate abierto*, núm. 2, primavera/verano 1990.

- "La voz 'Estado social y democrático de Derecho': materiales..., cit.

D. Caute, *Las izquierdas europeas desde 1789*, Madrid, 1965.

- J. R. Cossio Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, *op. cit.*
- J. Chevallier, *L'État de droit*, París, Montcrestien-Clefs/Politique, 1994, 2a ed.
- E. Decaux, "La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants", *Annuaire Français de Droits International*, XXXIV, 1988.
- J. M. Desantes Guanter, *La información como derecho*, Madrid, 1974.
- C. de Cabo Martín, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986.
- B. de Castro Cid, "Derechos humanos y Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 18, noviembre-diciembre, 1980.
- F. de los Ríos, "El sentimiento del humanismo en la evolución social", recogido en sus *Escritos sobre democracia y socialismo*, edición de V. Zapatero, Madrid, 1975.
- F. de Meer, *La Constitución de la Segunda República (Autonomías, Propiedad, Iglesia, Enseñanza)*, Pamplona, EUNSA, 1978.
- I. de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1a reimpresión, 1989.
- D. J. den Uyl, "The Right to Welfare and the Virtue of Charity", *Social Philosophy & Policy*, vol. 10, núm. 10, 199.
- E. Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1975.
- M. R. Donnarumma, "Una tematica sempre attuale: lo Stato di Diritto", *Diritto e Società*, Cedam Padova, núm. 1, 1994.
- L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I.
- J. Ferrando Badía, *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos*, Madrid, Tecnos, 1989, 2a ed.
- J. Ch., Freiherr von Aretin, *Staatsrecht der Konstitutionellenmonarchie* (1824).
- T. Freixes Sanjuán, *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.
- D. García Belaunde, "Los derechos humanos como ideología", Lima-Perú, *Revista Derecho*, núm. 36, diciembre de 1982.
- E. García de Enterría, "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984.

M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, "El Derecho Constitucional del Reino Unido" (Capítulo 8), en sus *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, vol. I.

- "El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española", *Las transformaciones...*, cit.

F. Garrido Falla, "Artículo 1º", en *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. Garrido Falla), Madrid, Civitas, 1985.

A. Garrorena Morales, *El Estado español...*, op. cit.

- *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

J. J. Gomes Canotilho, y V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1993, 3ª edição revista.

J. A. González Casanova, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Barcelona, Vicens-Vives, 1991, 4ª reimpr.

L. Henkin, "Les droits économiques dans la Constitution américaine", *RIDC*, núm. 2, 1993.

L. Jiménez de Asúa, *Proceso histórico de la Constitución de la República Española*, Madrid, Reus, 1932.

H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, F. Deuticke, 1960 (citado por M.R. Donnarumma, "Una tematica...", cit.).

Macdonald y otros (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* Kluwer Academic Publishers, 1993.

M. Martínez Sospedra, "Posición preferente y sistema de derechos fundamentales", *Revista General de Derecho*, núms. 574-575, 1992.

J. Oliver Araujo, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Palma, Universitat de les Illes Balears, 1991.

V. E. Orlando, "Introduzione al diritto amministrativo: i presupposti, il sistema, le fonti", in V.E. Orlando -a cura di-: *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I.

G. Peces-Barba Martínez, *La elaboración...*, op. cit.

J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994, capítulo 2: "El Estado".

- "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984.

N. Pérez Serrano, *La Constitución española*, Madrid, Revista Derecho Privado, 1932.

E. Ponteil, *La revolución de 1848*, 1966.

A. J. Porras Nadales, "La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado postsocial", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, abril-junio 1987.

F. Riudavets: "Crítica del Estado de Derecho", *Hespérides-Revista de estudios del proyecto cultural Aurora*, Vol. I, núm. 4/5, primavera/verano 1994.

D. Rubinstein, "Capitalism, Social Mobility and Distributive Justice", *Social Theory and Practice*, vol. 19, núm. 2, 1993.

F. Rubio Llorente, "La Constitución como Fuente del Derecho", en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1974.

R. Sánchez Ferriz, "Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos y las libertades", *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.

- "Aproximación a los criterios jurisprudenciales más relevantes en materia de derechos sociales y su desarrollo en el ámbito autonómico", *Revista General de Derecho*, núm. 582, marzo 1993.

- *Introducción al Estado...*, *op. cit.*

- "El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *El derecho a la información*, núm. 1, Zaragoza, Cuadernos Lucas Mallada, 1995.

- *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2a ed., 1995.

D. Sevilla Andrés, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, Editora Nacional, Tomo II, 1969.

Th. A. Spragens, "The antinomies of Social Justice", *The Review of Politics*, vol. 55, núm. 2, D

F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts* (1832).

F. Sudre, *La Convention européenne...*, *op. cit.*

R. S. Summers, "A Formal Theory of the Rule of Law", *Ratio Juris*, Vol. 6, No. 2, July 1993.

D. Tietjens Meyers, "Social Exclusion, Moral Reflection, and Rights", *Law and Philosophy*, vol. 12, núm. 2, 1993.

J. Tomás Villarroya, *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, 6a ed.

A. Torres del Moral, y Y. Gómez Sánchez, "Principio de igualdad y pensiones de viudedad", *Revista de Derecho Político*, núm. 35, 1992.

A. Torres del Moral, *Constitucionalismo histórico español*, Madrid, ATOMO, 1986.

-Estado de derecho y democracia de partidos, *op. cit.*

J. M. Verdier, "Protection et justiciabilité des droits sociaux", *Affari sociali internazionali*, núm. 1, 1992.

T. Vives Antón, "La libertad de expresión e información: límites penales", *El derecho a la información*, núm. 1, Zaragoza, Cuadernos Lucas Mallada, 1995.

R. von Mohl, *Staatsrecht des Königsreichs Württemberg* (1829).

-*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832-1833).

K. Th. Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (1813).

CAPITULO III

V. Abellán Honrubia, y B. Vilá Costa, *Lecciones de Derecho Comunitario*, Barcelona, Ariel, 2a ed., 1994.

L. Aguiar de Luque, "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993.

M. A. Alegre Martínez, "La primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales", *Revista de Derecho Político*, núm. 38, 1993.

E. Alvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I: "El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades", Madrid, Tecnos, 1992.

R. Arnold, "Reflexiones sobre una futura Constitución europea", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, verano 1994.

F. Attina, *Introducción al sistema político de la Comunidad Europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (traducción de A. Elvira), 1992.

P. Boeles, "Schengen and the rule of law", en el colectivo *Schengen. Internationalisation of central chapters of the law on aliens, refugees, privacy, security and the police*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1991.

J. Bonet i Pérez, "El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1993.

A. Bzdera, "L'enjeu politique de la réforme institutionnelle de la Cour de Justice de la Communauté Européenne", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 356, marzo 1992.

J. Y. Carlier, comentario al "affaire Beldjoudi contre France" del TEDH, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 15, 1 julio 1993.

J. A. Carrillo Salcedo, "Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 2, 1991.

N. Catalano, y R. Scarpa, *Principios de Derecho Comunitario*, Madrid, Tecnos, 1988 (la versión italiana, de 1984, está editada por Giuffrè).

G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989.

Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, Dictamen sobre "Reform of the control system of the European Convention on Human Rights. The possibility of merging the European Commission and European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 14, núm. 1-2, 1993.

V. Constantinesco, "La structure du Traité instituant l'Union Européenne", *Cahiers de Droit Européen*, núm. 3-4, agosto, 1993.

J. J. Cremona, "The Interpretation of the word *Law* in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 3, enero-junio 1986

P. Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", cit.

F. de Carreras Serra, "La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15 (monográfico sobre el tema "Diez años de desarrollo constitucional"), 1989.

- "Norma y ordenamiento jurídico en la Constitución española", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991.

J. de Miguel Zaragoza, "El Tribunal de Justicia. Organización y competencia. Recursos. Procedimiento ordinario y especiales", en *Iniciación al Estudio del Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, CGPJ, 1984.

M. Díez de Velasco, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Tecnos, 1984.

M. R. Donnarumma, "Una tematica sempre attuale...", cit.

M. Enrich Mas, "Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme", *Affari Internazionali*, núm. 1, 1992.

H. J. Faller, "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero 1979.

J. F. Flauss, "Actualité juridique de la Convention européenne des droits de l'homme", *L'Actualité juridique-Droit administratif*, 20 febrero 1993, núm. 23.

T. Freixes Sanjuán, *Constitución y derechos fundamentales*, "I.-Estructura jurídica y función constitucional de los derechos", Barcelona, PPU, 1992.

E. García de Enterría, "El principio de proporcionalidad en la extradición", *Poder Judicial*, núm. 15, 1982.

- "La Convención Europea de Derechos Humanos, requisito moral y económico para la integración", *Foro Internacional*, núm. XXXIII-2, 1993.

J. A. García Morillo, "Mitos y realidades del parlamentarismo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991.

D. Gomien, *Short guide to the European Convention on human rights*, Strasbourg, Council of Europe, 1991 (*Vade-mecum de la Convention Européenne des droits de l'homme*).

J. A. González Casanova, y O. La Rosa, "Phénomène régional et intégration", en *L'Espagne et les Communautés Européennes*, Bruselas, 1979.

V. Götz, "Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa?", *Juristen Zeitung*, 6/1994.

I. Granado Hijelmo, "Europa en un momento constituyente: el proyecto de Constitución para la Unión Europea", *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 1, año 1995.

S. Huerta Tocildo, "El derecho fundamental a la legalidad penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991.

P. H. Imbert, "Droit des pauvres, pauvre(s) droit(s)?", *Revue de Droit Public*, mayo-junio 1989.

G. Isaac, *Manual de Derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 2a ed., 1991.

J. Juste Ruiz, "La aplicación del Derecho comunitario europeo y la Constitución de 1978", en AA.VV, *Diez años de régimen constitucional* (coord. por E. Alvarez Conde), Universitat de València-Tecnos, 1989.

H. Labayle, "L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers", *Revue française de Droit administratif*, 8 (4) julio-agosto 1992.

J. M. Laguna, *Historia de la Comunidad Europea*, Bilbao, Ediciones Mensajero, 1991.

M. Lezertúa Rodríguez, "La problemática de la admisibilidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en el colectivo *Jurisprudencia europea en materia de derechos humanos (Jornadas celebradas en Bilbao del 7 al 10 de septiembre de 1990)*, Gobierno Vasco, Bilbao, 1991.

J. F. López Aguilar, "La reserva constitucional de ley en materia penal (ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991.

D. López Garrido, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1986.

J. V. Louis, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Colección Perspectivas Europeas, Luxemburgo, 4a ed., 1991.

P. Mahoney, "Judicial activism and judicial self-restraint in the European Convention of Human Rights: two sides of the same coin", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1990.

G. F. Mancini, y D.T. Keeling:, "Democracy and the European Court of Justice", *The modern law review*, vol. 57, núm. 2, march 1994.

A. Mangas Martín, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid, Tecnos (Colección "Ciencias Jurídicas"), 2a e., 1987.

M. Martínez Sospedra, *Libertades Públicas*, Valencia, CEU San Pablo, 1993, vol. I.

J. C. Masclat (comp.), *Où en est l'Europe politique?*, La documentation française - problèmes politiques et sociaux, núms. 721-722, febrero 1994.

J. Meyer-Ladewig: "Reform of the Control Machinery", en el colectivo *The European System for the Protection of Human Rights* (ed. por R.St.J. Macdonald, F. Matscher, y H. Petzold), Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

J. Morenilla Rodríguez, "La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en el colectivo *Jurisprudencia europea en materia de derechos humanos (Jornadas celebradas en Bilbao...)*, *op. cit.*

S. Muñoz Machado, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1986.

A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.

L. E. Pettiti, "Prefacio" a la obra de V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, París, Sirey, 1984, 1a ed.

H. Rasmussen, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Estudios de Derecho Comunitario*, Madrid, CGPJ, 1989.

D. Rousseau, "L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité", en el colectivo *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme* (dir. par D. Rousseau et F. Sudre), Nancy, éd. STH, 1990.

F. Rubio Llorente, "El principio de legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39.

R. Sánchez Ferriz, y L. Jimena Quesada, *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1995.

J. J. Solozábal Echevarría, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71.

F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*

P. H. Teitgen, *Rec. trav. prép.*, Vol. I

- "Préface" a la obra coordinada por E. Decaux, P.H. Imbert y L.E. Pettiti, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1995.

A. Tizano, *Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Nápoles, 1967 (citado por D. Ruiz-Jarabo Colomer: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Estudios de Derecho Comunitario*, Madrid, CGPJ, Madrid, 1989).

Ch. Tomuschat, "Quo Vadis Argentoratum? The succes story of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 13, núm. 11-12, 30 diciembre 1992.

J. Trémeau, "La jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en 1994 (primera parte)", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, núms. 11-12, primavera-verano 1995.

P. Wachsmann, "La religion contre la liberté d'expression: sur un arret regretable de la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue Universelle des Droits de l'homme*, vol. 6, núm. 12, diciembre 1994.

J. Ziller, y J. P. Brouant (comp.), *L'Espace économique européen: une Europe à dix-sept*, La documentation française - problèmes politiques et sociaux, núm. 728, mayo 1994.

CAPITULO IV

K. Banks, "L'article 118 A. Élement dynamique de la politique sociale communautaire", *Cahiers de Droit européen*, núms. 5-6, febrero 1994.

N. Bernard, C. Laval, y A. Nys, *Le Comité économique et social*, Thèses et travaux politiques, Institut d'Etudes Européennes de l'Université de Bruxelles, 1972.

M. Castillo Daudí, "La Carta Social Europea treinta años después: El Protocolo de 21 de octubre de 1991", *Tribuna Social*, núm. 27, marzo 1993.

A. Clapham, "Is there any competition between the two social Charters?", *Affari sociali internazionali*, núm. 1, 1992.

F. Fernández Segado, *El sistema constitucional español, op. cit.*

P. Fontaine, *Une idée neuve pour l'Europe. La déclaration Schuman-1950-1990*, Collection "Documentation européenne", Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes.

M. Fraga Iribarne, "La dimensión social de la Europa comunitaria", *Revista española de derecho del trabajo*, 1989, núm. 37.

G. Garzón Clariana, "El nuevo derecho social de la Comunidad europea", *Revista de Instituciones Europeas*, 1992.

C. Gutiérrez Espada, *El sistema institucional de la Unión Europea*, *op. cit.*

D. Harris, *The European Social Charter*, University Press of Virginia, 1984.

P. Leuprecht, "La place de la Charte sociale européenne dans les travaux du Conseil de l'Europe", *Affari sociali internazionali*, núm. 1, 1992.

J. P. López de Silanes, *Diccionario de las Comunidades Europeas*, Madrid, Pirámide, 1988.

J. V. Louis, "Algunas reflexiones sobre la reforma de 1996", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 1, 1995.

A. Mangas Martín, "Los órganos auxiliares", en el colectivo *Tratado de Derecho Comunitario* (García de Enterría, E. -coord.-, y otros), Madrid, Civitas, 1986, Tomo I.

J. J. Martínez Murillo, "Maastricht y la nueva política social", *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, núm. B-71, 1992.

G. Muhr, *L'Union Européenne, l'Europe des citoyens et le Comité Economique et Social*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 1985

X. Prétot, *Le droit social européen*, París, PUF-Collection "Que sais-je?", núm. 2522. 1993 (2a ed.).

A. Rallo Lombarte, "Los derechos de los ciudadanos europeos", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 5, Valencia, 1994.

T. Sala Franco, y otros, *Derecho social comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

J. C. Séché, "L'Europe sociale après Maastricht", *Cahiers de Droit Européen*, núms. 4-5, febrero 1994.

E. Traversa, "Jurisprudence communautaire en matière de politique sociale (1991)", *Revue trimestrielle de Droit européen*, núm. 1, 1993.

H. Wiebringhaus, "Rapport introductif sur la Charte Sociale Européenne", en el colectivo *La Charte Sociale Européenne. Dix années d'application*, Université Libre de Bruxelles, 1978.

- "L'état d'application de la Charte Sociale Européenne", *Annuaire Français de Droit International*, 1973.

- "La Charte Sociale Européenne", *Annuaire Français de Droit International*, 1963.

- "La Charte Sociale Européenne: vingt ans après la conclusion du Traité", *Annuaire Français de Droit International*, 1982.

CAPITULO V

M. Aguilar Navarro, "El Consejo de Europa contemplado por un parlamentario español", *Revista de Instituciones Europeas*, 1978-1.

M. A. Al Midani, traducción de la "Charte arabe des droits de l'homme", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 7, núms. 4-6, 23 junio 1995.

E. Alvarez Conde, y E. Arnaldo Alcubilla, "Criterios para la unificación electoral europea", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 18-monográfico, 1994.

M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos ("Temas clave de la Constitución española"), 1989.

E. Arnaldo Alcubilla, "El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992.

J. A. Carrillo Salcedo, "Vers la réforme du mécanisme de controle institué par la Convention européenne des Droits de l'homme", *Revue Générale de Droit International Public*, septiembre 1993.

F. Castro-Rial Garrone, "Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1993)", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 1, 1995.

R. Cotarelo, "La universalización de la democracia", *Sistema*, núm. 4, 1991.

F. Fernández Segado, "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994.

J. Ferrando Badía, *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos*, Madrid, Tecnos, 2a ed., 1989.

J. F. Flauss, "Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe", *Journal européen de droit international*, vol. 5, núm. 3, 1994.

P. Fontaine, *L'Europe des citoyens*, Bruxelles-Luxembourg, Série "Documentation européenne"-L'Europe en mouvement, Commission des Communautés européennes, 1991.

T. Freixes Sanjuán, "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 11/12, primavera-verano 1995.

V. Götz, "Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *Juristen Zeitung*, 27/1993

G. Hermet, *Culture et démocratie*, París, UNESCO, 1993.

H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Guadarrama, 1977.

H. Klebes, *Introduction à "La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales"*, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 7, núms. 4-6, junio 1995.

I. Lirola Delgado, "Las relaciones entre la Unión Europea y los Países de Europa Central y Oriental: los Acuerdos europeos en el marco de la ampliación de la Unión Europea", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 1, 1995.

F. Mancini, "La Corte di Giustizia: uno strumento per la democrazia nella Comunità europea", *Il Mulino*, mayo-junio 1993.

G. G. Mancini, y D. T. Keeling, "Democracy and the European Court of Justice", cit.

A. Mangas Martín, "El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general", *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, D-17, septiembre de 1992.

A. Osuna, "El Protocolo de Enmienda núm. 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 19, núm. 3, 1994.

F. Pasetti Bombardella, "Le Parlement face au Conseil", en J. V. Louis, y D. Waelbroeck, *Le Parlement Européen dans l'évolution institutionnelle*, Bruselas, 1988.

J. Pérez Royo, "Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992.

E. Pérez Vera, "El Tratado de la Unión europea y los derechos humanos", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, mayo-agosto 1993, núm. 2.

J. Pietro de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

A. Rallo Lombarte, "El Tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros", *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.

J. Roldán Barbero, "Democracia y Derecho europeo", cit.

R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, op. cit.

- *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2a ed., 1995.

R. Sánchez Ferriz, y L. Jimena Quesada, *La enseñanza de los derechos humanos*, op. cit.

G. Sartori, *Teoría de la democracia. Tomo II: Los problemas clásicos*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.

- *La democracia después del comunismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

G. Sebastien, "La citoyenneté de l'Union européenne", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm. 5, 1993.

J. Stanford, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, vol. VIII.

CAPITULO VI

Th. Buergenthal, R. E. Norris y D. Shelton, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1990.

J. Cardona Llorens, "La dimensión de la seguridad en la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea", en *Historia y Derecho. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Arcadio García Sanz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

L. Cartou, *Communautés européennes*, París, Précis Dalloz, 1991, 10a ed.

F. de Coulanges, *La cité antique*, en especial, el capítulo XVIII "De l'omnipotence de l'Etat: les anciens n'ont pas connu la liberté individuelle", (citado por J. Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, París, PUF, 2a ed., 1989).

J. de Miguel Zaragoza y A. Blanco de Castro, "El Título VI del Tratado de la Unión: cooperación en asuntos de justicia y de interior", *Gaceta Jurídica de la CE*, D-18, septiembre de 1992.

M. de Salvia, "Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della commissione e della corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 22, 1979.

Th. Douraki, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986.

M. A. Eissen, "Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme: leur influence mutuelle", *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, núm. 6, abril 1991.

