

Retos a la eficacia de los derechos humanos en España y la Unión Europea

Raúl Sanz Burgos
(Coordinador)



CNDH
M É X I C O

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
(MÉXICO)

RETOS A LA EFICACIA
DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN ESPAÑA Y LA UNIÓN
EUROPEA

Raúl Sanz Burgos
(coordinador)

Josefina García García-Cervigón
Alicia Rodríguez Núñez
María Acracia Núñez Martínez
Ana María Marcos del Cano
Fernando Pinto Palacios
Juan Manuel Goig Martínez
Marina Vargas Gómez-Urrutia
Fernando L. Ibáñez López-Pozas



CNDH
M É X I C O

2016

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

Primera edición: agosto, 2016

ISBN: 978-607-729-260-9

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

Diseño de portada:
Irene Vázquez del Mercado

Ilustración de portada:
Humberto González Álvarez

Diseño de interiores y formación:
H. R. Astorga

Impreso en México

CONTENIDO

Presentación	
<i>Raúl Sanz Burgos</i>	7
CAPÍTULO 1. El Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional	
<i>Raúl Sanz Burgos</i>	13
CAPÍTULO 2. La política criminal de los derechos humanos en la Constitución Española de 1978	
<i>Josefina García García-Cervigón</i>	43
CAPÍTULO 3. Violencia intrafamiliar y derechos humanos	
<i>Alicia Rodríguez Núñez</i>	65
CAPÍTULO 4. El Tribunal Constitucional español y los derechos educativos reconocidos en el artículo 27 de la Constitución española de 1978	
<i>María Acracia Núñez Martínez</i>	95

CAPÍTULO 5. El Derecho a la salud y su universalidad en el contexto del Derecho español <i>Ana María Marcos del Cano</i> y <i>Fernando Pinto Palacios</i>	125
CAPÍTULO 6. Inmigración y derechos fundamentales en España <i>Juan Manuel Goig Martínez</i>	153
CAPÍTULO 7. El acervo europeo refundido del sistema de asilo y su contextualización en el derecho internacional de los derechos humanos <i>Marina Vargas Gómez-Urrutia</i>	179
CAPÍTULO 8. El derecho a la autodefensa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea <i>Fernando L. Ibáñez López-Pozas</i>	209

PRESENTACIÓN

Raúl Sanz Burgos

Los derechos humanos constituyen el horizonte utópico de las democracias actuales, pero forman parte también de sus ordenamientos jurídicos bajo la forma de derechos fundamentales. Este es el planteamiento característico del constitucionalismo que entronca con el iusnaturalismo moderno y toma por ello como sujeto y fundamento de los derechos al hombre, al individuo de la especie humana sin más determinaciones, como la pertenencia a un estamento, un pueblo, etc. Los derechos así fundados fueron reconocidos por primera vez en Declaraciones que, sin embargo, no constituyeron obstáculo suficiente para que algunos grupos, como las mujeres y las personas de razas distintas a la de la mayoría o del estrato social dirigente, vieran reducidas o eliminadas la garantías jurídicas de su libertad. La diferencia entre nacionales y extranjeros basta todavía hoy para establecer diferencias esenciales, y discriminatorias, en el acceso a algunos derechos.

La ficción iusnaturalista parte de un hipotético estado de naturaleza, cuyos rasgos permiten reconocer la sociedad individualista en la que dicha ficción se genera. En el estado de naturaleza todos los individuos son absolutamente libres y su interacción se da, de manera efectiva o latente, bajo la forma del conflicto; conflictividad que esta doctrina resuelve atendiendo a otro de sus aspectos esenciales como es el carácter enajenable de las facultades humanas. Los individuos ceden parte del libre uso de sus facultades para constituir la sociedad y establecer

así los límites de la acción individual con el fin de facilitar a todos el ejercicio pacífico e igual de su libertad; esos límites encuentran su expresión en el Derecho.

La inseguridad en la posesión de los bienes garantizados por el Derecho, bienes como la vida y la propiedad, no desaparece con la constitución de la sociedad, lo que recomienda una nueva cesión de libertad, esta vez con el fin de erigir un poder capaz de garantizar efectivamente la eficacia del Derecho. El Estado se constituye, por tanto, con los poderes o derechos enajenados por los individuos en favor suyo para garantizar que cada individuo puede ejercer su libertad sin sobrepasar impunemente los límites o derechos concedidos al resto de los ciudadanos para ejercer ellos también su libertad.

Estos derechos, los derechos civiles, han sido los que históricamente han sido reconocidos como previos al Estado, como ocurre en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Es precisamente ese carácter preestatal, de derecho natural, lo que exige que su titularidad sea universal: corresponde a todos los seres humanos disfrutar de su libertad dentro de los límites que hacen posible la constitución y la existencia de la sociedad. El establecimiento legal de esos límites –desde la revolución francesa– sólo puede estar en manos de los representantes de la soberanía popular, quienes, sin embargo, no deben desvirtuar con sus normas el modelo que constituyen los derechos naturales. La justicia, pero también la validez, de la legislación que regula el ejercicio de los derechos no depende sólo, por tanto, de que la actividad legislativa sea resultado de la decisión del soberano, sino de que ésta sea conforme a los derechos naturales. El planteamiento iusnaturalista no resulta, por tanto, coherente con la democracia, pues priva el pueblo soberano de su derecho a dar forma al orden jurídico-político.

El constitucionalismo actual no ha renunciado, sin embargo, a fundar la legitimidad del sistema jurídico-político en algo distinto de la decisión del pueblo soberano y se ha limitado sustituir la referencia a los derechos humanos como fundamento del sistema por la referencia a la dignidad humana. Ejemplar de este planteamiento es la Ley Fundamental de Bonn (1949), que lo consagró del modo siguiente en la sección primera de su artículo primero: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

Esta declaración exige a los poderes públicos atender a la idea de dignidad en todas sus actuaciones, también a la hora de crear y de aplicar cada una de las normas concretas del ordenamiento jurídico alemán. De hecho, como muestra la literalidad del artículo citado, el constituyente expresó a través de él la volun-

tad de que el orden jurídico-político se conformara en torno a la protección de la dignidad humana. El acuerdo doctrinal sobre el carácter de clave de bóveda que la idea de dignidad humana tiene para el edificio constitucional alemán no ha facilitado, sin embargo, el acuerdo sobre el contenido de tan principal declaración. Para tratar de resolver esta carencia el constitucionalismo alemán ha seguido, sobre todo, dos vías. La primera, anclada en las circunstancias alemanas, ha consistido en buscar en los hechos que motivaron la declaración constitucional el tipo de agresiones que se consideran intolerables y prohibidas. La segunda, en buscar su significado atendiendo a las raíces filosóficas y religiosas del concepto, investigación que se ha decantado en dos líneas doctrinales básicas. Para la primera de ellas, la dignidad del hombre se explica como una cualidad concedida al individuo por su creador o por la naturaleza; para la segunda, siguiendo a Kant, la dignidad es el resultado de la acción del propio individuo, de su autodeterminación racional.

Determinar el significado del concepto de dignidad atendiendo a sus raíces filosóficas puede, no obstante, socavar su capacidad para lograr que los ciudadanos acepten como propias las decisiones de los poderes públicos adoptadas conforme a ese significado. En las fragmentadas y relativistas sociedades actuales resulta difícil que un concepto que remita a una cosmovisión tradicional pueda generar un consenso generalizado entre los ciudadanos. De ahí que, en aras de su relevancia social, se considere adecuado liberar al concepto de dignidad de los contenidos arraigados en las tradiciones para buscar un concepto puramente constitucional de la misma, tarea que no está exenta tampoco de dificultades: la represión de los contextos ideológicos que dotan de significado a los conceptos amenaza con reducirlos a términos vacíos que la exégesis constitucional puede rellenar con muy distintos contenidos. Resulta difícil saber qué opción es más costosa para que la actividad de los poderes públicos logre ser reconocida como válida por parte de los ciudadanos: si la integración de los ciudadanos en el proceso político se halla más comprometida por la fundamentación del sistema jurídico-político en conceptos que no son compartidos por todos o por usos flexibles y circunstanciales de esos mismos conceptos sostenidos por argumentaciones en las que los ciudadanos no dudan en reconocer nada más que justificaciones retóricas.

Frente a la fundamentación del sistema jurídico-político en los derechos naturales o en la dignidad humana, resulta característico del positivismo jurídico considerar justificación suficiente de los derechos la decisión política del soberano a través del órgano estatal habilitado constitucionalmente para su regu-

lación: los órganos estatales crean los derechos, no reconocen ni declaran unos supuestos derechos previos al Estado. Este modo de legitimar la actividad legislativa constituye, sin embargo, a ojos de los iusnaturalistas, una seria amenaza para la libertad y otros bienes humanos, pues deja su regulación completamente en manos del legislador, con el consiguiente peligro de que aquella sea innecesariamente restrictiva de cualquier aspecto de la libertad.

Sin límites externos, el contenido de los derechos queda a disposición de los poderes del Estado, de ahí que no pueda ser ajena al planteamiento positivista la necesidad de introducir límites a la capacidad estatal para regular las condiciones de ejercicio de los derechos. La constitucionalización de los derechos ha sido la vía seguida para evitar la plena disponibilidad de la regulación de la libertad por el legislador. No basta, sin embargo, incluir los derechos en la constitución para alcanzar este resultado garantista, se precisa también que la constitución misma –en la que se imponen los límites a la regulación de los derechos– no pueda ser modificada por el legislador ordinario. Este es el sentido de la rigidez constitucional.

Los derechos recogidos en las constituciones son fundamentales, por tanto, porque su regulación no se halla al alcance del legislador ordinario, lo que no ocurre con todos los derechos mencionados en ellas. La pertenencia de los derechos a la categoría de los derechos constitucionales o a la de los derechos fundamentales no depende de su carácter inherente a las personas, como sostienen los planteamientos iusnaturalistas o los que justifican los derechos en el grado de su aportación a la defensa y promoción de la dignidad humana, sino en la decisión del poder constituyente de proteger con distintas garantías facetas distintas de la libertad. Es una decisión política lo que concede validez jurídica de derechos fundamentales a algunos de los derechos recogidos en la constitución. Derechos que corresponden a expectativas sociales que a veces se expresan también como nuevos derechos humanos.

La decisión del poder constituyente en favor de incluir en la norma fundamental algunas expectativas sociales y configurarlas como derechos fundamentales o simplemente constitucionales es una decisión política sobre cómo debe ser la sociedad. Los derechos hacen efectiva alguna forma de entender la autonomía de los individuos, sus asociaciones, el Estado y las relaciones de todos estos agentes. Es en relación con el cumplimiento de ese programa por lo que los derechos reciben distinto grado de protección, que permite reconocer tanto una jerarquía de los derechos como de las expectativas sociales.

La constitución española, por ejemplo, contiene un programa político que se traduce en una triple gradación de la protección de los derechos, programa que la propia constitución justifica, sin embargo, mediante la referencia a la dignidad humana como “fundamento del orden político”. Los derechos que reciben mayores garantías son los derechos civiles y políticos así como el derecho a la educación. Una protección ya atenuada respecto de la anterior reciben los derechos al trabajo y a la negociación colectiva, a la propiedad privada y a la herencia así como a la libertad empresa. Por último, los derechos sociales, catalogados como “principios rectores”, son en realidad derechos de configuración legal, que precisan de la acción del legislador para dar lugar a verdaderos derechos subjetivos.

Del sistema constitucional de los derechos brevemente referido se infiere una diferente valoración de los mismos por el constituyente español, que habría considerado más valiosos los que protegen la libertad que aquellos otros que se orientan a hacer efectiva la igualdad. En consecuencia, la declaración de la Constitución española que consagra la “dignidad de la persona” como “fundamento del orden político y de la paz social” se interpreta a la luz de la casuística de las diferentes formas de protección de los derechos para concluir que los derechos civiles y políticos resultan para el constituyente los más aptos para proteger la dignidad, de ahí su mejor tutela. Los derechos sociales –los derechos de igualdad- serían, en cambio, secundarios a la hora de hacer efectiva la dignidad humana.

La constitución española legitima así un programa político con el que pretende hacer efectiva una determinada manera de entender el orden socio-político y lo justifica mediante una apelación a la dignidad, cuyo significado queda establecido, precisamente, cuando el legislador establece la jerarquía de los derechos. La protección del programa constitucional mediante las barreras levantadas a la capacidad del legislador para modificar la constitución se revela en este contexto como un obstáculo para la realización de otras expectativas de derechos humanos y de proyectos políticos distintos de los consagrados por un poder constituyente histórico y coyuntural. Los juristas son actores privilegiados tanto de la aplicación de ese sistema como de los impulsos para trascenderlo.

EL ESTADO LIBERAL, EL ESTADO SOCIAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Raúl Sanz Burgos*

I. Introducción

Una de las características más relevantes de la forma jurídico-política actual es la pretensión, recogida en numerosas constituciones, de que los poderes públicos actúen conforme a los derechos fundamentales. Esta aspiración sólo se ha planteado a la vista de la insuficiencia mostrada por los procedimientos del Estado de Derecho y la democracia formal para oponerse con éxito a su vaciamiento y funcionalización en favor de ideologías y regímenes autoritarios. De esa experiencia nace la necesidad de instituciones que garanticen el respeto de los poderes públicos hacia quienes se encuentren en el ámbito de su soberanía; que garanticen, por tanto, el respeto a los individuos y grupos con escasa o nula capacidad para constituir mayorías e incidir así en el gobierno y la legislación. La voluntad de alcanzar este objetivo explica que el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial ya no se contente con someter al Estado a la división de poderes y establecer los cauces para la creación de normas válidas, sino que condicione la validez de las normas a su respeto de la dignidad humana y los derechos vinculados a ella.

* Profesor de filosofía jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.

El afán de cumplir estos objetivos constituye el sustrato de decisiones esenciales de una Constitución tan ejemplar del estado de ánimo post-totalitario como es la Ley Fundamental de Bonn (1949, desde ahora LF). En ella se establece que “la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (art. 1.1), asimismo que “los derechos fundamentales (...) vinculan a los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable” (art. 1.3). El art. 10 de la Constitución Española de 1978 (desde ahora CE) sigue parcialmente el planteamiento alemán al afirmar que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.¹

Prescripciones como ésta se complementan con otras que se dirigen expresamente a los poderes públicos para someter su actuación a los derechos fundamentales. Así, en el art. 9.2 de la CE se señala que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. El art. 53 establece además que los derechos y libertades fundamentales “vinculan a todos los poderes públicos”, lo que significa que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de [tales] libertades y derechos (...) ante los Tribunales ordinarios (...) y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Con estos y otros preceptos de igual orientación se crean las vías para realizar lo que el artículo 1 de la CE afirma como una realidad ya dada: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

A la vista de estas breves referencias a las normas constitucionales vigentes es preciso preguntarse si la forma política alumbrada con ellas ha supuesto algún cambio verdaderamente radical respecto de la manera de proteger los derechos típica de las democracias liberales. Para contestar a esta pregunta es necesario reconocer, siquiera en sus rasgos más generales, la configuración del modelo de

¹ La cláusula de dignidad recogida en la LF de Bonn, (art. 1.1) ha tenido muchísima fortuna y se ha incluido de manera similar en numerosas constituciones. Una detallada enumeración de las constituciones que han incluido la dignidad como fundamento de sus sistemas políticos puede leerse en Pedro Serna, “La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el derecho alemán”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, t. II, 2005.

Estado previo al auge de las ideologías totalitarias (que la doctrina ha calificado o bien como Estado liberal o bien como Estado legislativo de Derecho)² para examinar después sus similitudes y diferencias con el modelo estatal perfilado en la posguerra mediante normas como las mencionadas y calificado como Estado Constitucional de Derecho.³

Dado que el Estado legislativo de Derecho ha aparecido históricamente como Estado liberal, resulta tentador equiparar ambos modelos de Estado; la determinación clara de las líneas generales del Estado social facilita, sin embargo, distinguirlos. Las divergencias entre el Estado legislativo y el Estado constitucional no hay que buscarlas en el mayor o menor intervencionismo estatal, sino en las diferentes relaciones entre la Constitución, la ley y los derechos fundamentales que caracterizan ambos modelos; diferencias que, ciertamente, reflejan una importante mutación de la filosofía política subyacente al sistema jurídico.

■ II. El Estado legislativo de Derecho y la filosofía social del liberalismo

Tal y como ya se ha señalado, la doctrina del Derecho público ha calificado a la forma estatal de las democracias liberales europeas anteriores a la LF de Bonn como Estado legislativo de Derecho. La denominación se debe a que, en esta forma estatal, la Constitución se limita a establecer las líneas generales sobre la organización del Estado así como de los procedimientos para la creación de normas y deja al representante de la voluntad popular, el poder legislativo, que mediante la ley preste todo su contenido al Derecho. El control del legislador se halla exclusivamente en manos de los ciudadanos, que lo ejercen a través de las elecciones periódicas de sus representantes. El poder judicial, en cambio, alejado

² Véase Gustavo Zagrebeky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, pp. 33 y ss.

³ Un modelo que se acerca al del constitucionalismo norteamericano, donde la Constitución es aplicable como cualquier otra ley y, en consecuencia, los derechos que incluye son inmediatamente ejercitables por los ciudadanos. En caso de conflicto entre la norma constitucional y cualquier ley aprobada por el Congreso, debe ceder ésta, pues la Constitución, creada directamente por el pueblo, es norma superior. El control del respeto del legislador a la Constitución y a los derechos constitucionales no se halla, por tanto, sólo en manos de los electores, sino también del poder judicial. Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

del mecanismo legitimador de la representación,⁴ no puede ejercer control alguno sobre el contenido de las leyes y debe limitarse a juzgar conforme a ellas.⁵

La ley ocupa, en consecuencia, la cúspide del sistema: ninguna situación jurídica ni derecho alguno puede resistir su fuerza reguladora y sólo otra ley posterior puede corregir su contenido. Ante la legitimidad de la ley como resultado de la decisión del soberano (democrático o no), el anuncio de determinados derechos en las constituciones sólo opera como simple declaración no vinculante jurídicamente. Los derechos constitucionalmente reconocidos no suponen, por tanto, verdaderos límites al poder legislativo, pues éste disfruta de total libertad para darles forma. Así ocurre en el constitucionalismo decimonónico tanto en Francia, sintetizado por Raymond Carré de Malberg, como en Alemania, donde Georg Jellinek afirmaba que si hay “limitaciones para el Estado, estas limitaciones serán siempre reales o morales, pero jamás de naturaleza jurídica”.⁶

Este planteamiento sobre la legitimidad y los límites de la ley descansa en la doctrina de la soberanía y su representación, pero esta ideología no basta para

⁴ Raymond Carré de Malberg aclara perfectamente en qué consistía la representación y su relación con el poder legítimo durante la revolución francesa, cuya obra ofrece el primer modelo histórico del Estado legislativo de Derecho: “Según la teoría de la época, el representante es, en efecto, solamente aquel que, bien sea persona o corporación pública, tiene el poder de querer por la nación de una manera inicial. Ahora bien, si el juez está encerrado en una misión exclusiva de aplicación de las leyes, no puede considerársele como queriendo de esa manera, y a decir verdad, el juez comprendido de esta forma no tiene ningún poder de voluntad propia, pues no hace sino deducir judicialmente las aplicaciones de una voluntad anterior, que es la voluntad legislativa. Ese juez no sería, pues, un representante, sino que, lo mismo que los administradores, de los que la Constitución de 1791 (título III, cap. IV, sección 2, art. 2) decía que «no tienen carácter de representación», porque sólo ejercen una función de ejecución, los jueces sólo podían ser considerados como simples funcionarios”. *Vid.* Raymond Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, 2a. edición, México, Facultad de Derecho de la UNAM-FCE, 1998, pp. 655 y ss.

⁵ Como es bien conocido, la consecuencia extrema de este planteamiento fue la organización de los tribunales de justicia en la revolución francesa conforme a la prohibición dirigida a los jueces de interpretar la ley. En los casos en los cuales eso resultara imprescindible habrían de dirigirse a un órgano del poder legislativo (el *Tribunal de Cassation*) para que éste aclarase el sentido de la norma. La razón es sencilla, la voz del pueblo se expresa en la ley dictada por sus representantes, no puede haber motivo legítimo alguno para que otros poderes, por ejemplo los jueces, introduzcan cambios en ella; véase Alf Ross, *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 90 y ss.

⁶ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado* (1900), Granada, Comares, 2000, p. 468.

explicar la totalidad jurídico-política en la que se inserta históricamente el Estado legislativo de Derecho. Otro principio determinante de esa totalidad es la concepción liberal de la función del poder público, que consiste en garantizar la libertad natural e ilimitada del hombre, previa al Estado; la definición que Carl Schmitt proporciona de los derechos fundamentales es ejemplar de este punto de vista:

...en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores y superiores* al Estado, aquellos que el Estado no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de *Libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa. (...), existen según esta concepción *antes* que el Estado; no reciben su contenido de ley alguna, ni con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad individual; el Estado sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia.⁷

Esta forma de entender el sentido del Estado entronca con la herencia ilustrada que, en su lucha contra el Antiguo Régimen, consideraba necesario liberar las esferas de interacción de los individuos de la intervención dirigista del poder público para hacer posible la justicia y la prosperidad.

La filosofía social de la ilustración liberal cuenta entre sus ideas nucleares la confianza en que la mejor forma de garantizar el bien común pasa por devolver al hombre su autonomía, negada radicalmente por el orden feudal-estamental, con sus estrictas reglamentaciones de todos los órdenes de la existencia. La novedad revolucionaria de la ilustración liberal consistió, por tanto, en suprimir ese orden reglamentado y jerárquico para elevar la autonomía individual a la condición de clave del sistema social, tanto en el ámbito cultural o de la sociedad civil como en el económico. La exigencia de promover la autonomía en el primero de esos aspectos resulta de la pérdida de capacidad de las instituciones del Antiguo Régimen –sobre todo la Corte y la Iglesia– para imponer sin discusión modelos tanto de legitimidad política como de maneras de entender el ser del hombre en el mundo. En el aspecto socio-económico, dicha exigencia responde

⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, p. 169.

a la percepción como injusta de la sociedad feudal-estamental, en la cual los intercambios así como la prestación de servicios dependían de la voluntad de quien se hallaba más arriba en la pirámide social y su cumplimiento estaba jurídicamente asegurado por los vínculos estamentales.

El objetivo de la ilustración liberal se puede resumir, por tanto, en la construcción de un nuevo sistema social que hiciera posible que todas las relaciones de los individuos, desde las más personales hasta las que requieren la colaboración de un número más o menos amplio de sujetos, estuvieran presididas por la autonomía igual de todos los miembros de la sociedad. Con este objetivo se protegen las libertades imprescindibles para la existencia de la sociedad civil –como la libertad de conciencia y de expresión de opiniones–, cuyas instituciones y prácticas deben sustituir a las instituciones del Antiguo Régimen en la generación e implantación social de ideas y modelos de acción.

En el aspecto económico, por otra parte, se persigue la emancipación de las relaciones forzadas para dar paso a las obligaciones voluntariamente contraídas por las partes, cuya capacidad para analizar las ventajas e inconvenientes de cerrar o no un contrato ha de garantizar que se celebren sólo aquellos que resulten beneficiosos para todos los sujetos implicados. La eliminación de los vínculos estamentales como forma de establecer las obligaciones y los intercambios para sustituirlos por la *libertad contractual igual* debía facilitar el retorno de la sociedad natural ideal, en la que los intercambios se dan por el acuerdo de voluntades, sin la mediación de la violencia (aunque sea bajo la forma de mandatos). La esfera natural de la acción humana resulta ser la institución del mercado, de cuya naturalidad el liberalismo no duda y de la que espera la prosperidad y la justicia, pues en él las ganancias y las pérdidas se reparten conforme a la dedicación y cualidades individuales en lugar de en función de la posición de las partes en la escala social.⁸

En este nuevo panorama en el que el bien común resulta del acuerdo de las voluntades individuales no queda lugar alguno para el Estado absolutista, que pretende trabajar para el pueblo, pero actúa a sus espaldas bajo el pretexto de

⁸ Resulta un lugar común afirmar que el protagonista de la transformación de la sociedad desde su configuración estamental hasta su configuración burguesa fue obra del tercer estado, que veía en el orden feudal-estamental un freno tanto a su actividad económica como a su importancia política. Los intereses del tercer estado distaban, sin embargo, de ser homogéneos y sólo una parte del mismo puede ser considerada proclive a una transformación total del sistema y no sólo a su reforma. Véase Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 81 y ss.

poseer un conocimiento del bien común superior al de los individuos. El paternalismo estatal, que dicta a los súbditos qué es lo mejor para cada uno de ellos, es incompatible con la dignidad del ser humano (entendida por la ilustración liberal como autonomía en todas las áreas de la existencia) y se busca, por ello, erradicarlo. La erradicación del paternalismo estatal en aras de la dignidad humana no significa, sin embargo, que el Estado deba desaparecer; de hecho, conforme a los planteamientos liberales, está obligado a desempeñar una función esencial para que la sociedad pueda desarrollar su potencial de autorregulación a través del mercado. Ha de garantizar las condiciones de ejercicio de la libertad, esto es, ha de garantizar el cumplimiento de las leyes que hacen posible la libertad igual de todos.

La tarea del poder público consiste, en consecuencia, en proteger a los individuos de la amenaza que supone el resto de sus congéneres para el disfrute pacífico de sus bienes. La ficción iusnaturalista ilustra perfectamente ese temor cuando perfila el estado de naturaleza como una situación de conflicto, al menos latente, entre todos los seres humanos. La ilimitada libertad de la que disfrutaban en ese estado constituye una constante fuente de fricciones de la que resulta la necesidad de acotarla para hacer posible la libertad de todos; esto es, para que la libertad de unos no se dé a costa de la libertad de otros.⁹ El poder público es erigido para que haga efectivo, de forma coactiva si es preciso, el orden de los derechos naturales de los individuos. En las ideologías iusnaturalista y liberal, los derechos naturales son primariamente, por tanto, habilitaciones para la acción individual que, una vez constituido el poder político, se transforman en mandatos de protección dirigidos al Estado en favor de los individuos contra los excesos de otros individuos.

Con el fin de que el Estado desempeñe eficazmente esta tarea protectora se le confieren poderes extraordinarios: primero, el de dictar las leyes que hagan posible la libertad igual de todos, algo que el liberalismo considera que consiste

⁹ El artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 plasma perfectamente esta idea: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”. La definición kantiana del Derecho va en la misma dirección: “El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”; véase Immanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 39.

simplemente en “positivizar” las leyes naturales de la sociedad civil y el mercado; se le concede también, en segundo lugar, el poder de coaccionar para obligar al cumplimiento de tales leyes. Esta facultad del Estado para intervenir en la esfera individual hizo que llegara a ser acuciante la necesidad de algún mecanismo que limitase el poder coactivo del Estado. El peligro que la existencia del poder público constituye para la independencia de la sociedad civil trata de conjurarse mediante el establecimiento de límites a la intervención estatal en la esfera individual. Tales límites son, precisamente, los derechos inherentes a los seres humanos, que las constituciones liberales simplemente “reconocen” como derechos fundamentales.¹⁰ La condición de garantías jurídicas frente a la intervención estatal en el área de la autonomía delimitada por ellas no resulta, por tanto, la función originaria de los derechos humanos, tal como sostiene Schmitt.¹¹ Esta tarea sólo se asigna a los derechos tras división funcional entre el Estado y la sociedad operada por el liberalismo.¹²

La coincidencia entre el liberalismo y el iusnaturalismo de la ilustración es, por tanto, sólo aparente, como muestra el cambio de funciones de los derechos naturales al ser positivizados en el Estado liberal. El liberalismo tal como se plasmó en los Estados del siglo XIX conservó del iusnaturalismo y la ilustración la doctrina de la distinción de funciones entre el Estado y la sociedad, así como la conveniencia de reducir los poderes del primero para que la interacción de las fuerzas sociales en el mercado hiciera posible la prosperidad de todos, pero olvidó que estos mecanismos se ordenaban, eran accesorios, a la promoción de la autonomía individual. De este modo, lo que sólo era un medio en aras de la libertad igual de todos los individuos (la igualdad jurídica para contratar en un espacio definido por la separación funcional entre la sociedad y el poder público), pasó a ser la nota definitoria del sistema jurídico-político. A la luz de este

¹⁰ Los derechos políticos, al menos en el liberalismo, son también funcionales a la protección de los intereses de la esfera privada; véase Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historias de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 26 y ss.

¹¹ Esta pretensión ha sido renovada posteriormente por Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 11/17, 1984, pp. 461 y ss.

¹² Pedro Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 219: “... más antigua (al menos en el orden lógico) que los derechos fundamentales –es decir, como derechos de los individuos frente al Estado– es [...] la garantía de los derechos fundamentales frente a los particulares a través de y por medio de la ley”.

planteamiento, se consideró que el poder político no debía llevar a cabo actividad alguna para promover el ejercicio de la libertad o para crear las condiciones materiales que hicieran posible ese ejercicio. El reconocimiento de una dotación igual de derechos a todos los ciudadanos, sobre todo la igual libertad contractual, se juzgó suficiente para situar a todos en plano de igualdad y cualquier argumento en contra de este planteamiento fue inmediatamente considerado como una amenaza autoritaria o paternalista para la autonomía individual.

Esta específica versión de la teoría liberal declara irrelevantes, por tanto, los presupuestos sociales para realizar la libertad garantizada mediante los derechos fundamentales.¹³ La esfera de la libertad natural ya no se considera protegida jurídicamente para promover la autonomía individual de todos, con lo que se pierde el núcleo ético de la ilustración liberal a manos de los intereses económicos de la burguesía, que encontraba en los derechos fundamentales entendidos como protecciones frente a la intervención estatal en la esfera privada una medida adecuada para la defensa de sus privilegios fácticos en el mercado; esto es, para apuntalar el *statu quo*. Cabe preguntarse, de todos modos, si esta configuración del Estado como Estado liberal resulta consustancial también al Estado legislativo de Derecho.

III. El Estado social, los derechos sociales y el Estado legislativo de Derecho

La teoría liberal de los derechos fundamentales y el orden social al que dicha teoría da forma jurídica mostraron pronto graves insuficiencias que fueron paliadas con la transformación del Estado liberal en Estado social; esto es, mediante la proclamación de una serie de nuevos derechos y, sobre todo, la reformulación de los papeles del Estado y la sociedad civil (en realidad, el mercado). La necesidad de tales transformaciones descansa en la refutación por los hechos de la confianza liberal en que basta la abstención de la intervención del Estado en la sociedad y la igualdad contractual de todos los individuos para alcanzar la prosperidad y la justicia: sin la creación de las condiciones que faciliten un mínimo de igualdad material, la igual capacidad jurídica para contratar, expresión jurídica de la reducción liberal de la dignidad humana, sólo resulta útil para una

¹³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 52.

minoría, mientras constituye el fundamento de la miseria de quienes no tienen otra mercancía que llevar al mercado que su fuerza de trabajo.¹⁴ Esta circunstancia explica el desarrollo, ya en el siglo XIX, de legislaciones y políticas sociales públicas que trataban de atajar las consecuencias más graves del liberalismo económico puro; explica también la posterior inclusión de nuevos derechos, los derechos sociales, en las constituciones. Pioneras de este proceso fueron la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de 1919.¹⁵

El punto de partida del Estado social se halla en la convicción de que para hacer viables las posibilidades de autodeterminación individual inauguradas por la ilustración liberal se precisa eliminar, o al menos atenuar, las diferencias de poder de las partes a la hora de negociar compromisos sancionados por el Derecho. De ahí que se pueda sostener que, en realidad, mediante la transformación del Estado liberal en Estado social no se persigue otro fin que hacer efectiva la autonomía de los individuos. Es decir, que todos los miembros del sistema social tengan los medios que hacen posible la libertad de elegir verdaderamente de qué relaciones quieren formar parte, sin tener que aceptar necesariamente las condiciones dictadas por el poder, ya sea político (el único reconocido como tal por la ilustración liberal) o socio-económico. El sentido del Estado social consiste, por tanto, en la voluntad de hacer posible la promesa de la filosofía ilustrada de facilitar a todos la posibilidad de vivir sin tener que sacrificar la dignidad a las exigencias de los poderes. Respecto de este objetivo se revelan accesorios elementos tan definitorios de la ideología liberal como la comprensión del poder pú-

¹⁴ A lo largo de toda la existencia del Estado social ha habido una enconada disputa en torno a la cuestión de la adecuación de la igualdad formal para alcanzar la meta del sistema liberal: la libertad igual de todos los individuos para llevar a cabo las decisiones que resultan del ejercicio de su autonomía. Disputa sobre si ha de considerarse adecuadamente protegida dicha facultad mediante el reconocimiento universal –dentro de ciertos límites– de la autonomía contractual y la igualdad ante la ley o si son necesarias medidas redistributivas, asistenciales o incluso de discriminación positiva orientadas a facilitar condiciones materiales de igualdad o si tales medidas conducían inevitablemente por un camino de servidumbre. En esa decisión se decide la continuidad o no con los fines de la ilustración.

¹⁵ Esta Constitución incluye algunos elementos que la alejan de las constituciones burguesas, como son algunos artículos de orientación socialista; sin embargo, se recogieron bajo la forma de principios finalistas de justicia material cuya realización se confiaba al legislador. En este punto se hallaba su debilidad, pues sin su desarrollo por los órganos del Estado estaban amenazados de “convertirse en mera retórica vacía”; véase Christoph Gusy, “Las constituciones de entreguerras en Europa central”, *Fundamentos*, 2/2000, pp. 606 y ss.

blico como salvaguardia neutral de las leyes naturales de la sociedad civil y del mercado, la separación de funciones entre el Estado y la sociedad o la suficiencia de la igualdad jurídica formal para hacer efectiva la libertad igual de todos los individuos.¹⁶

El poder público, por tanto, ya no puede limitarse a actuar sólo como garante del cumplimiento de las leyes naturales del mercado. Para superar la brecha entre la formal libertad igual y la libertad igual efectiva, el Estado debe dejar de ser el garante neutral de la dinámica de las leyes naturales de la sociedad civil y pasar a intervenir intensamente en ella. La articulación jurídica de esta nueva filosofía social exige someter al Estado al mandato de implantar las condiciones que hagan posible la libertad material igual entre los individuos (como se señala en el art. 9.2 de la CE), imponer restricciones a la autonomía contractual y, más específicamente, establecer derechos sociales. Estos derechos no regulan sólo las relaciones entre el individuo y el Estado, sino que tratan de hacer posible el equilibrio de fuerzas en la sociedad, pues la esperanza en la capacidad de autorregulación social ha resultado infundada a la vista de la enorme diferencia de poder negociador en el mercado entre sujetos supuestamente dotados de igual capacidad porque disponen de capacidad jurídica igual.

En una circunstancia de desigualdad como la señalada, resulta insuficiente garantizar jurídicamente la libertad individual sólo contra el poder público, pues el desarrollo alcanzado en el mercado por algunos de sus agentes ha revelado la importante amenaza que para la autonomía individual supone también el poder privado. Coherente con el reconocimiento de la insuficiencia de limitar los derechos fundamentales a la condición de garantías frente a la intervención del poder público en un área de supuesta libertad pre-estatal y ajurídica es el reconocimiento de los derechos de sindicación y huelga (art. 28.1 y 2 CE, respectivamente). Estos derechos protegen ciertas actividades pertenecientes al ámbito del derecho privado con el fin de equilibrar la capacidad negociadora de los trabajadores frente a los empresarios en el mercado de trabajo, cuyas leyes “naturales” han mostrado su inadecuación para facilitar la autonomía y la libertad igual de todos.

El espacio en el que los individuos ejercen su autonomía no puede ser considerado un espacio natural aún en otro sentido: la posibilidad de llevar a la

¹⁶ El Estado liberal y el Estado social no pueden ser considerados, por tanto, como encarnaciones de valores distintos, quizás incluso inconciliables: la libertad y la igualdad respectivamente.

práctica un plan de vida autónomamente trazado precisa la existencia de servicios e instituciones. En este punto se hizo patente de nuevo la insuficiencia del mercado para hacer efectiva la libertad igual de todos, pues sus servicios sólo llegan allí donde se avista un beneficio económico. De ahí que la garantía por el Estado de la prestación de algunos servicios se haya elevado a la condición de derecho fundamental, como en España ocurre con el derecho a la educación (art. 27 CE). Este derecho persigue, desde luego, fines mucho más ambiciosos que el de tratar de facilitar a todos los individuos el acceso al mercado laboral con mejores recursos que la desnuda fuerza de trabajo, pero este fin, cuyo cumplimiento es indispensable para hacer posible cierto grado de autonomía del individuo frente al poder social, está presente entre los motivos de su elevación a derecho fundamental.¹⁷

El Estado social conlleva, en consecuencia, no sólo la garantía de derechos sociales como los de sindicación y huelga, sino también la prestación de servicios. Dado que los derechos sociales prestacionales requieren decisiones sobre la distribución de los recursos financieros, dicha distribución se halla en manos del representante de la voluntad popular. La cuestión es si los jueces, cumpliendo el mandato de hacer efectivos los derechos, pueden controlar la adecuación de las medidas adoptadas por el legislador con ese fin. Es decir, si la garantía judicial de los derechos puede transformarse en control de la decisión política del reparto de los recursos económicos: los jueces podrían llegar a valorar si los recursos destinados a hacer factible el ejercicio de un derecho son suficiente o no. La opinión de los tribunales, en consecuencia, se alzaría por encima de la del legislador, con evidente quiebra de las funciones que la tradición de la división de poderes asigna a cada uno de los poderes del Estado.

Se planteó esta pregunta en la República Federal Alemana a propósito de las plazas en la universidad: el derecho a la educación no puede ser ejercido si no se crean las condiciones para hacerlo efectivo, en este caso, si no se crean plazas para los estudiantes. La cuestión era, por tanto, si los tribunales podían exigir a los otros poderes del Estado que proporcionasen los recursos económicos nece-

¹⁷ No hay que confundir, por tanto, derechos sociales y derechos prestacionales: uno de los mejores ejemplos de éstos últimos lo constituye el derecho a la tutela judicial efectiva, que no sólo resuelve los conflictos entre particulares sino que es la condición indispensable para que los derechos sean verdaderos límites al poder y que constituye por ello una condición institucional imprescindible para la efectiva realización de cualquier decisión individual en el ejercicio de su autonomía.

sarios para crear los medios que posibilitan realmente el acceso a una prestación. La respuesta de la jurisdicción constitucional alemana consistió en subraya que los mandatos dirigidos al Estado están sometidos a la reserva de lo posible¹⁸ y que el principio de división de poderes es tan importante como la cláusula del Estado social, que “no fundamenta a priori pretensiones individuales directas de ningún tipo”.¹⁹

El constituyente español, por su parte, para evitar los problemas añejos al control judicial del cumplimiento por los otros poderes públicos de la cláusula del Estado social, limitó la exigibilidad de la mayoría de los derechos sociales a la regulación previa de los mismos por el legislador. La CE en su art. 53. 3 confía “el respeto y la protección” de “los principios rectores de la política social y económica” (arts. 39-52) a la “legislación positiva”; establece también que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.²⁰

¹⁸ Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda *et.al*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, 2001, p. 96.

¹⁹ *Ibid.*, p. 100.

²⁰ La doctrina constitucionalista mayoritaria en España considera indiscutible la imposibilidad de exigir el cumplimiento de los derechos sociales ante los tribunales cuando el Estado no los ha regulado legalmente ni previsto los recursos materiales necesarios para su prestación. Contra la exigibilidad judicial de los derechos sociales se apela a la regulación constitucional de estos derechos así como a la fundamentación axiológica que cabe desprender de esa regulación. La débil tutela judicial de los derechos sociales parece una decisión constituyente que se encarna en el art. 53 de la Constitución. Éste precepto establece tres categorías de derechos y prevé para cada una de ellas distintos mecanismo de protección. Los derechos que reciben mayor protección son los recogidos en la Sección I del Capítulo segundo (15-29) además del art. 14. Excepto el derecho a la educación, son derechos civiles y políticos. “Cualquier ciudadano puede recabar” su tutela “ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional” (art. 53.2.). Además, como se dice en el art. 81 CE, su regulación se ha de llevar a cabo mediante Ley Orgánica. Una protección ya atenuada respecto de la anterior reciben los derechos reconocidos en los artículos 30 a 38 de la Constitución. Tales derechos son derechos sociales laborales (al trabajo, art. 35; y a la negociación colectiva, art. 37), a la propiedad privada y a la herencia (art. 33) así como a la libertad empresa (art. 38). Quienes se consideren dañados en tales derechos no pueden hacerlos valer ante los Tribunales mediante un procedimiento preferente y sumario, tampoco mediante recurso de amparo. La protección que para ellos establece el art. 53.1 de la Constitución consiste en que “el ejercicio de tales derechos y libertades” habrá de regularse “por ley,

Así pues, la inclusión en las constituciones de nuevos derechos no conlleva por sí misma la quiebra del Estado legislativo de Derecho. Si los derechos sociales se articulan en ellas como mandatos dirigidos al legislador no se produce ruptura alguna respecto del criterio de legitimación política del derecho positivo propio de esa forma de Estado. El legislador, como representante de la voluntad popular, proporciona mediante la ley todo su contenido a los derechos sociales fundamentales: determina quienes son sus beneficiarios, bajo qué condiciones pueden ejercerse, etc.²¹ Tales leyes sólo pueden ser derogadas por otras posteriores, generadas de idéntica manera, a menudo como consecuencia de la formación de una nueva mayoría parlamentaria. Es decir, el control de las leyes que hacen efectivos los derechos sociales corresponde en última instancia exclusivamente a los ciudadanos.

Las peculiaridades del Estado social no se agotan, sin embargo, en el establecimiento de ciertos nuevos derechos; mayor importancia tiene la necesidad

que en todo caso deberá respetar su contenido esencial”; leyes cuya adecuación a dicho límite puede ser controlada a través del recurso de inconstitucionalidad. Por último, los derechos sociales reconocidos en el capítulo III del Título primero, se catalogan como “principios rectores” que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”; que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3). Así pues, la mayoría de los derechos sociales son derechos de configuración legal, que precisan de la acción del legislador para dar lugar a verdaderos derechos subjetivos. En consecuencia, para la mayor parte de la doctrina, la Constitución separa los derechos sociales de los verdaderos derechos fundamentales: los derechos civiles y políticos así como el derecho a la educación. De la dogmática constitucional brevemente referida se infiere además una diferente valoración por el constituyente de la importancia de unos derechos u otros. De la distinta protección se extrae la consecuencia de que el constituyente habría considerado más valiosos los derechos que protegen la libertad que aquellos otros que se orientan a hacer efectiva la igualdad. En consecuencia, el art. 10. 1 de la Constitución (que consagra la “dignidad de la persona” como “fundamento del orden político y de la paz social”) se interpreta a la luz de la casuística de las diferentes formas de protección de los derechos para concluir que los derechos civiles y políticos resultan para el constituyente los más aptos para proteger la dignidad, de ahí su mejor tutela. Los derechos sociales –los derechos de igualdad– serían, en cambio, secundarios a la hora de hacer efectiva la dignidad humana.

²¹ Sobre esto véase Ernst Forsthoff, también hay que tener en cuenta además que esa fue la forma de los derechos sociales en la Constitución de la República de Weimar. Las tesis de Forsthoff son una reacción a la efectiva creación del Estado social bajo la forma de Estado constitucional a raíz de la promulgación de la LF de Bonn y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

de intervenir en la economía para cumplir su función de promoción de la libertad igual. En el orden social liberal el Estado se limitaba –al menos teóricamente– a garantizar las condiciones para que la sociedad desarrollara su potencial de autorregulación a través de un mercado sin distorsiones jurídico-políticas. El Estado social, en cambio, trata de crear condiciones de igualdad que la sociedad no genera por sí misma; es decir, trata de cambiar las condiciones sociales para hacer posible la libertad igual de los ciudadanos.

La actuación estatal para alcanzar ese objetivo –como, por ejemplo, la planificación económica– resulta difícil de realizar a través de los recursos tradicionales en manos del Estado, el mandato y la coacción, salvo que se transforme el orden político en sentido autoritario. El Estado social, si bien se vale del Derecho para modificar la estructura social, no persigue reconstruir la relación entre Estado y sociedad de un modo puramente vertical, en el que el primero manda y la segunda obedece, sino que trata de conservar la autonomía de la sociedad. Quizá como consecuencia de la conservación de planteamientos liberales, el Derecho típico de esta forma de estatal no se articula a través de mandatos apoyados en la coacción, sino mediante el establecimiento de fines que dejan a la autonomía privada determinar –dentro de ciertos límites– la manera de alcanzarlos.