J. Ferrando Badía, *El régimen de Franco*, Madrid, Tecnos, 1984.

T. Freixes Sanjuán y J. C. Remotti Carbonell, *El derecho a la libertad personal, op. cit.*

- "La configuración constitucional de la seguridad ciudadana", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, enero-marzo 1995.

J. A. García Morillo, Lección 11: "Los derechos de libertad. La libertad personal", en L. López Guerra y otros: *Derecho Constitucional*, Vol. I, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

- *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1995.

M. V. García Soriano, "La libertad personal en el Convenio de Roma de 1950, *Revista General de Derecho*, núms. 598-99, julio-agosto 1994.

Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

V. Hreblay, *La libre circulation de personnes*, París, PUF (Collection "Politique d'aujourd'hui"), 1994.

H. Labayle, "La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures", en *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Actes du colloque du 27 juin 1992, Cahiers du CEDIN, 1992.

K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*

Y. Madiot, *Les droits de l'homme*, París, M.A. Éditions, 1987.

E. Pedraz Penalva, "El derecho a la libertad y seguridad (art. 5 del CEDH)", en *Cuadernos de Derecho judicial. La jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, Madrid, CGPJ, 1993.

R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

-*Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2a. ed., 1995.

-"Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales", *Revista de Derecho Político*, núm.30, 1989.

S. Trechsel, "Liberty and Security of Person", *The European System for the Protection of Human Rights* (Macdonald y otros, eds.), Kluwer Academic Publishers, 1993.

E. Vilariño Pintos, "La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 1, enero-abril 1994.

T. Vives Antón, *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

L. Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona, PPU, 1993.

CAPITULO VII

E. Alberti Rovira, "El régimen lingüístico de la enseñanza. (Comentario a la STC 337/1994, de 23 de diciembre)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 44, mayo-agosto 1995.

E. Alonso García, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I.

M. L. Balaguer Callejón, "Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.

J. M. Baño León, "La igualdad como derecho público subjetivo", *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987.

- *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1988.

M. Barcelò i Serramalera, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Madrid, Civitas, 1991.

M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

F. Castro-Rial Garrone, "Crónica de la jurisprudencia de la Comisión Europea y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, núm. 2, 1981.

G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica (Presses Universitaires d'Aix-Marseille), 1989.

P. Cruz Villalón, "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992.

A. Chueca Sancho, "No discriminación en la Convención Europea de Derechos Humanos", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 6, núm. 1, 1979.

B. de Castro Cid, "La crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948", *Persona y Derecho*, núm. 25, 1991.

M. A. Eissen, "L'autonomie de l'article 14 de la §Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission", en *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne-Mélanges offerts à Polys Modinos*, París, Pedone, 1968.

- "Cour constitutionnelles nationales et Cour européennes des droits de l'homme...", cit.

J. F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20 janvier 1992.

- "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20 février 1993.

J. C. Gavara de Cara (coord.), "El principio de igualdad en la aplicación de la ley por órganos judiciales. Práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (1981-1992)", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 1993.

R. Girod, *Les inégalités sociales*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"), núm. 2154, 1993, 2a ed.

D. Gomien, *Short guide to the European Convention on human rights*, *op. cit.*

M. González Beilfuss, "Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, septiembre-diciembre 1994.

J. Jiménez Blanco, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.

H. Labayle, y F. Sudre, "Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Française de Droit Administratif*, 8 (3), mayo-junio, 1992.

J. F. López Aguilar, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución en la jurisprudencia de la justicia ordinaria. Análisis de la doctrina del Tribunal Supremo", *Revista del Foro Canario*, núm. 88, 1993.

López Rodó I, "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I.

Y. Madiot, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*

Ch. McCrudden, "The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements", *Oxford University Press*, vol. 13, núm. 13, 1993.

A. Milian Massana, "La regulación constitucional del multilingüismo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984.

J. L. Monereo Pérez y J. Vida Soria, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas (Serie "Administración del Estado"), 1991.

M. Moreau-Bourles, "La jurisprudence européenne en matière d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins", *Droit social*, 1989.

J. Nicolás Muñiz, "Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, enero-abril 1983.

J. Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y Autonomías Territoriales*, Madrid, Civitas, 1992.

F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw Hill, 1995.

F. Rubio Llorente, "La defensa de la igualdad política en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana", *Revista de la Facultad de Derecho de Caracas*, núm. 36, junio 1967.

R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

- "Los derechos constitucionales y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana", en *Estudios sobre el Estatuto Valenciano*, tomo IV ("Derechos constitucionales y sistemas de relaciones"), Generalitat Valenciana, 1993.

M. Sánchez Morón, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos* (E. García de Enterría y otros), Madrid, Civitas, 1979.

L. Sfez, *L'égalité*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"?, núm. 2460, 1989.

G. Sperduti, "Il principio di non-discriminazione e una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1976.

J. Suay Rincón, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985.

Ch. Tomuschat, "Quo Vadis Argentoratum? The success story of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 13, núm. 11-12, 30 diciembre 1992.

J. Vilas Nogueira, "Igualdad jurídica y desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 14, marzo-abril 1980.

CAPITULO VIII

E. A. Alkema, "The third-party applicability or Drittwirkung of the European Convention on Human Rights", *Protecting Human Rights: The European Dimension/ Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Studies in honour of/Mélanges en honneur de Gérard J. Wiarda, Estrasburgo, Carl Heymanns Verlag KG, 1988.

J. L. Beltrán Aguirre, "El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Administración Pública*, núm. 134, mayo-agosto, 1994.

A. A. Cançado Trindade, "Environmental Protection and the Absence of Restrictions on Human Rights", en K. E. Mahoney, y P. Mahoney (Eds.), *Human Rights in the Twenty-first Century*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993.

A. H. Català i Bas, "Comentario introductorio al caso Soering contra el Reino Unido del TEDH", en *Revista General de Derecho*, núm.594, marzo 1994.

Ph. Cullet, "Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 13, núm. 1, 1995.

P. dell'Anno, "L'attuazione del Diritto comunitario ambientale tra supremazia delle fonti e disapplicazione amministrativa: spunti di riflessione", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 3, 1994.

B. de Castro Cid, "La crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948", cit.

T. de la Quadra Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981.

F. Díaz Pineda, "Una perspectiva ecológica para el fin de siglo", en J. V. Ortiz, y otros, *Veinte claves para la nueva era*, Madrid, Rialp, 1990.

N. Doorduijn, *Towards a 'green' interpretation of the European Convention on Human Rights? Possibilities and impossibilities for environmental protection under the European Convention on Human Rights.*, Geneva, July 1994, tesis presentada en el Institut de Hautes Études Internationales de Ginebra.

T. R. Fernández Rodríguez, "Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos", *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982.

F. Fernández Segado, *El sistema constitucional...*, op. cit.

F. García Torres, y J. Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

G. Haarscher, "Les droits collectifs contre les droits de l'homme", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, núm. 3, juillet 1990.

J. Jiménez Campo, "¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

A. Kiss, "Concept and Possible Implications of the Right to Environment", en Mahoney, K.E., y Mahoney, P. (eds.): *Human Rights in the Twenty-first Century*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993.

- "Définition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement", en Kromarek, P. (ed.): *Environnement et droits de l'homme*, París, UNESCO, 1987.

M. A. Mekouar, "Le droit à l'environnement dans ses rapports avec les autres droits de l'homme", en P. Kromarek, *Environnement et droits de l'homme*, op. cit.

M. Melchior, "Rights not Covered by the Convention", in R.St.J. Macdonald et al. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Kluwer academic Publishers, 1993.

S. Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, op. cit.

J. Morand-Deviller, *Le droit de l'environnement*, PUF (Collection 'Que sais-je?'), París, 1993, 2a ed.

C. Padrós Reig y J. Roca Sagarra, "La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1996.

A. Rosas, "So-Called Rights of the Third Generation", en A. Eide, y otros (eds.): *Economic, social and cultural rights. A Textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

D. Sánchez Fernández de Gaita, "La política ambiental comunitaria: su evolución y su futuro", *Revista de Administración Pública*, núm. 11, septiembre-diciembre 1986.

E. Spagna Musso, "La tutela constitucional de los intereses colectivos en el Estado de democracia pluralista", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 4, julio-agosto 1978.

H. Steiger, *The right to a humane environment: proposal for an Additional Protocol to the European Human Rights Convention*, Beiträge zur Umweltgestaltung, vol. 13.

F. Sudre y otros, "Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1994", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 7, núms. 4-6, 23 de junio de 1995.

F. Sudre, "Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 23, julio 1995.

S. Weber, "Environmental information and the European Convention of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 12.

CAPITULO IX

F. Bastida Freijedo, *La libertad de antena. El derecho a crear televisión*, Barcelona, Ariel, 1990.

P. Casavola, "La labor del Tribunal Constitucional italiano durante el año 1993", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 7, 1994.

G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989.

J. Cremades, "La defensa de la libertad de expresión en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho*, núm. 558, marzo 1991.

C. Chinchilla Marín, "El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión", en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II (*De los derechos y deberes fundamentales*), Madrid, Civitas, 1991.

J. M. Desantes Guanter, "De la libertad de expresión al derecho a la información", *Persona y Derecho*, núm. 24, 1991.

F. de Carreras Serra, "La libertad de expresión: un derecho constitucional", en *Anuario 1990 monográfico sobre "Libertad de expresión"*, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universitat Autònoma de Barcelona.

J. de Esteban, *Por una comunicación democrática*, Valencia, 1976.

X. de Mello, "Droit de la concurrence et droits de l'homme", *Revue trimestrielle de Droit européen*, núm. 4, 1993.

J. de Meyer, "La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression", en el colectivo *Jurisprudencia europea en materia de derechos humanos (Jornadas celebradas en Bilbao del 7 al 10 de septiembre de 1990)*, Gobierno Vasco, Bilbao, 1991.

M. de Salvia, "L'élaboration d'un *ius commune* des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme", en el colectivo *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG.

P. Durán y Lalaguna, "El tratamiento de la libertad de expresión en la jurisprudencia europea", en *Historia y Derechos. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Arcadio García Sanz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

C. D. Ehlermann, "Concurrence et professions libérales: Antagonisme ou incompatibilité?", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 365, febrero 1993.

C. Esteva Mosso, "La compatibilité des monopoles de droit du secteur des télécommunications avec les normes de concurrence du Traité CEE", *Cahiers de Droit Européen*, núm. 3-4, agosto 1993.

F. Fernández Segado, "La doctrina constitucional sobre las libertades de expresión e información", *Dereito-Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. I, 1992.

- "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, 1990.

E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, 1981

C. Gay Fuentes, "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional Español", *Revista de Administración Pública*, núm. 120, 1989.

F. Gutiérrez-Alviz Conradi, "El abogado y la lealtad procesal", *Justicia* 92, núm. IV, 1992.

M. Lezertúa Rodríguez, "El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal europeo de derechos humanos", en *Cuadernos de Derecho judicial. La jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, Madrid, CGPJ, 1993.

J. J. López Ortega, "La libertad de información y el proceso penal a la luz de la doctrina del TEDH", *Justicia* 92, núm. I, 1992.

S. Martínez Lage, "La concentración en los medios de comunicación y el Derecho Comunitario", *Gaceta Jurídica de la CE - Boletín* 83, abril 1993.

M. Martínez Sospedra, "No todas las ideas son respetables. Racismo y nacionalsocialismo en el Estado constitucional democrático", *Revista General de Derecho*, núm. 585, junio 1993.

- "Posición preferente y sistema de derechos fundamentales", cit.

J. Morange, *La liberté d'expression*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"), núm. 2751, 1a ed. París, 1993.

J. Mourgeon, *Les droits de l'homme*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"), núm. 1728, 5a ed. 1990.

T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, "La televisión privada y la Constitución", *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 15, otoño 1982.

M. Ramírez, "Reconocimiento constitucional y vertiente sociopolítica", en *El derecho a la información*, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Lucas Mallada, Zaragoza, Libros Pórtico, núm. 1, 1995.

K. Riechenberg, "Los monopolios comerciales y el Derecho Comunitario. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", *Gaceta Jurídica de la CE - Boletín* 81, enero-febrero 1993.

R. Ryssdal, "The limits of freedom of expression in a democratic society: examples from the jurisprudence of the Court", en *Seminar on Human Rights and Journalism-Proceedings*, Council of Europe, Strasbourg, 1987.

M. Saavedra López, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.

F. Sainz Moreno, "La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, mayo-agosto 1981.

R. Sánchez Ferriz, *El derecho a la información*, Valencia, 1974..

- "El derecho a la información y su consideración constitucional", *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, núm. 3, septiembre-diciembre 1985.

- "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano sobre la Televisión", *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, núms. 1,2 y 3, 1988.

- "La televisión española en los diez primeros años de vida constitucional (Labor parlamentaria y jurisprudencial)", en la obra colectiva *Diez años de régimen constitucional* (coord. por E. Alvarez Conde), Madrid, Tecnos, 1989.

- "Las libertades de expresión y de información y los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen", en el colectivo *Información y libertades públicas en España*, Universidad Complutense de Madrid, Cursos de Verano de El Escorial, 1989.

- "Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información: ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior", *Revista General de Derecho*, núm. 596, mayo 1994.

- "El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *El derecho a la información*, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Lucas Mallada, Zaragoza, Libros Pórtico, núm. 1, 1995.

S. Sánchez González, "Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón", *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992.

F. Santaolalla López, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración", *Revista de Administración Pública*, núm. 128.

- "Televisión por cable y control de omisiones del legislador (En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero). Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto, 1994.

J. J. Solozábal Echevarría, "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, mayo-agosto 1988.

- "Ordenación jurídica de la Televisión en España", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 5, Valencia, 1993.

B. S. Tomás Mallén, "Información versus intimidad de los niños", en *Historia y Derecho. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Arcadio García Sanz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

A. Vallés Copeiro del Villar, "Legislación española sobre concentración de medios de comunicación social", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, núm. 6, invierno 1994.

S. C. van Eyk, "International broadcasting of television programmes within the internal market of the European Communities after 1992", *Netherlands Quarterly Human Rights*, vol. 1, 1989.

S. Varela, "Constitución, monopolio público y televisión", *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 6, 1980.

J. L. Vázquez Sotelo, "Organización de despachos de abogados", *Justicia* 92, núm. II, 1992.

CAPITULO X

AA.VV., *Le Quart Monde face aux droits de l'homme*, París, Science et service, Quart Monde-UNESCO, 1980.

AA.VV., *Pour une justice sans exclusive*, París, Science et service, Quart Monde, 1977.

AA.VV., *Vers une plus grande justice sociale en Europe: le défi de la marginalisation et de la pauvreté. Actes du Colloque*, Estrasburgo, 3-5 diciembre 1991, Comité directeur sur la politique sociale, 1992.

M. R. Alarcón Caracuel, y S. González Ortega, *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1990.

J. M. Almansa Pastor, *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1990.

J. Ballesteros, "Los derechos de los nuevos pobres", en AA.VV (J. Ballesteros, ed.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992.

P. Barcellona, "Questione sociale e questione democratica", *Crítica Marxista*, núm. 5, 1993.

M. Bassols Coma, "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85, 1983.

F. Borrajo Dacruz, "La Seguridad Social en la Constitución", en *Estudios en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, ("De los derechos y deberes fundamentales"), Madrid, Civitas, 1991.

M. Bourlard, "Article 13", en *La Charte sociale européenne. Dix années d'application*, Université de Bruxelles, 1978.

I. Bullaín, "Ciudadanía y Unión Europea", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 38, enero-abril 1994.

R. Cassin, en *Enseignement des droits de l'homme*, UNESCO, Vol. IV, 1985.

A. de Vos Van Steenwijk, *Pour une Europe des droits de l'homme: entre le rapport Wrésinski et le rapport Marin, el faut choisir*, Mouvement International A.T.D. Quart-Monde, noviembre 1988.

A. Eide, "El derecho a una alimentación suficiente como derecho humano", *Subcomisión de la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas*, E/CN.4/Sub.2/1987/23 de 7 de julio de 1987.

- "The Right to an Adequate Standard of Living including the Rights to Food", en el colectivo *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

M. Ferrera, "Nuovi modelli per il welfare europeo", *Il Mulino*, núm. 2, 1993.

J. Fierens, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

García Macho r, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, IEAL, 1982.

M. Herland, "Le financement du Minimum social garanti", *L'Europe en formation*, núm. 291, hiver 1993-1994.

P. H. Imbert, "Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s)?", cit.

P. Klebaner, G. Martin, y C. Ofredi, "Au-delà du revenu minimum", en la revista francesa *Futuribles*, núm. 126, noviembre 1988.

V. Langendonck, "Discussion", en *La Charte sociale européenne. Dix années d'application*, op. cit.

S. Leckie, "The Right to Housing", en el colectivo *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

B. Magliulo, *L'Europe sociale des institutions et des hommes*, París, Nathan, 1991.

B. Majnoni d'Intignano, *La Protection sociale*, París, éditions de Fallois, 1993.

Marc, *Minimum social garanti (m.s.g.) pour l'Europe*, Nice, Presses d'Europe, 1987.

- *Le fédéralisme face au futur*, Nice, Presses d'Europe, 1990.

J. B. Marie, "Préface", en *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Suisse, Éditions universitaires Fribourg (Collection interdisciplinaire, série "droits de l'homme"), 1991.

R. Martín Mateo, "La calidad de vida como valor jurídico", en *Estudios en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II ("De los derechos y deberes fundamentales"), Madrid, Civitas, 1991.

J. Messeguer, "La emigración española a los países de la CEE", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 2, núm. 2, 1975.

S. Milano, *La pauvreté absolue*, París, Hachette, 1988.

- *Le Revenu Minimum Garanti dans la CEE*, París, PUF (Collection "Que sais-je?"), núm. 2479, 1989.

- *La pauvreté dans les pays riches*, París, Nathan, 1992.

- "La lutte contre la pauvreté", *La documentation française*, núm. 751, 7 juillet 1995.

A. Minc, *La machine égalitaire*, París, Éditions Grasset & Fasquelle, 1987.

M. E. Moreira, *Derechos humanos y socorro internacional*, Quito-Ecuador, Ediciones Abya-Yala, julio 1995.

E. Morley-Fletcher, "Reddito di cittadinanza e democrazia economica. Certezze per rischiare", *Nuova Rassegna Sindacale*, núm. 23, 1989.

J. Morro López, y M.A. Pérez Alonso, "Las asignaciones económicas por hijo a cargo, a propósito de la Ley 26/1990", *Tribuna Social*, mayo de 1991.

T. Padoa-Schioppa, "Il federalismo economico e la Comunità europea", *Il Mulino*, mayo-junio 1993.

M. C. Palomeque López, *Los derechos laborales en la Constitución española*, Cuadernos y Debates-28, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

A. E. Pérez Luño, "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981.

J. A. Porras Nadales, "Derechos e intereses. Problemas de tercera generación", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991.

J. Rawls, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986.

P. Rodríguez del Pozo Alvarez, "El acceso a recursos médico-asistenciales escasos: cuestiones éticas", *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 7, 1990.

M. Rodríguez Piñero, "La Seguridad Social ante la crisis económica", *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, 1982.

J. Segura, "La reforma del Estado asistencial desde una perspectiva actual", en *La reforma del Estado asistencial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

J. Serna Alonso, *Presos y Pobres en la España del XIX*, Barcelona, PPU-Colección "Sociedad-Estado", 1988.

D. Symon y R. Kovar, "La citoyenneté européenne", *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, agosto 93.

H. Spencer, *El individuo contra el Estado*, Barcelona, Orbis, 1985 (traducción de la obra *The Man versus State*, de 1884).

Ph. Steck, *Les prestations familiales*, París, PUF-Collection "Que sais-je?", núm. 2771, 1994.

F. Sudre, *La Convention européenne...*, *op. cit.*

G. Tortella, "Comentarios al esquema sobre la reforma del Estado asistencial de Julio Segura", en *La Reforma del Estado asistencial*, *op. cit.*

CAPITULO XI

AA.VV., "L'immigration", *Pouvoirs*, núm. 47, noviembre 1988.

C. Aprell Lasagabaster, *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

R. Brillat, "La participation de la Communauté européenne aux Conventions du Conseil de l'Europe", *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXXVII, 1991.

J. A. Carrillo Salcedo, "Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", cit.

J. de Lucas, *Europa, ¿convivir con la diferencia?*, Madrid, Tecnos, 1992.

-*El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1993.

-*Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?*, *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993.

-*El concepto de solidaridad*, Méjico, Fontamara, 1993.

J. de Lucas y E. Vidal, "Los principios básicos de la Constitución: el Título I", en AA.VV, *La Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980.