Este tipo de regulación constituye una transformación radical del Derecho: en el orden jurídico-político que resulta de las revoluciones burguesas y se plasma en el Estado legislativo, la estructura del Derecho puede describirse como un programa condicional, que asigna determinadas consecuencias jurídicas a un supuesto de hecho. Las normas características del Estado social, en su faceta de Estado intervencionista, ya no se dejan describir, sin embargo, bajo la forma de los programas condicionales. En el nuevo escenario, si bien las normas llegan a “a prescribir a las instancias que aplican el Derecho la meta de su actividad”, dada la complejidad y mutabilidad de las circunstancias que pueden concurrir en su realización, la regulación de los aspectos que han de observarse en la persecución del objetivo sólo puede ser parcial.²² La consecuencia es que el “el criterio de la acción no está preestablecido en la norma, sino que su destinatario lo produce en cumplimiento de ésta, adaptándolo constantemente a situaciones cambiantes”.²³

²² Dieter Grimm, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, Beck, 2001, p. 31.

²³ *Idem.*

El Derecho entendido de esta forma apenas puede cumplir con su función directiva de la acción de sus destinatarios, pues si bien deben actuar para alcanzar un fin establecido por el legislador, disfrutan de un amplio margen sobre la manera de lograrlo. Una consecuencia de esta forma de regulación, en la que los criterios jurídicos que deben determinar la conducta de los destinatarios de las normas son imprecisos, es la dificultad de la jurisdicción para juzgar si los sujetos han actuado conforme a Derecho. Los jueces se ven abocados a establecer los criterios para determinar si este hecho se ha dado en cada caso concreto y, de esta manera, su acción penetra en el ámbito de la creación de Derecho con mucha mayor intensidad que al aplicar los bien definidos programas condicionales que constituyen el Derecho que surge de las revoluciones burguesas,²⁴ así como el ideal positivista de legislación.

Las nuevas exigencias dirigidas a los jueces a la hora de aplicar el Derecho suponen una evidente ruptura con los criterios legitimidad del Estado legislativo de Derecho, que separa la tarea política de crear normas de la competencia jurídica de aplicarlas. Cuando los jueces se ven obligados a crear Derecho como consecuencia de la nueva estructura de las normas llevan a cabo una acción típica de la política, pero liberados de la obligación de rendir cuentas al electorado; es decir, al margen de los mecanismos de control de la responsabilidad política. Los tribunales sólo pueden actuar dentro de la distribución de funciones que le asigna la división de poderes si el poder legislativo facilita normas aplicables; no es así cuando han de aplicar el Derecho constituido bajo la forma de programas finales. Que las normas se den bajo tal forma no libera a los jueces, sin embargo, de juzgar, para lo cual tienen que crear “sus propios criterios de decisión con el material jurídico existente”.²⁵ La práctica de la aplicación judicial del Derecho en el Estado constitucional genera problemas similares, que dificultan sostener su racionalidad política.

■ IV. El nacimiento del Estado constitucional

La Constitución de la época liberal consagraba la separación de las esferas pública y privada; como Constitución del Estado legal de Derecho establecía las líneas generales de la organización institucional del poder público, regulaba las

²⁴ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 32.

²⁵ *Ibid.*, 29.

competencias de los órganos estatales y esbozaba los procedimientos para la creación de normas. Que incluyera un elenco de derechos subjetivos fundamentales no llevaba consigo ampliación alguna del contenido material de la Constitución que hubieran de tener en cuenta los tribunales. De hecho, se puede decir que dicha inclusión no rompía con un modo de entender la Constitución puramente formal, es decir, el tipo de Constitución que confía al legislador toda la determinación de qué es Derecho, con cuyas reglas han de juzgar los jueces sin poder poner en tela de juicio su validez a la luz de criterio material alguno.

La LF de Bonn no difería a primera vista de ese modelo, pero la doctrina y la jurisprudencia constitucionales alemanas tomaron los derechos fundamentales como la expresión jurídica de un sistema de valores objetivo en cuyo vértice se halla la dignidad humana, cuyo respeto y protección es “obligación de todo poder público”. De hecho, una sentencia del Tribunal Constitucional Federal (desde ahora TCF) de 15 de enero de 1958 (sentencia Lüth), justifica un cambio radical en el modo en que se entendían hasta la fecha las funciones de los derechos.²⁶ A raíz de esa sentencia, los derechos fundamentales ya no sólo se entienden como protecciones frente a la injerencia del Estado en la esfera privada (aspecto subjetivo), sino también como un orden objetivo de valores que preside todo el ordenamiento. Es decir, los derechos fundamentales dejan de limitarse a regular las relaciones de los individuos con el poder público para ser también tenidos en cuenta en los ámbitos regidos por el derecho privado. Hasta entonces, los particulares sólo eran destinatarios de las normas constitucionales de derechos fundamentales en el caso de la libertad de asociación sindical, pues se hallaba recogido en el art. 9. 3 de la LF de Bonn; a partir de esa sentencia el resto de los derechos fundamentales también va a regir en el resto de las relaciones reguladas por el derecho privado.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia Lüth se reconoce que la función asignada por el liberalismo a los derechos fundamentales sigue vigente: asegurar la esfera de la libertad individual frente a las intervenciones estatales. Se advierte, sin embargo, que los derechos incluidos en la Constitución expresan un sistema de valores que debe regir también en todos los ámbitos del Derecho: la LF no pretende ser, a juicio del Tribunal, “un orden neutral de valores; en sus artículos sobre derechos fundamentales ha erigido un orden objetivo de valores que se manifiesta en un refuerzo fundamental de la pretensión de validez de los

²⁶ El objeto de la disputa eran los límites de la libertad de expresión, que el TCF redefine contra la norma vigente en el Código Civil Alemán.

derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana desarrollada libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad, debe ser válido como fundamento jurídico-constitucional para todas las áreas del Derecho; la legislación, la administración y la judicatura reciben de él pautas e impulsos.²⁷ Esto es, de los derechos fundamentales parte lo que se ha denominado su “efecto de irradiación” sobre todo el ordenamiento.²⁸ De este modo, los derechos fundamentales adquieren en las relaciones jurídicas entre particulares una validez equivalente a la de los mandatos constitucionales dirigidos a los poderes públicos.

Los derechos, como siempre, despliegan sus efectos en la esfera del derecho privado por medio de las normas que regulan las actividades en dicha esfera; es decir, la irradiación del ordenamiento objetivo de los derechos fundamentales se da primariamente a través de las normas dictadas por el legislador. Sin embargo, dado que tal orden objetivo de valores obliga a todos los poderes del Estado, también el juez, como todo representante del poder público, se halla sometido a la obligación de juzgar teniendo a la vista ese orden tal como se ha plasmado en los derechos constitucionales. Esto es, el juez debe interpretar y aplicar el Derecho conforme a los derechos fundamentales, pues de otro modo, “en cuanto titular del poder público, viola mediante su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto, también por el poder judicial, tiene el particular un derecho jurídico-constitucional”.²⁹ En consecuencia, contra una sentencia dictada sin atender al “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales en la esfera del derecho privado cabe el recurso de amparo ante el TCF.

De todo lo dicho resulta, por tanto, que la lesión de los derechos entendidos como orden jurídico objetivo no proviene de la acción de los particulares sin más, sino que requiere la actuación defectuosa del poder judicial al enjuiciar el conflicto entre las partes sin atender al orden objetivo de los derechos o hacerlo de manera insuficiente. De ahí que pueda plantearse el recurso de amparo constitucional, pues su función consiste en proteger a los particulares de la lesión de sus derechos fundamentales por el poder público.

La obligación de los jueces de aplicar las leyes atendiendo al orden jurídico objetivo constituido por los derechos fundamentales junto con la posibilidad procesal concedida a los particulares de interponer recurso de amparo cuando

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 7, 198 (205).

²⁸ *Ibid.*, (207).

²⁹ Pedro Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 227.

consideran no cumplida esa obligación genera uno de los puentes desde el Estado legislativo de Derecho hacia el Estado constitucional. En el primero, ya sea bajo la forma de Estado liberal o bajo la de Estado social, se otorga exclusivamente al legislador la potestad de plasmar mediante sus normas el orden de los valores constitucionales; en el segundo, en cambio, el poder judicial también es destinatario de ese mandato al tener que aplicar el Derecho a la luz del orden de valores que establece la Constitución. Otro de los pasos de esa transición se halla en la competencia concedida a un órgano judicial, el Tribunal Constitucional, de controlar la adecuación tanto de las sentencias judiciales como de las leyes dictadas por el legislador al sistema de valores contenido en la norma fundamental.³⁰

La transformación desde el Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional requiere, por tanto, la inclusión de valores y principios como condiciones de validez de las normas creadas por el legislador así como la elevación de los valores constitucionales a la condición de principios que han de tener en cuenta los jueces a la hora de aplicar el Derecho. Sin embargo, elevar el sentido de los derechos fundamentales hasta su consideración como “núcleo de todo el ordenamiento jurídico” amenaza con convertir “cualquier cuestión jurídica [...] en una cuestión de derechos fundamentales, tema sobre el que en última instancia compete al Tribunal Constitucional decidir”.³¹

En el Estado legislativo de Derecho, la configuración del ordenamiento jurídico, a través de la ley, está en manos del poder legislativo, que tiene la competencia exclusiva para crear Derecho. Es decir, éste es producto de una decisión política adoptada en la sede de la soberanía popular, el parlamento, sin más límites que el respeto de los procedimientos establecidos por la Constitución. En cambio, en el Estado constitucional existe ya un conjunto de normas que predetermina o condiciona la decisión política: el contenido de la decisión no se halla plenamente a disposición del poder legislativo, pues al dictar leyes no puede hacer caso omiso del sistema de valores que preside la Constitución. Su obligatoriedad para el legislador se halla garantizada por el TC, que controla su acierto o no a la hora de concretar el alcance normativo de esos valores en cada norma; esto es, mediante su control de la “irradiación” en todo el ordenamiento de

³⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *op. cit.*, p. 130, califica este proceso como “tránsito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional”.

³¹ Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 93.

los derechos fundamentales en los que se encarna el orden constitucional de valores.³² La realización de esta tarea amenaza con convertir al TC en el verdadero legislador en materia de derechos fundamentales.

Por lo demás, la nueva configuración de las funciones de los poderes públicos en relación con los derechos, así como la ampliación del sentido de los mismos, ha atravesado las fronteras de su país de origen. En España, la Constitución establece el sometimiento de la judicatura a los derechos fundamentales; aunque no resuelve cómo ha de llevarse a cabo, la práctica del TC ha seguido la vía alemana³³ en la sentencia 101/1983 (Fundamento jurídico 3º), a la luz del art. 9.1

³² Los tribunales constitucionales actuales sólo parcialmente entroncan con la previa teorización kelseniana, que trata de ser respetuosa con la legitimidad democrática de las normas creadas por los representantes legítimos del pueblo. Por ello, el Tribunal ideado por Kelsen se limita a revisar si la Ley ha sido dictada o no por el órgano competente y conforme con los procedimientos previstos en la Constitución. Si el Tribunal constata que no se han cumplido esas condiciones expulsa del ordenamiento a la norma en cuestión, por eso se califica al Tribunal Constitucional kelseniano de legislador negativo. Este planteamiento supone considerar a la Constitución como “límite procedimental de la Ley”, carente de cualquier contenido material, se limita a repartir competencias y establecer procedimientos para la generación de normas. En cambio, el contenido de las normas es materia de la política, objeto de la decisión del pueblo a través de sus representantes y en consecuencia, de forma coherente con la legitimidad democrática, no es susceptible de control jurisdiccional. Antonio López Pina e Ignacio Gutiérrez, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Marcial Pons, p. 83.

³³ El art. 161 b. de la CE sólo dice que el Tribunal Constitucional es competente para conocer “del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art 53. 2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”. El art. 41. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) declara que el “recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos (...) frente a las violaciones de los derechos y libertades (...) originadas por disposiciones, actos jurídicos, o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”. De ahí la imposibilidad, igual que en la República Federal Alemana, de interponer el recurso de amparo frente a las lesiones de particulares, sino que se requiera también la intervención del poder público. El art. 44 de la LOTC exige que las violaciones que posibilitan el uso del recurso de amparo tengan “su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial” y que “la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión de un órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”.

CE, declara la sujeción tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos a la “Constitución y al resto del ordenamiento”.

V. La aplicación del Derecho en el Estado constitucional

Añadir al carácter técnico de los derechos –esto es, a la cualidad de protecciones jurídicas del individuo frente al Estado– la condición de plasmación jurídica de un sistema de valores ha sido objeto del importante cargo de que la aplicación del Derecho en tales circunstancias, atendiendo a los valores, no puede eludir el peligro de la arbitrariedad.³⁴ Frente a este grave reparo Konrad Hesse trata de justificar retrospectivamente la remisión de los derechos fundamentales a un sistema de valores recordando que a lo largo de la historia del constitucionalismo alemán no se había destilado “una elaboración del contenido normativo concreto y del alcance de derechos fundamentales específicos, de sus recíprocas relaciones y de los requisitos de su limitación”.³⁵ Esta justificación pragmática de la jurisprudencia constitucional basada en los valores no basta, sin embargo, para hacer frente a las críticas dirigidas contra ella; quizá por esa razón Hesse añade también que la tarea de definir los límites y relaciones entre los derechos se llevó a cabo “con ayuda de un adecuado instrumental jurídico, evitando considerablemente el recurso directo a los valores”.³⁶

³⁴ Desde la elevación de la teoría de los valores en fundamento explícito de la jurisprudencia del TCF alemán ha sido ferozmente atacada, entre otros, por Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en sus *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 44-71 y Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 326 y ss; Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 254 y ss.

³⁵ Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 92. Por otra parte, la teoría del sistema de valores también ha pasado a la práctica del TC español, véase Eduardo García de Enterría, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4 (1984), nº 10, especialmente las pp. 13 y ss; también Luciano Parejo Alfonso, “Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (Coord.) *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 923 y ss.

³⁶ *Idem.*

La apelación a la prudencia y al uso de los métodos tradicionales de interpretación de las normas jurídicas puede resultar, sin embargo, insuficiente para determinar cómo llevar a cabo la irradiación de los derechos en el orden jurídico y si es correcta la irradiación ya realizada por los poderes públicos. Esta exigencia de control puesta en manos de los jueces arroja una sombra sobre la capacidad del Derecho para orientar nítidamente la acción de sus destinatarios y, por tanto, constituye una fuente de inseguridad jurídica. La impredecibilidad de la aplicación resulta de que “el efecto de irradiación no determina por sí mismo su identidad y extensión, por tanto [los tribunales] han de juzgar conforme a parámetros que ellos mismos establecen”.³⁷ Así se produce una nueva excepción a la distribución de funciones que establece el discurso de legitimación del orden jurídico-político vigente en la actualidad, basado en la soberanía popular y la división de poderes. Los jueces, en tanto que crean la norma para decidir en el caso particular, se sitúan en el lugar del legislador; esta sustitución del representante del pueblo, además de constituir una grave anomalía dentro del relato de legitimación del Estado democrático, conlleva un importante menoscabo de la garantía esencial al Estado de Derecho en favor de los individuos que consiste en separar a quien crea la norma general de quien la aplica en el caso concreto.³⁸

La elevación de los derechos fundamentales a normas de Derecho objetivo inmediatamente aplicable por los poderes del Estado en todas las circunstancias exige al juez crear la norma que debe aplicar como consecuencia de la extrema generalidad de las declaraciones constitucionales que los contienen. Esta circunstancia impide que puedan ser aplicadas tales declaraciones a cada caso concreto del mismo modo que las tradicionales reglas jurídicas (o programas condicionales), que con mayor o menor precisión vinculan una consecuencia jurídica a una situación de hecho. La aplicación de los enunciados constitucio-

³⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *op. cit.*, p. 115.

³⁸ En el Estado absolutista tanto la administración como la impartición de justicia eran tareas propias del monarca, tareas que simplemente delegaba en algunos agentes; por lo demás, éstos se hallaban sometidos en muy escasa medida al control de los tribunales y el rey podía además revocar las delegaciones para decidir personalmente sobre la vida y la hacienda de los súbditos. Este gobierno personalista y en permanente peligro de actuar conforme a la más pura arbitrariedad constituye el caldo de cultivo de la insistencia ilustrada en la necesidad y bondad del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres. Explica la búsqueda de mecanismos jurídicos capaces de controlar al poder público para asegurar con ello la vida, la propiedad y la libertad de los ciudadanos. Uno de esos mecanismos consiste precisamente en separar quien crea la ley de quien la aplica.

nales elevados a la condición de valores de obligada aplicación se da más bien del modo que Robert Alexy ha establecido que actúan los principios: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida a su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas opuestos”.³⁹

Asimilar el aspecto objetivo de los derechos fundamentales a principios significa reconocer en ellos el mandato de extender al máximo la gama de conductas que pueden disfrutar de protección iusfundamental. La consecuencia obvia de esta exigencia es la colisión entre conductas y expectativas que se hallan protegidas por distintos principios: a esto se refiere Alexy cuando sostiene que “las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto”.⁴⁰ Es así porque, para establecer qué principios han de prevalecer y cuáles postergarse en caso de conflicto, el juez no puede recurrir a los criterios usuales para determinar la norma aplicable –jerarquía, especialidad, fecha de la promulgación–, pues, conforme a esos criterios, todos los principios disfrutan del mismo rango.

En una situación normativa como la descrita, en la cual no caber esperar auxilio alguno de los criterios tradicionales de determinación del Derecho aplicable, el juez ha de adoptar una decisión teniendo a la vista las circunstancias, pues “bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia [de un principio u otro] puede ser solucionada de manera inversa”.⁴¹ Es decir, la relación entre principios constitucionales se resuelve en cada ocasión mediante “una ponderación de los intereses opuestos”. A través de este procedimiento se trata de establecer “cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”.⁴²

Para determinar la importancia relativa de cada uno de los principios en cada conflicto concreto se utiliza, por tanto, la ponderación, que se rige por la

³⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 86.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 92.

⁴¹ *Ibid.*, p. 89.

⁴² *Ibid.*, p. 90.

siguiente máxima: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴³ De todos modos, a través de este procedimiento es factible llegar a conclusiones distintas sobre cuál es la decisión que optimiza el derecho fundamental y a la vez restringe en la menor medida posible el disfrute del resto de los derechos en conflicto. Cabe preguntarse si la casi inevitable discutibilidad de cualquier decisión que verse sobre estos extremos exige calificar la ponderación de procedimiento irracional y rechazable, o bien cabe reconsiderar que posee algún tipo de racionalidad; una racionalidad que, quizás, sólo es posible reconocer si se abandona la insistencia positivista en la necesidad de alcanzar, a través de algún método, la supuesta única solución correcta aplicable al caso concreto.

El problema de la racionalidad de la ponderación excede el objeto de estas páginas; no se puede pasar por alto, sin embargo, que la elevación de los derechos fundamentales a la categoría de núcleo normativo de todo el sistema jurídico puede llevar al TC a crear Derecho en todas las áreas del ordenamiento, pues, como ya se ha señalado, cualquier conflicto jurídico puede configurarse como conflicto entre derechos fundamentales. Los resultados no deseados de la presencia de los derechos fundamentales como derecho objetivo que ha de “irradiar” todo el sistema de normas son, por tanto, la inseguridad jurídica y la constitucionalización del ordenamiento como consecuencia de las decisiones del TC, que convierten a las regulaciones así surgidas, al menos tendencialmente, en invulnerables a las posteriores decisiones del legislativo.⁴⁴ La competencia atribuida al TC para encauzar y corregir la obra del legislador conlleva, aparentemente, la clausura de la legítima supremacía de éste frente al poder judicial en la tarea de dar forma a la sociedad y al orden jurídico. Los únicos límites que parecen levantarse a las facultades de las que disfrutaban hoy los tribunales constitucionales son los que resultan de la llamada a la prudencia en su utilización, la llamada a la *self-restraint*, tal como se dice en el constitucionalismo estadounidense.

Como respuesta a la pretendida limitación por el TC a la libertad del legislador, Jutta Limbach ha señalado que el poder legislativo conserva su carácter de poder supremo en el Estado constitucional puesto que conserva la iniciativa para promulgar normas y, por consiguiente, ostenta el papel principal en la modela-

⁴³ Robert Alexy, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *op. cit.*, nota 34.

ción jurídica de la sociedad.⁴⁵ Frente a la prioridad del órgano político por excelencia dentro de los poderes del Estado, los tribunales constitucionales sólo revisan su acción “a instancia de parte”.⁴⁶ Además, el legislador puede valorar las consecuencias sociales de su actividad y revisarla a través de la promulgación de nuevas normas; los jueces, en cambio, no, salvo que haya una nueva ley y un nuevo impulso a su acción por la vía de un recurso de inconstitucionalidad.

Lo que se discute, por tanto, es si, como afirman los críticos, las sentencias de los tribunales constitucionales cierran de veras el paso a posteriores decisiones políticas, si el legislador queda realmente constreñido por las decisiones del TC. La autora mencionada responde a esta pregunta teniendo a la vista la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana en relación con la protección de la vida no nacida, regulada en el art. 219 del código penal alemán. En una primera sentencia, de 1975, el TCF avaló el recurso al derecho penal como la mejor manera de proteger la vida no nacida; más tarde, en 1993, juzgó adecuada la protección a través de la tutela consultiva. En el primer momento el argumento descansaba en la idea de que “el medio [de protección] más severo es el más eficaz”;⁴⁷ la alta cifra de abortos clandestinos provocó, sin embargo, dudas sobre la verdad de esa tesis. Por ello, en la segunda sentencia mencionada, si bien se consideró indiscutible la existencia de un deber constitucional de proteger la vida no nacida, se consideró válido que su protección se preste mediante la tutela consultiva, dejando a un lado la amenaza de sanción penal.

En consecuencia, cabe afirmar que el TCF depende de la acción del legislador y que éste no se encuentra atado por una sentencia previa. Los hechos muestran que el legislador puede promulgar una regulación muy similar a otra ya rechazada por el TC, justificando esa nueva decisión legislativa en la experiencia habida con la regulación vigente y que los magistrados pueden tener en cuenta esa experiencia. Las sentencias mencionadas dejan claro, por tanto, que las decisiones de los tribunales constitucionales no conllevan necesariamente la petrificación del ordenamiento, pues no restan capacidad al legislador para llevar adelante su tarea conforme a la experiencia y las necesidades de la sociedad. El poder político legitimado democráticamente conserva la capacidad de crear Derecho, de ahí que no sea correcto afirmar que la implantación de tribunales cons-

⁴⁵ Véase Jutta Limbach, “Papel y poder del Tribunal Constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 4, 1999, p. 97.

⁴⁶ Jutta Limbach, *op. cit.*, p. 97

⁴⁷ *Ibid.*, p. 98.

titucionales desvirtúa la dinámica democrática en la configuración del orden jurídico.

De todos modos, la autora reconoce tácitamente que la objeción de activismo político que a menudo se plantea a los tribunales constitucionales podría no ser del todo infundadas, que los excesos que se achacan a los tribunales constitucionales podrían no descansar sólo en la retórica política. Por eso, ante ciertas decisiones legislativas, la actitud del TCF debe estar presidida por la *selfrestraint* e iluminada por criterios que se pueden adscribir al ámbito de la racionalidad procedimental.⁴⁸ En los casos más conflictivos, aquellos donde es más difícil el acuerdo por la agudeza del conflicto entre valores, si el procedimiento parlamentario necesario para la elaboración de una ley ha sido cumplido atendiendo a las exigencias de racionalidad, entonces hay que respetar la decisión.⁴⁹ El criterio para actuar conforme a la *selfrestraint* consistiría entonces en tratar de determinar si en la formación de la voluntad política ha habido “información, competencia profesional y reflexión”.⁵⁰

Llevando a su extremo la exigencia de limitación de los tribunales constitucionales podría exigirse su supresión, para acabar así con el permanente peligro de la adopción de decisiones políticas bajo la forma de un procedimiento judicial. Junto a una sospecha como ésta, que desautoriza radicalmente la institución, cabe reconocer también ciertas ventajas que acompañan a la implantación de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. Como señala Dieter Grimm:

... la debilidad para imponerse, que se adhería al derecho constitucional casi por doquier donde no tenía tras de sí una sanción organizada, ha sido superada gracias a la introducción de la jurisdicción constitucional; su efecto preventivo desempeña quizá un papel más importante que el represivo. La sola existencia del control mediante jurisdicción constitucional motiva que en los procesos políticos de decisión se plantee la cuestión de la constitucionalidad antes y de manera más imparcial que en los sistemas políticos sin jurisdicción

⁴⁸ El planteamiento está muy cerca del de Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, pp. 348 y ss., citado por Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 160: “El tribunal aparece ahora como un defensor de la democracia deliberativa, que en una comprensión republicana ha de operar en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa, que son las que fundan legitimidad”.

⁴⁹ Véase Jutta Limbach, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁰ *Idem.*

constitucional. La decisión por un tribunal neutro de los conflictos que se producen pese a todo contribuye a que la Constitución pueda cumplir mejor su función de base del consenso entre adversarios políticos que en sistemas en los cuales, cuando surgen conflictos constitucionales, la razón siempre cae del lado de la mayoría. La vinculación jurídica de la política que debía efectuar la Constitución, en todo caso, ha llegado a ser efectiva muchas veces sólo a raíz de la introducción de la jurisdicción constitucional.⁵¹

VI. Conclusiones

No cabe duda que el orden jurídico-político actual supone una importante mutación respecto del Estado legislativo de Derecho. El uso de las técnicas legislativas del Estado intervencionista y la práctica judicial del Estado Constitucional han hecho inviable la manera de considerar la aplicación el Derecho propia del Estado legislativo y de su ideología jurídica, el positivismo. El Derecho ya no se reduce a precisos programas condicionales determinados en exclusiva por el legislador, sino que incluye también normas que exigen la creación por los jueces de los criterios aplicables al caso, así como valores y principios necesitados también de concreción judicial. Las consecuencias de estos cambios en la forma del Derecho son, por una parte, la atenuación de la seguridad jurídica y, por otra, el arrumbamiento de la garantía de los derechos de los ciudadanos que consiste en separar a quien crea la norma de quien la aplica.

A la vista de esta falla en la capacidad garantista del Derecho –y constitutiva de la forma estatal actual, que reúne el Estado intervencionista y el Estado constitucional de Derecho– un importante sector doctrinal considera que el retorno a los presupuestos y prácticas del Estado legislativo de Derecho constituye la mejor opción para conservar la seguridad jurídica de los ciudadanos. Desde sus planteamientos, la consideración de los derechos fundamentales como expresión de valores y principios, consideración esencial al Estado constitucional, produce un fuerte menoscabo en la consistencia del ordenamiento y la previsibilidad de su aplicación precisamente como consecuencia de las diferentes

⁵¹ Dieter Grimm, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, Beck, 2001, pp. 28 y ss. La eficacia del TC en el ejercicio de su función requiere que sus decisiones no sean percibidas como continuidad por otros medios de las posiciones políticas.

interpretaciones posibles sobre las acciones que deben quedar protegidas por cada principio en caso de conflicto.

A la vista de las dificultades para la racionalidad de la aplicación del Derecho que trae consigo la elevación de los derechos fundamentales a la condición de orden objetivo de valores que debe informar todo el sistema jurídico se presenta como solución devolver la racionalidad a la aplicación del Derecho limitando los derechos fundamentales a su condición de garantías de la esfera privada frente a la intervención del poder público, en perjuicio de su aspecto objetivo. Los derechos fundamentales, en consecuencia, deberían dejar de considerarse valores o principios en favor de su consideración como límites a la intervención estatal bajo la forma de programas condicionales susceptibles de ser interpretados y aplicados con los métodos hermenéuticos tradicionales de los juristas. En favor de esta restricción se afirma que, de este modo, se garantiza la seguridad en su aplicación, a diferencia de lo que ocurre con la casuística que resulta de la jurisprudencia de los valores. En último término, la restricción de los derechos a su condición de garantías significa excluir los derechos fundamentales de la condición de clave que cierra el sistema jurídico y da forma a toda la sociedad.

De los planeamientos sobre la condición de los derechos emanan consecuencias sobre el contenido de la Constitución, así como sobre el radio de acción legítimo de los tribunales, tanto ordinarios como constitucionales. Que los derechos se limiten a regular las relaciones entre el individuo y el poder público significa reducir la Constitución a la condición de norma que establece, sin más, la organización de los poderes del Estado y los procedimientos para la creación de normas dejando al legislador la tarea de dar su contenido al Derecho. En cuanto al radio de acción de los tribunales, si éstos han de limitarse a considerar si el Estado ha violado o no un derecho subjetivo tal como se recoge en una norma de rango legal, su participación en el proceso de creación del Derecho se reduce al mínimo. En cambio, si los preceptos constitucionales sobre derechos se toman como normas de principio que presiden todo el ordenamiento y han de ser aplicadas en todos los casos, entonces los tribunales, en tanto que tales preceptos pueden ser interpretados de muy distintas maneras, disfruta de una amplia habilitación para dotar de contenido al Derecho.

El TC controla tanto la aplicación correcta por parte de los jueces ordinarios del efecto de irradiación de los derechos en el ordenamiento como la plasmación por el legislador de esos principios, lo cual pone en sus manos la posibilidad de ser el verdadero legislador en materia de derechos fundamentales. Esta capacidad debería ser ejercida por el alto tribunal teniendo en cuenta el respeto

por el legislador de los procedimientos de la democracia deliberativa, pues de otro modo no resulta posible conservar la credibilidad del fundamento democrático del orden jurídico-político en el Estado constitucional, con el consiguiente deterioro de su legitimidad.

LA POLÍTICA CRIMINAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Josefina García García-Cervigón*

I. Introducción

Desde una perspectiva académica, los Derechos Humanos y su protección constituyen un tema candente y actual. Desde un punto de vista práctico, la cuestión no es baladí por las consecuencias personales positivas o negativas que puede conllevar.

Es indudable que la protección de los Derechos Humanos y, sobre todo, la prevención ante conductas que alteren o vulneren esos derechos tienen en la Política criminal uno de sus instrumentos más certeros y actuales.

Legislar y prevenir son dos aristas de la Política criminal, con proyección internacional en el caso de los Derechos Humanos. No obstante, esa proyección internacional se manifiesta también de forma nacional pues los legisladores de cada país han de adecuar la legislación concreta al ámbito internacional y de derecho comparado que les rodea.

Es la legislación penal elemento fundamental en la protección de los Derechos Humanos. Pero relevante es el marco constitucional en el que se va a desarrollar esa legislación.

* PDI (Profesora del Dpto. Derecho Penal y Criminología; Universidad Nacional de Educación a Distancia-Madrid).

En el derecho español, la Constitución de 1978 establece los límites sobre los cuáles llevar a cabo las modificaciones pertinentes del ordenamiento jurídico para su consolidación en la realidad social presente.

Todo el sistema penal español y, por ende, la Política criminal desarrollada hasta ahora sigue los límites constitucionales establecidos ya sea en el Preámbulo de la Constitución o en los diferentes Títulos que la desarrollan.

Es el Preámbulo constitucional la esencia de la Constitución y es ahí donde, más claramente, se observan las directrices generales que se han de seguir en la Política criminal de un Estado social y democrático de Derecho. A propósito de los Derechos Humanos, los artículos 9 y 10 de la Carta Magna se constituyen en máximos garantes.

Se analiza a continuación el estudio de la Política criminal en relación a los Derechos Humanos, desde una perspectiva asociada al texto constitucional español. Para ello, es importante una breve descripción de qué es la Política criminal como paso previo al estudio de ésta en relación a los Derechos Humanos. La Política criminal es genérica aunque podría relacionarse con una categoría concreta como forma de delimitar características comunes a dicha política. En este sentido, podríamos establecer una Política criminal de los Derechos Humanos, es decir, una Política criminal aplicable a estos derechos para su tutela y protección. Después el estudio de los límites constitucionales de la Política criminal, en general, completan esas directrices políticas esenciales en la configuración y consolidación de una legislación protectora de los Derechos Humanos.

II. Política criminal¹

En una primera aproximación al tema se observa la relevancia que adquieren los instrumentos internacionales y la normativa, en general, para la defensa de Derechos Humanos y/o fundamentales. Una política eficaz es necesaria en esta materia. Así, aunando política y normativa se puede derivar en la política criminal como mecanismo esencial en la defensa de los Derechos Humanos. No obstante, es importante señalar que la legislación no es el único instrumento para

¹ Para profundizar sobre el concepto de Política Criminal véase: Emiliano Borja Jiménez, "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, pp. 113-150.

llevar a cabo políticas criminales eficaces, máxime cuando actualmente la orientación político-criminal está cambiando.²

Pero ¿qué es la Política criminal? Conceptualmente se considera que es la forma de reaccionar organizadamente por parte de la colectividad, frente a acciones delictivas que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico. Si se considera su función académica la Política criminal es una disciplina.³

Se presenta bajo dos aspectos:

- a) Como una disciplina o un método de observación de la reacción contra el delito, en sentido amplio.
- b) Como una manera de luchar contra la delincuencia mediante la utilización de datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva. Para ello se ayuda de disciplinas como la Criminología.⁴

La Política criminal es, en consecuencia, una parte de la política jurídica del Estado, formando parte de su política general pero también es una forma de configurarse el sistema penal para garantizar los fundamentos de la vida social.⁵ De ahí que una de las perspectivas de la clásica Política criminal sea la forma en la que se legisla sobre el fenómeno delictivo. Pero no se puede olvidar la perspectiva actual: la prevención del delito. Las modernas tendencias político-criminales actúan sobre diferentes frentes: educativo, económico, social, jurídico, binomio víctima-agresor, entre otros.

Ello nos sitúa en los objetivos que se pretenden conseguir, distinguiendo un objetivo general y un objetivo particular. El objetivo general pretende identificar el límite de la Política criminal dentro de los parámetros de la seguridad demo-

² La política criminal no se concreta solamente en una forma de legislar determinada máxime cuando aquélla está vinculada a una serie de ciencias; véase: Laura Zuñiga Rodríguez, *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001, p.1.

³ El contenido de esta disciplina se manifiesta no sólo en la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también en la determinación de las pautas que deben seguirse con la finalidad de lograr una mayor eficacia.

⁴ “Desde la criminología pueden y deben trazarse las nuevas bases y programas de política criminal”, véase: Elías Neuman, “Marginación y delincuencia”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Argentina, núm. IX, 1986, p. 139.

⁵ Para profundizar sobre la idea de la Política criminal como configuración del sistema penal reformando el Derecho penal y penitenciario, véase: Joaquín Martín Canivell, “Criminología y Política Criminal”, *Cuadernos de Política Criminal*, España, núm. 19, 1989, p. 27.

crática, que en el supuesto español estarán dentro de la observancia a todo lo establecido en la Constitución. Los objetivos específicos determinan las acciones político-criminales preventivas y punitivas a través de concretos programas de actuación y de las instituciones que los desarrollan.⁶

En síntesis, es el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio estatal configurando la coerción penal hacia determinados objetivos. Hay quien considera que la Política criminal no es una ciencia, si no, que se trata de una política o conjunto de políticas. No obstante, como pasa con cualquier sector de la realidad, es posible una aproximación científica a ella desde otras disciplinas como la Criminología, el Derecho Procesal Penal, la Sociología Criminal, la Psicología Criminal. Esto ocasiona problemas de delimitación pues si la política se refiere a reformas jurídico-penales necesarias entonces la adscripción de la Política criminal al Derecho penal es evidente, pero si se la relaciona con la lucha contra el crimen entonces su adscripción será a la Criminología.⁷

En realidad, podría considerarse como una política secundaria y complementaria al servir de base a otro tipo de políticas. No obstante, existen ciertos objetivos autónomos relacionados con los límites al poder punitivo del Estado que se fundamentan en la necesidad de establecer una Política criminal respetuosa del ser humano.

III. Política criminal de los derechos humanos

Delimitar una Política criminal de los Derechos Humanos requiere previamente describir qué se entiende por Derechos Humanos.

El aporte doctrinal sobre qué se entiende por Derechos Humanos y los rasgos aplicables a esta categoría de derechos es ingente. Sin embargo, quien responde de forma concisa y clara a esta cuestión es la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas.⁸

⁶ Naciones Unidas aboga por políticas criminales de creación de sistemas penales, véase Manuel López-Rey y Arrojo, "La política criminal de las Naciones Unidas", *Cuadernos de Política Criminal*, España, núm. 21, 1983, p. 695.

⁷ Fernando Díaz Palos, *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*, España, Colex, 1991, p. 23.

⁸ "¿Qué son los Derechos Humanos?", Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos; disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas, los Derechos Humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. En este sentido, todas las personas tienen los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna, considerándose que estos derechos son interdependientes, interrelacionados e indivisibles.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas destaca como los Derechos Humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. Las normas internacionales referidas a los Derechos Humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, con el fin de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los individuos y de los grupos.

Los principios y rasgos aplicables a los Derechos Humanos son los siguientes:

1. Son universales e inalienables:

El principio de la universalidad de estos derechos es la base del derecho internacional de los Derechos Humanos. Este principio, recogido en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales.⁹

Los Estados que ratifican los principales tratados relativos a esta clase de derechos, reflejan su consentimiento para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, confiriéndole al concepto de universalidad una expresión concreta. Como destaca el Alto Comisionado de Naciones Unidas, algunas normas fundamentales de Derechos Humanos gozan de protección universal en virtud del derecho internacional consuetudinario a través de todas las fronteras y civilizaciones.

Respecto a la inalienabilidad, se dice que los Derechos Humanos son inalienables pues no deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según

⁹ En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. Se reforzó considerablemente la universalidad de los derechos tal y como destacó el Secretario General de Naciones Unidas Ban Kimoo; véase, Declaración y Programa de Acción de Viena (aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993), p. 5.

las debidas garantías procesales. Garantías que establecerán los diferentes países a través de sus legislaciones nacionales.

2. Son interdependientes e indivisibles:

Todos los Derechos Humanos, ya sean derechos civiles y políticos o derechos económicos, sociales y culturales, ya sean derechos colectivos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. Esto quiere decir que el avance de uno facilita el avance de los demás o que la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

3. Son iguales y no discriminatorios:

La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional relativo a esta categoría de derechos. Está presente en los principales tratados de Derechos Humanos y constituye el tema central de algunas convenciones internacionales.¹⁰

Este principio se aplica a toda persona en relación con todos los Derechos Humanos y las libertades prohibiéndose la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente. El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, según se deduce del artículo 1o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Pero estos derechos que se predicán de la persona incluyen tanto derechos como obligaciones. En este sentido, los Estados asumen las obligaciones y los deberes de respetar, proteger y realizar los Derechos Humanos; la asunción de este compromiso de respeto, protección y realización se lleva a cabo por los Estados a través del derecho internacional y nacional. El contenido de estas obligaciones se concreta en: la obligación de respetarlos (significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos o de limitarlos), la obligación de protegerlos (exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos) y la obligación de realizar-

¹⁰ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979, en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965), entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

los (significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos). Estas obligaciones se corresponden con un plano público de los Estados pero no sólo afectan a éstos sino que también afectan al individuo concreto pues así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos también debemos respetar los derechos humanos de los demás.

Las obligaciones contraídas por los Estados en relación a los Derechos Humanos han de hacerse efectivas en la práctica y en la realidad social para el conjunto de la ciudadanía. De ahí la necesidad de establecer políticas globales comunes y políticas concretas como instrumento fundamental. En el contexto de estas políticas, es la Política criminal un mecanismo eficaz que garantice la defensa de los Derechos Humanos. Uno de los aspectos fundamentales en el desarrollo de políticas criminales eficaces radica en la legislación internacional y nacional que se desarrolle.

Es necesaria una Política criminal de los Derechos Humanos, esto es, específica para los mismos aunque la Política criminal forme parte de una política global. Es decir, los diferentes Gobiernos adoptan políticas reales en su acción exterior de gobierno creando organismos tendentes a esta labor.¹¹ En este contexto político, tanto teórico como real se pretende garantizar la tutela y la protección de los Derechos Humanos. En definitiva, se ha de conseguir que la acción estatal sea integral, racional y eficaz de tal manera que tanto los Estados de Derecho como los organismos internacionales no lleven la carga de actuar arbitrariamente o sin garantías ante los responsables de la comisión de delitos, por muy graves que sean éstos.¹² Pero también la ciudadanía ha de participar en este proceso y así se manifiesta doctrinalmente: “la participación ciudadana como

¹¹ Tal y como se destaca por el Ministerio de Asuntos Exteriores español la política de Derechos Humanos va adquiriendo cada vez una dimensión mayor. Se incluyen cuestiones relativas a los Derechos Humanos en las agendas de todos los contactos bilaterales a cualquier nivel y con gobiernos de todas las regiones del mundo. La Oficina de Derechos Humanos es el órgano de la Dirección General de Política Exterior y Asuntos Multilaterales, Globales y de Seguridad del MAEC al que corresponde la función de coordinación de la política exterior de España en el campo de la protección y promoción de los Derechos Humanos y la elaboración, propuesta y aplicación de dicha política en los organismos internacionales. Disponible en <http://www.exteriores.gob.es/PORTAL/ES/POLITICAEXTERIORCOOPERACION/-DERECHOSHUMANOS/Paginas/Inicio.aspx>.

¹² Fernando Tenorio Tagle, “La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal”, en Moises Moreno Hernández, coord., *Globalización e internacionalización*

política criminal debe desarrollar principios constitucionales y ser un instrumento de protección de los Derechos Humanos”.¹³ Se observa la interrelación de la Política criminal, los Derechos Humanos y los textos constitucionales no pudiendo o, al menos, no debiendo separarse estas tres categorías si se quiere una protección garantista de los derechos de la ciudadanía.

A continuación se verá la relación de Derechos Humanos y Política criminal configurando lo que se denomina Política criminal de los Derechos Humanos.

La Política criminal se guía por la finalidad del sistema penal de perseguir eficazmente el delito en una determinada comunidad, para dar efectividad a las normas penales. La perspectiva dada a la misma puede ser totalitaria o liberal según el sistema político y constitucional observado. No obstante, hay quien entiende que, en general, las Políticas criminales ya sean totalitarias o liberales legitiman la irracionalidad del poder punitivo, por ello debería seguirse una política que no legitime tal irracionalidad y establezca unos límites a *ius puniendi* estatal; ese tipo de política es lo que nos llevaría a la Política criminal de los Derechos Humanos la cual debe fundamentarse en la persona real, es decir, en un fundamento personalista que se completa con el fundamento realista como forma de establecer unos límites. Según esto, “los límites que ha de poner la Política criminal de los Derechos Humanos han de ser normativos y ellos provienen tanto del Derecho internacional que consagra Derechos Humanos como de la Constitución política, siempre y cuando ésta sea respetuosa de la persona real. La Política criminal de los Derechos Humanos nos propugna así, no por un mejor y más humano Derecho penal –sistema penal– sino por algo diferente al Derecho penal en donde la persona sea reconocida como lo que es, persona en el mundo”.¹⁴ Es en este sentido en el que la funcionalidad ética de la Política criminal de los Derechos Humanos cobra especial relevancia.

Esta nueva dirección político-criminal se refuerza con el hecho de que Naciones Unidas ha reconocido que un sistema de justicia penal eficaz, justo y humano se basa en el compromiso de proteger los Derechos Humanos en la admi-

del Derecho penal (implicaciones político-criminales y dogmáticas), México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2003, p. 35.

¹³ Keymer Ávila, “Estudio de la participación comunitaria o ciudadana como modalidad de una política criminal preventiva”, *Derecho Penal on line*, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com-/derecho.php?id=27,348,0,0,1,0>

¹⁴ José Fernando Botero Bernal, “Lineamiento generales de una política criminal de los Derechos Humanos. Desde una postura personalista-realista”, *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 4, núm. 7, enero-junio, 2005, p. 81.

nistración de justicia y en la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia.¹⁵ “Desde la perspectiva de derechos humanos, las políticas públicas tienen como objetivo hacer que estos derechos se concreten en los planos normativo y operativo, así como también en las prácticas de las instituciones y los agentes estatales, debiéndose en consecuencia abordar los aspectos de la criminalidad y la violencia conforme a las orientaciones provenientes de estos derechos. La perspectiva de los derechos humanos permite abordar la problemática de la criminalidad, la violencia y su impacto en la seguridad ciudadana mediante el fortalecimiento de la participación democrática y la implementación de políticas centradas en la protección de la persona humana, en lugar de aquéllas que primordialmente buscan afianzar la seguridad del Estado o de determinado orden político”.¹⁶ En estas políticas de protección de la persona la Política criminal es esencial al poder integrar políticas sociales y sistema penal.¹⁷

¹⁵ *12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal.*

¹⁶ Luis Carlos Torres González, “Política criminal y Derechos Humanos en Chile: notas y desafíos actuales”, *Hors-série Revue québécoise de droit international*, marzo, 2015, pp. 27 y 28.