C. Escobar Hernández, "El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 1, enero-abril 1993.

P. A. Fernández Sánchez, "La circulación de los ciudadanos extracomunitarios", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 12, 1995.

R. Fernhout, "The United States of Europe have Commenced, but for whom?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. II, núm. 3, 1993.

J. F. Flauss, "Actualité de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *l'Actualité juridique-Droit Administratif*, 20 Junio 1992.

H. Gaham, "Le système de protection des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies et des ses institutions spécialisés", *Recueil des Cours. Textes et sommaires*, Strasbourg, 2-30 julio 1993 -24a sesión de enseñanza del Instituto Internacional de Derechos Humanos.

E. García de Enterría, "El principio de proporcionalidad en la extradición", *Poder Judicial*, núm. 15, 1982.

N. Guimezanes (comp.), *Les politiques d'immigration en Europe*, La documentation française - problèmes politiques et sociaux, núm. 673, febrero 1992.

G. Koubi, "Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 15, 1er juillet 1993.

D. Lapeyronnie, *Immigrés en Europe*, La documentation française - notes et études documentaires, núm. 4952, 1992.

J. F. Lara Romero, "La situación de los extranjeros en España. Justicia y solidaridad", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, núm. 6, invierno 1994.

D. López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid, Trotta-Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1991.

P. Mahoney, "Judicial activism and judicial self-restraint in the European Convention of Human Rights: two sides of the same coin", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1990.

A. Martínez Rodrigo, *Las migraciones: un signo de los tiempos. Jalones para una pastoral inmigrante*, Madrid, Delegación diocesana de migraciones, 1995.

J. Oraa Oraa, "Extradiciones y expulsiones de extranjeros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI, Madrid, CGPJ, 1993.

J. M. Ortega Terol, "Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (Análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, septiembre-diciembre 1993.

E. Pérez Vera, "El Tratado de la Unión europea y los derechos humanos", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, mayo-agosto 1993, núm. 2.

J. Pipkorn, "La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 14, abril 1993.

E. Sagarra i Trias, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Barcelona, Bosch, 1991.

G. Sebastien, "La citoyenneté de l'Union européenne", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm. 5, 1993.

G. Varona Martínez, *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Vitoria, Ararteko (Colección Derechos Humanos "P. Francisco de Vitoria"), 1994

E. Vidal Gil, "Los derechos de los colectivos vulnerables", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, núms. 11/12, primavera-verano 1995

C. Wihtol de Wenden, y A.M. Chartier (comps.), *École et intégration des immigrés*, La documentation française - problèmes politiques et sociaux, núm. 693, diciembre 1992.

CAPITULO XII

E. García de Enterría, *La lengua de los derechos...*, *op. cit.*,

A. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, *op. cit.*

P. Lucas Verdú, "Artículo 1º", en *Comentarios a las leyes políticas...*, *cit.*

ANEXO: TRADUCCIÓN (FRANCÉS) DE LOS CAPITULOS I Y XII

Coforme a la normativa sobre DOCTORADO EUROPEO (en especial, el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Universitat de València de 8 de mayo de 1995), se ha procedido a traducir a una lengua comunitaria no española una parte de la Tesis Doctoral. Se ha optado por traducir dichos capítulos por la siguiente razón: el primer capítulo, porque concreta el método y enfoque utilizados, así como el resumen del objeto de la investigación propuesta; el segundo capítulo, por cuanto sintetiza las conclusiones alcanzadas tras el desarrollo de la investigación.

CHAPITRE I. LA DÉLIMITATION DE L'OBJET D'ÉTUDE ET LA MÉTHODE EMPLOYÉE

SOMMAIRE:

I.-LA JUSTIFICATION OBJECTIVE DE L'ÉTUDE: LA RÉALISATION DE LA JUSTICE EN TANT QU'OBJET DU DROIT ET DU BIEN-ÊTRE ("BIEN SER") OU DU BONHEUR EN TANT QU'OBJECTIF DE L'ÉTAT: 1.-À la recherche de la formule étatique idéale. 2.-Les valeurs réelles dans la formule étatique idéale: la liberté, l'égalité et la solidarité.

II.-LA JUSTIFICATION SUBJECTIVE DE L'ÉTUDE: LA PERSONNE EN TANT QUE SUJET DU DROIT ET LE RESPECT DE SA DIGNITÉ.

III.-LA SYNTHÈSE DE L'OBJET D'ÉTUDE ET LA CONCRÉTION DE LA MÉTHODE UTILISÉE: LE SUBSTRAT CONSTITUTIONNEL ÉTABLI PAR LA FORMULE ÉTATIQUE ESPAGNOLE ET LA QUÊTE D'UN PARALLÉLISME DANS UN CONSENSUS EUROPÉEN SOCIAL ET DÉMOCRATIQUE DE DROIT.

IV.-NOTRE APPROCHE PARTICULIÈRE ET L'ABSENCE DE TRAITEMENT DE LA QUESTION SOUS L'ANGLE DE L'ÉTAT INTERNATIONALEMENT INTÉGRÉ: 1.-Le choix de l'approche dogmatique dans le cadre de l'État internationalement intégré. 2.-Le *status questionis* doctrinal et l'absence de l'approche proposée.

V.-LA VALIDITÉ DE L'ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE ET LA TRANSITION DE LA NORME ET DE LA RÉALITÉ.

VI.-LA THÉORIE CONSTITUTIONNELLE DES VALEURS ET LA JURISPRUDENCE DES VALEURS DANS L'INTERPRÉTATION DU CONTENU DE LA FORMULE ÉTATIQUE.

VII.-LA CONVERGENCE DES PERSPECTIVES NATIONALE ET INTERNATIONALE A TRAVERS LE SYSTEME DES DROITS DE L'HOMME: 1.-La complémentarité du juge national et du juge international. Interprétation et intégration du système.

VIII.-LA DIMENSION HISTORIQUE DE LA FORMULE ET LES VALEURS DES GÉNÉRATIONS.

IX.-UN ESSAI DE CONSTRUCTION EUROPÉENNE: L'ÉTABLISSEMENT DE SES BASES.

I.-LA JUSTIFICATION OBJECTIVE DE L'ÉTUDE: LA RÉALISATION DE LA JUSTICE EN TANT QU'OBJET DU DROIT ET DU BIEN-ÊTRE ("BIEN SER") OU DU BONHEUR EN TANT QU'OBJECTIF DE L'ÉTAT

1.-À la recherche de la formule étatique idéale

Au cours de l'histoire, l'homme a avancé dans la recherche de l'état idéal, d'un espace où il pouvait jouir de sa pleine liberté et, enfin, atteindre son bonheur. Dans ce contexte, il est pertinent de rappeler cette préoccupation sublime chez les auteurs classiques. Ainsi, l'*eunomie*, Cité-État parfait pour les Grecs, guida l'oeuvre de Platon ou d'Aristote. En ce qui concerne Platon, Sabine a signalé en parlant de *La République* que "l'Étatiste doit savoir ce qu'est en réalité l'État et, par conséquent, ce qui peut forger un *bon État*". En ce qui concerne Aristote auteur, il souligne la place occupée dans l'oeuvre aristotélicienne par "la construction de l'État idéal, c'est-à-dire, quelle est la meilleure forme de gouvernement pour la plupart d'États, sans préjudice des circonstances particulières des cas concrets (...) Aristote appelle *gouvernement constitutionnel* cette forme d'État". Pour sa part, Téofraste (disciple d'Aristote) élaborait sa doctrine autour de la notion de la *meilleure constitution*. Les Romains, suivant les pas des auteurs hellènes, essayèrent également de trouver l'État théoriquement optimal: entre autres, Cicéron fit allusion à la *civitas maxima*, et Marco Tulio tenta d'éclaircir l'*optimus status civitatis*.

De même, les théoriciens du Moyen Âge poursuivirent cet objectif séculaire. Malgré le caractère théologique expérimenté par la vieille notion d'État parfait (celui-ci devint la *civitas Dei*), ces théoriciens continuèrent à élaborer la Théorie de l'État, celui-ci devenant le cadre dans lequel ils développèrent leur travaux (mentionnons l'exemple de Thomas d'Aquin et de son traité *De Regimine Principum* ou *La Summa*) et leur esprit aigu afin de trouver l'*optima ordinatio principum* (nom attribué à la Cité idéale par le thomisme).

Plus tard, la monarchie absolue constituera le paradigme d'Occident jusqu'à la fin du XVII^{ème} siècle chez les auteurs modernes (Bodin, Machiavel, Hobbes). Cette monarchie, théocratique ou non, incarnait la *perfect form of government* d'après l'expression "hobbesienne" dans *Le Léviathan*. Les utopistes de l'époque accentuèrent la tendance idéaliste mentionnée: Thomas More, dans sa fameuse *Utopie*, eut la prétention de dessiner *the best state of a commonwealth*, de même que son compatriote Francis Bacon dans *La nouvelle Atlantide*; enfin, Thomas Campanella essaya d'atteindre le paradis politique dans sa *Cité du Soleil*.

Pendant l'époque contemporaine, dont le commencement a été marqué en Occident par la Révolution française de 1789, les auteurs du

Siècle des Lumières sont restés fidèles à la recherche du meilleur État. Il s'agit d'une nouvelle tentative qui présente, sans doute, un plus grand intérêt au sens où l'ambiance révolutionnaire des Lumières donne naissance à l'État constitutionnel contemporain et il se trouve à l'origine de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, celle-ci ayant été une date importante dans le processus de constitutionnalisation des droits de l'homme. En effet, les auteurs des Lumières mirent point final au paradigme monarchique absolu et ils établirent les bases d'un État non personnalisé, mais institutionnalisé du point de vue politique, bien qu'ils ne trahissent pas ses prédécesseurs en ce qui concerne le but ultime des recherches de ceux-ci. Dans cette ambiance, Locke se penchera sur la *perfect democracy* et Rousseau sur *la grande question du meilleur gouvernement possible* ou *la meilleure constitution d'un État*. On reconnaît que *l'État de droit* est né dans ce contexte en tant qu'*État libéral de droit*, en exaltant la *valeur de liberté*.

Le formalisme des postulats libéraux rencontra des réactions postérieures qui menèrent à la construction de *l'État social de droit*, où l'on mit l'accent sur la valeur d'égalité réelle. D'ailleurs, les aspirations qu'on fit valoir lors de la Révolution russe de 1917 et les thèses des auteurs dialectiques (Karl Marx) ne furent pas étrangères à la réalisation de ce type d'État. En réalité, les références marxistes à ce qui est la meilleure forme d'État (*die beste Staatsform*) ne reflétaient qu'une panacée politique transitoire manifestée dans l'étape communiste de la dictature du prolétariat, après laquelle l'État lui-même était appelé à disparaître.

Les deux dernières formes d'État évoquées ont connu leur synthèse dans la formule actuelle de *l'État social et démocratique de droit*. Certes, la recherche de sa concrétion idéale reste-t-elle un processus inachevé du fait de son caractère actuel et du dynamisme logique qui accompagne toute étape de formation et de consolidation d'une forme étatique. Notre travail prétend justement s'inscrire dans ce processus.

Un secteur de la doctrine a cherché à justifier l'une de ses concrétions dans le dénommé *État du bien-être* suggéré à partir des thèses keynesiennes. Cependant, il est courant de parler de ce modèle en termes de crise, même s'il s'agit d'une espèce étatique ayant pour cadre le système économique qui s'est imposé des nos jours: le néocapitalisme. C'est pourquoi on ne peut pas écarter l'existence d'autres modèles économiques alternatifs et, en plus, on doit insister sur les valeurs qui, d'après nous, doivent caractériser la réalisation de l'État social et démocratique de Droit à l'heure actuelle: *la solidarité et la tolérance*. Ce sont deux termes sans lesquels le troisième adjectif (*démocratique*) ayant rejoint l'*État social de droit*, n'a aucun sens. Suivant cette idée, notre prétention consiste à interpréter la formule contenu dans l'article 1.1 de la Constitution espagnole (CE), sans préjudice d'autres dénominations plus synthétiques (telle *l'Estado del bien-ser*), L'article 1.1 CE est ainsi libellé:

"L'Espagne se constitue en État social et démocratique de Droit qui défend la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme juridique en tant que valeurs supérieures de son ordre juridique".

2.-Les valeurs réelles dans la formule étatique idéale: la liberté, l'égalité et la solidarité

Sans abandonner l'approche proposée, nous essayons de réfléchir sur les conditions de réalisation des valeurs supérieures et des principes consacrés dans notre Norme Fondamentale: sans doute, il n'est pas très réaliste de vouloir atteindre le bonheur absolu, même si cet idéal n'était pas présent lors des premiers pas de notre constitutionnalisme historique. En ce sens, si l'on considère *la justice* en tant qu'objet du Droit, il est très révélateur que cette valeur apparaisse en tête du Préambule constitutionnel ("la nation espagnole, désirant établir *la justice*, la liberté et la sécurité ...et le bien de ceux qui l'intègrent"). Le Préambule proclame aussi la volonté de garantir la cohabitation démocratique dans la constitution et les lois conformément à un ordre économique et social *juste*. Par ailleurs, *la justice* est élevée au niveau de valeur supérieur de l'ordre juridique, à côté de la liberté, l'égalité et le pluralisme juridique, dans l'article 1.1 CE: il est nécessaire de rappeler que cette disposition érige l'Espagne en État social et démocratique de Droit. En réalité, la consécration de la justice aurait pu éviter l'inscription des autres trois valeurs mentionnées, qui pourraient s'être comprises dans la première. D'un autre point de vue, il a été souligné que les seules vraies valeurs sont strictement la liberté et l'égalité, car la justice ne serait en fait que le but ultime du droit et le pluralisme politique constituerait une manifestation de la liberté (et notamment de la liberté d'association politique).

Indépendamment du débat sur le succès relatif du constituant au moment de la rédaction de cette disposition, il faut que ces valeurs ou principes se soient matérialisés dans la pratique à travers le respect et l'exercice effectifs des droits constituant leur manifestation. On ne prétend pas dans cette étude évaluer l'éventuelle coïncidence dans la signification entre les valeurs supérieures de l'article 1.1 CE et les principes de l'article 9.3 CE. Cependant, on ne peut pas éviter la considération suivante, déjà évoquée: à notre avis, la solidarité est une valeur équivalente aux valeurs et principes énoncés dans le Préambule et dans les deux dispositions citées, malgré l'absence de sa reconnaissance explicite. Nous estimons même que c'est la valeur devant caractériser la "société démocratique avancée" que désire établir le peuple espagnol en ratifiant la Loi suprême; en d'autres termes, la solidarité est une valeur (ou principe, ou fondement de l'ordre politique et de la paix sociale) qui correspond actuellement à l'adjectif "démocratique" de la formule étatique faisant l'objet de notre recherche. Pour ces motifs, nous sommes d'accord avec ceux qui associent la valeur *liberté* à l'État de Droit et la valeur *d'égalité* à l'État social, mais nous ne

sommes pas en mesure de partager l'avis de ceux qui lient la valeur *pluralisme politique* à l'État démocratique, d'autant plus que cela constituerait une vision restrictive des multiples facettes plurales figurant dans le texte constitutionnel.

D'ailleurs, comme Bidart Campos l'a signalé, "peut-etre faut-il mettre l'accent sur le besoin de recréer le libéralisme, afin d'*aggiornarlo* avec la *solidarité*, qui est une *valeur juridique indispensable* devant être mis au même niveau avec la valeur de liberté". Pour sa part, Heck est plus explicite dans son Prologue à l'ouvrage de Doehring sur "l'État social, l'État de Droit et l'ordre démocratique", où il signale que "tous les partis politiques de notre République (allemande) confessent leur adhésion aux *valeurs fondamentales de la démocratie: la liberté, l'égalité et la solidarité*, même si leurs opinions divergent en ce qui concerne leur interprétation. (...) L'ordre démocratique accorde le plus de chances aux valeurs fondamentales de la liberté, de la justice et de la solidarité". Pérez Luño, enfin, s'est référé à la solidarité en tant que valeur-guide d'une "nouvelle fondation" (qui viendrait joindre la liberté et l'égalité) des droits de l'homme dans le cadre de l'État social et démocratique de Droit actuel.

Sans préjudice de son développement postérieur d'une part, et, d'autre part, des opinions doctrinales déjà évoquées, on pourrait faire valoir au moins cinq arguments essentiels afin d'appuyer l'inclusion de la solidarité parmi les valeurs supérieures:

-en premier lieu, du point de vue à la fois international et national, la référence du préambule à la *cohabitation démocratique* et à la *coopération* entre tous les peuples de la terre;

-deuxièmement, d'un point de vue national-régional, la reconnaissance explicite du *principe de solidarité* entre toutes les nationalités et les régions intégrant la nation espagnole dans l'article 2 CE, dont son efficacité est exigée par l'article 138 CE;

-troisièmement, l'idée sous-jacente de solidarité qui, évoquée pour l'accomplissement des devoirs en corrélation avec les droits, établit la Loi Suprême espagnole: c'est le cas notoire du droit à l'environnement et du devoir de le conserver (article 45.1 CE), qui d'ailleurs implique une "indispensable *solidarité collective*" (article 45.2 CE);

-quatrièmement, la jurisprudence du *Haut Interprète* de notre *suprema lex*;

-enfin, la tendance générale, aussi bien normative que jurisprudentielle dans le cadre international, consistant à mettre en relief les droits de la solidarité (en tant que droits de dimension collective) et la

valeur de solidarité (comme la haute manifestation des devoirs de la personne envers la communauté).

Conformément à ce qui précède, la rédaction de l'article 1.1 CE pourrait être la suivante:

"L'Espagne se constitue en État social et démocratique de Droit qui défend la liberté, l'égalité et *la solidarité* en tant que valeurs supérieures de son ordre juridique".

II.-LA JUSTIFICATION SUBJECTIVE DE L'ÉTUDE: LA PERSONNE EN TANT QUE SUJET DU DROIT ET LE RESPECT DE SA DIGNITÉ

La formule de l'article 1.1 CE occupe, d'après la doctrine, une place privilégiée au sein de la norme constitutionnelle, ce qui lui a fait mériter le qualificatif de "norme fondamentale de l'État" au sens où elle accueille l'essence ou la substance de la Constitution.

L'importance de l'article 1.1 CE n'est pas diminuée à cause de notre choix, c'est-à-dire, à cause de l'utilisation des droits de l'homme (notamment les normes européennes ou le droit européen en la matière) en tant qu'élément structurel de notre analyse. Au contraire, les traités sur les droits de l'homme se situent également au plus au niveau (comme normes de *ius cogens*) au sein du droit international. À part cela, il faut noter, selon la perspective subjective énoncée, que *l'État social et démocratique de Droit, à la lumière du droit européen des droits de l'homme, est caractérisé par une conception du développement de la personnalité entendue comme la participation aux valeurs et aux droits dérivés de ceux-ci. La seule condition de personne entraîne cette conséquence majeure.*

De son côté, la doctrine a souligné que l'article 1.1 CE est complété et perfectionné par l'article 9.2 CE, qui contient celle qui est appelée la *clause de progrès* de l'État social et démocratique de droit. Selon l'article 9.2::

"Il appartient aux pouvoirs publics de promouvoir les conditions pour que la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes où il s'intègre soient réelles et effectives".

Sans doute, de la même façon que l'article 1.1 CE comprend la forme globale de l'État espagnol comme un État social et démocratique de Droit et "influence l'ordre juridique dans son ensemble", "l'article 9.2 CE a un sens de totalité". En réalité, l'article 9.2 renferme une immense source potentielle de transformation afin de remplir le contenu de l'article 1.1 CE, surtout en ce qui concerne l'adjectif "social". Le professeur Verdú a

exprimé en termes semblables l'imbrication entre l'article 1.1 et l'article 9.2, ayant manifesté que la société démocratique *avancée*, exprimée du point de vue normatif dans la première disposition, "est un but lointain qui exige une lutte continuelle, car les obstacles auxquelles fait référence l'article 9.2 doivent être surmontés".

En effet, la teneur de l'article 9.2 CE est diaphane dans la mesure où il défend une liberté et une égalité réelles et effectives, celles-ci n'étant pas deux valeurs proclamées *in abstracto*, à l'égard du sujet du droit, c'est-à-dire, "de l'individu et des groupes où il s'intègre". Nous pourrions appliquer à l'article 9.2 CE les réflexions faites par rapport à l'article 1.1 CE, étant donnée l'imbrication déjà mentionnée entre les deux articles, de telle sorte que la solidarité devra être aussi réelle et effective que la liberté et l'égalité, ce qui nous mène logiquement à proposer la rédaction suivante de l'article 9.2 CE.