¹⁷ “El delito produce siempre daño y vulnera derechos de otro y como tal hay que evitar o prevenir su descontrol; hay que evitar las oportunidades de que se cometa y de que se produzca el menor daño posible ya que ello asegura la convivencia pacífica y preserva la calidad de vida.

La Política Criminal, en tanto Política Pública deliberadamente planeada, científicamente fundada, y políticamente consensuada, debe estar en condiciones de articular las acciones de la Política Social con las del Sistema Penal. La Política Social opera desde programas e instituciones de apoyo y asistencia para la promoción social y para la superación de dificultades o carencias; se basa en servicios como educación, salud, nutrición, seguridad social, vivienda, asistencia social, trabajo, recreación, etc. y tiende a la superación o atenuación de situaciones de pobreza, que hacen que los sectores excluidos estén más expuestos al control penal selectivo, o bien que a menudo deban recurrir al delito a manera de estrategia de supervivencia. Por otra parte, la Política Criminal debe articular acciones con el Sistema Penal, en tanto control social punitivo institucionalizado; se vale de instituciones tales como Policía, Justicia, Cárcel, Patronato de Liberados. La Política Criminal debe señalar cuándo entra en juego el Sistema Penal y cuál debe ser su configuración; y cuándo debe intervenir desde la Política Social para atenuar condicionantes de situaciones criminógenas. La ausencia de una adecuada definición de esta Política deriva en un protagonismo del Sistema Penal para el control social, llegándose a confundir los ámbitos y esferas de actuación. En este sentido, debe ser integral (integrar tanto a víctimas como a victimarios), y debe ser multisectorial e interdisciplinaria, y reconocer al delito como una construcción social, política, cultural, psicológica etc. que si bien es inherente a toda sociedad, su descontrol enfrenta a los habitantes.

Ambas categorías han de complementarse para obtener resultados eficaces en defensa de los Derechos Humanos no pudiendo entenderse como compartimentos estancos sino transversales con una incidencia recíproca.

Ahora bien, una cosa es ver la Política criminal desde un punto de vista internacional y otra desde una perspectiva más local. Más localmente, en las democracias más recientes, el Estado centralizado se debilita permitiendo una mayor participación ciudadana; esto que desde un punto de vista democrático es positivo podría ser peligroso para los Derechos Humanos si se activan movimientos comunitarios contrarios a los mismos. Así se pone de manifiesto doctrinalmente y se destaca la necesidad de su contención.¹⁸ Por eso, los Derechos Humanos como un medio de unión del Estado y de los ciudadanos constituyen un medio de integración objetiva. Tienen carácter funcional e institucional convirtiéndose en fundamento último del Estado.

Los Derechos Humanos son manifestación de la dignidad de la persona y requisito esencial de un Estado social y democrático de Derecho y no pueden dejar de ser tenidos en cuenta pues peligraría la forma de Estado o cambiaría de forma razonable. Por tanto, son elemento esencial de la comunidad internacional además de ejercer una función estructural de los principios constitucionales

Los Derechos Humanos son tanto posibilidades creadas por los instrumentos jurídicos que los positivizan, como complejos procesos de desalienación que tienen lugar, en un aquí y un ahora, construido por los hombres. Se mantienen gracias a las luchas y sobre todo por su ejercicio efectivo, para lo cual son necesarios aquellos procesos de toma de conciencia, de superación de formas de extrañamiento que los ve como ajenos e inalcanzables. En función de ello, los científicos sociales deben hacer operativos sus principios, enseñar respecto de su existencia y orientar en su ejercicio. Es todo un desafío contribuir con la reconstrucción de un orden basado en los principios del constitucionalismo moderno que permita avanzar en el desarrollo de valores de certezas y de garantías de los Derechos Fundamentales.

Ello implica superar falsas contradicciones entre Políticas de Seguridad y Políticas de respeto a los derechos; se trata de buscar soluciones a problemas muy complejos que permitan vivir en una democracia que implique seguridad para todos, con leyes eficientes y de cumplimiento efectivo y donde las garantías constitucionales integren el debate central en el tema de la seguridad y no sean vistas como un obstáculo a las políticas de control del delito y de la violencia"; María Daniela Puebla, "Política criminal y Derechos Humanos en democracia", *Revista de la Universidad Nacional de San Juan*, núm.4-abril, 2004. Disponible en: <http://www.revista.unsj.edu.ar/revista4/inseguridad.htm>.

¹⁸ Lolita Aniyar de Castro, "Siglo XXI: propuestas para una Política criminal vinculada a los derechos humanos o criminología del oprimido", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, núm. 3, 2011, p. 585.

en un ámbito regional o local. Llegados a este punto se ha de plantear la siguiente cuestión: ¿Qué se necesita para una Política criminal comprometida con los Derechos Humanos? A esta cuestión se responde desde postulados de la Teoría crítica de los Derechos Humanos.¹⁹

Esta teoría implica la asunción de dos premisas metodológicas en relación a los Derechos Humanos: Por un lado éstos son considerados como movimiento social, político e intelectual así como teoría propiamente dicha. Su determinación básica consiste en el carácter emancipador (mediante la resistencia al abuso de poder, la reivindicación de libertades y regulación garantista por parte del Estado), el sustrato político indeleble, la exigencia y afirmación de reconocimiento. Son simultáneamente proyecto práctico y discurso teórico. De otra parte, los Derechos Humanos se entienden como un fenómeno histórico ya que

¹⁹ “Para responder a esas cuestiones, se parte de un marco teórico comprometido con cambios sociales y con la justificación de prácticas sociales emancipadoras ya existentes o que deban ser creadas, cual sea, la teoría crítica de los derechos humanos tal como desarrollada por Joaquín Herrera Flores. Afirmando la necesidad de visibilización de los contextos subyacentes a la realidad normativa y a la naturaleza de los derechos como productos culturales, Herrera presenta una propuesta metodológica comprometida con la realización de la dignidad de la persona en un sentido concreto, material, efectivo. Por medio de la repulsa de soluciones que reduzcan los problemas sociales al ámbito jurídico –no se niega lo jurídico; pero cabe reconocer la necesidad de construir soluciones que no sean sólo jurídicas para asegurar la efectividad de las prescripciones normativas, Herrera reivindica la formulación de propuestas aptas para fomentar el ejercicio de las potencialidades humanas, así como disminuir el abismo existente entre las prescripciones normativas presentadas como garantías de los derechos humanos y la realidad que insiste en negarlos. Por un lado, es necesario conocer las principales teorías y contribuciones sobre el problema de la criminalidad y la reacción social frente a ella, a partir de puntos de vista empíricos o, en todo caso, no sólo puntos de vista jurídicos. Por otro lado, aquellos que, en general, enfrentan diariamente los problemas propios del sistema de justicia criminal –no sólo los juristas– deben igualmente conocer los filtros (y barreras) normativo-jurídicos por los que pasan necesariamente las respuestas estatales cuando de la realización del derecho penal. Un diálogo entre el ámbito estrictamente jurídico de abordaje de los problemas penales y la rica gama de conocimientos producidos y empíricamente verificables fuera de la visión jurídica, contribuiría decisivamente para evitar falsas expectativas y reduciría la explotación de la respuesta penal como panacea”; Antonio Suxberger, *Ministerio público brasileño y política criminal en el marco de la teoría crítica de los Derechos Humanos*, Tesis Doctoral, p. 2. Disponible en el sitio web: http://www.academia.edu/9100345/Tesis_doctoral_Ministerio_P%C3%BAblico_brasile%C3%B1o_y_pol%C3%ADtica_criminal_en_el_marco_de_la_teor%C3%ADa_cr%C3%ADtica_de_los_derechos_humanos

su perspectiva multidimensional de prácticas y su correspondiente saber e ideología se encuentran especificados históricamente; los factores históricos y las condiciones sociales, políticas y culturales conforman variables indispensables para comprender y explicar su desarrollo previo y su caracterización actual.²⁰

Doctrinalmente se recalca la paradoja a la que están sometidos actualmente los Derechos Humanos. Esto es así porque aunque haya diversos instrumentos normativos de carácter internacional, nacional o regional que garanticen estos derechos a la sociedad, las desigualdades sociales continúan y, por consiguiente, su incumplimiento. La propuesta de los autores es dar un vistazo al entorno social donde se lleva a cabo la lucha por el acceso a los bienes necesarios para una existencia digna e investigar las posibilidades y condicionantes que pueden influir positiva o negativamente ese proceso. De ahí que se proponga superar la abstracción que defiende la teoría tradicional, ya que el derecho hay que interpretarlo dentro de un contexto material, en la realidad social. Por eso surge una corriente crítica.

En este contexto teórico y práctico se ha de desenvolver una Política criminal que salvaguarde y garantice los Derechos Humanos. De ahí que no pueda obviarse el aspecto político-social y económico en el desarrollo de políticas criminales garantes de los derechos, en general. Es evidente que la Constitución de un país, así como el sistema penal, contribuye a ello pero también es evidente la tensión existente entre el sistema penal garante de los derechos y la teoría crítica de los Derechos Humanos. Pudiera pensarse que esa tensión es negativa, muy al contrario pues permite establecer los límites de ambos marcos teóricos así como una armonización de los mismos.

Actualmente se destaca la correlación existente entre desarrollo y Política criminal. En este sentido, se entiende que los códigos penales, al ser la expresión legal de la criminalidad, deben prepararse en consonancia con la evolución del desarrollo, al ser la codificación penal, una labor socio-política, que requiere un profundo análisis de la situación real, los programas de prevención de la criminalidad deben ser coordinados con el fin de que se puedan tener en cuenta los múltiples aspectos que inciden en la correlación desarrollo-criminalidad, concluyéndose entonces que la Política criminal no puede dejarse ya solamente en manos del sistema de justicia penal y los elementos vinculados a éste sino que se requiere la coordinación e intervención de una variedad de profesionales. Existe

²⁰ Alan Arias Marín, "Contribución a una teoría crítica de los Derechos Humanos", *Revista de Derecho-UNED*, núm. 13, 2013, p. 99.

una corriente bastante arraigada que considera que cualquier cambio debido al desarrollo requiere atención penal y criminológica, teniendo en cuenta la necesidad de investigar, dado que en la misma se entrelazan una pluralidad de aspectos y no debe simplificarse a la hipótesis de que el aumento o disminución de la criminalidad dependen de la índole del desarrollo pretendido demandándose una coordinación político-criminal.

Como propuesta en el plano internacional, surgen otros elementos que se incorporan a la Política criminal actual destacándose: el respeto a los Derechos Humanos, el costo de la Política criminal, la realización de su planificación como parte de la planificación del desarrollo nacional, la promoción de la participación en la justicia de la comunidad local y regional así como la de instituciones variadas en su formulación al haberse evidenciado que la justicia no puede ser estimada como un monopolio de penalistas, procesalistas y demás juristas.

La Política criminal se hace necesaria, en virtud de la existencia del fenómeno criminal, que es su razón de ser, pero también requiere transformarse en virtud de la carencia de funcionalidad que pueden presentar las medidas político-criminales que, con el objetivo de proteger a la sociedad y a los bienes jurídicos individuales y colectivos, se toman frente a dicho fenómeno y su desarrollo, ocupándose de cómo construir de la manera más adecuada el Derecho penal, con el fin de que pueda responder a su misión de proteger la sociedad.

En este contexto hay una norma que juega un papel preponderante en aquellos países que se configuran como un Estado social y democrático de Derecho: la Constitución. En España, la Constitución de 1978 es esencial en la configuración y desarrollo del ordenamiento jurídico además de establecer los límites y la orientación político-criminal que habrá de seguirse con posterioridad a su entrada en vigor. La Constitución establece un marco abstracto pero claro y conciso en el que desarrollar el ingente número de normas que conforman el ordenamiento jurídico. Y en este sentido, el ámbito penal no queda ajeno a este marco constitucional garante de los Derechos Humanos. De ahí la relevancia que la Constitución española de 1978 ha tenido y tiene en la Política criminal española.

■ IV. Política criminal y Constitución Española de 1978

Los Derechos Humanos son los derechos de la persona física que han de ser reconocidos y protegidos por los Estados. Esta protección viene dada fundamentalmente a través de los textos constitucionales con el reconocimiento de una

serie de derechos que, en muchos casos tienen la naturaleza de derechos fundamentales.

Los Derechos Humanos son aplicables en cualquier tiempo y lugar, existiendo mecanismos de supervisión o control internacional de carácter universal como el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, o mecanismos de supervisión o control regional, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos son propios de la condición humana y se caracterizan porque son innatos, universales, exigibles, inviolables, innegociables, absolutos e irrenunciables.

Se reconoce que la principal norma en materia de Derechos Humanos es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 aunque los derechos reconocidos en la misma también se protegen en el texto constitucional de los países democráticos. En el caso español, ese reconocimiento se da en la Constitución española de 1978. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos pueden extraerse los Derechos Humanos que a continuación se relacionan: derecho a la libertad y seguridad, principio de igualdad y derecho a la igualdad, derecho a la vida, prohibición de la esclavitud, de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, derechos a la libre circulación, derechos a la nacionalidad, derecho a la propiedad, derechos de asociación y de reunión, derecho de sufragio, derecho al trabajo o derecho a la educación.

Desde un punto de vista dogmático y doctrinal es destacable señalar que la doctrina penal española ha dado especial relevancia a la relación entre Constitución y Derecho penal, unas veces haciendo referencia al derecho penal constitucional y otras veces haciendo referencia a un concepto constitucional del delito. El Derecho penal es fundamental para la Política criminal ya que uno de los pilares de la misma es la legislación que se lleva a cabo en el ámbito penal y la evolución de esa legislación, es decir, la motivación por la cual el legislador lleva a cabo reformas penales.

Si se sigue una orientación dogmática la Constitución limita el poder estatal penalmente garantizando los derechos del individuo a través de principios que restringen el *ius puniendi* del Estado, como puede ser el principio de legalidad. Si se sigue una orientación constitucional el *ius puniendi* del Estado ha de definirse y fundarse en la Constitución siendo los principios rectores del sistema penal principios constituyentes y fundamentales del mismo, es decir, un Dere-

cho constitucional penal que garantiza los valores, bienes y derechos recogidos en la Constitución. En definitiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el que propugna la Constitución española de 1978 el Derecho penal ha de adaptarse a este modelo y a sus valores. Según la orientación constitucional la Política criminal también quedaría bajo el marco de este modelo. De hecho, las decisiones adoptadas por el legislador deben seguir los requisitos establecidos en la Constitución.

Desde esta perspectiva, la doctrina estima que la Constitución cumple con tres funciones en el sistema penal:

- a) Influir directamente en la práctica jurídica.
- b) Una función doctrinal mediante la elaboración de teorías.
- c) Una función de orientación de la concreta política penal que debe desarrollar el Estado, es decir, que la Constitución dentro del marco político-criminal general y de valores y principios puede fijar la Política criminal que se seguirá en el futuro por el legislador de tal forma que el sistema penal ha de adecuarse a la norma constitucional. La necesidad de tal adecuación sólo puede darse en aquel contexto que reconozca la influencia de la política en el Derecho penal, esto es, en un contexto político y social que otorgue legitimidad democrática a la Política criminal desarrollada estatalmente para crear los medios jurídico-penales de protección según los valores e intereses colectivos quedando reflejado en el sistema penal. Por tanto, se podría hablar de un Derecho penal constitucional constituido por un sistema de valores integrado por los derechos fundamentales así como por los derechos de los ciudadanos y los valores que emanan de ellos. Este Derecho penal constitucional estaría conformado por: a) los principios constitucionales relevantes para el sistema penal (igualdad, libertad, pluralismo político, justicia así como los principios generales de racionalidad, proporcionalidad y promoción de la libertad y de la igualdad real y efectiva del art. 9 de la Constitución española de 1978) y por el art. 10.2 que establece la obligación de interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, de los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España; b) los preceptos que afectan directamente al Derecho penal (arts. 15, 17, 24 y 25 de la Constitución española); c) los preceptos que consagran los derechos fundamentales y que limitan el

poder punitivo estatal (arts. 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 28 de la Constitución española); d) los preceptos constitucionales que regulan expresamente lo relativo al sistema penal (arts. 71, 117, 120, 125 y 126 de la Constitución española). No debe obviarse la interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.²¹

De todo lo expuesto, se deduce que el Derecho penal pasa de ser un derecho represor a un derecho protector de las libertades y derechos ciudadanos aunque, al mismo tiempo y a través de la pena, sea un derecho que limite algún derecho. Es indudable que el Derecho penal es uno de los ámbitos del ordenamiento jurídico más sensible a las modificaciones y más afectado por aquellos valores que impregnan la Constitución de 1978.

De hecho, a partir de 1978 se vio la necesidad de una reforma penal de envergadura. En palabras de Boix Reig “(...) una nueva Constitución democrática requiere de un nuevo Código que asuma dichas exigencias constitucionales, articulando un Derecho penal democrático. Las reformas parciales no dejan de ser disfuncionales, responden en no pocos casos a exigencias políticas excesivamente concretas, se producen en ocasiones con apresuramiento, han requerido en algún caso de subsiguiente reforma (llegándose a hablar de contrarreforma) y, en definitiva, aun valorando lo que de positivo puedan tener, suscitan, como se ha dicho, disfuncionalidades en relación con la significación global que debe tener todo Código penal”.²² No obstante, este autor pone de manifiesto alguna otra deficiencia de la Constitución en relación al Derecho penal y así lo manifiesta: “En materia de Principios que informan al Derecho penal, debe decirse que nuestra Constitución es ciertamente parca e insuficiente. La doctrina ha venido denunciando las deficiencias de orden técnico con que en la Constitución se han abordado determinados principios, como el de legalidad, o no se han regulado otros expresamente, como el de culpabilidad o el de proporcionalidad en su caso”.²³

²¹ Mario Migliardi Durán, “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la constitución en el sistema penal”, *Política Criminal*, vol. 6, núm. 11, 2011, pp. 142-162.

²² Javier Boix Reig, “La Constitución española de 1978 y el Derecho penal”, *Lección inaugural*, Universidad de Alicante, disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-constitucion-espaola-de-1978-y-el-derecho-penal-0/html/ff26b384-82b1-11df-acc7-002185ce6064_3.html

²³ *Idem.*

Es indudable, que las posibles deficiencias constitucionales en relación al ámbito penal inciden directamente en la Política criminal, máxime si ésta tiene como uno de sus pilares fundamentales la legislación penal. Esa carencia en relación a los principios que informan el Derecho penal también afectará a la protección de los derechos, en general, y a los derechos fundamentales, en particular; por tanto, la incidencia en el contexto de los Derechos Humanos también queda patente. Si bien, en ese marco constitucional hay que situar el alcance de los intereses jurídicos que debe proteger el Derecho penal recordando que la doctrina penal requiere, en función del carácter fragmentario que debe informar al Derecho penal, que sólo se protejan intereses jurídicos dignos de protección jurídico penal, necesitados de dicha protección y efectivamente protegibles. La delimitación de los intereses dignos de protección vendrá dada por la propia Carta Magna.

En cualquier caso, la asunción de un Estado de Derecho (como el de la Constitución de 1978), supone la transformación radical del Derecho sobre todo si a ello le acompañan los adjetivos de social y democrático. Sin embargo, a juicio de Boix Reig estaríamos en tres ámbitos que no son necesariamente reformables: libertades políticas, libertades morales e intereses socio-económicos: 1. Libertades políticas, el hecho de que la Constitución española articule un sistema de libertades, partiendo de una concepción democrática del Estado, con el necesario reconocimiento del pluralismo político, supone que las libertades políticas constituyen eje del propio sistema, por lo que las mismas pasan a ser interés jurídico de primer orden a proteger penalmente; 2. Libertades morales, es un ámbito de libertades sensiblemente afectado por la transformación democrática del Estado es el de las libertades morales, entendidas en este sentido amplio, y, más concretamente, por referencia a la esfera sexual; 3. Intereses socio-económicos: El modelo constitucional de 1978 supone la necesidad de promover mecanismos jurídicos que potencien la igualdad entre los ciudadanos.²⁴

Señalar que algunos principios político-criminales han sido esenciales para luchar contra una Política criminal autoritaria que provenía del Antiguo Régimen y que ha desembocado en regímenes totalitarios hasta la actualidad. La doctrina ha abogado por una Política criminal prudente que limitara el abuso estatal legítimo aunque algunos textos constitucionales se han dejado influir en algún aspecto por la evolución histórica precedente que, en ocasiones ha sido totalitaria. En otras ocasiones, los textos constitucionales también se han dejado

²⁴ Javier Boix Reig, *op. cit.*

influir por textos de derecho comparado en los que los principios de Política criminal tienen especial relevancia en el ámbito de los derechos y garantías ciudadanas, como es el caso de la Constitución española de 1978 en relación a la vigente Constitución italiana. Principios político-criminales que se encuentran amparados y protegidos por los muy diversos instrumentos internacionales y europeos de Derechos Humanos.²⁵

De todos los principios político-criminales merece la pena destacar el principio de humanidad y respeto a la dignidad humana pues todos ellos no serían posibles sin un reconocimiento a la esencia del concepto de persona. De hecho, el respeto al concepto de persona humana fue la característica compartida por el movimiento ilustrado. A partir del siglo XVIII se reclama una “humanización” de las penas, incluso socialmente. El principio de humanidad aparece con una doble condición: por un lado, se impone como un límite a la legislación represiva desde la sensibilidad de los propios seres humanos; pero, por el otro, es un límite del programa político-criminal constitucional a las posibles demandas punitivas de los individuos, incluso si son mayoría. Y ello porque si se rebasa este principio lo que se ve afectado es la propia dignidad humana. Por eso este principio debería ser el primero en un Estado democrático.