"Il appartient aux pouvoirs publics de promouvoir les conditions pour que la liberté, l'égalité et la *solidarité* de l'individu et des groupes où il s'intègre soient réelles et effectives".

Nous pensons que cela ne vaut pas la peine de s'étendre au sujet les arguments en faveur de la justification subjective, si ce n'est pour souligner son étroite connexion avec la justification objective, car les valeurs (et les droits qui en sont leurs manifestation) appartiennent nécessairement *aux personnes*: l'article 10.1 CE contient la synthèse de ces affirmations, dans la mesure où les valeurs et leur concrétion en des droits possèdent un noyau commun essentiel: la dignité *de la personne*.

III.-LA SYNTHÈSE DE L'OBJET D'ÉTUDE ET LA CONCRÉTION DE LA MÉTHODE UTILISÉE: LE SUBSTRAT CONSTITUTIONNEL ÉTABLI PAR LA FORMULE ÉTATIQUE ESPAGNOLE ET LA QUÊTE D'UN PARALLÉLISME DANS UN CONSENSUS EUROPÉEN SOCIAL ET DÉMOCRATIQUE DE DROIT

En tenant compte des lignes ébauchées, nous allons étudier l'articulation des mécanismes juridiques existant dans notre ordre juridique constitutionnel, afin de dégager le contenu axiologique de la formule étatique à la lumière des normes européennes et, tout particulièrement, de celui que nous avons appelé le *Droit européen des droits de l'homme* qui, nous le soutenons, ne coïncide pas avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (ci-après CEDH); il ne coïncide pas non plus avec le Droit communautaire. En effet, tout en comprenant ces deux droits, le Droit européen a un champ d'application plus vaste.

Autrement dit, nous cherchons à déterminer le *minimum* nécessaire pour que l'État social et démocratique de Droit ne devienne pas une formule purement théorique, mais plutôt un espace de liberté, d'égalité et de solidarité respectant les exigences minimales européennes en matière de droits de l'homme: ce sont d'ailleurs des exigences internationales par rapport auxquelles l'État espagnol s'est engagé volontairement. Voilà *l'aspect original* qui essaie de servir d'axe à l'ensemble de notre travail. Certes, un grand nombre de monographies et d'autres études scientifiques ont été consacrées à notre formule étatique. Néanmoins, elles ont adopté un point de vue national ou, tout au plus, comparé, et non pas la perspective de l'État internationalement intégré en des structures transnationales. En somme, nous allons utiliser la méthode verticale (intégrative) plutôt que celle horizontale (comparative).

D'une façon plus concrète, notre **objet d'étude** peut être résumé comme il suit: s'il est évident que tous les États européens n'accueillent pas formellement la clause de l'État social et démocratique de Droit, celle-ci est devenue la formule étatique qui répond aux exigences du monde contemporain depuis sa concrétion après la Deuxième Guerre Mondiale, puisqu'elle traduit une série de valeurs implicites, minimales et communes qui, d'ailleurs, sont nées à côté de l'État constitutionnel et conformément à la fameuse devise révolutionnaire française (liberté, égalité, fraternité -ou solidarité-). Certes, *à l'époque elles étaient des valeurs formelles, mais à l'heure actuelle elles peuvent et elles doivent être une réalité. Chacune de ces valeurs correspondant aux qualificatifs de la formule étatique, nous allons étudier leur manifestation subjective essentielle respective, à savoir: le droit à la liberté personnelle, le droit à l'égalité et non-discrimination et le droit à la qualité de vie et à l'environnement (manifestation de la solidarité, dans son aspect positif). Parallèlement à ces manifestations essentielles, il faut encore exiger trois réalisations minimales: la liberté d'information en tant que droit de la liberté, le droit à l'assistance sociale ou à des recours minimaux garantis en tant que droit de l'égalité, et le droit d'asile et de ne pas être expulsé en tant que droit de la solidarité (dans son aspect négatif de tolérance).*

Les rédactions que nous avons proposées *supra*, tout en ajoutant la valeur solidarité aux articles 1.1 CE et 9.2 CE, ne sont pas étrangères aux courants qui inondaient les discussions de l'Après-guerre et qui ont abouti à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. L'article 1 de cette déclaration fournit un vif exemple de proclamation des trois valeurs (liberté, égalité et fraternité) classiques de la trilogie révolutionnaire française qui se trouve à la base de notre étude:

"Tous les êtres humains naissent *libres et égaux* en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de *fraternité*".

Une fois qu'on a fait le choix thématique de la façon exposée, quelle a été la méthode utilisée pour l'aborder? Nous avons essayé de démontrer que les trois valeurs communes mentionnées, avec leurs manifestations essentielles et leurs exigences minimales, ne sont pas toujours respectées dans le cadre national (espagnol). Cette circonstance revêt un caractère plus grave si l'on considère que les instruments internationaux en matière de droits de l'homme ne sont en eux-mêmes qu'un *minimum* (non négligeable, sans doute) qui ne doit pas être méconnu par les États. En ce sens, nous avons procédé en doutant constamment (d'après la méthode cartésienne) que les règles minimales établies par les normes européennes sur les droits de l'homme soient ordinairement accomplies par les États. En utilisant ce procédé, nous avons donc prétendu trouver ce que nous avons appelé le *consensus européen social et démocratique de Droit*, qui constituerait à son tour le *substrat constitutionnel contenu dans notre formule de l'État social et démocratique du droit*. En outre, nous avons guidé notre raisonnement conformément à la méthode de la Dogmatique, afin de dégager un tel contenu minimal des possibilités offertes par l'interprétation des normes européennes et constitutionnelles; ceci n'implique pas l'abandon de l'*approche juridico-constitutionnelle* proposée, étant donné que nous avons utilisé les mécanismes présents dans notre ordre constitutionnel.

Cependant, ce qui précède n'est pas incompatible avec une *approche politico-constitutionnelle* de la question: en effet, la même délimitation de notre objet d'étude, en sélectionnant et en déduisant de l'ensemble de la formule étatique les diverses valeurs et leurs respectives manifestations dans des droits, présuppose déjà l'adoption d'un choix politique, accompagné d'une argumentation juridique. De plus, cette approche politico-constitutionnelle doit compléter l'approche juridico-constitutionnelle, afin de ne pas tomber dans un positivisme purement académique et éloigné de la réalité. C'est justement en vertu de l'étude de la jurisprudence (nous le verrons toute de suite) que l'on peut percevoir la transition entre le droit et la politique, entre la norme et la réalité: l'étude séparée de chacune des valeurs et des droits simplifiera énormément l'étude parallèle de cas de plus en plus complexes. Enfin, l'examen de la documentation déjà existante en la matière (normative, jurisprudentielle et bibliographique) permettra d'obtenir une vision complète de la formule étatique espagnole dans le sens indiqué, en interprétant son contenu essentiel. En fin de compte, comme il sera expliqué plus tard, on esquisse des bases pour la construction européenne: on pourra continuer à développer ces bases par le moyen de la méthode proposée en partant des valeurs communes minimales déjà étudiées, auxquelles il sera possible d'ajouter d'autres manifestations (d'autres droits) afin de perfectionner notre substrat constitutionnel. La rationalité du discours cartésien, en tant que source nous ayant inspiré, ne doit pas faire oublier qu'elle ne négligea jamais la dimension essentielle de la Renaissance, c'est-à-dire l'*humanisme*. L'élection des droits de l'homme comme élément structurel

du travail ne prétend qu'*humaniser* l'analyse du droit constitutionnel, d'une part, et, d'autre part, *dogmatiser* les essais purement *institutionnels* de la construction européenne opérés jusqu'à présent.

Enfin, il convient de préciser que notre sélection des valeurs tirés de la formule étatique, suppose non seulement un choix politique, mais également un choix analytique à travers l'étude parallèle des trois termes qualifiant l'État, sans pour autant négliger l'indispensable vision globale de l'objet étudié. Aussi l'a-t-il déclaré le maître García Pelayo: "la formule État social et démocratique de Droit est une totalité composée par trois moments ou éléments inséparables en interaction réciproque, à savoir: a) l'objectif social, b) la conception ascendante ou démocratique du pouvoir, et c) la soumission des deux termes à la discipline du droit; cependant, nous devons les séparer d'une façon analytique pour montrer quelques-unes des lignes capitales du développement de chacun d'eux dans les autres normes constitutionnelles".

IV.-NOTRE APPROCHE PARTICULIERE ET L'ABSENCE DE TRAITEMENT DE LA QUESTION SOUS L'ANGLE DE L'ÉTAT INTERNATIONALEMENT INTÉGRÉ:

1.-Le choix de l'approche dogmatique dans le cadre de l'État internationalement intégré.

Une fois justifiée la réalisation de notre étude, exprimons le raisonnement logique qui a guidé l'élection de l'approche.

Comme nous l'avons déjà dit, la théorie de l'État a été pratiquée dès l'Antiquité classique dans la recherche de la Cité idéale pour l'homme, mais d'un point de vue essentiellement théorique. Avec la naissance de l'État contemporain à partir de la Révolution française, en tant qu'État constitutionnel de Droit, on adoptera une perspective plus pragmatique, dans la mesure où l'on a continué à développer la Théorie de l'État, laquelle a été complétée avec l'analyse conjoint du droit constitutionnel, c'est-à-dire, avec la Théorie constitutionnelle. Dès lors, toutefois, la plupart des études dans la discipline ont eu comme défaut d'être *étatistes* au lieu d'apporter une vision intégrée dans le contexte international et, d'ailleurs, elles ont exprimé une plus grande préoccupation pour l'arrangement institutionnel et la distribution des pouvoirs dans la construction de l'État (approche organique ou institutionnelle) plutôt que pour la consolidation d'un système de droits (approche dogmatique); et ceci même si le mouvement révolutionnaire français cachait une vocation internationale et créait une "nouvelle langue pour les droits" qui se manifesterait, entre autres aspects, dans la déclarations des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

En tout cas, ce ne sera qu'à partir de la Deuxième Guerre Mondiale que cette "langue des droits" deviendra véritablement internationale (internationalisation marquée par la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948) et que la formule étatique objet d'étude prendra forme dans un texte constitutionnel (la Loi fondamentale de Bonn de 1949). Or, les analyses relatives à l'État social et démocratique de droit continuent à pecher par cette manque de référence à l'intégration internationale et à la prépondérance de l'approche organique sur celle dogmatique. Cette meme caractéristique a eu sa projection dans la construction européenne lorsqu'il a été question d'aborder la création d'un État européen (fédéral) et d'une constitution européenne: en ce sens, l'allusion au déficit démocratique revet un caractère tout particulier quand on met l'accent sur les questions institutionnelles en laissant de coté l'élaboration d'une partie dogmatique dans une future constitution de l'Union. Dans ce contexte, il faut rappeler, en sens inverse, que c'est justement la partie organique qui est en fonction et qui se trouve subordonnée à la partie dogmatique dans un système démocratique.

Pour cette raison, il faut insister sur le fait que l'examen de l'État social et démocratique de droit doit etre réalisé d'une façon inéluctable, à l'heure actuelle, à la lumière des droits et du Droit européen en la matière. Cette approche facilitera son examen comme État internationalement intégré et, en définitive, le comblement de ses buts.

D'un coté, l'élection de ce critère est justifiée parce que, como le rappelle Pérez Luño, "il est très fréquent d'inclure la défense des droits fondamentaux parmi les conditions nécessaires au fonctionnement de l'État de Droit (social et démocratique, peut-on ajouter). Cependant, il n'est pas toujours tenu compte de la partie correlative qu'appartient à la théorie des droits de l'homme dans la formation du concept d'État de droit. (...) En ce sens, pour une compréhension exacte des particularités et de la portée actuelle de l'État de Droit, pour capter le besoin d'impliquer la théorie de l'État et le système des droits fondamentaux, il est inévitable d'aborder le sujet depuis une perspective historique".

D'un autre coté, meme la Constitution dans son article 10.2 fait appel à l'intégration internationale et européenne, notamment en mentionnant "la Déclaration universelle des droits de l'homme et les accords internationaux dans ces matières ratifiés par l'Espagne". Comme on le sait, il s'agit d'une disposition qui doit se voir complétée par la prévision relative à l'intégration de ces normes internationales dans l'ordre juridique interne (article 96.1 CE).

Enfin, comme le professeur López Pina l'a observé, "les droits fondamentaux ont pour objet de distribuer les fonctions entre l'État et la société et de combler le contenu de l'État de Droit (de nouveau, social et

démocratique)". Sans aucun doute, l'élection du critère des droits comme élément structurel du travail devient encore une fois justifiée, étant donné la connexion étroite entre ceux-ci et les institutions ou le système de garanties qui les protègent. Cette circonstance ne doit pas être négligée par un ordre juridique qui se considère démocratique.

Dès le début de son fonctionnement, la juridiction constitutionnelle espagnole, elle-même, a affirmé que les normes constitutionnelles sur les droits de l'homme doivent être interprétées à la lumière du droit international (y compris, d'une façon notoire, le droit européen) des droits de l'homme qui, d'ailleurs, constitue le *point de départ*, c'est-à-dire, le *minimum* auquel nous avons fait référence:

"Pour interpréter ledit article 24 CE afin de concrétiser la portée de ce droit, nous devons partir, comme le font le requérant et le Ministère Public, de l'article 10.2 CE. (...) D'après cette disposition, la *Constitution s'insère dans un contexte international en matière de droits fondamentaux et de libertés publiques*, ce qui oblige à interpréter ses normes en cette matière conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux à ce sujet ratifiés par l'Espagne sur ladite matière" (STC 62/82 du 15 octobre 1982, F. J. 2).

2.-Le status questionis doctrinal et l'absence de l'approche proposée

Il nous reste à préciser notre approche à la lumière des études doctrinales dans ce domaine. Si l'on commence avec un travail devenu classique dans la littérature à ce sujet, on notera que l'ineestimable ouvrage du professeur Garrorena Morales intitulé *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho* opère une magnifique analyse de notre formule étatique, notamment à la lumière de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol, avec des références comparées pertinentes à d'autres modèles constitutionnels européens, surtout aux modèles allemand et italien (en revanche, il n'y a aucune allusion à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme). Par conséquent, il utilise la méthode verticale à partir du moment où il examine des modèles constitutionnels comparés, au lieu d'examiner le modèle horizontal en prenant en considération les normes internationales. C'est le cas aussi pour le livre du professeur González Navarro *El Estado social y democrático de derecho*, qui contient des références à la jurisprudence du Tribunal Supreme et aux deux modèles constitutionnels mentionnés, avec une allusion presque rapide et imperceptible à la "transcendance qu'eut la création de la Communauté européenne pour l'interprétation de la clause".

Certes, la méthode comparée possède des vertus, mais elle a été également caractérisée par des analyses trop institutionnalistes; d'ailleurs, si l'on veut étudier la formule étatique espagnole, une méthode celle-ci s'avère tout à fait insuffisante et elle doit être complétée par la méthode verticale proposée dans notre étude et, surtout, par les normes européennes en matière de droits de l'homme.

Les spécialistes du Droit pénal ont étudié cette discipline dans le cadre de l'État social et démocratique de Droit en se penchant exclusivement, ou presque, sur la méthode horizontale ou comparée. À titre d'exemple, le professeur Mir Puig, semble annoncer dans l'introduction de son ouvrage *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho* une combinaison entre la méthode verticale (il parle de "l'édification de l'unité européenne") et la méthode horizontale (il se réfère également à un "processus de rapprochement des législations pénales européennes"). Toutefois, la lecture de son livre n'offre aucun doute quant au choix exclusif en faveur de la deuxième méthode mentionnée. Cette vision restrictive est adoptée par Hormazábal Malarée dans son livre *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, ainsi que par Serrano Piedecabras dans *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*.

Il serait possible de continuer à citer d'autres travaux concernant notre formule étatique, élaborés aussi bien par des constitutionnalistes que par des spécialistes d'autres disciplines, mais il y a une bibliographie trop large dans ce domaine (et de nombreuses approches) qui rend impossible une étude détaillée de l'ensemble. En tout cas, il s'imposait de fixer les limites de l'objet de notre recherche: voici l'aspect principal que nous venons d'aborder et que nous devons à présent compléter pour justifier l'opportunité de notre approche. En ce sens, nous ne pouvons pas nous abstenir de prendre en compte les perceptions de plusieurs constitutionnalistes espagnols.

Dans ce contexte, Cascajo Castro a indiqué "l'impossibilité de définir d'une façon univoque et définitive le concept qui nous occupe; d'ailleurs, on a consacré nombre d'efforts vains et inutiles à cette tâche, ce qui relève du fait de la multiplicité évidente de dimension de l'État de Droit. (...) Néanmoins, il existe une série de lieux communs constituant des caractéristiques essentielles de l'État de Droit (...) De plus, il semble généralement accepté que tout cela sert en tant que garantie pour quelques valeurs précises de la culture juridique actuelle, parmi lesquelles la dignité de la personne humaine, ainsi que la liberté, la justice et l'égalité. (...) C'est pourquoi on peut comprendre que la lutte pour l'État de Droit peut être considérée comme une tâche qui est toujours proposée mais qui n'est jamais réussie. De toute façon, la doctrine a déjà souligné cet élément dynamique et à la fois conflictuel de l'État social et démocratique de Droit". Ce sont des observations approfondies (et presque

provocatrices) qu'il faut mettre en relief en y ajoutant les nuances suivantes:

-d'abord, nous ne voudrions pas pecher par naiveté et donc, définir définitivement le modèle espagnol instauré dans l'article 1.1 CE 9 (c'est ainsi que nous proposons un consensus européen, c'est à dire, un substrat constitutionnel, des minima qui devraient être progressivement élevés), mais nous espérons que notre effort ne sera pas vain et inutile en l'abordant du point de vue des normes européennes relatives aux droits de l'homme.

-deuxièmement, les valeurs minimales et leurs concrétions en des droits, tels que nous les avons présentés, prétendent être encadrés dans cette série de lieux communs auxquels nous avons fait allusion, avec une nuance, à savoir, que nous ajoutons la solidarité parmi les valeurs de la formule étatique;

-en dernier lieu, le dynamisme et la conflictivité de la formule étatique, a fortiori, nous encouragent à inscrire notre étude dans la "tache qui est toujours proposée mais qui n'est jamais réussie" dont Cascajo Castro parle.

En particulier, la contribution du professeur Lucas Verdú nous paraît essentielle pour conclure l'exposé de notre approche. Malgré le caractère précoce de ses prémisses, nous estimons que ses réflexions sont susceptibles de connaître un grand développement. En effet, son étude présente le mérite, entre autres, d'avoir suggéré la perspective internationale et notamment européenne tout en tenant compte des droits de l'homme. C'est justement cette approche, n'ayant pas fait, d'après nous, l'objet d'analyse de la part de la doctrine constitutionnelle, que nous voulons adopter dans notre recherche. Dans ses réflexions sur l'article 1 CE, Lucas Verdú s'interroge sur le point de savoir si la culmination de la formule étatique "peut connaître un progrès qualitatif de l'État social et démocratique de Droit et si, éventuellement, le terme technique désignant une telle possibilité verra le jour. Peut-être l'État de Droit autogestionnaire? À supposer que la structure étatique soit compatible avec une autogestion complète. Pour le moment, on ne peut que suggérer l'internationalisation de l'État social et démocratique de Droit au moins dans le cadre du *ius publicum europeum*. Il ne faut pas oublier que l'article 10.2 en vertu duquel les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés publiques reconnus dans la Constitution -qui constituent un élément de notre État de Droit- doivent être interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux relatifs à ces matières ayant été ratifiés par l'Espagne".

V.-LA VALIDITÉ DE L'ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE ET LE CARACTERE TRANSITIF DE LA NORME ET DE LA RÉALITÉ.

Comme nous l'avons signalé, l'article 10.2 CE réclame une interprétation des droits fondamentaux et des libertés reconnus dans la Constitution conformément aux normes internationales en la matière, ce qui rend le rôle de la jurisprudence nationale insuffisant. Par conséquent, il ne suffit pas d'analyser celui-ci (et notamment, le rôle du TC, ainsi que, en ce qui concerne certains aspects, celui du TS et même celui d'autres juridictions), étant nécessaire d'examiner également la jurisprudence internationale (essentiellement, celle des organes de protection de la Convention européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de Justice de la Communauté européenne). Bien entendu, on ne peut pas oublier la transcendance de l'article 96.1 CE, dans la mesure où il constitue une condition préalable pour la mise en œuvre de l'article 10.2 CE. Cependant, cette incidence a été largement discutée par les auteurs dans le cadre des tensions éventuelles entre les Droits nationaux et le Droit international, prise du point de vue institutionnel et du système des sources du Droit. Pour cette raison, nous n'allons pas en rajouter. En tout cas, il ne reste qu'à insister sur le fait que cette discussion doit être complétée par l'approche dogmatique et perfectionnée par le biais de l'intervention des juridictions pertinentes, afin que celles-ci "disent le Droit" et offrent une solution aux conflits mentionnés; c'est ainsi que la contradiction entre les ordres juridiques acquiert un caractère pragmatique car, après tout, il s'agit de protéger l'intérêt des citoyens et leurs droits.