La dignidad humana entronca con el ya mencionado artículo 10 de la Constitución española de 1978 al entenderla como fundamento del orden político y de la paz social junto con los derechos inherentes a la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Ahora bien, tanto la dignidad de la persona como sus derechos inviolables no son estáticos sino dinámicos. De hecho, incidiendo en diferentes ámbitos las dimensiones de la dignidad humana son variadas: religiosa, ontológica, ética y jurídico-positiva.

El apartado segundo del artículo 10 de la Carta Magna establece además un criterio interpretativo que impregnará toda la Política criminal que afecte a los derechos fundamentales y, por tanto, a los Derechos Humanos máxime si hay una referencia expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.²⁶

²⁵ Los principios político criminales son: principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de legalidad y de garantía procesal-penal, principio de acción material, principio de intervención mínima, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, principio de humanidad y de respeto a la dignidad humana.

²⁶ Art. 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal

El artículo 10 de la CE resume el espíritu de la Constitución estableciendo el criterio de interpretación de la misma. El respeto a los dictados de este precepto es fundamental en la Política criminal adoptada en las reformas legislativas penales. Este precepto, según la ubicación que tiene en el Título primero de la Constitución, observa un trasfondo ideológico o de inspiración doctrinal consagrado al reconocimiento y tutela de los derechos y deberes fundamentales de la persona. Por tanto, la conexión entre el ordenamiento jurídico interno y el Derecho internacional convencional merece una estimación favorable,²⁷ configurándose un criterio interpretativo preferente. De hecho, la protección de los Derechos Humanos alcanza a la interpretación que sobre estos derechos haya podido hacer o pueda hacer en el futuro Tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aunque el texto internacional citado (Declaración Universal de los Derechos Humanos) podía no dar mucha claridad interpretativa al ser muy general y ambiguo; esta generalidad queda amortiguada con otros textos internacionales que pueden contribuir a una concreción interpretativa. En esta línea, análogamente se propugna que la interpretación normativa ha de apoyarse también en los tratados internacionales “para precisar el contenido e incluso para incorporar nuevos derechos fundamentales al elenco de los ya consagrados en nuestra Constitución”.²⁸ Esta perspectiva de la doctrina constitucional abre un campo de actuación amplio pues tendrían cabida decisiones e informes de la Comisión Europea o Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros.

La incidencia del artículo 10.2 de la CE en la legislación y jurisprudencia ulterior a 1978 ha sido manifiesta proyectándose en las actuaciones del Poder Legislativo y del Poder Judicial. No cabe duda que la Política criminal se ve indirectamente afectada por este precepto y por el criterio interpretativo indicado en el mismo. El legislador ha de legislar y desarrollar una legislación acorde al precepto constitucional previos estudios político-criminales que aconsejen legislar según una perspectiva determinada y una materia concreta pero esa legis-

de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

²⁷ Joaquín Ruíz-Giménez Cortes, “Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona”, en Alzaga Villaamil, coord., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, 1997, t. II, p. 84.

²⁸ *Ibid.*, p. 88.

lación ha de adecuarse al respeto de los Derechos Humanos siempre y cuando incidan en los mismos.

V. Conclusiones

Política criminal, Derechos Humanos, Constitución son categorías intrínsecamente unidas entre sí. El orden seguido no viene dado por la importancia de cada una de estas categorías pues todas han de entenderse que son importantes individualmente e interrelacionadas entre sí, no puede existir una sin las otras siempre y cuando se quiera tutelar y proteger los Derechos Humanos dentro de la legalidad vigente en un Estado de Derecho reconocido y delimitado por la norma constitucional.

La Política criminal es anterior a la Constitución española de 1978. Sin embargo, la evolución teórica y práctica de aquélla se ve claramente determinada actualmente por el marco constitucional establecido en 1978.

Los Derechos Humanos también son derechos anteriores a esta Constitución, reconocidos expresamente en 1948 por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, la tutela y protección de estos derechos en cualquier ámbito también se ven claramente delimitados por el marco constitucional.

En este sentido, la Constitución de 1978 condiciona de manera determinante categorías conceptuales y fácticas anteriores a la misma. Política criminal, Derechos Humanos y Política criminal de los Derechos Humanos evolucionan histórica y teóricamente de una manera determinada en el contexto global. No obstante, cuando se ha de proceder a la aplicación práctica de esos parámetros teóricos que han sido fruto de una larga evolución la Constitución española de 1978 juega un papel preponderante en el ordenamiento jurídico-penal español. En la medida en que este ordenamiento incide o se nutre de políticas sociales que, a su vez, revierten, en políticas criminales explícitas la Constitución también influye directamente en el contexto social máxime cuando hay Derechos Humanos y fundamentales de matiz social y no sólo individual.

Por tanto, la Constitución tiene una función relevante en la Política criminal de los Derechos Humanos. Función que puede verse desde dos perspectivas:

1. Una perspectiva directa, al establecer límites de obligado cumplimiento en el desarrollo del ordenamiento jurídico-penal y, por ende, de la Política criminal.
2. Una perspectiva indirecta, al establecer criterios de interpretación del ordenamiento jurídico según el artículo 10.2 CE.

Se ha de concluir destacando la importancia de la Constitución que respeta los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente y que “obliga” a la asunción de una Política criminal y una normativa respetuosa con el Estado social y democrático de Derecho reconocido en el artículo 1 CE.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DERECHOS HUMANOS

Alicia Rodríguez Núñez*

I. Introducción

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* proclama que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El ejercicio habitual de la violencia en el seno de la familia puede llegar a ser una auténtica tortura para los miembros que la padecen a causa del trato cruel y degradante al que son sometidos. Los bienes jurídicos protegidos en los delitos relativos a la violencia en el ámbito familiar son la dignidad de las personas y los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad, así como la integridad personal y moral del individuo y la paz familiar.¹

“Violencia” y “agresividad” son términos que se suelen utilizar como sinónimos, sin embargo no los son. La *agresividad* es necesaria para sobrevivir, para

* Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

¹ STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 22 de enero de 2002: “el ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad [...] sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación”.

vencer las dificultades, tiene una base biológica y es innata.² La *violencia* es una actitud aprendida, producto de construcciones culturales según modelos permitidos que se transmiten de una generación a otra. La cultura modela el potencial innato de la agresividad, a través de prácticas educativas, formas de vida y organización social. La *violencia* se define como *una modalidad cultural [de la agresividad], conformada por conductas destinadas a obtener el control y la dominación sobre otras personas*.³ En tanto que valor cultural *las semillas de la violencia se siembran en los primeros años de la vida, se cultivan y desarrollan durante la infancia y comienzan a dar sus frutos malignos en la adolescencia*.⁴ Es frecuente la justificación de comportamientos violentos bajo el pretexto de “disciplinar”, “educar”, “hacer entrar en razón”, “poner límites”, “proteger” o “tranquilizar”, con el fin de legitimar el hecho violento de acuerdo con las pautas culturales vigentes. Las personas violentas incorporan los patrones de respuesta violenta como normales y naturales.⁵ Se puede concluir que inevitable es la agresividad, pero perfectamente evitable es la violencia.⁶

En la legislación española vigente la violencia en el ámbito familiar abarca tanto la violencia doméstica como la violencia de género. Ateniéndonos a la definición del art. 1.3 *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (LO 1/2004), la violencia de género constituye un subtipo de violencia doméstica.

La LO 1/2004, en su art. 1, define la violencia de género como todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad que se produce como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la violencia dentro de la familia no sólo se ejerce sobre las mujeres,⁷ tam-

² José Sanmartín Esplugues, *El laberinto de la violencia. Causas, tipos y efectos*, México, Ariel, 2004, pp. 21 y ss.

³ Jorge Corsi, coord., *Maltrato en el ámbito doméstico: fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*, Buenos Aires, Paidós, 2003, p. 20.

⁴ Luis Rojas Marcos, “Semillas y antídotos de la violencia en la intimidad”, en *Violencia: tolerancia cero*, España, Fundación La Caixa, 2005, p. 92.

⁵ Jorge Corsi y Graciela María Peyrú, *Violencias sociales*, Buenos Aires, Ariel, 2003, pp. 23 y 24.

⁶ José Sanmartín, *La violencia y sus claves*, Buenos Aires, Ariel, 2002, p. 21.

⁷ El *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* reconoce que la violencia doméstica afecta a las mujeres

bién pueden ser víctimas los menores,⁸ los ancianos,⁹ las personas que sufren alguna grave discapacidad¹⁰ e incluso los hombres, sin olvidar el número creciente de casos de maltrato de jóvenes a sus progenitores.¹¹ Es evidente que las estadísticas arrojan un número de denuncias y condenas a hombres muy superior al de las mujeres.¹² Esto no debe contribuir por un lado al olvido del resto de las víctimas y por otro a ignorar que la mujer también puede ser maltratadora de otros miembros del grupo familiar, especialmente de los miembros dependientes

de manera desproporcionada y que los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica así como los niños, incluso como testigos de violencia dentro de la familia.

⁸ Arts. 3.2., 19.1 Convención sobre los Derechos del Niño: los Estados deben asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar y adoptar las medidas legislativas para proteger al niño de toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en el art. 3 establece que los menores gozan de los derechos que les reconoce la Constitución y especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Jorge Barudy, *El dolor invisible de la infancia*, Barcelona, Paidós, 1998; Hugo Rodríguez Almada, *Maltrato y abuso sexual de menores*, Granada, Comares, 2006.

⁹ Isabel Iborra Marmolejo, *Maltrato de personas mayores en la familia en España*, España, Fundación de la Comunitat Valenciana para el Estudio de la Violencia (Centro Reina Sofía), Valencia, 2008; P. Declamer. y F. Glendenning, *El maltrato a las personas mayores*, Barcelona, Paidós, 2000.

La Asamblea General de la ONU ha establecido en 2010 el Grupo Abierto de Trabajo sobre Envejecimiento que está impulsando una Convención sobre los Derechos de las Personas de Edad. La *Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, aprobada por la OEA el 15 de junio de 2015.

¹⁰ *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* Art. 1: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. El art. 16 insta a la protección en el seno del hogar contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.

Pedro Fernández Santiago, *Violencia y Discapacidad*, Madrid, Observatorio de Género Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III, 2007.

¹¹ Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012 la violencia de género cometida por menores ha aumentado en 33% sobre el año anterior.

¹² Avelina Alonso Escamilla en Carmen Lamarca Pérez, coords. *Delitos. La Parte especial del derecho penal*, Madrid, Colex, 2013, p. 168.

que tiene a su cuidado como niños, ancianos o personas con discapacidades, si bien el número de denuncias y condenas es marcadamente menor.¹³

Si se quiere afrontar esta lacra social con objetividad, no parece aceptable plantear el tema de la violencia en el seno de la familia como una “violencia de género” exclusivamente, aunque hay que reconocer que las mujeres son las víctimas en la gran mayoría de los casos conocidos. Por otra parte, los menores, los incapaces, las personas con discapacidades graves, los ancianos y los progenitores no suelen denunciar hasta que los casos de maltrato se detectan a través de la escuela, los servicios sociales o los sanitarios. En cuanto a los hombres adultos, es evidente que se retraen a la hora de formular denuncias.

Actualmente la violencia en el ámbito familiar se considera como un asunto público en el que todos estamos implicados y obligados a denunciar ante la policía o los servicios sociales. La intervención judicial no es el remedio para este problema social. Las modificaciones legislativas en el ámbito penal tampoco son una solución, si bien pueden tener un efecto de prevención general e individual en los casos menos graves. La única solución eficaz es evitar que el mal ocurra adoptando medidas de prevención en los ámbitos que se revelan como complementarios (institucional, familiar, educativo, social, informativo...). La coordinación de las intervenciones es necesaria pues las efectuadas en un solo ámbito son insuficientes para erradicar el problema que requiere de profundos cambios culturales.

Cuando la violencia dentro del grupo familiar ya se ha producido hay que emprender intervenciones con las víctimas a través de una protección integral específica y con las personas maltratadoras brindándoles la posibilidad de participar en programas de rehabilitación.¹⁴

■ II. Conceptos

La distinción entre “violencia doméstica” y “violencia de género” tiene efectos en cuanto a las penas a imponer por la comisión de las actividades delictivas ti-

¹³ Según las estadísticas del INE en 2014 las mujeres denunciadas por violencia doméstica representan aproximadamente un 25% del total de las denuncias.

¹⁴ Carmelo Hernandez Ramos, “La aplicación práctica de los programas formativos a maltratadores en virtud de la LO 1/2004 de medidas de protección integral. La experiencia práctica de Alicante”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 21, 2005, pp. 114-125; María Soledad Lila Murillo, *Manual de intervención con maltratadores*, Universidad de Valencia, 2011.

pificadas en el Código Penal (CP). Ambas son producto de la agresión infundada que llega a producir un estado de tensión emocional dañino causado por el sometimiento no voluntario e ilegítimo de las personas al dominio de la persona agresora.

La violencia intrafamiliar entra en la legislación española con la reforma del Código Penal por *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal* que introdujo un tipo delictivo de violencia física habitual entre determinados parientes. A partir de ese momento se han producido varias reformas en la legislación penal,¹⁵ procesal y social, entre las que la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (LOVG) supuso un punto de inflexión en la visibilización de la violencia de género.

1. Violencia doméstica

El *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* entiende por violencia doméstica “todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”. El ámbito queda restringido pero las víctimas pueden tener características variadas de sexo, edad o parentesco.¹⁶ Consiste en un estado permanente de sumisión y tensión a causa de la violencia ejercida por determinados miembros sobre el grupo familiar o sobre alguno de sus miembros.

¹⁵ El nuevo CP de 1995, en un primer momento, mantuvo como un delito de lesiones el tipo de violencia física habitual preexistente. Posteriormente, los delitos de violencia intrafamiliar han sido modificados por las LLOO 14/1999, 11/2003, LO 1/2004, 1/2015.

¹⁶ Circulares FGE 4/2003 sobre Nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica; 1/2010 sobre el Tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes; Consulta 1/2008 Acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del Código penal. Enrique Echeburúa Odriozola y Paz de Corral Gargallo, *Manual de violencia doméstica*, Madrid, Siglo XXI de España, 1998; Pilar Fernández Pantoja, “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico” en Lorenzo Morillas Cueva *et. al.*, coords., *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, Edersa, 2002, pp. 81 y ss.

La *Convención de los Derechos del Niño*¹⁷ define el maltrato infantil como “Toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras que el niño se encuentra bajo la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona o institución, que le tenga a su cargo”.

Un tipo de maltrato que empieza a aflorar es el maltrato filiofamiliar, al que también en ocasiones denomina “síndrome del emperador”.¹⁸ Los padres viven atemorizados por las agresiones de sus hijos que adolecen de emociones morales como la empatía, la compasión y la responsabilidad de sus actos. Los hijos desafían a sus padres, les insultan, amenazan e incluso les agreden cuando osan oponerse a su voluntad.

La violencia de género y la violencia contra la mujer son subtipos de violencia doméstica siempre que se produzcan en el ámbito familiar.

2. Violencia de género

La expresión “violencia de género”, referida a la violencia ejercida contra las mujeres, resulta de la transposición del anglicismo *gender violence*. Expresa toda violencia ejercida por un hombre, que tiene como víctima a una mujer y está motivada exclusivamente por su condición de mujer.¹⁹ El art. 1 de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*²⁰ la define como “todo acto de

¹⁷ *Convención de los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

¹⁸ Javier Urra Portillo, *El pequeño dictador. Cuando los padres son las víctimas. Del niño consentido al adolescente agresivo*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2008. Manuel Gámez-Guadix y Esther Calvete, “Violencia filiofamiliar y su asociación con la exposición a la violencia marital y la agresión de padres a hijos”, *Psicothema*, vol. 24, núm. 2, 2012, pp. 277 y ss. María Eugenia Gómez André, “La violencia de los hijos sobre sus padres: causas y medios de prevención”, *Revista de Educación Social*, España, núm. 16, 2013.

¹⁹ Lenore Walker, *The battered women syndrome*, Ed. Harper and Row, 1979; edición en castellano: *El síndrome de la mujer maltratada*, trad. Juan Catilla Plaza, ed. Desclée De Brouwer, 2012. En esta obra se describe el ciclo de la violencia de género en tres fases que varían en duración e intensidad: 1) fase de tensión, en la que se van acumulando situaciones de abuso; 2) fase de explosión, en la que se producen incidentes agudos de agresión a causa de un desencadenante insignificante y es de la máxima gravedad; 3) fase de luna de miel, que trae un breve periodo de calma. Estas tres etapas son cíclicas y cada vez que se repiten la violencia aumenta mientras que la luna de miel se acorta.

²⁰ *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, aprobada por Resolución 48/104 de la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993.

violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. Son actitudes discriminatorias. En el art. 2 se entiende que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*²¹ considera discriminatoria “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Según el art. 1 LOVG la violencia de género constituye una “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”.²² Hay que concepcuar como “conflicto conyugal” o “conflicto de pareja”, no como violencia de género, las agresiones simétricas que se producen entre una pareja de adultos, aún cuando uno de ellos sea una mujer y la posible desigualdad en la pelea no se base en la posición de dominio del varón ni en el desprecio hacia la mujer por ser del sexo femeni-

²¹ *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada por Resolución 34/180 de la Asamblea General de la ONU de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 13 de diciembre de 1983.

²² Miguel Marcos Ayjón, “La violencia de género y el Código Penal. Legislación aplicada a la práctica”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 16, 2005, pp. 66-76; María Luisa Maqueda Abreu, “La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, núm. 8, 2006; Juan Antonio Cobo Plana, “Protocolo de actuación forense integral en casos de violencia de género”, *La Ley Penal*, año III, núm. 24, febrero 2006; Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho Penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en Sara Aragoneses Martínez *et al.*, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Madrid, Colex, 2006, pp. 15 y ss.

no.²³ En este caso se podrá apreciar el delito concreto (homicidio, lesiones, coacciones, etc.) con la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP).²⁴

En el Derecho penal español la protección a las mujeres ante la violencia de género queda restringida al ámbito de la relación afectiva entre un hombre y una mujer. Desde la perspectiva de la tipificación penal lo que prima es la relación de afectividad presente o pasada entre una pareja siempre que exista o haya habido una proyección de vida en común, lo que permite incluir a los novios o exnovios que no caben bajo la denominación de *violencia doméstica* puesto que no conviven habitualmente bajo el mismo techo y por tanto no llegan a constituir una pareja de hecho. No entran en la consideración de la violencia de género las relaciones esporádicas u ocasionales.

Se incluyen las relaciones entre parejas del mismo sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente²⁵ cuando el agresor es el varón y la víctima es la mujer transexual²⁶ aun cuando no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo pero acredite su condición de mujer mediante informes médico-forenses y psicológicos.²⁷

3. *Violencia contra la mujer*

Queda fuera del ámbito de la violencia de género la que se produce entre los miembros de una pareja de mujeres aunque estén unidas por la institución del matrimonio.²⁸ Con la entrada en vigor de la LOVG quedó legalmente establecido que el ámbito de protección penal a las víctimas de violencia de género se limita a las parejas formadas por un hombre y una mujer arbitrando medidas de discriminación positiva que han llevado a plantear cuestiones de inconstitucio-

²³ STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 13 de diciembre de 2002; SAP Murcia (Sección 3ª) 17 de junio 2011: aunque estadísticamente la realidad más frecuente es la violencia de género “ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista...”

²⁴ STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 8 de junio de 2009.

²⁵ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

²⁶ Circular FGE 4/2005 relativa a los Criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

²⁷ Circular FGE 6/2011 sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal con relación a la violencia sobre la mujer.

²⁸ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

alidad. El Tribunal Constitucional ha resuelto que se respeta el principio de igualdad entre mujeres y hombres cuando se castiga con mayor pena la violencia de género.²⁹ Sin embargo, a raíz de la L 13/2005 modificadora del Código civil, en la que se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, la referencia a la “esposa” o “exesposa” o situación de afectividad similar, donde la pareja de la esposa puede ser otra mujer, permitiría en una interpretación literal del precepto penal aplicar la penalidad de la violencia de género, lo que no se produce en las resoluciones judiciales por tener un efecto discriminatorio frente a las parejas homosexuales constituidas por dos hombres en las que nunca va a haber una “esposa”. Este tipo de víctima según la legislación española no encaja en la violencia de género y se distingue como un subtipo de la violencia doméstica.³⁰

III. Características y clases del maltrato en el ámbito familiar

La violencia en el seno de la familia no queda confinada a una región o a un determinado grupo social ni a un determinado estatus económico, se produce en todas las esferas sociales, con independencia del nivel cultural o profesional

²⁹ José Núñez Fernández, “La violencia de género en el Derecho penal y su constitucionalidad”, en Alicia Rodríguez Núñez, coord., *Violencia en la familia: estudio multidisciplinario*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 207 y ss.

STC (Sala Pleno) de 14 de mayo de 2008: “Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima... Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres”.

³⁰ SJP Cantabria (Sede Santander – Sección 2ª) 20 de abril de 2009: condena por un delito agravado de violencia de doméstica (maltrato físico) del art. 153.1 y 3 CP a la mujer que agredió a su esposa mientras estaban en trámites de separación matrimonial.

de las personas agresoras o de las víctimas.³¹ Está tolerada socialmente, se desarrolla en el ámbito privado, tiene un carácter mixto físico y psíquico, refleja abuso de poder en una relación asimétrica no equitativa, es continua en el tiempo y no suele denunciarse habitualmente. Es frecuente que aumente en reiteración, intensidad y gravedad. Tiene una alta probabilidad de extenderse poco a poco a todos los miembros de la familia y es fácilmente imitable por los hijos (aunque sólo un pequeño porcentaje de menores que han sufrido o han presenciado maltrato serán futuros maltratadores). Se trata de un problema de carácter pluridisciplinar y no solamente jurídico penal.

Las principales dificultades para poder reconocer el maltrato en el ámbito de la familia son:³²

- a) La invisibilización del problema, que se hace menos perceptible por la obturación del registro de nuestros sentidos.
- b) La naturalización, a través de procesos sociales que llevan a aceptar comportamientos violentos como naturales.³³ Es fundamental que la violencia sea percibida como un problema y no como una solución.
- c) La insensibilización, que se produce con la reiteración de imágenes e informaciones que hacen que la violencia forme parte de la vida cotidiana sin que afecte personalmente a la mayoría que la contempla.
- d) El encubrimiento, que se ejerce sistemáticamente con el fin de proteger el prestigio de la institución familiar con su estructura tradicional, ayuda a ocultar los hechos y a hacerlos pasar por buenos para acallar el clamor de los que se oponen.