En conséquence, l'étude de la jurisprudence prendra une place non négligeable dans cette recherche, car elle rend possible le caractère transitif de la norme et de la réalité, de la Politique et du Droit, ce qui d'ailleurs est inévitable en Droit constitutionnel. Or, cette affirmation doit être nuancée.

En premier lieu, il ne faut surtout pas croire à une attitude d'adoration de notre part envers la jurisprudence, mais simplement à la reconnaissance du rôle joué par celle-ci, étant donné qu'elle permet dégager de la réalité des principes communs qui sont valables dans le domaine d'action des organes judiciaires respectifs. En ce sens, par exemple, il a été maintenu que la juridiction constitutionnelle d'un pays culmine le système des droits fondamentaux (et, par ce biais, il culmine également le système de contrôles interorganiques, ce qui montre à nouveau que la partie organique dépend de la partie dogmatique) dans le domaine national. Si on est cohérent, on devrait ajouter que les organes judiciaires européens (surtout la Cour de Strasbourg) supposent pour leur part la culmination d'une partie considérable du système des droits

fondamentaux dans le domaine européen. De la même manière que l'on admet que l'ordre juridique et constitutionnel est composé par la Constitution et par les arrêts du Tribunal Constitutionnel, on peut soutenir que le système européen est composé non seulement par les normes européennes dans la matière mais aussi par les résolutions des organes (surtout judiciaires) qui les interprètent en dernier ressort, en tant que culmination du système: ce serait, notamment, le cas de la Convention européenne de 1950 et ses Protocoles Additionnels, qui sont développés, d'une part, par la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme et d'autre part, le cas du Droit communautaire, qui est complété par la jurisprudence de la Cour de Justice. D'une manière progressive, et sur le fondement prescriptif de l'article 10.2 CE, les organes nationaux (y compris le TC) ont adopté et souligné également le caractère contraignant des décisions européennes, comme ça a été souvent le cas des décisions de la Cour de Strasbourg, mais aussi de plus en plus celles de la Cour du Luxembourg.

En deuxième lieu, il faut faire valoir un esprit critique si on veut suivre l'approche proposée. Il a été souligné, à juste titre, que les décisions des magistrats de la juridiction suprême ou constitutionnelle d'un pays sont définitives non pas parce que les magistrats sont infallibles, mais qu'ils sont infallibles parce que leurs décisions sont définitives. Un tel raisonnement pourrait être appliqué aux magistrats des juridictions européennes. Face à cette réalité, et face à l'éternel problème "qui garde le gardien", il semble que la solution passe par la critique de l'opinion publique et, dans ce contexte, de l'autorité des opinions doctrinales. Ceci aura pour effet, en particulier, d'obliger les magistrats européens à motiver leurs arrêts, non seulement pour obtenir l'adhésion des citoyens européens mais surtout pour empêcher les Etats de faire obstacle à l'acceptation et à l'exécution postérieure desdits arrêts.

En troisième lieu (et c'est là que se trouve le noyau de notre étude), la critique doctrinale doit être constructive et, à part cela, les auteurs sont censés offrir non seulement des solutions *a posteriori*, mais spécialement *a priori*, afin de rendre plus facile la tâche des autres acteurs juridiques. Qu'est-ce que cela veut dire? Cela veut dire que l'étude de la jurisprudence européenne (et son influence sur la jurisprudence nationale) permet d'entrer dans le domaine de ce qu'Austin a appelé la "jurisprudence générale ou universelle", c'est-à-dire, "la description des objets et buts du Droit qui sont communs à tous les systèmes, ainsi que des ressemblances entre les différents systèmes reposant sur la nature commune de l'homme (...). Ces ressemblances, qui se sont étroitement liées et qui couvrent une grande partie du domaine de recherche, restent nécessairement limitées à celles existant entre les systèmes de quelques nations, d'autant plus qu'il n'y a que peu de systèmes qu'on peut connaître, et façon imparfaite".

Dans le premier tiers du XIX^e siècle, Austin pensait qu'il n'y avait que deux ou trois systèmes nationaux qui méritaient une attention particulière à savoir: les écrits des juristes romains, les décisions des juges à l'époque moderne et le caractère systématique des normes contenues dans les codes français et prussien. Transposés à notre époque, nous estimons qu'il faut tenir compte spécialement du système européen des droits de l'homme. La justification de ce choix relève des faits suivants: d'une part, le sens du système européen peut être plus facilement saisi par rapport à la dispersion à laquelle Austin doit faire face à son époque, où on ne pouvait concevoir une juridiction internationale ni l'émanation de résolutions judiciaires à partir d'une ou deux cours européennes; d'autre côté, le système européen pourrait être considéré plus parfait d'un point de vue strictement formel ou positif; enfin, et surtout, le système européen regroupe une série de nations qui partagent à échelle européenne un système de valeurs dont le respect permet de dégager des exigences minimales pour "la nature commune de l'homme" et de donner un sens à la formule étatique espagnole, grâce à un consensus européen social et démocratique de Droit.

Malgré le temps qui s'est écoulé depuis la contribution du juriste britannique, son idée centrale (avec les nuances déjà signalées) reste toujours valable: il s'agit "du pouvoir de la raison pour obtenir par induction à partir des circonstances particulières de chaque moment historique, la formule assurant le bonheur d'un groupement humain". Cette vision axiologique a déjà été ébauchée. Notre tâche constructive, donc, doit consister d'abord dans la systématisation de la jurisprudence européenne afin d'induire la formule mentionnée (*consensus européen social et démocratique de Droit*), ainsi que dans la description des principes communs qui lui donnent un fondement; par conséquent, cette construction sera faite à partir des nombreux arrêts des organes européens de protection des droits de l'homme. Après que ces principes aient été tirés, et tout en tenant compte de la nécessité de respecter obligatoirement ces arrêts en tant que compromis internationaux dans la matière, les pouvoirs de l'État (le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire) n'auront plus de prétexte pour retarder la réalisation des exigences minimales qui découlent du consensus européen dans le cadre national.

Il est convenable d'introduire une valoration au sujet de ce dernier point. En effet, en ce qui concerne le respect aussi bien des normes internationales que nationales, les pouvoirs législatif et exécutif ne doivent pas supporter de conséquences juridiques aussi importantes que le pouvoir judiciaire en cas d'omission ou de retard injustifié. Comme on le sait, les juges ont à subir des conséquences juridiques de grande portée (même dans l'ordre pénal) s'ils ne se prononcent pas ou s'ils donnent lieu à un retard manifeste par rapport aux affaires dont ils ont été saisis; en d'autres termes, ils leur est interdit de donner lieu à une décision de non

liquet. L'accomplissement de ce devoir juridique peut être compliqué s'il n'y a pas une collaboration entre les pouvoirs publics, c'est-à-dire, si le pouvoir législatif a un retard dans l'élaboration de lois (qui doivent être appliquées par les juges) étant exigées par un besoin social impérieux, ou s'il y a une omission de la part du pouvoir exécutif par rapport à l'enquête de faits contestés et à l'exécution postérieure des décisions judiciaires. En plus, la position du juge serait encore plus compliquée si la doctrine scientifique décidait également de ne pas apporter son concours au fonctionnement du système: lorsque qu'il y a des problèmes juridiques, les auteurs doivent essayer d'apporter des solutions avant que les tribunaux n'en soient saisis, afin que ceux-ci disposent d'arguments préalables.

C'est peut-être à cause du manque de collaboration du pouvoir législatif envers le pouvoir exécutif (et donc, du plus grand rôle de la part du pouvoir judiciaire) que l'État contemporain a évolué vers un *État de justice* se caractérisant par un protagonisme croissant de juges. En ce sens, on pourrait dire que cet État de justice représente un dernier stade par rapport, d'abord, à l'État libéral de Droit où le parlement était souverain et où le pouvoir des juges était en quelque sorte nul (d'après Montesquieu) et, après, à l'État social de Droit où la crise du parlement coïncide avec un renforcement de l'exécutif. Certes, une plus grande collaboration institutionnelle et l'apport de la doctrine donneront lieu à un meilleur équilibre des pouvoirs et, d'autre part, à une mise en œuvre plus efficace des droits des citoyens: l'état de la doctrine que nous avons suggéré ne supposerait en aucun cas la crise des autres États, mais simplement il serait leur complément nécessaire. En dernier lieu, le protagonisme judiciaire pourrait se trouver à l'origine de l'adoration jurisprudentielle déjà mentionnée. Les réflexions précédentes sur le rôle de la doctrine et de la jurisprudence nous obligent à étudier, même si ce n'est que brièvement, la portée de ce qu'on appelle respectivement la Théorie constitutionnelle des valeurs et la jurisprudence des valeurs.

VI.-LA THÉORIE CONSTITUTIONNELLE DES VALEURS ET LA JURISPRUDENCE DES VALEURS DANS L'INTERPRÉTATION DU CONTENU DE LA FORMULE ÉTATIQUE

Dans le domaine du Droit pénal, Mir Puig a analysé l'influence de notre formule étatique en partant d'une "élaboration du Droit positif qui va au delà de l'exégèse purement logique et littérale des lois". Cette autorité en Droit pénal fait référence à la nécessité d'avancer dans des perspectives offrant plus de possibilités de création matérielle du Droit, afin de dépasser les limites étroites du formalisme dans la recherche juridique; d'après cet auteur, la contribution politique et criminelle (pour

nous, la contribution politique et constitutionnelle) s'inscrit dans ces perspectives. Par ailleurs, il rappelle que même avant la Révolution française et la matérialisation politique et juridique des idées libérales, "l'élaboration juridique ne s'était jamais limitée à la reproduction des lois en vigueur. (...) Jusqu'au triomphe du libéralisme, on n'avait jamais ressenti la nécessité de réserver en exclusivité au législateur la fonction de créer le droit, de sorte que les juges et les théoriciens avaient toujours été guidés par leur raison pour compléter, corriger et même remplacer la législation. La manifestation plus importante de cette procédure eut lieu, nous le savons, à Rome, où le Droit fut en partie un produit essentiel des apports créateurs (les responsa) des juristes".

Ce qui précède illustre en quelque sorte, malgré le temps qui s'est écoulé, la signification que nous avons voulu donner à l'*état de la doctrine*. Bien entendu, nous ne prétendons pas suivre l'extrême opposé à la doctrine exégétique, c'est-à-dire, l'École libre du Droit. Dans notre discipline, Baldassarre a signalé qu'il est nécessaire de surmonter le formalisme purement kelsénien et que, par conséquent, celui-ci doit "céder sa place à une Théorie de la Constitution qui en même temps devient théorie des valeurs constitutionnelles", ce qui ne peut pas être ignoré -selon l'auteur italien- par la juridiction constitutionnelle.

Dans le cas des juges, la création matérielle du Droit est rendue plus facile par l'ordre juridique (ce qui implique un équilibre par rapport à leur obligation de résoudre en tout cas les affaires dont ils ont été saisis), étant donné que celui-ci contient des sources subsidiaires telles que les principes généraux du Droit. Dans ce contexte, les juges (dans leur tâche jurisprudentielle) et les auteurs (dans leur tâche doctrinale), peuvent et doivent utiliser la méthode de l'interprétation (celle-ci supposant à l'avance l'existence d'une norme, car on interprète la norme) et la méthode de l'intégration (lorsqu'il y a une lacune normative) pour dévoiler le sens du Droit européen des droits de l'homme, ce qui permettra en même temps de dégager le contenu du consensus européen social et démocratique de Droit et de la formule étatique de l'article 1.1 CE.

En effet, l'interprétation du système des droits de l'homme acquiert plus d'importance lorsque nous nous plaçons dans le domaine de l'article 1.1 CE, car "si nous n'oublions pas le caractère fondateur de la norme d'ouverture, nous constaterons que sa portée interprétative est supérieure par rapport à autres dispositions constitutionnelles du point de vue qualitatif". C'est ainsi que, par le biais de l'interprétation du système des droits de l'homme (qui, dans notre discipline, n'est qu'une partie de l'interprétation constitutionnelle), on pourra être à la hauteur du consensus européen, sans qu'une réforme de la Constitution soit nécessaire. Cette dernière solution doit être réservée pour les cas extrêmes, où la voie de l'interprétation et celle de l'intégration s'avèreront inutiles pour respecter les normes européennes: cela a été le cas, d'ailleurs, au sujet

de l'unique réforme constitutionnelle qui est intervenue en Espagne jusqu'à présent, où la question des droits de l'homme (notamment le droit de suffrage des étrangers communautaires résidant en Espagne lors des élections municipales) n'a pas été absente.

Le professeur Cascajo Castro a expliqué qu'à partir "de la constitutionnalisation de la formule magique de l'État social et démocratique de Droit dans l'article 1.1 du texte en vigueur, apparaît (d'une manière désordonnée et inégale) une doctrine abondante autour de ce concept qui, d'une façon générale, ne présente pas suffisamment de rigueur et d'utilité pour sa compréhension adéquate. La cause de cela réside dans le chemin parcouru par une doctrine erronée essayant de fournir des définitions spéculatives sur le sens à donner à une formule aussi complexe et insaisissable, plutôt que de chercher son contenu normatif contraignant, qui peut être déduit par des moyens rationnels en partant du texte lui-même".

En ce sens, nous avons essayé de ne pas commettre une erreur en adoptant l'approche et la méthode proposées. Ainsi, notre délimitation de l'objet d'étude impliquerait en même temps une délimitation de ce contenu normatif contraignant de la formule, étant donné que nous avons utilisé pour sa déduction l'ordre juridique lui-même. En parlant d'"ordre juridique" et non de "texte constitutionnel" nous évitons l'exclusion des normes européennes sur les droits de l'homme, qui sont la base de notre étude.

Le professeur Lucas Verdú nous avait déjà prévenu à ce sujet: tout en insistant sur l'aspect double (juridique et politique) de toute norme constitutionnelle, il dénonçait une "renonciation, consciente ou non, par rapport à un néopositivisme juridique qui manifeste un certain dédain et qui oublie les aspects axiologiques de l'État social de Droit et de l'État démocratique de Droit, tous deux synthétisés dans notre Constitution". Cette renonciation est d'autant plus critiquable que l'article 1.1 CE formalise, d'après le professeur cité, "notre Constitution matérielle".

Pour sa part, Fernández Segado, qui a étudié les valeurs supérieures incluses dans notre formule étatique de l'article 1.1 CE, a indiqué que "cette disposition nous montre d'une façon très claire que notre Constitution n'est pas tombée dans les limites étroites du positivisme juridique; bref, nous ne sommes pas en présence d'un code de tendance positiviste". Pour cette dernière raison, aucun acteur juridique ne doit agir conformément au positivisme qu'on vient de dénoncer: c'est en ce sens que nous l'avons remarqué au sujet de la doctrine; mais cette affirmation est également valable en ce qui concerne les juges, d'autant plus qu'une jurisprudence des valeurs acquiert une importance croissante. Il est évident que "les principes et valeurs jouent une fonction essentielle en tant que critères orientateurs des décisions des juges, qui devront étudier

les intérêts en conflit (...) en tenant compte de l'idéologie juridique et politique présidant le texte constitutionnel".

Pour en conclure, nous voulons exprimer notre adhésion aux paroles de Roldán Barbero dans son étude "Democracia y Derecho europeo", celle-ci mettant en valeur la connexion entre les apports juridiques et constitutionnels d'une part, et, d'autre part, les apports politiques et constitutionnels", dans le sens ébauché: "En ce sens, l'un des points principaux de notre raisonnement: le Droit européen, connaît une influence réciproque de plus en plus importante avec le Droit constitutionnel et avec la pensée politique".

VII.-LA CONVERGENCE DES PERSPECTIVES NATIONALE ET INTERNATIONALE A TRAVERS LE SYSTEME DES DROITS DE L'HOMME

En poursuivant le développement de notre approche, nous devons souligner que son application au système des droits de l'homme comporte des avantages importants. A part celles qui ont été déjà exposées et qui portent sur l'utilisation des droits de l'homme en tant qu'élément structurel de l'étude, la vision systématique permettra de concilier la portée des articles 10.2 et 96.1 CE. En effet, le fait d'encadrer la discussion relative à la réalisation de l'État social et démocratique de Droit dans le système des droits de l'homme, permet de nuancer les réticences étatiques (surtout de la part des exécutifs et des parlements nationaux, qui dans la pratique, respectivement, signent et ratifient les accords internationaux) concernant la perte de souveraineté, car les conflits éventuels pourront être résolus par les organes judiciaires pertinents.

Comme on vient de le dire, dans le domaine pratique (manifesté dans la jurisprudence) la question de la souveraineté est nuancée: l'action et la projection de l'exécutif et du législatif nationaux sont perçues normalement en tant que des poles opposés par rapport aux institutions internationales en cas de manque de coincidence entre la réalité nationale et la réalité internationale; par contre, dans le cadre de la jurisprudence, l'action du juge international ne peut pas être conçue en termes d'opposition (et cela malgré la considération de l'administration de la justice comme une faculté du souverain dans la théorie classique de la souveraineté de Bodin), mais de complémentarité par rapport au juge national. Grace à cette deuxième conception, le juge international offrira son concours pour l'interprétation du système des droits de l'homme et, par conséquent, il s'agira d'une action à l'intérieur même du système. De ce point de vue, il y aura une action de synergie entre le juge national et le juge international dans la réalisation de la justice et dans la réalisation du consensus européen social et démocratique de Droit. Il ne faut pas

oublier, enfin, que c'est sur le plan transnational que l'action souveraine des États vient coïncider avec celle de la communauté internationale car, en tout cas, les deux actions (n'étant pas contradictoires) poursuivent la réalisation du même but et elles ont le même sujet: des droits de l'homme ou de la personne.

Il faut encore approfondir les aspects qui viennent d'être mentionnés: d'un côté, celui de la complémentarité du juge national et du juge international; d'autre côté, celui de la réalisation du même but dans l'ordre national et dans l'ordre international en matière de droits de l'homme.

1.-La Complémentarité du juge national et du juge international. Interprétation et intégration du système.

En ce qui concerne le premier aspect, il faut remarquer que la complémentarité de fonctions entre le juge national et le juge international découle d'une circonstance logique, à savoir la relation réciproque entre le système national et le système international dans le système global des droits de l'homme. Le professeur Bidart Campos se réfère à ceci lorsqu'il indique que "la norme nationale et la norme internationale ont une influence réciproque. (...) Dans ce contexte, il n'est pas incorrect d'affirmer que le Droit international des droits de l'homme incorpore le Droit national en tant que source du Droit lorsque celui-ci contient des éléments plus favorables que celui-là, ce qui manifeste un phénomène important et très utile: jusqu'à présent la science juridique s'occupait du problème consistant à analyser les cas et la façon qui faisaient du Droit international une source du Droit national; maintenant, en plus, il y a l'influence en sens inverse: le Droit national devient une source du Droit international des droits de l'homme dans la mesure et dans les cas où il est plus favorable pour le système des droits"; cela implique -selon l'auteur- un progrès vers "la maximalisation intégrale du système".

On risquerait de penser que la contribution précédente reste sur un plan purement théorique, mais ce n'est pas cela. Tant l'ordre national comme l'ordre international présentent des clauses faisant appel à cette influence réciproque: en ce qui concerne l'ordre international, la plupart des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme admettent (en tant que manifestation du *minimum* qui doit être respecté par les États) qu'ils ne peuvent pas rendre moins favorables les normes nationales en la matière, ce qui montre un choix très clair au profit de la norme plus favorable à la personne humaine (principe *favor libertatis* ou principe *pro homine*). Dans le cadre régional européen, l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme est tout à fait catégorique:

"Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre convention à laquelle cette Partie contractante est partie".

Par rapport à l'ordre national (espagnol), la jurisprudence constitutionnelle a reconnu le respect du principe relatif à l'interprétation des normes dans le sens plus favorable aux droits fondamentaux:

"Il est vrai que l'article 24 CE -droit au procès équitable- prescrit l'interprétation des normes de procédure de la manière la plus favorable au droit fondamental qu'on essaie de mettre en oeuvre. Par ailleurs, cette prescription, qui est générale pour tous les droits fondamentaux, ne doit pas être comprise comme si elle imposait une seule interprétation (...)"

En effet, si les normes les plus favorables relèvent du Droit international des droits de l'homme, il appartient à celui-ci d'être appliqué. C'est ce qui découle de l'article 10.2 CE, dont le caractère contraignant a été mis en valeur et renforcé par le TC à plusieurs reprises.

Comme synthèse de l'influence réciproque que nous venons d'examiner, il nous semble qu'il est très pertinent (car cela éclaircit la question) de citer un paragraphe de la Commission européenne des droits de l'homme, étant donné qu'il se réfère aux normes européennes qui sont le fondement de notre étude; en plus, la réflexion de la Commission ne met pas seulement l'accent sur l'influences mutuelle des ordres juridiques (l'ordre européen et l'ordre national), mais elle évoque également l'idée de la construction européenne s'appuyant sur la Convention européenne et ses Protocoles:

"Comme la Convention reflète l'ordre public européen, la Commission peut recourir, pour l'interpréter, à la longue expérience de plusieurs Etats membres. Par exemple, le principe de neutralité et de tolérance au sujet des convictions religieuses constitue en France le résultat d'une longue période de conflits scolaires".

Puisque, comme nous l'avons indiqué, le Droit européen des droits de l'homme n'est pas uniquement constitué par celui qui est élaboré au sein du Conseil de l'Europe, on peut donner comme exemple de ceci une référence à l'Union européenne, où l'on évoque également l'idée de l'influence réciproque des ordres juridiques. En ce sens, et sans laisser de côté les droits de l'homme, le Traité de Maastricht non seulement fait une place très importante à la Convention européenne des droits de l'homme, mais encore il énonce clairement la symbiose du Droit communautaire et du Droit national par le biais des principes généraux du Droit. C'est ce qui découle de l'article F.2 (Titre I) du Traité sur l'Union européenne:

"L'Union respectera les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis dans la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de

l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils découlent des traditions communes aux États membres en tant que principes généraux du Droit communautaire".

2.- L'interprétation et l'intégration du système

Il faut noter, en liaison avec le second point mentionné (l'identité des objectifs de l'ordre national et de l'ordre international) les réflexions récentes du professeur Cançado Trindade, qui sans oublier l'opération d'influence réciproque (dans laquelle, d'ailleurs, les juges n'ont pas besoin d'attendre l'interprétation finale du juge international, car ils peuvent également appliquer le Droit international quand il s'intègre en tant que partie du Droit interne), souligne la coïncidence des objectifs entre l'ordre interne et l'ordre international: "Il appartient donc aux juges internes d'interpréter et d'appliquer les lois dans les pays respectifs, tandis que les organes internationaux exercent la fonction de contrôle, dans les conditions et dans les paramètres des prescriptions qui leur ont été donnés par les traités et les instruments de droits de l'homme respectifs. En plus, ce sont les tribunaux internes, et d'autres organes des États, qui doivent assurer la mise en oeuvre au niveau interne des normes internationales de protection, ce qui met en valeur l'importance de leur rôle dans un système intégré tel que celui de la protection des droits de l'homme, dans lequel les obligations conventionnelles incluent un intérêt commun supérieur de tous les États Parties, celui de la protection de l'être humain" -et il ajoute- "l'accomplissement de ces obligations internationales de protection requiert le concours des organes internes des États, et ceux-ci sont tenus d'appliquer ces normes internationales. Telle est la caractéristique la plus remarquable des traités sur les droits de l'homme, qui ont une spécificité particulière et qui requièrent une interprétation particulière guidée par les valeurs supérieures communes qu'elles contiennent, contrairement aux traités classiques qui se bornent à réglementer les intérêts réciproques entre les Parties. Les grands bénéficiaires de l'interaction entre le Droit international et le Droit interne dans ce contexte.

Nous devons affirmer que c'est une erreur, en matière de droits de l'homme, de s'entêter avec le cliché de l'opposition entre le Droit national et le Droit international, entre le juge national et le juge international, entre les intérêts nationaux et les intérêts supranationaux, d'autant plus quand on se trouve dans un domaine dans lequel les frontières sont de plus en plus floues, dans lequel l'individu (indépendamment de sa nationalité et de toute autre condition personnelle ou sociale) est le sujet de droits inhérents à lui, qui sont les attributs essentiels de sa personne. Les incompatibilités suggérées sont, sinon supprimées, du moins extraordinairement amoindries dans le contexte du système des droits de l'homme.

Certes, le système des droits de l'homme repose sur un ordre de valeurs, dont la compréhension permet de découvrir des lacunes ou des erreurs et donc, de trouver une norme favorable pour la protection de ces droits, ce qui permettrait de parler sans un optimisme excessif du "système complet de droits". En ce sens, l'apport de Bidart Campos nous semble encore une fois intéressante: "Pour ne pas laisser de côté, méconnaître, ou nier des droits qui n'ont pas une norme spécifique, nous prenons comme point de départ un concept essentiel et préalable, que nous formulons comme il suit: un système de droits dans un État démocratique jouit d'un caractère complet englobant, car l'espace dans lequel des normes existent dispose, comme substrat ou structure sous-jacente, de principes, de valeurs, de finalités et de raisons historiques qui sont inhérents à l'ordre des normes et qui donc, sont capables de combler et de remplir ses lacunes, autant que de guider l'interprétation des normes qui contiennent des droits".

Comme le professeur argentin l'a dit: "nous prenons comme point de départ une conviction juridique et philosophique très importante: celle qu'il y a des droits bien qu'il n'y ait pas de normes à leur sujet". Ceci n'est pas un obstacle pour la compréhension correcte du système, qui est composé par un ordre où les éléments juridiques et positifs sont combinés avec les éléments axiologiques. Il y a également d'autres éléments (historiques, politiques, etc.) qui dans son ensemble sont inspirés par la même philosophie et qui poursuivent le même but. La formule de l'État social et démocratique de Droit contient en elle-même cet élément juridique et positif, dans la mesure où elle prend corps dans une norme (l'article 1.1 CE) ainsi que l'élément axiologique, au sens où elle défend une série de valeurs supérieures. Tout cela, enfin, est imprégné par la philosophie profonde qui est sous-jacente dans l'article 10.1 et dans le Préambule CE.

VIII.-LA DIMENSION HISTORIQUE DE LA FORMULE ET LES VALEURS GÉNÉRATIONNELLES

La perspective historique ne peut pas être ignorée pour l'interprétation du système des droits de l'homme. En effet, le fait de centrer la discussion de l'État social et démocratique de Droit dans le système des droits de l'homme a été justifié dès que l'évolution de chaque modèle d'État ou de formule étatique a été associée à la primauté d'une catégorie de droits, ce qui correspond à l'idée des générations de droits. Ainsi -à part le fait que les auteurs, s'agissant d'un concept de la doctrine, ont des avis différents même en ce qui concerne le nombre de générations- la réduction qui a été faite a consisté le plus souvent d'abord, à mettre en rapport les droits civils et politiques ou droits de la liberté dans un État

libéral de Droit de Droit né avec la révolution bourgeoise de 1789; ensuite, après l'impulsion donnée par la révolution prolétarienne de 1917, à associer avec l'Etat social de Droit la naissance des droits économiques et culturels ou droits de l'égalité; et enfin, à placer l'apparition des droits de la dernière génération ou de solidarité à partir de la Seconde Guerre Mondiale avec l'introduction de la formule de l'État social et démocratique de Droit.

En tout cas, la vision systématique des droits de l'homme permet une interprétation synchronique de l'évolution de ces droits (prise sous un angle diachronique), de telle façon qu'à la suite de cette évolution, il faut établir ce qui suit:

a) Chaque nouvelle forme d'État n'a pas impliqué la disparition de la forme précédente mais simplement son acceptation, de manière que la combinaison de la liberté, de l'égalité et de la solidarité s'impose de nos jours.

b) Il est nécessaire de réaliser une interprétation intégrale et de souligner l'implication réciproque des termes de la formule actuelle de l'État social et démocratique de Droit.

c) L'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme exige de mettre sur un même niveau les droits des différentes générations, car ils ont tous comme noyau la dignité de la personne.

d) L'emplacement d'un droit dans l'une ou l'autre des catégories/génération n'est pas une simple opération mathématique d'après des règles absolues, car l'exercice des droits a été établi par les différentes formes d'État et par l'action, ou l'omission, des pouvoirs dans chaque situation; on peut parler de droits de nature mixte ou appartenant à différentes catégories.

e) L'imbrication entre la démocratie et les droits fondamentaux exige que celle-là, pour être complètement réalisée, se manifeste non seulement comme une démocratie politique et comme une protection des droits civils et politiques, mais aussi comme une démocratie solidaire (avec le respect des droits de la solidarité).

f) La notion de génération en tant que moment créateur des droits doit être nuancée, étant donné que, peut-être, les tentatives de protection des droits sociaux (plus précisément au sein de l'Organisation Internationale du Travail avec sa préoccupation au sujet des conditions de travail dignes pour les enfants et les femmes) ont précédé les droits visant la satisfaction des droits politiques; on peut même mentionner la protection des droits des minorités (droits collectifs ou de la solidarité) au sein de la Société des Nations.

Les réflexions précédentes favorisent l'utilisation au niveau méthodologique des valeurs générationnelles citées, car à partir de ceux-ci on extrait les principes communs qui sont à la base des exigences minimales que doit remplir notre formule étatique à la lumière du consensus européen social et démocratique de Droit. Néanmoins, avant d'approfondir ces principes, il faut noter une observation pertinente en rapport avec le raisonnement que nous avons suivi. En ce sens, nous disions que l'État contemporain naît comme un État constitutionnel de Droit dans le contexte du mouvement révolutionnaire français de 1789. Nous croyons, tout en tenant compte des différences ainsi que des nuances que nous exposerons plus loin, que la devise révolutionnaire "liberté, égalité, fraternité" (inclue pour la première fois dans la Constitution française de 1848 et qui est actuellement en vigueur car elle est également incluse dans la Constitution française de 1958) est actuelle. Au contraire, nous soutenons que ces valeurs peuvent correspondre aux trois termes de la formule étatique, "de droit", "social" et "démocratique" respectivement. En plus, pour ce qui nous intéresse, ces valeurs peuvent être tirées du système constitutionnel espagnol.

Nous disions avant, à la suite d'Austin, que nous allons essayer de décrire ces objets et ces fins du Droit qui sont communs à tous les systèmes et qui reposent dans la nature commune de l'homme. Or, nous n'avons pas renoncé à ce but, qui constitue en plus l'axe central de cette étude (déjà exposé lors de l'explication de l'objet de notre étude). En effet, *en prenant comme base les valeurs de liberté, d'égalité et de fraternité (de solidarité), nous considérons que le consensus repose toujours sur un dénominateur commun minimal partagé par tous les systèmes nationaux et donc, à cause de cela, il fera finalement partie du système européen. Ces minima sont perçus dans la liberté d'information comme droit de la liberté, dans le droit à l'assistance sociale ou droit à des recours minimaux garantis comme droit de l'égalité, et dans le droit d'asile et de ne pas être expulsé d'un pays dont on n'est pas un sujet comme droit de la solidarité (dans sa version de tolérance). D'autre part, l'analyse serait incomplète si on n'ajoutait pas au préalable l'étude parallèle des droits essentiels qui se rattachent directement aux valeurs de référence, à savoir: le droit à la liberté personnelle comme matérialisation subjective de la valeur de liberté, du droit à l'égalité et de non discrimination comme manifestation subjective de la valeur d'égalité, et du droit à un environnement sain ou à la qualité de vie comme un prolongement de la valeur de solidarité.*

L'étude proposée pourrait peut-être être critiquée parce qu'elle est faite sur la base de minima, d'autant plus qu'on souligne fréquemment, par exemple, que la Convention Européenne des Droits de l'Homme est

un traité qui prescrit uniquement des minima à respecter par les parties. Néanmoins, le discours de la méthode sur lequel s'appuie cette étude consiste à mettre en doute si ces minima sont toujours respectés dans le domaine interne et, plus précisément, dans le cas espagnol., nous prétendons contribuer, dans ce but, à un meilleur respect du Droit européen des droits de l'homme dans notre État social et démocratique de Droit, tant par les pouvoirs publics comme par les citoyens: ceux-là doivent connaître les exigences minimales de consensus européen social et démocratique de Droit, ceux-ci doivent les connaître pour les faire valoir.

IX.-UN ESSAI DE CONSTRUCTION EUROPÉENNE: L'ÉTABLISSEMENT DE SES BASES

En utilisant la devise révolutionnaire française nous avons avancé l'idée qu'il fallait nuancer la portée de l'évènement historique dans lequel elle a surgi. En ce sens, s'il faut reconnaître d'une part la vocation internationale de la Révolution et son rôle dans l'établissement d'un nouveau langage des droits, d'autre part les nuances à faire sont d'envergure.

- La première nuance est en rapport avec son caractère international. La Révolution a évidemment favorisé une tentative de construction européenne, cela a été fait à travers la voie traumatisante de l'expansion napoléonienne, exemple qui a été suivi par les deux tentatives qui ont jalonné le passage de l'État libéral à l'État social, et le passage de ce dernier à l'État social et démocratique de Droit (respectivement, la révolution russe de 1917 et la barbarie nazi qui provoqua la Seconde Guerre Mondiale.). En plus, ces tentatives semblaient s'orienter plutôt depuis une perspective comparée ou horizontale. Dans notre cas, nous essayons de fournir les bases de la construction, mais à travers une voie pacifique, le Droit (européen des droits de l'homme) et les valeurs démocratiques; et, en plus, en utilisant la méthode verticale qui favorise l'interprétation du système européen des droits de l'homme.

- En ce qui concerne *le nouveau langage des droits*, il est également nécessaire de faire une observation. On peut certainement utiliser la dénomination du nouveau langage des droits à partir de la Révolution française car elle impliqua la disparition de l'Ancien Régime mais, dans un sens strict, l'internationalisation et le nouveau langage des droits humains dans le monde contemporain commence à la suite du Second Conflit Mondial, à partir duquel tous les droits sont reconnus sans aucune discrimination. En plus, en ce qui concerne le

continent européen, il semble que ce n'est qu'après la chute du mur de Berlin en 1989 qu'a disparu le danger d'une Europe basée sur les armes, en forgeant une authentique Europe du Droit, qui doit consolider la relation entre l'État de Droit et les droits de l'homme.

Lorsque nous annonçons notre intention de fournir les éléments de la construction européenne, nous devons insister sur ce que nous faisons dans le sens (dogmatique) de la description des principes et les valeurs communs (qui ont pris corps dans des droits essentiels et minimaux) qui doivent modeler le consensus européen social et démocratique de Droit. En aucun cas nous prétendons aborder l'élaboration d'une Constitution européenne, qui rencontre toujours les problèmes (insolubles) organiques de la distribution des pouvoirs (à cause d'un manque de volonté dont il est difficile de prévoir un changement dans son orientation) et qui normalement ne tient pas compte de la consécration d'une partie dogmatique. Ainsi, les projets d'une Constitution européenne présentés successivement dans l'Union Européenne par Colombo, Oreja et Hermann, sans oublier le célèbre projet Spinelli, n'ont pas connu une mise en oeuvre dans la pratique (Il faut se demander si elles verront le jour finalement).

Il convient de rappeler encore une fois que nous utilisons la méthode verticale et non pas la méthode horizontale. Néanmoins, du point de vue méthodologique on ne peut pas oublier, d'une part, une référence comparée au texte constitutionnel allemand de 1949, dont on a tiré la formule actuelle de l'État social et démocratique de Droit. D'autre part, il est intéressant de mentionner l'exemple de notre histoire constitutionnelle et, plus précisément, de la Constitution qui prévoyait une avance plus grande dans la réalisation d'un État social, la Constitution de 1931.

En somme, nous allons essayer de démontrer que la formule étatique espagnole d'acquisition d'un contenu conformément à un consensus européen social et démocratique de Droit qui peut être tiré des exigences minimales prescrites par les normes européennes en matière de droits de l'homme et par la jurisprudence qui les interprète. Ce qui est certain c'est que la formule contient, à part le sens téléologique déjà signalé, un immense pouvoir de transformation.

En ce qui concerne ce dernier point, la doctrine a affirmé la fonction de transformation de la société que doivent remplir les Constitutions, dans leur ensemble. Or, cette fonction est spécialement mise en valeur dans le cas de l'article 1.1 CE qui fait partie de ces clauses qui, comme le professeur Esteban l'a signalé, permettent le progrès social à travers la réalisation de certains objectifs (fixés par le substrat constitutionnel parallèle ou coïncidant avec le consensus européen social et démocratique de Droit) en respectant la légalité constitutionnelle. Bien

entendu, cette légalité constitutionnelle doit être respectée dans la totalité de l'ordre juridique, de telle manière que la fonction de transformation doit inclure non seulement la Constitution, mais aussi le reste de l'ordre juridique: "les traités offrent aussi une dimension interne, en tant que source du Droit espagnol, avec la même vocation de transformation qui caractérise les lois". *Nous mettons ainsi un point final à l'ensemble de nos arguments, en justifiant de plus en plus la pertinence de l'étude de notre formule étatique en ce qui concerne ces traités avec un pouvoir de transformation inclus dans le Droit européen des droits de l'homme.*

CHAPITRE XII: CONCLUSIONS

- L'étude de la portée et du contenu de la clause de l'État social et démocratique de Droit s'inscrit dans un processus millénaire consistant en la recherche de la cité ou de l'État idéal, c'est-à-dire de l'espace dans lequel la personne peut s'épanouir de la façon la plus complète. En effet, la consolidation de la formule étatique adoptée en Espagne a été précédée par de grandes oeuvres de la Théorie de l'État qui ont évolué dans l'Antiquité classique, au Moyen Age et dans l'Époque Contemporaine, depuis la préoccupation initiale des Grecs pour l'*eunomie* jusqu'à l'archétype de la Monarchie absolue (théocratique ou non) des auteurs modernes (Bodin, Machiavel, Hobbes) en passant par la *civitas maxima* romaine ou la *civitas Dei* médiévale, sans oublier d'autres notions modernes emblématiques, telles que *L'Utopie* de Thomas More, *La Nouvelle Atlantide* de Francis Bacon ou *La Cité du Soleil* de Thomas Campanella.

-Dans l'Époque Contemporaine il est admis que la Révolution française supposa le point de départ de l'État constitutionnel actuel, de l'État de Droit libéral: la bourgeoisie mettra des limites au pouvoir absolu du Monarque au moyen de l'élément juridique, du Droit (façonné dans une Constitution en tant que mécanisme pour la liberté -Loewenstein-). Ainsi, des organes ou des pouvoirs séparés seront établis pour accomplir les tâches étatiques, qui devront consister dans la garantie donnée aux individus d'un domaine de liberté (droits de liberté), sous le sceau de la devise révolutionnaire manifestée dans trois valeurs: la liberté, l'égalité, la fraternité (la solidarité).

-À partir de la naissance de l'État constitutionnel, même si cela paraît évident, ce sera inévitable de développer la Théorie constitutionnelle en même temps que la Théorie de l'État. En ce qui concerne cette dernière, les études doctrinales ont été centrées dans le système institutionnel (optique organique), en obviant à rôle corrélatif (que nous prétendons mettre ici en valeur) joué par les droits de l'homme dans la configuration de la théorie étatique (Pérez Luño), d'autant plus que ceux-ci constituent l'axe des tâches étatiques (López Pina). Au sujet de la première, l'optique kelsénienne de la Théorie pure du Droit a prévalu, en laissant de côté le contenu de celui-ci, ce qui a justifié de plus en plus la nécessité d'une Théorie constitutionnelle des valeurs (Baldassarre). Tout cela nous conduit à nouveau à mettre en valeur les droits de l'homme en tant que manifestation de ces valeurs. En partant de ce double point de vue, l'élection des droits de l'homme (optique

dogmatique) est justifiée en tant qu'élément structurel d'une recherche portant sur la formule étatique consacrée par la Constitution de 1978 qui concrétise notre Constitution matérielle (Lucas Verdú).