³¹ Pedro Javier Amor Andrés y Enrique Echeburúa Odriozola, “El maltrato de la mujer en el hogar: consecuencias psicopatológicas y programas de intervención” en Cristina Rodríguez Yagüe y Silvia Valmaña Ochaíta, coords., *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, España, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2000, pp. 150 y ss. Ver Informe de la Secretaría General de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU-DAW sobre la violencia contra las mujeres, de 9 de octubre de 2006.

³² Jorge Corsi y Graciela María Peyrú, *Violencias sociales*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 48 y ss.

³³ Art. 12 *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*: “Las Partes tomarán las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres”.

1. Tipos de violencia

Se han clasificado los malos tratos en físicos, psíquicos,³⁴ sexuales, sociales y económicos, distinguiendo varios tipos de violencia: física, sexual, psicológica, económica, estructural y espiritual, sin que en algunos casos se llegue a una delimitación clara de las consecuencias de cada tipo de violencia.³⁵ Es difícil que se de un solo tipo de maltrato, generalmente encontramos varios unidos, ya que siempre que hay malos tratos físicos existen repercusiones psicológicas y a su vez es frecuente la somatización del maltrato psicológico.³⁶

Una clásica enumeración de tipos de maltrato deslinda los siguientes supuestos: negligencia, físico, psicológico, económico y sexual. El ejercicio de determinados tipos de violencia está ligado al tipo de víctima que la sufre.³⁷ Los malos

³⁴ Circulares FGE 1/1998 sobre La intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. y 4/2003 sobre Nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica. STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 8 de marzo de 1997: define la violencia psicológica como “el fenómeno psicológico consistente en atemorizar a alguien con la producción de un mal”; STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 5 de octubre de 2005: La lesión psíquica precisa de tratamiento médico de tipo psiquiátrico, pudiendo ser preciso apoyo psicoterapéutico posterior; SAP Barcelona (Sección 3ª) 17 de abril de 2000: “lo que se busca con el maltrato ya sea físico o psíquico es humillar a la mujer, para formar su voluntad y conseguir el sometimiento por medio del miedo que nace en la mujer”. Pastora García Álvarez y Juana Del Carpio Delgado, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar (LO 14/1999, de 9 de junio). Problemas fundamentales*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2000, p. 32; María Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000; Emilio Cortés Bechiarelli, *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 56; Ignacio Benítez Ortúzar en Lorenzo Morillas Cueva, L. coord. *et al., op.cit.*, p. 153 y siguientes; María Inés Amato, *La pericia psicológica en violencia familiar*, Buenos Aires, La Roca, 2007; Marta Navas Tejedor y Pedro García Parajuá “Violencia intrafamiliar. Perspectiva psiquiátrica”, en Alicia Rodríguez Núñez, coord., *op. cit.*

³⁵ Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2002; Recomendación (2002)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Protección de la mujer contra la violencia.

³⁶ José Augusto De Vega Ruiz, *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 62.

³⁷ Informe de la Secretaría General de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU – DAW sobre la Violencia contra las mujeres, de 9 de octubre de 2006. Miguel Lorente Acosta y José Antonio Lorente Acosta, *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Granada, Comares, 1999.

tratos a menores pueden ser conjuntos, por acción o por omisión, de los dos progenitores o de la pareja del progenitor en concurrencia con el propio progenitor. Delinque tanto el autor directo de los hechos como el progenitor o conviviente que los conoce y no denuncia o no trata de evitarlos, actuando con pasividad ante las agresiones de su pareja al menor. El miembro de la pareja que es condescendiente con las agresiones comete la infracción criminal por omisión (art. 11 CP).³⁸

El Código penal prevé diferentes conductas delictivas que, con entidad propia, expresamente constituyen delitos de violencia doméstica puntual o de violencia habitual.³⁹ De la primera clase tenemos: lesiones (art. 148.3, 4 y 5 CP),⁴⁰ menoscabo psíquico o lesiones de menor gravedad (art. 153 CP), amenaza leve (art. 171.4, 5 y 6 CP),⁴¹ coacción leve (art. 172.2 CP),⁴² acoso (art. 172 ter.2 CP), injuria o vejación injusta leves (art. 173.4 CP)⁴³ y quebrantamiento de condena (art. 468 CP).

El art. 173.2 CP tipifica la violencia doméstica habitual, entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, y establece el concurso real de infracciones cuando los concretos actos de violencia física o psíquica pueden ser calificados como delitos, por lo que además de una pena por el maltrato habitual habrá que

³⁸ SSTs (Sala de lo Penal – Sección 1ª) de 22 de enero de 2002: se condena como autor material de maltrato continuado a una menor de dos años al compañero sentimental de la madre y como autora por omisión a la madre; 10 de marzo de 2005: la madre es condenada por omisión.

³⁹ Alicia Rodríguez Núñez, coord., *op. cit.*, pp. 163 y ss.

⁴⁰ Josefina García García-Cervigón, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, ed. Ramón Areces, 2006, p. 59 ss.; Carmen Lamarca Pérez, coord., *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Madrid, Colex, 2015, p. 87 ss.

⁴¹ Lamarca Pérez (coord.): *Delitos ...*, *ob. cit.*, p. 153: no sólo hay que tener en cuenta la gravedad del mal con el que se amenaza sino su adecuación para intimidar, la capacidad del sujeto activo para realizarlo y del sujeto pasivo para percibir el peligro. SAP de Barcelona (Sección 20ª) de 5 de febrero de 2007.

⁴² SAP Madrid (Sección 17ª), de 23 de diciembre de 2004: “El delito de coacciones, como exponía el auto del TS de 21 de diciembre de 2001, 4224/2000; requiere para su nacimiento: a) una conducta violenta de contenido material *como vis física* o intimidación como *vis compulsiva*, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto. b) la finalidad perseguida como resultado de la acción es impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto. c) intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, podría dar lugar a la falta. d) intención dolosa, consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos impedir o compeler y e) ilicitud del acto desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico”.

⁴³ Art. 208 CP: “Es injuria la acción o expresión que lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

imponer penas por cada uno de los actos violentos que hayan dado lugar a esa situación de violencia continuada.⁴⁴ El apartado 3 del art. 173 CP ofrece pautas para que el juez pueda apreciar la habitualidad del maltrato atendiendo “al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos,⁴⁵ con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas⁴⁶ de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. El concepto de la violencia habitual doméstica va más allá de los concretos actos de violencia considerados aisladamente que sólo suponen la “exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente”.⁴⁷ El pla-

⁴⁴ SSTs (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 22 de enero de 2002: malos tratos habituales, tentativa de homicidio, delito de lesiones y faltas de lesiones; 16 de abril de 2002: malos tratos habituales y agresión sexual; 18 de abril de 2002: malos tratos habituales, delito de lesiones y falta de amenazas; de 24 de julio de 2002: malos tratos habituales y violación; 31 de octubre de 2002: malos tratos habituales, delito de homicidio doloso y delito de lesiones; de 28 de febrero de 2003: maltrato habitual, faltas de lesiones y falta de vejación injusta; de 18 de junio de 2003: malos tratos habituales, agresión sexual, lesiones, coacciones, amenazas y allanamiento de morada; de 5 de junio de 2003: malos tratos habituales, detención ilegal, agresión sexual y delito contra la integridad moral; 9 de julio de 2004: malos tratos habituales, detención ilegal y falta de lesiones; de 11 de mayo de 2005: malos tratos habituales, agresión sexual, amenazas y quebrantamiento de condena; de 11 de noviembre de 2005: malos tratos habituales y una falta de daños; de 15 mayo de 2009: condenó en concurso real por delitos de violencia física habitual, de agresión sexual y de lesiones psíquicas.

⁴⁵ Circular FGE 4/2003.

⁴⁶ SSTs (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 18 de mayo de 2005: ex compañera sentimental e hijo; de 13 de julio de 2005: ex compañera sentimental e hija.

⁴⁷ SSTs (Sala de lo Penal – Sección 1ª) de 7 de julio de 2000: “la sola lectura del relato histórico de la sentencia pone de relieve que no estamos ante dos individuales acciones de agresión o violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como ‘habitual’ ... La habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en el que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien las padece por el capricho del dominador”; de 18 de abril de 2002: “al haberse dado por probado por la Sala sentenciadora tres episodios de violencia frente a su compañera sentimental, poco importa que el primero se considere prescrito por dicha Sala”; de 13 de marzo de 2006: una forma desnaturalizada de la convivencia familiar que debe ser apreciada en forma total. Por tal razón no es necesario acreditar temporalmente cada hecho, sino una conducta persistente que define la forma socialmente inadecuada y reproble de relacionarse con otra persona; de 13 de abril

zo de la prescripción del delito empieza a computarse desde el día en que se realizó la última infracción o desde que se eliminó la situación de maltrato o desde que cesó la conducta (art. 132.1 CP).

Todos los delitos de malos tratos en el ámbito de la familia son perseguibles de oficio sin que se necesite la previa denuncia de la persona ofendida, salvo la injuria o vejación injusta leves (art. 173.4 CP). El perdón del ofendido o de su representante legal no da lugar a la extinción de la acción penal o de la pena impuesta. Existen, sin embargo, otras formas de impedir que el ofensor sea castigado sin necesidad de ejercitar el perdón, cuando el ofendido no se ratifica en el juicio o hurta al Juez pruebas evitando que se dicte sentencia condenatoria.

En los delitos de menoscabo psíquico o lesiones de menor gravedad (art. 153.3 CP), amenazas (art. 171.5 CP), coacciones (art. 172.2 CP), o maltrato habitual (art. 173.2 CP), por la mayor gravedad de la conducta, las penas se elevan “cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas,⁴⁸ o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código⁴⁹ o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”. Sin embargo, se

de 2006: “para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo más importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente... la habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia en falta de malos tratos”; de 10 de octubre de 2005: dos denuncias y la declaración de la víctima.

⁴⁸ Circular FGE 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica: “Es posible que la circunstancia que atrae el subtipo agravado sea constitutiva de delito. Así, si la agresión se verificó con armas o en domicilio de la víctima cabe que estemos ante un delito de tenencia ilícita de armas o de allanamiento de morada, si se carece de la correspondiente licencia de armas o la entrada en la vivienda se hizo contra la voluntad del morador. En ambos casos deberá apreciarse un concurso de delitos entre la figura agravada del art. 153 ó 173 y el delito de tenencia o de allanamiento. Dicha interpretación no conculca el principio *non bis in idem*. En el caso de la tenencia ilícita dado su carácter de delito de tracto continuado que no requiere de la utilización del arma para su consumación. En el del allanamiento ya que a la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantando el art. 18 CE se les añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior”.

⁴⁹ La privación del derecho de residir o acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a determinadas personas, la prohibición de comunicarse con las personas que determine el Juez. STS (Sala de los Penal – Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2007: “el subtipo agravado de los artículos 153 o 173 excluye la condena separada por el delito de quebrantamiento del artículo 468 del Código Penal, al encontrarnos ante un concur-

prevé que “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho se pueda imponer en algunos casos una pena inferior en grado (arts. 153.4, 171.6, 172.3 CP).

Los daños psicológicos, físicos o materiales sufridos por los menores u otras personas presentes en los malos tratos habituales ajenos se pueden castigar en virtud del art. 177 CP.

2. Las víctimas

En general el Código Penal prevé una mayor protección respecto de los menores de dieciocho años, las personas con discapacidad necesitadas de especial protección⁵⁰ y las personas especialmente vulnerables por razón de su edad,⁵¹ enfermedad o situación. No siempre tipifica explícitamente ciertas conductas como violencia doméstica, aludiendo a las víctimas del art. 173.2 CP, sin embargo en algunos casos ésta se puede deducir por la consideración de determinadas circunstancias⁵² o la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, o la privación de la patria potestad.⁵³

Por otra parte, en el grupo familiar se producen víctimas secundarias que no son víctimas directas de las agresiones pero que las presencian por lo que también quedan fuertemente afectadas psicológicamente. Por ello, hemos visto que en varios delitos se prevé la imposición de una mayor pena cuando los hechos se producen en presencia de menores o en el domicilio común o en el do-

so de normas a resolver conforme al artículo 8.1 del Código Penal en virtud del principio de especialidad en favor de los subtipos agravados”.

⁵⁰ Art. 25 CP: “a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”. Pedro Fernández Santiago, *op. cit.*, nota 90.

⁵¹ José Cantón Duarte y María del Rosario Cortés Arboleda, *Malos tratos y abuso sexual infantil: causas, consecuencias e intervención*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2004. La LO 1/2015 ha elevado a 16 años la edad de los menores para su consentimiento válido en las relaciones sexuales consentidas.

⁵² Art. 172 bis CP: matrimonio forzado de menores.

⁵³ Art. 149.2 CP: mutilación genital; art. 192.2 CP: abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años.

micilio de la víctima e, incluso, la sanción de los atentados que puedan sufrir las personas que presencien el maltrato doméstico habitual.

Es en el art. 173.2 CP donde encontramos una relación de las posibles víctimas de la violencia doméstica.⁵⁴

a) Cónyuge o ex cónyuge

El matrimonio queda disuelto por nulidad, divorcio o muerte de uno de los cónyuges. El CP se refiere a “cónyuge”, por tanto no debería haber distinciones en cuanto a la inclusión de los matrimonios entre parejas del mismo sexo.⁵⁵ Sin embargo a estas no se les aplica la violencia de género sino que quedan amparadas bajo el concepto de personas que por cualquier otra relación se encuentren integradas en el núcleo de convivencia familiar.⁵⁶

b) Persona que esté o haya estado ligada a otra por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge aún sin convivencia.

Se trata de parejas de hecho en convivencia similar a la del matrimonio y de parejas en etapa de noviazgo sin convivencia.

c) Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción⁵⁷ o afinidad, propios o del cónyuge conviviente.⁵⁸

⁵⁴ Circular FGE 4/2003 de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica. Miguel Lorente Acosta y José Antonio Lorente Acosta, *op. cit.*, nota 117.

⁵⁵ Art. 44 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

⁵⁶ La STC Pleno 59/2008, de 14 de mayo, fue la primera en reconocer la constitucionalidad de la interpretación de la violencia de género con discriminación positiva exclusivamente para las mujeres agredidas por sus parejas masculinas; consecuentemente la exclusión de la misma para parejas constituidas por personas del mismo sexo.

⁵⁷ *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Resolución 41/85 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986; *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España el 30 de junio de 1995; Arts. 175 a 180 Código Civil; Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

⁵⁸ La modificación de los arts. 154 y 268 Código Civil por *L 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional*, ha venido a zanjar la discusión sobre el límite entre el maltra-

En cuanto a los ascendientes y descendientes no hay límite en el grado de parentesco.

d) Menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección⁵⁹

Tienen que convivir con la persona agresora o hallarse sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.⁶⁰

e) Personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar.

No se especifica qué tipo de relación jurídica une a la víctima con la persona agresora. Lo que constituye el elemento de la relación es que convivan y que además la víctima se encuentre de hecho integrada en el núcleo familiar.

f) Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentra sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

to ocasional o habitual y el derecho que se reconocía a padres y tutores a corregir moderadamente a los menores bajo su tutela. Elena Blanca Marín Espinosa, *La intervención del Derecho Penal en los castigos a los hijos: un análisis comparado*, en Pastora García Álvarez y Juana Del Carpio Delgado, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁹ Carmen Lamarca Pérez, coords., *op. cit.*, p. 93; Pedro Fernández Santiago, *op. cit.*, nota 90, pp. 35 y ss.; David Morillas Fernández, “Víctimas especialmente vulnerables en el delito de violencia doméstica”, en Lorenzo Morillas Cueva *et. al.*, coord., *op. cit.*, nota 96, pp. 122 y ss.; Carmen Paloma González Pastor, “Delimitación del concepto «persona especialmente vulnerable» en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 17, 2005, p. 52; Antonio Moya Bernal y Javier Barbero Gutiérrez, coords., *Malos tratos a personas mayores: Guía de actuación*, IMSERSO, 2005. STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 23 de diciembre de 2002: “especial vulnerabilidad de la víctima a causa de la enfermedad psíquica padecida”; STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 12 de febrero de 2004: “por ser la víctima suegra del acusado, y de especial vulnerabilidad en atención a los 78 años de edad del sujeto pasivo”; SSTS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 28 de noviembre de 2002: “la especial vulnerabilidad de la víctima sea consecuencia de no haber alcanzado los doce años de edad”; 22 de febrero de 2006: “existió una situación de vulnerabilidad patente, en razón a la edad de la víctima [de los 10 a los 14 años] y a la situación de convivencia y aprovechamiento de esa circunstancia para la realización de la acción y asegurara la ausencia de resistencia”.

⁶⁰ Ver arts. 154 a 174, 222 a 287 del Código Civil. Consulta 1/2008 FGE acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previstos en los artículos 153 y 173 del Código Penal.

Esta figura incluye el maltrato institucional. Se considera que estos centros deben tener las características del bienestar de la convivencia familiar para los que allí viven. Pueden ser niños, personas mayores o con una discapacidad que les hace sujetos de especial vulnerabilidad por sus condiciones físicas y/o mentales.

IV. Protección a las víctimas de violencia doméstica

Los poderes públicos están haciendo un esfuerzo importante para proteger a las víctimas de la violencia doméstica.⁶¹

Entre los *Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos* enumerados en el art. 14 de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, se recoge: “5. La adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo. 6. La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son (...) las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva”.

Las víctimas de la violencia doméstica pueden acogerse a la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*, desarrollada por el RD 738/1997, la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género* y la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*.

La LECrim, además de las medidas cautelares generales establece algunas específicas para los casos de violencia doméstica:⁶² prisión provisional (art. 503 LECrim), que en caso de grave peligro para la salud del imputado puede verifi-

⁶¹ Yolanda Pecharrmán Lobo, “Victimología: protección de los derechos y necesidades de las víctimas”, en Alicia Rodríguez Núñez, coord., *La investigación policial y sus consecuencias jurídicas*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 461 y ss.; Enrique Baca Baldomero et al, coords., *Manual de victimología*, Madrid, Dykinson, 2006; Virginia Mayordomo Rodrigo, *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Bilbao, Universidad del País Vasco, núm. 15, 2003 (Colección de Derecho).

⁶² Avelina Alonso de Escamilla y Carmen Lamarca Pérez, “Reflexiones sobre las medidas penales para la protección contra la violencia de género”, en Carlos García Valdés et. al., coords., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, vol. 2, 2008.

carse en su domicilio (508 LECrim);⁶³ libertad provisional bajo fianza (art. 529 LECrim); libertad provisional con retención del pasaporte (art. 530 LECrim); medida cautelar semejante a las previstas en el art. 48 CP en caso de quebrantamiento de condena; prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad autónoma; prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas, o de aproximarse comunicarse con determinadas personas (art. 544 bis LECrim). Los autos relativos a la situación personal del imputado, que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad, han de ponerse en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución (506 LECrim).

Para la violencia de género la LOVG contiene normas específicas sobre las medidas cautelares que deben ser adoptadas mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad: salida del domicilio, alejamiento y suspensión de las comunicaciones (art. 64 LOVG), suspensión de la patria potestad o de la guarda de los menores (art. 65 LOVG), suspensión del régimen de visitas a los descendientes (art. 66 LOVG), suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas (art. 67 LOVG).⁶⁴ Las medidas cautelares podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos siempre que así se haga constar en la sentencia (art. 69 LOVG).

Las medidas cautelares son reformables, por lo que cabe solicitar su cese al Juzgado de Instrucción que será quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias en cada caso concurrentes, si la medida debe continuar o finalizar.⁶⁵ No es admisible que la persona protegida pueda disponer por sí misma, sin la supervisión del Juez, sobre el plazo de duración de la medida cautelar quedando a su arbitrio la posibilidad de acusar por quebrantamiento de la medida.

Hay que valorar el riesgo que corre la víctima para adecuar los medios de protección.⁶⁶ Entre otras medidas, se debe facilitar a la víctima protegida un te-

⁶³ Miguel Marcos Ayjón, “La reforma de la prisión provisional”, *La Ley Penal*, núm. 1, enero 2004; Gema Martínez Galindo, “La prisión provisional”, *La Ley Penal*, núm. 13, 2005.

⁶⁴ Eloy Velasco Núñez, “Las medidas cautelares en la Ley integral contra la violencia de género”, *La Ley Penal*, núm. 15, 2005.

⁶⁵ STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 16 de mayo de 2003.

⁶⁶ Instrucción 10/2007 de la Secretaría de estado de Seguridad, por la que se aprueba el Protocolo para la valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer en los supues-

léfono de contacto directo y permanente con el/los funcionarios asignados para su atención individualizada y, en los supuestos en que sea necesario, mecanismos o dispositivos técnicos⁶⁷ que permitan una comunicación rápida, fluida y permanente entre la víctima y el cuerpo o fuerza de seguridad correspondiente.

La *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica* permite, cuando hay indicios fundados de la comisión de delitos de violencia doméstica y la víctima corre un riesgo físico objetivo, que mediante una resolución judicial se le otorgue un estatuto de protección integral mediante la adopción de medidas cautelares penales⁶⁸ y/o civiles⁶⁹ además de activar medidas de asistencia y protección social.⁷⁰

En base a la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* y el *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su*

tos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y su comunicación a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal; *Protocolo médico-forense de valoración urgente del riesgo de violencia de género*, Ministerio de Justicia, 2011. Antonio Andrés Pueyo y Santiago Redondo Illescas S., “Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia”, *Papeles del psicólogo*, núm. 3, vol. 28, 2007; Enrique Echeburúa *et. al.*, “Escala de Predicción del Riesgo de Violencia Grave contra la pareja –Revisada– (EPV-R)”, *Psicothema*, vol. 22, núm. 4, 2010, pp. 1054-1060.

⁶⁷ El uso de dispositivos de control telemático facilita la comprobación del cumplimiento o incumplimiento de la medida de alejamiento. Ver Carolina Villacampa Estiarte, coord., *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

⁶⁸ Medidas privativas de libertad, orden de alejamiento, prohibición de comunicación, prohibición de volver al lugar del delito ó residencia de la víctima, retirada de armas u otros objetos peligrosos.