-La Révolution française vit non seulement l'apparition des valeurs classiques de la liberté, de l'égalité et de la fraternité, mais aussi celle d'une nouvelle langue des droits (García de Enterría) par opposition aux privilèges de l'Ancien Régime. Ces deux nouveautés sont toujours en vigueur, malgré le temps écoulé depuis leur naissance, avec une adaptation constante aux transformations du monde contemporain (García Pelayo). En ce sens, les valeurs de l'État actuel continuent d'être la liberté, l'égalité et la solidarité, mais elles doivent avoir un contenu réel et non simplement formel, en correspondant avec chacun des adjectifs de la formule: État de Droit, social et démocratique. Les rédactions proposées de l'article 1.1 CE (en ajoutant la solidarité à la liberté et à l'égalité, et en supprimant -car c'est, respectivement, sous-entendu ou répétitif- la justice et le pluralisme politique) et de l'article 9.2 CE (en insistant également sur l'accomplissement effectif et réel de la solidarité, non seulement de la liberté et de l'égalité). D'autre part, il faut nuancer également la portée de la nouvelle langue des droits, qui doit être comprise comme ayant été renouvelée depuis la Seconde Guerre Mondiale, car seulement après celle-ci les droits de l'homme étroitement liés à la démocratie s'internationalisent. On ne peut pas considérer les valeurs comme ayant été réalisées dans un moment précis; elles ont été plutôt jalonnées par divers faits historiques (*valeurs générationnelles*) qui sont à l'origine des diverses catégories ou générations de droits (ceux de la liberté avec la Révolution française de 1789, ceux de l'égalité avec la Révolution russe de 1917, et ceux de la solidarité avec le Second Conflit Mondial).

-Les valeurs générationnelles et les droits respectifs ont correspondu avec un cadre étatique concret (ceux de la liberté ou valeurs et droits civils et politiques avec l'État libéral de Droit, ceux de l'égalité ou valeurs et droits sociaux et économiques avec l'État social de Droit et ceux de la solidarité ou valeurs et droits collectifs avec l'État démocratique de Droit). Ceci a impliqué en même temps la constitutionnalisation des différentes catégories de droits. Cette constitutionnalisation dans cet ordre chronologique n'a pas été secondée inexorablement par la consécration parallèle dans l'ordre international: ainsi, par exemple, certains droits collectifs (la protection des minorités) ont fait l'objet de l'intérêt de l'ancienne Société des Nations avant la préoccupation de l'OIT pour les droits sociaux (la tutelle des groupes vulnérables tels que les femmes et les enfants dans le domaine du travail), qui à son tour a précédé la mise en valeur par l'ONU des droits civils et politiques.

-Malgré ce qui a été dit, la dimension constitutionnelle (nationale) et la dimension internationale sont compatibles; on peut voir ceci clairement dans l'article 96.1 CE, de telle façon que l'ordre juridique

interne constitue un système dans lequel coïncident le Droit d'origine nationale et le Droit d'origine internationale. Cette coïncidence est plus visible quand on introduit l'élément structurel de notre étude d'après l'article 10.2 CE, car dans ce cas le caractère global du système des droits de l'homme est évident, ainsi que la coïncidence des sujets (droits de l'homme) et d'objet (la justice), ce qui ne permet aucun doute au sujet de l'opposition entre des ordres (national et international) qui seraient dans une prétendue tension dialectique.

-À la suite de ce qui précède, l'examen de la clause de l'article 1.1 CE doit être fait depuis l'optique de l'État internationalement intégré (Torres del Moral) et en ce qui concerne notre pays, à partir du point de vue de son intégration dans le continent européen, en insistant particulièrement sur l'Union européenne (des Quinze) et, surtout, sur l'organisation européenne par excellence (le Conseil de l'Europe, actuellement composé de trente six États), en laissant de côté une autre organisation (car elle compte des pays non-européens, étant composée d'un total de cinquante trois membres) qui déploie ses activités essentiellement sur le Vieux Continent (l'OSCE). Le fait que les deux premières organisations européennes soient nées juste après la Seconde Guerre Mondiale avec le but de consolider un patrimoine et une culture communes fondés sur la paix et le respect des droits de l'homme, évoque l'idée d'un cadre minimum partagé qui parallèlement aux trois valeurs citées et, en suivant l'ordre de notre formule étatique, pourrait être appelé *consensus européen social et démocratique de Droit*. Certes, nous avons préféré placer lors de la naissance (l'après-guerre) des deux organisations européennes citées le moment emblématique de l'internationalisation et l'euro-péanisation des droits de l'homme; or, il est évident que si nous sommes stricts avec les adjectifs employés (et concrètement avec l'adjectif démocratique), et avec l'organisation européenne par excellence (le Conseil de l'Europe), il faudrait situer la construction de l'Europe démocratique à partir de la chute du mur de Berlin, moment qui devrait être retardé si on se situe en dehors du continent européen, où l'on ressent encore le besoin impératif d'universaliser la démocratie (Cotarelo) et les droits de l'homme.

- En reprenant l'approche dogmatique de notre étude, il faut souligner ceci: jusqu'à présent, les auteurs ont non seulement donné la priorité à l'optique organique (d'après le status questionis doctrinal), mais encore ils ont adopté une perspective horizontale (comparée) et non verticale (intégration internationale). En effet, le professeur Lucas Verdú a signalé la nécessité de *internationaliser* l'État social et démocratique de Droit, au moins dans le domaine du *ius publicum europeum*, ce qui n'a pas été développé par la doctrine. En partant de ce dernier point, et tout en tenant compte des vertues et des défauts de la méthode comparée (Lanchester), il est évident que l'adoption de la perspective verticale donne un caractère pratique plus important à notre étude, étant donné

que le Droit issu des organisations internationales dont il faut tenir compte (l'Union européenne et le Conseil de l'Europe) est transformé en Droit interne (il est donc applicable) en Espagne. L'ensemble du Droit interne empêche de voir l'opposition entre l'ordre national et l'ordre international; au contraire on voit apparaître un caractère complémentaire entre les deux. En plus, le caractère pratique est plus important en tenant compte du premier aspect (les droits de l'homme): ceux-ci matérialisent le formalisme des normes. En rapport avec ceci, le développement normatif exige l'interprétation et l'intégration créatrice du Droit (article 10.2 CE), ce qui rend inévitable l'examen du rôle de la jurisprudence: la validité de son étude, qui est la conséquence de la importance croissante de la jurisprudence des valeurs (Fernández Segado) ne repose pas uniquement dans la description des objets et des finalités du Droit qui sont communs à tous les systèmes (Austin), mais dans la possibilité de percevoir le caractère transitif de la norme et la réalité en tant qu'une opération inévitable dans notre discipline (Sánchez Ferriz).

- Par rapport à ce qui a été exposé, il a fallu tenir compte dans chaque chapitre des normes et de la jurisprudence au sujet des thèmes proposés, que nous résumons à la suite. En tout cas, en ce qui concerne la jurisprudence, le caractère complémentaire des organes, cité plus haut, prend corps logiquement dans le caractère complémentaire entre le juge national et le juge international. Au sujet du système des droits de l'homme, il faut dire que le système national et le système international (et au sein de celui-ci le système européen qui est le fondement de notre étude) ont une influence mutuelle (Bidart Campos). Dans ce contexte, la jurisprudence des organes de contrôle du Conseil de l'Europe (tant de la Commission que de la Cour Européenne des Droits de l'Homme comme des organes de contrôle de la Charte Sociale Européenne) et de la Communauté européenne (en particulier, la Cour de Justice de la Communauté européenne) était appelée à jouer un rôle non négligeable dans l'étude réalisée.

- Bien que le bloc principal de l'étude est basé dans l'approche verticale (chapitres III à XI), quelques références historiques et comparées étaient inévitables (chapitre II), en plus de l'exposition de la méthode (chapitre I) et des conclusions (chapitre XII).

- En ce qui concerne notre histoire constitutionnelle, il a fallu mettre en valeur le précédent le plus important du constitutionnalisme social (la Constitution de 1931), en signalant certains *arrière-goûts* d'exclusivisme sociale ("république des travailleurs") et en soulignant par contre l'importance donnée à l'intégration internationale. D'autre part, en traitant les péripéties du processus constituant nous avons attiré l'attention sur l'origine conservatrice, dans notre formule étatique, de l'adjectif social (Fraga - AP), ainsi que sur le prétendu caractère programmatique de la clause de progrès de l'article 9.2 CE (Herrero de

Miñón - UCD), sans oublier la confiance -à l'époque, presque nulle- dans les compromis internationaux (Peces Barba - PSOE). Face à ceci, il a été prouvé que l'évolution postérieure de la formule constitutionnelle, heureusement, s'est éloignée de l'intention restrictive des constituants (de Castro Cid), de telle façon que la jurisprudence constitutionnelle a progressé en évitant un vol capitaliste ou conservateur de l'adjectif social (Garrorena), en affirmant aussi le caractère normatif de la clause de progrès mentionnée (ainsi que de l'ensemble normatif constitutionnel). Néanmoins, cette jurisprudence n'a pas tiré toutes les conséquences possibles des normes internationales (et plus précisément, européennes) au sujet des droits de l'homme pour combler le contenu de la formule de l'article 1.1 CE, comme ce travail le prouve. Pour cette dernière raison, nous prétendons que l'"heureuse coïncidence" avec le jour de l'Europe de la journée où commencèrent les travaux de la Commission constitutionnelle (selon le président de cette Commission, Emilio Attard) devienne un bon présage de notre intégration européenne pour cesser d'être une simple phrase remplie de rhétorique.

- Par ailleurs, les éléments introductifs de Droit comparé nous ont servi comme point de départ pour une meilleure utilisation de l'approche verticale. Ainsi, l'adoption par notre constituant de la formule étatique allemande doit tenir compte du fait qu'en Allemagne les valeurs partagées par la majorité des partis politiques sont la liberté, l'égalité et la solidarité (Heck). D'une part, du point de vue positif, les Constitutions en vigueur de la France et du Portugal assument la valeur de solidarité: l'article 1 de la Constitution française inclut expressément la devise révolutionnaire, et l'article 1 de la Constitution portugaise façonne la République portugaise comme une "société solidaire". D'autre part, la solidarité a été érigée comme un "nouveau fondement" (Pérez Luño) qui est venu s'ajouter à la liberté et à l'égalité dans le cadre de l'État social et démocratique de Droit actuel.

- L'approche d'autres éléments introductifs s'avérait également nécessaire. Ainsi, il fallait faire le point dans l'évolution de l'État de droit pour nuancer la mise sur le même plan des versions occidentales et anglosaxonnes (de Otto y García Pelayo) ou l'adaptation de l'État social au nouveau modèle de l'accumulation capitaliste (de Cabo), ainsi que pour mesurer la signification de la démocratie en tant que norme de la majorité en respectant la minorité dans notre État constitutionnel actuel (Aragón Reyes). Les nuances peuvent être résumées comme il suit:

a) par rapport à l'État de Droit, il y a eu une tendance à la convergence des modèles formels occidentaux (l'*État de droit* français et le *Rechtsstaat* allemand) et des modèles substantiels anglosaxons (le *rule of law* anglais et le *due process of law* américain), de telle façon que ceux-là ont tenu compte des droits des administrés et ceux-ci ont également pris en considération l'introduction de certaines garanties formelles. La

vérification de cette tendance a présenté en plus l'intérêt de rendre plus facile la compréhension de la portée pratique des deux langues officielles (en tenant compte du fait que le langage est l'expression de la culture juridique) de l'organisation européenne par excellence (le Conseil de l'Europe), de telle façon que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été partisane de l'efficacité de cette convergence. Ceci signifie choisir la version la plus favorable aux fins (les droits et les valeurs): cela a été le cas du choix de la jurisprudence en faveur de la version anglaise au détriment de la version française au sujet de la rédaction de l'article 14 de la Convention européenne (le droit à la non discrimination et la valeur d'égalité).

b) Bien que la théorie formelle de l'État de Droit a été complétée avec la théorie substantielle, l'adjectif social a besoin d'un caractère plus substantiel, non seulement pour que la valeur d'égalité devienne effective mais aussi pour que l'égalité devienne concrète, opération qui requiert à son tour des actions positives de la part des pouvoirs publics.

c) Enfin, pour que l'État soit également démocratique, il faut favoriser un *aggiornamento* consistant en la réalisation parallèle de la solidarité (Bidart Campos) à côté de la liberté et de l'égalité.

- Il est facile de déduire de tout cela que chaque valeur a perfectionné progressivement l'ensemble de la formule étatique, de telle façon que l'État social n'a pas enterré les apports de l'État libéral (Sánchez Ferriz), de la même manière que l'État démocratique n'a pas vidé les adjectifs *libéral* et *social* de leur contenu. Pour cela, il est intéressant de noter que le schéma de l'État de Droit dans ses versions formelle hiérarchique et matérielle (Chevallier) et le schéma de l'État de Droit-coïncidant avec le schéma précédent- en tant que système de normes, d'organes et de finalités (de Carreras), nous ont servi aussi pour structurer l'analyse de l'État social et de l'État démocratique. Précisément, les finalités (les droits et les valeurs) nous ont permis d'utiliser ces schémas de façon diachronique, pour apprécier l'évolution de l'État comme État de Droit, social et démocratique. En plus, les mêmes finalités nous ont permis d'élargir la perspective selon laquelle l'État de Droit s'est mondialisé, étant reconnu comme une exigence axiologique de niveau international (Chevallier), ce qui semble exiger inévitablement la mondialisation de l'État social et de l'État démocratique; c'est ce qui découle encore une fois de l'approche dogmatique et de la perspective de l'État internationalement intégré.

- Après l'introduction du sujet, il fallait aborder le contenu de notre formule étatique à la lumière des normes européennes. Ainsi, dans une Part générale (chapitres III à V) il s'est avéré utile de décomposer la formule globale du *consensus européen*, dans un but analytique, en

suivant la même procédure utilisée par la doctrine au sujet de la formule étatique. Aussi, nous avons abordé ce consensus en termes génériques en étudiant séparément l'espace du Droit, l'espace social et l'espace démocratique sur la base des normes et de la jurisprudence du Conseil de l'Europe et de la Communauté européenne, en suivant le schéma indiqué (système des normes, des organes et des finalités). D'autre part, dans une Part spéciale (chapitres VI à XI) il fallait approfondir le contenu de ce dénominateur commun minimum en étudiant les manifestations subjectives essentielles (le droit à la liberté personnelle, le droit à l'égalité et le droit à la qualité de vie et à l'environnement) et les exigences minimales (le droit à l'information, le droit à l'assistance sociale et le droit de ne pas être expulsé) des valeurs de liberté, d'égalité et de solidarité. En réalité, la décomposition analytique de la formule consensuelle européenne n'est pas une opération originalement prise chez les auteurs qui ont étudié la formule étatique espagnole. Elle découle plutôt de la méthode cartésienne, à laquelle nous avons eu recours. La conclusion tirée après l'utilisation de cette méthode permet d'affirmer que même l'accomplissement de ces aspects essentiels et minimaux est douteux dans le domaine interne. À présent nous détaillerons cette conclusion.

- En effet, en général il semble que l'Espagne a été constituée comme un authentique État constitutionnel de Droit, social et démocratique. Néanmoins, chaque adjectif semble être plus faible par rapport au précédent, ce qui s'aggrave si nous tenons compte du fait que l'intégration dans la Communauté européenne exerce plus d'influence que la coopération au sein du Conseil de l'Europe. Ainsi, l'Europe libérale dans la Communauté européenne prévaut par rapport à l'Europe sociale, tandis que l'Europe de la solidarité reste en dernier lieu. L'instrument essentiel de droits civils (la Convention Européenne des Droits de l'Homme) est également plus efficace dans le Conseil de l'Europe que le document de droits sociaux (la Charte Sociale européenne); les deux ont plus de poids que l'instrument programmatique de la solidarité (la Convention-cadre sur les minorités). Dans ces deux organisations la jurisprudence a joué un rôle essentiel: dans la Communauté européenne, la Cour de Justice a développé une jurisprudence prétorienne de premier ordre en faveur des droits fondamentaux et de la réduction du déficit démocratique; dans le Conseil de l'Europe, la Commission et la Cour Européenne des Droits de l'Homme, à défaut d'une plus grande efficacité des instruments sociaux et de la solidarité, ont exploité les prolongements sociaux (*affaire Airey*, relative à l'assistance judiciaire gratuite) et solidaires (*affaire López Ostra*, relative à l'environnement) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Malgré cela, étant donc clair que les deux organisations européennes ne sont pas la panacée de notre formule étatique, il faut continuer de mettre en doute que les exigences européennes soient toujours respectées en Espagne. En cas d'interprétations contradictoires de ces deux organisations, la prescription

de l'article 10.2 CE oblige de suivre la *vérité européenne* la plus proche des droits fondamentaux, qui normalement est celle du Conseil de l'Europe.

- Conformément aux exigences européennes, la consolidation de l'État espagnol en tant qu'État de Droit (chapitre III) exige que les institutions permettent même la critique qui peut les déranger (affaire Castells de la Cour Européenne des Droits de l'Homme). La transcendance de cette jurisprudence est encore plus claire dans le Conseil de l'Europe si l'on tient compte de la récente adhésion des pays de l'Europe de l'Est dans cette organisation, ce qui suppose le renforcement de la proclamation dans le texte du Statut du Conseil et de la Convention européenne de la "prééminence du Droit" ou du "rule of law" comme l'un des noyaux essentielles de l'organisation. En conséquence, ceci constitue un barème de légitimité pour l'accès (dans ces derniers cas) et pour la permanence et la consolidation dans le Conseil (dans le cas de l'Espagne et dans celui des pays occidentaux). C'est, en somme, le socle sur lequel repose le *Droit européen des droits de l'homme* (Sudre).

- D'autre part, un véritable espace de Droit doit élever à son plus haut niveau le principe de sécurité juridique, pour lequel la motivation s'avère nécessaire. Ce principe a été parfois mis en doute pour ce qui est de l'Espagne, tant par le Conseil de l'Europe comme par la Communauté européenne. Dans le premier cas, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a déclaré la nécessité de motiver les résolutions judiciaires (affaire Ruiz Torija) et dans le second cas, la Cour de Justice de la Communauté européenne a souligné l'exigence de motiver l'élaboration de la législation (affaire Diversint SA e Iberlacta SA contra Administración principal de Aduanas de la Junquera). Dans cette dernière affaire, on insiste en plus sur l'importance des *Expositions des Motifs* pour la réalisation de l'État de Droit. Enfin, il est évident que l'acceptation et l'adhésion non seulement par les pouvoirs publics mais aussi par les citoyens au consensus européen de Droit, repose sur l'exigence de la motivation.

- Dans le perfectionnement de l'État social (chapitre IV), la clause de progrès de notre système constitutionnel, ainsi que le fondement juridique qui autorise la réception des normes et de la jurisprudence européenne en matière de droits de l'homme, devraient permettre l'entrée des progrès accomplis dans l'espace social européen, afin de surmonter les lacunes existantes encore dans notre pays dans le domaine social. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la jurisprudence de contrôle de la Charte Sociale a mis l'accent sur l'adoption de mesures ou d'actions sociales positives dans ces domaines prioritaires: la non discrimination dans l'emploi; la consultation paritaire des travailleurs dans les entreprises; la protection des travailleurs migrants et de leurs familles; la sécurité et l'hygiène dans le travail (dans ce cas, le Comité des Experts de la Charte Sociale a indiqué qu'il s'agit d'un droit fondamental qui découle de

l'intégrité physique de la personne; c'est un mécanisme de protection dont il faudrait tenir compte en Espagne); et le travail des enfants (le Comité des Experts a attiré l'attention de l'Espagne à cause du décalage produit entre l'âge minimum pour travailler et l'âge obligatoire de la scolarité). L'adaptation à ces exigences rendront plus facile le fait que le traité européen des droits sociaux par excellence cesse d'être le parent pauvre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et que ses immenses possibilités soient utilisées. En ce sens, la circonstance que la Charte Sociale ne prévoit pas un mécanisme de contrôle judiciaire ne porte atteinte en aucune façon à la nature contraignante de ses dispositions.

- En particulier, l'article 12 de la Charte Sociale nous semble un bon exemple, car il établit un minimum européen en matière de sécurité sociale et en même temps une prescription de progrès pour le surmonter. Il est douteux que ces niveaux minimaux soient applicables en Espagne, sans parler de l'effet mimétique que peut avoir dans notre pays la récente crise sociale du pays voisin (la France). Le cas de la sécurité sociale fournit un bon exemple en raison de ce qui suit: si nous établissons un parallélisme avec la *sécurité juridique* dans le sens ébauché, en tant qu'exigence essentielle de l'État de Droit (motivation), il faut reconnaître que la *sécurité sociale* a un caractère essentiel en tant que substrat minimum de l'État social. Le Comité des Experts, en plus, a insisté sur le respect de ces minima, même en époque de crise, en exigeant un effort continu des États, de telle façon que, par exemple, le chômage n'implique pas une diminution du salaire (ce qui serait un désavantage pour le travailleur), mais une réduction du temps de travail quotidien et hebdomadaire (ce qui suppose un avantage pour le travailleur).

- Au sein du domaine communautaire et de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté européenne sont exigés: l'égalité des salaires et des bénéfices de la sécurité sociale entre les hommes et les femmes (affaire Richardson); l'égalité dans l'accès à l'emploi en tant que principe fondamental que les autorités publiques doivent respecter (affaire Kalanke), bien que les exigences du marché permettent l'accomplissement de cette tâche par des agences privées de placement; ou la conservation des droits des travailleurs dans les cas de transmission d'entreprise. En tout cas, les institutions communautaires (la Cour de Justice, le Conseil et la Commission) ont tiré de grandes conséquences en élargissant la portée du principe de l'égalité des sexes en matière de salaire (article 119 du Traité de Rome) ainsi qu'en utilisant l'interprétation extensive fournie par les articles *multifonctionnels* du Traité de 1957 (articles 100 et 235). La jurisprudence prétorienne des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme a utilisé cette interprétation extensive. Cette extension dans les deux cas est faite en utilisant la clause de progrès, qui en ce sens (positif) devrait avoir un effet mimétique en Espagne par prescription expresse de l'article 10.2

CE. En somme, par le biais de cette prescription il fournit un autre argument selon lequel le fait que les principes recteurs de la politique sociale et économique (Chapitre III du Titre I CE) ne sont pas des normes programmatiques est confirmé: non seulement le principe d'indivisibilité des droits (domaine théorique), mais aussi l'acceptation de la réalisation des droits sociaux en tant qu'objectif de la démocratie sociale au sein du Conseil de l'Europe et en tant qu'exigence de la cohésion économique et sociale de l'Europe communautaire (domaine pratique), obligent l'Espagne à appliquer ce *Droit social européen des droits de l'homme* ou *Droit européen des droits sociaux*.

- Les obligations issues du Conseil de l'Europe exigent que la démocratie espagnole (chapitre V) soit fondée non seulement sur le gouvernement de la majorité, mais aussi sur le respect de la minorité.; l'introduction du critère des droits de l'homme fera céder parfois le principe de majorité. La réalisation de l'État démocratique espagnol devrait tenir en compte l'idée de la démocratie, comprise au niveau international comme "un État, une voix", de sorte que la solidarité et la coopération espagnoles avec le reste des peuples de la terre soit faite à partir de cette considération et de l'application juste et cohérente du principe de conditionnalité politique (respect de la démocratie et des droits de l'homme). Il est à craindre que l'Espagne et la plupart des pays européens (spécialement les pays occidentaux), ne respectent pas toujours ces exigences (que l'Union européenne en tant que telle essaie de respecter) quand ils vendent de l'armement à ces pays pour lesquels les aides sont politiquement conditionnées, car ceci provoque l'effet paradoxal d'exiger la démocratie tout en offrant les moyens de la détruire. D'autre part, et plus précisément, il faudrait tenir compte de la cession du principe de majorité dans les cas des droits réellement universels, comme le droit à la vie (*affaire Soering* de la Cour Européenne des Droits de l'Homme) ou le droit à l'intégrité physique et morale (*affaire Tyrer* de la même Cour). Enfin, les ingérences dans le domaine de la liberté d'expression doivent respecter les valeurs d'une société démocratique, caractérisée par le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture (*affaire Handyside* de la Cour de Strasbourg). Ces coordonnées ont été respectées en Espagne face aux attaques des particuliers (*affaire Violeta Friedman* de la Cour Constitutionnelle espagnole), mais non face aux attentats de l'autorité publique (*affaire Castells* de la Cour de Strasbourg).

- A la lumière du Droit européen du Conseil de l'Europe, il faut mettre en doute le respect des garanties minimales en matière de liberté personnelle (chapitre VI) dans les domaines suivants: la détention provisoire, dans laquelle seul semble être prise en compte la qualification du délit, et non d'autres circonstances plus en accord avec le principe *favor libertatis* exigées par la jurisprudence européenne; il en est de même avec les mesures d'internement des mineurs, où les autorités espagnoles ont préféré appliquer des règles universelles non contraignantes plutôt

que des normes européennes du Conseil de l'Europe (et même des normes universelles) obligatoires en la matière; autrement dit, elles refusent l'imposition normative (articles 10.2 CE et 96.1 CE) au profit d'un simple acte de volonté politique. Cette situation, en plus, ne semble pas avoir un meilleur avenir dans les normes de l'Union européenne, soucieuse plutôt du déficit démocratique, qui conçoivent le binôme liberté-sécurité comme inconciliable. Les directrices, raisonnables, de la sécurité (centrées essentiellement dans la lutte contre l'immigration illégale, contre le trafic de drogues, et contre le commerce illicite d'armes) doivent être combinées avec les garanties de la liberté dans la mise en fonctionnement de la coopération européenne dans les affaires internes.

- La valeur d'égalité qui imprègne le consensus social européen (chapitre VII) a peut-être été celle qui a connu la plus grande réception dans le domaine interne (en particulier, dans le domaine de la non discrimination sexuelle dans l'emploi), ce qui est confirmé par les nombreuses décisions du Tribunal Constitutionnel qui reprennent expressément l'interprétation faite par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (dans un sens général) et la Cour de Justice des Communautés européennes (plus précisément, au sujet de la nocturnité *-affaire Stoeckel-* et des travaux dangereux *-affaire Marguerite Johnston-*). Néanmoins, une lecture pessimiste de cette circonstance pourrait faire penser que le grand nombre de décisions constitutionnelles implique aussi que, dans le cas de l'octroi de l'"amparo", elles correspondent à un même nombre de violations en la matière. Il est difficile de résister à une telle critique. Toutefois, il faut insister dans ce rehaussement de la valeur d'égalité en tant que base européenne et, en plus, il faut essayer de faire parvenir ce consensus, à travers des moyens d'information adéquats, à tous les pouvoirs publics et à tous les citoyens.

Malgré ce qui précède, la Cour de Justice de la Communauté européenne n'a pas fourni des solutions finales dans certains domaines de discrimination positive de la femme, ce qui est négatif (par exemple, au sujet de la maternité *-affaire Ulrich Hoffmann-*, ou de la réduction de la pension à cause du congé pour l'éducation de l'enfant *-affaire Rita Grau-Hupka-*). Par contre, elle a pris une position par rapport à d'autres discriminations positives, telles que le système des quotas *-affaire Kalanke-*, ou les bénéfices en faveur des femmes en matière d'assistance médicale et sanitaire en raison de l'âge *-affaire Richardson-* ou la pension des veuves *-affaire Razzouk y Beydoun-*. De son côté, la Cour européenne de Strasbourg n'a pas offert de critères définitifs par rapport aux motifs précis pour lesquels la discrimination n'est pas possible (par exemple, la langue).

- La protection du droit à un environnement sain (chapitre VIII), dans le domaine interne ne résiste pas non plus à la critique selon les normes européennes. La justice espagnole (y compris le TC) a choisi une analyse organique, plus que dogmatique, même lorsque la conjonction

analytique de ces deux aspects a été reconnue compatible par le TC. En ce sens, la dernière décision importante en la matière (*STC 102/1995*) insiste sur la politique de l'environnement et sur l'influence de la politique communautaire européenne. Ceci est discutable, car l'article 93 CE (disposition utilisée pour notre adhésion à la Communauté européenne) n'est pas le seul moyen d'intégration de normes européennes en Espagne, mais surtout, en ce qui concerne les normes européennes au sujet des droits de l'homme, il y a les articles 10.2 et 96.1 CE. Par conséquent, l'Espagne doit s'adapter aux prescriptions sur l'environnement du Conseil de l'Europe (surtout, après l'*arrêt López Ostra* de la Cour Européenne de Droits de l'Homme): les affaires concernant l'environnement ne sont pas seulement des éléments de politique législative, et il n'est donc pas possible de défendre la conservation de l'environnement uniquement grâce aux recours relatifs à la légalité ordinaire. En effet, l'environnement sain se présente aussi comme un droit subjectif défendable par le biais d'un recours pour la protection des droits fondamentaux. Il faut en déduire, comme le fait la Cour Européenne des Droits de l'Homme, que ces deux types de recours ne sont pas incompatibles: dans notre cas, les procédures ordinaires dans le contentieux administratif (pour constater l'absence d'une licence municipale) ou pénale (pour résoudre un possible délit écologique), n'empêchent pas d'interjeter un recours selon la loi 62/28 de protection des droits fondamentaux de la personne. Si l'on examine intégralement la formule espagnole, il faut conclure que l'État espagnol doit s'adapter aux exigences minimales européennes afin de remplir les conditions pour être réellement un Etat de Droit, social et démocratique, c'est à dire: protéger le droit à un environnement sain en tant que droit subjectif (au minimum, à travers le droit à la vie privée et familiale, sans oublier d'autres moyens tel que le droit à l'intégrité physique), qui favorise une véritable protection du droit à la sécurité et l'hygiène dans le travail (Comité des Experts de la Charte Sociale Européenne), et qui défende un équilibre écologique (Cour de Justice des Communautés européennes) qui pousse les citoyens à avoir des comportements solidaires et à exercer des actions populaires pour la dénonciation de délits écologiques. La réalité espagnole actuelle (tels les affaires qui parviennent à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, des lamentables accidents du travail qui ne sont pas le résultat d'une situation isolée mais au contraire, qui sont la conséquence des mauvaises conditions de salubrité et d'hygiène, et le retard dans les tendances écologiques européennes) offre des doutes sérieux au sujet de l'application du consensus solidaire européen.

- Si l'on se réfère aux normes et à la jurisprudence du Conseil de l'Europe et de la Communauté Européenne sur les *mass media* (chapitre IX), on constate que l'on poursuit dans les deux cas la réalisation du pluralisme social: au sujet du Conseil de l'Europe, face aux monopoles britanniques (*arrêt Informationverein Lentia* de la Cour Européenne des Droits de l'Homme), et au sujet de la Communauté Européenne, face aux

monopoles publics (*arrêt Véronique* de la Cour de Justice des Communautés européennes). Sans doute, cette matière est le meilleur exemple en ce qui concerne le progrès dans le consensus européen en tant que cadre commun minimal de liberté, et dans laquelle, par contre, les normes et la jurisprudence espagnoles (y compris, spécialement, celle du Tribunal Constitutionnel espagnol) ont vidé complètement ce consensus de son contenu. La concession des premiers "amparos" de la part du Tribunal Constitutionnel en matière de création des mass media (télévision par câble et vidéos communautaires) a supposé un changement plus apparent que réel dans la jurisprudence constitutionnelle. Dans le cas de la télévision privée, l'attitude du Tribunal a été également critiquable.

- L'image de notre pays en tant que l'un des moins développés d'Occident au sujet du droit à l'assistance sociale (chapitre X) est lié à son manque d'adaptation aux obligations européennes en la matière, ce qui rend douteux également le respect par les autorités espagnoles du cadre commun minimal d'égalité. La cause de cela ne réside pas uniquement dans l'étroit champ subjectif de protection (enfants à charge, retraités et handicapés) et dans les quantités (parfois symboliques) assignées, face à une reconnaissance beaucoup plus bénévole du droit à l'assistance en tant que droit subjectif dans le cadre de la Charte Sociale Européenne. En plus, étant donné la reconnaissance de l'assistance sociale dans certains domaines, la jurisprudence constitutionnelle espagnole n'a pas tiré les possibilités offertes par les mécanismes de contrôle judiciaire effectif, contrairement à la jurisprudence européenne (*affaire Salesi* de la Cour Européenne des Droits de l'Homme). Le manque de contrôle est accru si l'on tient compte de la méconnaissance, en même temps, des voies pour faire valoir le droit à des recours minimaux garantis, d'où découle la justification de la faible portée des droits des pauvres (Imbert). D'autre part, dans la Communauté Européenne, le débat est plutôt théorique et la jurisprudence de la Cour de Justice semble avoir cédé aux impératifs de l'économie de marché, par exemple, face au niveau de vie décent dans le domaine agricole (*affaire KYDEP*). Pour cette raison, la critique (négative) selon laquelle on risque de favoriser, dans le système capitaliste (qui règne dans l'Union Européenne), un bon fonctionnement de l'économie, alors qu'il n'en est pas de même au sujet des avantages pour les gens, a une base solide. Même dans ce cas, l'éventuelle utilité de l'expérience comparée est plus décevante de nos jours, en particulier si nous prenons en considération le pays qui se vante d'avoir le meilleur système mondial de sécurité sociale (la France avec le conflit créé par le plan Juppé).

- Si dans le cas précédent, l'action législative et jurisprudentielle du Conseil de l'Europe et celle de la Communauté Européenne poursuivaient le même but, dans le cas de l'immigration et de l'asile (chapitre XI), les deux organisations offrent des vérités européennes contradictoires orientées vers des buts différents: en effet, la politique restrictive de

l'Union en matière migratoire (spécialement dans le cadre des espaces Schengen et Dublin) est totalement opposée à la jurisprudence bienveillante de la Commission et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur la non expulsion des étrangers (en particulier, selon les articles 3 et 8 de la Convention européenne), notamment en ce qui concerne le principe de non refoulement et le respect à la vie familiale. Dans le domaine interne, le choix de la politique restrictive résultant de la coopération intergouvernementale dans le cadre de l'Union, a été récemment confirmée de manière expresse par la nouvelle Loi d'Asile qui n'améliore pas beaucoup la situation du régime d'extranéité, qui est très restrictif. En conséquence, dans ce cas, en transposant l'exemple du cadre minimal d'égalité dans le cadre minimal de tolérance, il ne faut pas penser que la politique d'immigration et d'asile peut fonctionner tandis que les immigrés et les bénéficiaires de l'asile connaissent de mauvaises conditions de vie. Tant que cette situation continuera, en contradiction avec la jurisprudence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, il faudra mettre en doute l'accomplissement en Espagne de cette exigence minimale de tolérance.

- Les doutes que nous exposons ne prétendent pas présenter l'Espagne comme un État anticonstitutionnel (Riudavets) ou antieuropéen (si l'on tient compte de la recherche de ce parallélisme entre le substrat constitutionnel inhérent à notre formule étatique et le consensus minimal européen proposé). Néanmoins, il faut approfondir l'examen de ces doutes pour travailler à partir d'elles et continuer l'actualisation de la clause de progrès espagnole de l'article 1.1 CE. Ceci rend plus dynamique notre formule étatique. En ce sens, les doutes exprimés essaient d'être une critique constructive, dans la mesure où la justification de ces doutes à la lumière des normes européennes prétendent constituer un même nombre égal de critères européens pour les éclairer. D'une certaine manière, nous avons cherché dans ces conditions la description de bases de la construction européenne, de telle façon que la *maison commune* (selon l'expression de Mitterrand) soit construite à partir du sol et non du toit. Autrement dit, il s'agissait de prendre comme point de départ (en l'éclaircissant) ce qui avait déjà été obtenu (le consensus), au lieu de commencer à partir de projets de Constitution européenne (peut-être trop ambitieux et donc, irréalisables à court et à moyen terme). Pour cela, en travaillant à partir de ces exigences minimales, il est possible de parler de l'internationalisation du substrat inclus dans la formule de l'État social et démocratique de Droit (Mortati), ainsi que du consensus, simultanément, européen social et démocratique de Droit. En accord avec ceci, et en tenant compte des critères extraits tout au long de cette étude, les bases de la *maison étatique et européenne* pourraient être établis comme il suit:

"L'Espagne s'érige comme un État (fondé sur le consensus européen) social et démocratique de Droit, qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique juridique la liberté, l'égalité et la solidarité. Pour la

réalisation respective de ces valeurs, les droits à la liberté, à l'égalité et à la qualité de vie/environnement sont reconnus et protégés comme essentiels, et ils devront être complétés avec des exigences minimales pour la dignité humaine et contrôlées à travers les droits à l'information, à l'assistance sociale et à la non expulsion des étrangers. On ne pourra pas méconnaître l'acquis constitué par le Droit européen des droits de l'homme, qui en tout cas sera un minimum susceptible d'être complété et amélioré par les normes nationales et internationales dans cette matière".

- Ces conclusions antérieures au sujet de la formule étatique espagnole peuvent être conçues dans le contexte social si l'on tient compte de sa "valeur pédagogique", tel que le professeur Lucas Verdú l'a signalé. En effet, "l'article 1° est facilement retenant. Comme nous l'avons vu, il a réuni dans ses trois sections beaucoup de contenus: normatifs, institutionnels, axiologiques et idéologiques avec un minimum de mots., d'où son intérêt pédagogique, capable de servir pour la formation politique du citoyen. (...) La triple qualification de solennel, d'esthétique et d'assimilable facilement est efficace pour susciter et favoriser le sentiment constitutionnel: c'est-à-dire, l'adhésion (ressentie, mais rationnelle, dans la mesure où la nature humaine est en même temps rationalité et sentiment -et le citoyen doit l'être à plus forte raison-) à l'esprit et à la finalité de notre Constitution". Étant donnée cette citation, à présent, ce n'est pas le moment de faire une digression dans notre étude, et moins encore d'effectuer un saut dans le vide. Au contraire, nous voulons tirer une conclusion au fil de notre discours, en donnant un sens à la formule constitutionnelle. Nous avons prétendu donner un sens à cette formule (assimilable facilement et créatrice d'un sentiment constitutionnel) à travers des minima (des valeurs et des droits fondamentaux qui constituent les exigences essentielles des personnes) pour le respect de la dignité. Il est souhaitable que ces minima puissent être conçus grâce à ce contenu pédagogique, et que ce travail suive la recherche d'un sentiment constitutionnel véritable mais, surtout, qu'il permette, imprégné par le consensus européen social et démocratique de Droit, non seulement d'avoir le sentiment d'être espagnol, mais aussi celui d'être européen et, en somme, d'être une personne libre, égale et solidaire! Nous soulignons également que la Charte Sociale Européenne est peu connue et qu'il faut insister au sujet de sa diffusion. Ces réflexions antérieures et celles qui suivent sont applicables aux normes européennes de référence.

- Le problème évoqué n'est pas nouveau, mais il est toujours d'actualité. En effet, lors du débat qui donna lieu à la naissance de la Déclaration Française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Mirabeau fit la remarque que ce document devait être "plutôt la langue qu'aurait le peuple s'il avait l'habitude d'exprimer ses idées, plutôt qu'une science qu'on a l'intention de lui enseigner". Il est souhaitable que le peuple, guidé par le sens commun que tout citoyen a du bien et du mal,

connaisse et respecte spontanément les droits et les devoirs; mais il est à craindre que le but pédagogique en matière de droits et de démocratie doive être conservé.

- En liaison étroite avec ceci, il y a les fréquentes allusions au sujet du manque de consistance et de pertinence de la discussion des droits de l'homme sans en prendre la défense. De notre côté, en choisissant les droits de l'homme en tant qu'élément structurel de notre étude, nous voulons rompre une lance en faveur de ceux qui luttent effectivement pour les droits de l'homme; mais cette lutte devient encore plus importante d'une certaine façon si nous rappelons que le fait d'éclairer le contenu de la formule étatique suppose l'implication dans la lutte pour l'État social et démocratique de Droit. Nous voulons ainsi souligner le compromis de ceux qui en ce sens développent une littérature de combat (Lucas Verdú et Cascajo Castro). Ainsi, Lucas Verdú a souligné l'imbrication de l'article 1.1 CE et de l'article 9.2 CE, en manifestant que la société démocratique avancée incluse dans le premier article cité est un but lointain qui exige une lutte continue, car les obstacles mentionnés dans le deuxième article cité doivent être surmontés. En effet, comme le professeur Garrarena a expliqué dans sa brillante monographie au sujet de la formule étatique espagnole, en se référant aux possibilités de la clause de progrès de l'article 9.2 CE, "en fin de compte, il s'agit non de discuter au sujet des mots, mais d'être efficaces dans la tâche incessante, mais responsable, de transformation de la société".

- En conclusion, nous pouvons dire que l'État social et démocratique de Droit, à la lumière du Droit européen des droits de l'homme, doit être caractérisé (en tant que Cité-État idéal contemporain) par une conception du développement de la personnalité comprise comme une participation dans les valeurs (la liberté, l'égalité et la solidarité) et dans les droits qui en découlent (d'une part, le droit à la liberté personnelle, le droit à l'égalité, le droit à la qualité de vie et, d'autre part, le droit à l'information, le droit à l'assistance sociale et le droit à la non expulsion des étrangers) dans le sens étudié. La condition de personne implique à elle seule cette conséquence majeure.