Para estas medidas penales puede solicitarse la Orden europea de protección (Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección).

⁶⁹ Atribución del uso y disfrute de la vivienda; régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada; régimen de prestación de alimentos; cualquier disposición oportuna para mejor protección o evitación de peligros o perjuicios.

⁷⁰ Ver *Protocolo para la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica*. La Orden de protección se inscribe en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica que puede ser consultado por Juzgados penales y de familia, Ministerio Fiscal, Policía Judicial, Comunidades Autónomas y Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. Joaquín Delgado Martín, “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley Penal*, núm. 2, 2004.

reforma por Ley Orgánica 2/2009, las mujeres extranjera víctima de violencia doméstica,⁷¹ cualquiera que sea su situación administrativa, “tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente” (art. 31 bis.1 LO 4/2000). La cónyuge reagrupada puede obtener para ella y sus hijos menores de edad o con discapacidad la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género (art. 19 LO 4/2000, art. 59 RD 557/2011). Cuando su situación es irregular administrativamente puede solicitar por circunstancias excepcionales lo mismo cumpliendo los mismos requisitos, sin que se incoe o continúe el expediente sancionador (art. 31 bis LO 4/2000, arts. 131 a 134 557/20011). Lo establecido para los casos de violencia de género es aplicable también para los casos de violencia doméstica (art. 59.2.b) RD 557/2011).

En cuanto al castigo de los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, además de la pena correspondiente, el art 57.2 CP⁷² obliga a imponer como pena complementaria la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. La pena de alejamiento no puede exceder de 10 años si el delito es grave o de cinco si es menos grave.⁷³ Si la condena impuesta es una pena de prisión grave, la prohibición será por un tiempo superior entre 1 y 10 años a aquella, y si fuera menos grave por un tiempo superior de entre 1 y 5 años. La pena de prisión y la de alejamiento se cumplen de forma simultánea.

⁷¹ *Instrucción 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad.*

⁷² Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto de la aplicación obligatoria del art. 57.2 CP han sido resueltas declarando constitucional el precepto argumentando que la restricción de principios y derechos afectados negativamente se corresponde con las exigencias que se derivan de los principios a los que sirve (SSTC (Pleno) 60/2010, de 7 de octubre; 81/2010, de 3 de noviembre; 82/2010 de 3 de noviembre de 2010).

⁷³ El art. 33 CP establece la clasificación de las penas en graves, menos graves y leves.

Cuando las víctimas son menores o personas con una discapacidad necesitada de especial protección suele haber una previsión de pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, o la privación de la patria potestad⁷⁴ (Arts. 153.1. y 2, 171.4 y 5, 172.2, 173.2 CP). La Disposición adicional segunda CP dispone que el Juez o Tribunal que la acuerde debe comunicarla de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias.

La pena de multa sólo puede imponerse cuando conste acreditado que entre la persona maltratadora y la víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común (arts. 171.7, 172.2, 173.4 CP).

La pena de localización permanente se cumple en domicilio diferente y alejado del de la víctima (art. 171.1, 172.3, 173.4 CP).

En caso de violencia doméstica habitual el Juez o Tribunal puede imponer una medida de libertad vigilada (art. 173.2 CP).

Respecto a la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad (arts. 80 a 87 CP),⁷⁵ es potestad del Juez condicionarla al cumplimiento de las prohibiciones y deberes del art 83.1 CP, y las medidas y prestaciones del 84.1 CP, salvo la condición del pago de una multa que no podrá imponerse en el caso de que existan entre la persona agresora y la víctima relaciones económicas de-

⁷⁴ Art. 46 CP: “La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas.”

⁷⁵ RD 840/2011, de 17 de junio, *por el que se establecen las circunstancias de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de las penas*; RD 95/2009, de 6 de febrero, *por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia*.

rivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia en común (art. 84.2 CP).⁷⁶ En las sentencias por violencia de género, el juez debe imponer siempre la prohibición de aproximarse a determinados lugares y personas así como de residir o acudir a determinados lugares y la obligación de participar en programas formativos de igualdad de trato y no discriminación u otros similares (art. 83.2 CP). En todos los casos de violencia doméstica se debe comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para que velen por su cumplimiento, la imposición de la prohibición de aproximarse o de contactar, de residir en determinados lugares o de visitarlos, y la obligación de mantener la residencia, cuyo quebrantamiento debe ser inmediatamente comunicado al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de ejecución (art. 83.3 CP).

El Juez o Tribunal puede acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del condenado en los casos de cumplimiento de la pena de localización permanente o de prohibición de acercarse a la víctima.⁷⁷

1. Medidas en la LOVG

Las Comunidades Autónomas⁷⁸ han publicado sus propias leyes con medidas sociales que actúan como complementarias de la LOGV, contienen medidas y

⁷⁶ *Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

⁷⁷ Arts. 37.4 y 48.4 CP. María del Pilar Otero González, *Control telemático de penados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

⁷⁸ Castilla – La Mancha: L 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas; Navarra: L Foral 22/2002, de 2 de julio, para la Adopción de medidas integrales contra la violencia sexista; Castilla y León: Ley 13/2010, de 9 de Diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León; Comunidad Valenciana: Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana; Canarias: L 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género; Cantabria: L 1/2004, de 1 de abril, Integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas; País Vasco: L 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de hombres y mujeres; Madrid: L 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid; Islas Baleares: L12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer; Aragón: L 4/2007, de 22 de marzo, de prevención y protección integral a las mujeres víctimas de violencia en Aragón; Murcia: L 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre

derechos en diversos ámbitos para contribuir a prevenir y paliar los efectos de la violencia machista sobre las mujeres.⁷⁹ A nivel estatal, en los ámbitos donde no haya previsiones de las leyes autonómicas se aplica la LOGV.

a) Medidas de sensibilización, prevención y detección:

Se pone en marcha un *Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género* con el fin de lanzar campañas dirigidas a la sociedad en las que se introducen nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad entre hombres y mujeres.

Las medidas afectan al sistema educativo, la publicidad, los medios de comunicación⁸⁰ y al ámbito sanitario.

b) Derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género:

- i) a la información sobre las medidas relativas a su protección y seguridad, así como sobre los derechos y ayudas previstos legalmente;
- ii) a la asistencia social integral a través de los servicios sociales de atención, emergencia, apoyo, acogida y recuperación integral;⁸¹

mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia; Galicia: L 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género; Andalucía: L 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género; Cataluña: L 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista; Extremadura: Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura.

⁷⁹ Patricia Laurenzo Copello, “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en Javier Boix Reig y Elena Martínez García, coords., *La nueva Ley contra la violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2005; Miguel Angel Boldova Pasamar y María de los Ángeles Rueda Martín, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Madrid, Dykinson, 2006.

⁸⁰ Aída Fernández Vázquez, “Violencia en la familia y medios de comunicación social”, en Alicia Rodríguez Núñez, coord., *op. cit.*, nota 109, p. 93 ss.

⁸¹ Estos servicios trabajan en coordinación con los Cuerpos de Seguridad y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, en el ámbito geográfico correspondiente, y pueden solicitar al Juez las medidas urgentes que consideren necesarias. Los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la mujer agredida tienen también derecho a la asistencia social integral para evitar daños psíquicos y físicos a los que viven en entornos donde existe violencia de género.

- iii) a la asistencia jurídica especializada desde el primer momento y gratuita para las que acrediten insuficiencia de recursos,⁸² a tal efecto los Colegios de Abogados han establecido un turno de oficio especializado;
- iv) a derechos laborales y de Seguridad Social para las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia, siempre que acrediten su situación de violencia mediante la orden de protección a su favor o mediante el informe del Ministerio Fiscal hasta tanto se dicte la orden de protección;
- v) a derechos específicos para las funcionarias públicas siempre que acrediten su situación de violencia mediante la orden de protección a su favor o mediante el informe del Ministerio Fiscal hasta tanto se dicte la orden de protección;
- vi) derechos económicos si cumplen los requisitos previstos en el art. 27 LOVG;
- vii) al acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores.

c) Tutela Institucional

La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, cuya función es formular políticas públicas en relación con la violencia de género, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, cuya finalidad es asesorar, evaluar, elaborar informes y estudios, hacer propuestas de actuación y colaborar con otras instituciones, están adscritos al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, creado por convenio de 26 de septiembre de 2002, está integrado actualmente por el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Ministerio del Interior, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en Justicia, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de España. Es un instrumento de análisis y de actuación que, en el ámbito de la Administración de la Justicia, promueve iniciativas y medidas dirigidas a erradicar el problema social de la violencia doméstica y de género.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han formado unidades especializadas en la prevención de la violencia de género⁸³ y en el control de la

⁸² Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁸³ Enrique Echeburúa, Javier Fernández-Montalvo y Paz de Corral, coords., *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*, España, Centro Reina Sofía, 2009.

ejecución de las medidas judiciales adoptadas, entre ellas la orden de protección.⁸⁴ Su finalidad es la cooperación para asegurar el cumplimiento de las medidas legales que sean acordadas por los órganos judiciales. El 28 de octubre de 2005 se firmó el *Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género* y el 13 de marzo de 2006 el *Protocolo de Colaboración y Coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de Policía Local para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género*.⁸⁵

d) Tutela penal:

La LOVG introdujo importantes novedades en el CP respecto del tratamiento de las infracciones relacionadas con la violencia doméstica y de género que han sido modificadas posteriormente para mayor protección de las víctimas.⁸⁶

La Administración penitenciaria debe realizar programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género cuyo seguimiento y aprovechamiento deben ser valorados por las Juntas de Tratamiento para la progresión en grado, la concesión de permisos y concesión de la libertad condicional.⁸⁷

⁸⁴ La Guardia Civil tiene los grupos EMUME, especialistas en mujeres y menores. El Cuerpo de la Policía Nacional ha constituido varios grupos: SAM (Servicio de Atención a la Mujer), SAF (Servicio de Atención a la Familia) y UPAP (Unidades de Prevención, Asistencia y Protección a la mujer víctima de malos tratos). Así mismo, los cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas también deben constituir unidades especializadas. Francisco Salvador Miguel, "Actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", en Alicia Rodríguez Núñez, coord., *op. cit.*, nota 109. pp. 271 y ss.

⁸⁵ Alicia Rodríguez Núñez, "Violencia doméstica y violencia de género", en Alicia Rodríguez Núñez, coord., *op. cit.*, nota 141, pp. 410 y ss.

⁸⁶ Sara Aragonese Martínez *et al.*, *op. cit.*, nota 102.

⁸⁷ Carmelo Hernandez Ramos, *op. cit.*, nota 94; Santiago Redondo Illescas, "Modelos de buenas prácticas: una intervención intensiva con internos autores de delitos violentos y contra la libertad sexual", *La Ley Penal*, núm. 30, Año III, septiembre 2006; Santiago Leganés Gómez, "Las penas y el tratamiento de los maltratadores", *La Ley Penal*, núm. 34, enero 2007.

e) Tutela judicial

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁸⁸ tienen competencia en el orden penal y en el orden civil en función de lo establecido en el art. 87 ter LOPJ.⁸⁹

La Ley de Enjuiciamiento Criminal declara competentes a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para juzgar delitos de violencia doméstica y de género,⁹⁰ adoptar medidas cautelares (arts. 13, 544 bis LECrim) y pronunciar las órdenes de protección (arts. 14.5.c), 544 ter LECrim). Se crea la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer con Secciones en las Fiscalías de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales con adscripción preferente de Fiscales especialistas en la materia.

Se establece un procedimiento para el enjuiciamiento rápido⁹¹ de los delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal (art. 795 LECrim). Los delitos deben estar castigados con penas privativas de libertad que no excedan de cinco años o con cualesquiera otras penas, únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de los diez años, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aún sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial. Esto implica que la recogida de pruebas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tiene una importancia capital para la correcta toma de decisión del Juez.

⁸⁸ Fernando Ibañez López-Pozas y María Luisa Boticario Galavis, “Tutela judicial y violencia de género”, Alicia Rodríguez Núñez, coord., *op. cit.*, nota 109, pp. 239 y ss.

⁸⁹ El *Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil* arbitra medidas para evitar que evitar las resoluciones contradictorias entre las dictadas por los Juzgados civiles y los Juzgados de Instrucción.

⁹⁰ Art. 15 bis LECrim: “... la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.”

Art. 17 bis LECrim: “La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley.”

⁹¹ Luis Miguel Columna Herrera, “Casuística de la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad en los juicios rápidos”, *La Ley Penal*, núm. 5, 2004, pp. 27-44.

V. Quebrantamiento de condena o de medida cautelar o de seguridad

El art. 468.2 CP regula el quebrantamiento de las penas del art. 48 CP así como de las medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza, impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP. Este delito implica la desobediencia voluntaria y consciente de las obligaciones de comportamiento impuestas por decisión judicial.⁹² El quebrantamiento no existe cuando no concurre la voluntad del sujeto para desobedecer la resolución judicial con la finalidad de hacerla ineficaz, no cabe el quebrantamiento imprudente.⁹³ Es irrelevante que el quebrantamiento genere o no un peligro para la víctima.

Plantea especiales problemas la pena o medida de alejamiento cuando se incumple por la reanudación voluntaria por ambas partes de la convivencia de la pareja,⁹⁴ siempre que la voluntad de la víctima sea libre y no esté viciada. Si se trata de una medida cautelar, la jurisprudencia viene estimando que la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y quedar extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener, en su caso, otra medida de alejamiento.⁹⁵ Sin embargo, cuando la prohibición de acercarse tiene el carácter de pena su quebrantamiento no puede quedar al arbitrio de la persona protegida por lo que la solución conforme a derecho sería condenar al que comete el quebrantamiento y solicitar un indulto

⁹² STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 16 de mayo de 2003; de 1 de abril de 2003.

⁹³ Esteban Mestre Delgado en Carmen Lamarca Pérez, coord, *Delitos...*, *op. cit.*, pp. 778 y ss.

⁹⁴ Vicente Magro Servet, “El incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento”, *La Ley Penal*, núm. 13, 2005; Manuel Jaén Vallejo, “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género (Alcance de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en materia de suspensión y sustitución de penas, y quebrantamiento de condena)”, en Sara Aragonese Martínez *et al.*, *op. cit.*, nota 102, pp. 77 y ss.

⁹⁵ STS (Sala de lo Penal – Sección 1ª) 26 de septiembre de 2005: “en la actualidad es atípica la conducta infractora de una medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación cuando se ha reanudado voluntariamente la relación entre el obligado por la medida cautelar y la persona protegida por la misma, puesto que en este caso desaparece la necesidad de la medida cautelar”; SSAP de Madrid (Sección 17ª) de 19 de septiembre de 2005; de 31 de julio de 2007; de 3 de septiembre de 2007; de Murcia (Sección 1ª) de 9 de mayo de 2007; de Burgos (Sección 1ª) de 27 de julio de 2007.

parcial a la vez que se decreta la suspensión de la condena mientras se tramita el indulto.⁹⁶

El *Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género* establece que en el caso de incumplimiento doloso de la medida de alejamiento por el imputado, cuando produzca un incremento objetivo de la situación de riesgo para la víctima, se ha de proceder a la inmediata detención del infractor. Posteriormente, el detenido será puesto a disposición judicial de forma urgente, acompañado del correspondiente atestado. Esta actuación se comunicará al Ministerio Fiscal. El quebrantamiento de una medida cautelar puede dar lugar a su sustitución por la prisión provisional o las condiciones de una orden de protección u otra medida cautelar que implique una mayor limitación de la libertad personal (art. 544 bis último párrafo LECrim).

En los supuestos de la pena o medida de alejamiento cuando se produce la reanudación de la convivencia, el traslado de residencia o la renuncia de la víctima al estatuto de protección, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán inmediatamente tales hechos en conocimiento del órgano judicial para que proceda a la adopción de las medidas que considere oportunas.

⁹⁶ STS (Sala de lo penal – Sección 1ª) 8 de junio de 2009: “el consentimiento de la víctima protegida por la condena penal no puede eliminar la antijuridicidad del hecho... en cuanto constituye una pena impuesta por la autoridad judicial, que lógicamente obliga a su cumplimiento (v. arts. 988 y 990 LECrim), salvo resolución judicial legalmente fundada o concesión de indulto, en ningún caso puede quedar al arbitrio de los particulares afectados (v. STS de 30 de marzo de 2009)”; SAP Barcelona (Sección 20ª), de 21 de febrero de 2007.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LOS DERECHOS EDUCATIVOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

María Acracia Núñez Martínez*

I. Introducción

Los derechos educativos son derechos que pertenecen a la denominada tercera generación de derechos, que coincide con el denominado Estado Social surgido tras el fracaso del reparto liberal de papeles entre el Estado y el mercado. Ahora se reconoce, en general, la necesidad de que el Estado intervenga para solucionar los desequilibrios económicos, sociales y culturales existentes en la sociedad, es decir, para evitar las desigualdades y lograr la plena integración y autonomía de los individuos en la sociedad en igualdad de condiciones. Con ese fin el Estado está obligado a crear y garantizar las condiciones materiales para el ejercicio de estos derechos de tercera generación.¹ Los derechos educativos son derechos públicos subjetivos y de prestación, pero también son mandatos dirigidos al Estado para que cree las condiciones necesarias para hacer efectivo su ejercicio. A diferencia de lo que ocurre con otros derechos, en los que el Estado ha de mantener una actitud abstencionista y permitir que los individuos puedan disfrutar de ellos siempre y cuando ajusten su actuación a la norma, en el caso

* Profesora de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UNED.

¹ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias 86/1985, 129/1989.

de los derechos educativos el Estado ha de crear las condiciones legales necesarias para hacer efectivo el ejercicio de estos derechos, como ha dejado patente el Tribunal Constitucional en las Sentencias 86/1985 y 129/1989, en las que señala la imposición de obligaciones que tienen por destinatarios a los poderes públicos, como es el caso de la obligatoriedad de la enseñanza básica, o establecen derechos de prestación, como es el caso de la gratuidad de la citada enseñanza básica. En los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, como es el caso del Estado español (artículo 1.1 de la Constitución española) los derechos educativos ocupan una posición central, ya que como indican De Esteban y González-Trevijano,² ejercen una *función socializadora*, pues los estudiantes han de ser concienzudamente preparados para su posterior y exitosa integración en la sociedad, razón por la cual todos los menores, independientemente de su nivel adquisitivo, han de poder acceder a un sistema educativo público y de calidad. Al mismo tiempo ejercen una *función democrática*, pues alcanzar un buen nivel educativo prepara al individuo para integrarse en la vida política y social así como para ejercer en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos el resto de derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente. Por último, los derechos educativos ejercen una *función de progreso*, pues las sociedades avanzadas necesitan estar sustentadas por individuos lo mejor preparados posible, pues únicamente de este modo la sociedad podrá continuar progresando en un mundo globalizado como en el que nos encontramos.

II. Evolución histórica en el Estado español de los derechos del ámbito educativo

La Constitución española de 1978 no ha sido la primera de las Constituciones vigentes en España que ha procedido a la regulación de este derecho. Siguiendo a De Esteban y Trevijano procedemos a realizar un somero recorrido que enmarca la norma constitucional actual en nuestra historia constitucional. En el texto gaditano de 1812, en el artículo 366, se establecía con carácter obligatorio la implantación de escuelas de primeras letras, en las que los alumnos habrían de aprender tanto a leer como a escribir, a contar así como el Catecismo de la Reli-

² Jorge de Esteban y Pedro González-Trevijano, *Curso de Derecho Constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Vol. II. 1993, p. 206.

gión Católica; esto último se desprende del carácter confesional del texto doceañista. Esta parte dedicada a la educación se ubicaba en un Título concreto destinado a la regulación de la instrucción pública. Otro texto que regula estos derechos fue el de 1869, que establece el derecho a la fundación de centros docentes, igual que hizo el de 1876, que hace competente al Estado para la expedición de títulos académicos, así como para el establecimiento de la fijación de los criterios necesarios para su acreditación. La Constitución de la segunda República española, de 1931, supuso una auténtica transformación progresista en el ámbito educativo, pues, con fundamento en el carácter no confesional de la República española, instauró por primera vez en España el laicismo en la escuela, como ya hiciera la República francesa mucho antes. La educación era asimismo única y gratuita y con carácter obligatorio, al menos la primaria. Se reguló la libertad de cátedra contenida asimismo en el texto actual, y se limitó la educación de carácter privado que recaía en las órdenes religiosas.³ El franquismo supuso un retroceso importante en los avances instaurados por la Constitución del 31, acaparando la Iglesia Católica de nuevo las labores educativas.

En el derecho comparado prácticamente todos los textos constitucionales recogen los derechos educativos, ocupando así mismo un lugar importante en las Declaraciones Internacionales de derechos, como es el caso de la *Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948*, que contiene una enumeración de derechos que ha de servir de base para las regulaciones que realicen a nivel interno los Estados; *el Convenio Europeo* de 1950, pese a que no lo incluyó en un primer momento procedió a su incorporación en fecha posterior, concretamente en su *Protocolo número 220 de marzo de 1952*, con la denominación de derecho a la instrucción; *el Protocolo Adicional 1º del Convenio de Roma de 1950*, ratificado por España en 1979; *el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio número 111 aprobado por la OIT en 1958* y que protege a todas las personas que reciban enseñanza técnica y profe-

³ La manera de regular el derecho a la educación en este texto constitucional no es sino un reflejo de los cambios en el ámbito de los derechos que se fueron consolidando a lo largo del siglo XX, lo que supuso que los textos constitucionales recogieran las exigencias de tipo social, ejemplo de lo cual lo constituye la Constitución Mexicana de Querétano, de 1917, en cuyo articulado se hace una amplia y profunda enumeración de los derechos sociales. Esta tendencia socializadora se extendería a las Constituciones promulgadas hasta la Primera Guerra Mundial. Dentro de éstas destaca la Constitución alemana de Weimar de 11 de agosto de 1918, donde junto a los derechos clásicos se regulaban de forma extensa los derechos relativos a “la vida en sociedad”, entre los que destacan “educación y escuela”.

sional contra la discriminación); *la Declaración de Derechos del Niño de 1959, el Convenio de la UNESCO contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ICERD) de 1965*, cuyo artículo 14 recoge el derecho a la educación y a la formación sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico y promueve la adopción de medidas en el ámbito educativo tendentes a acabar con los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial; *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966*, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre, así como su *Protocolo Facultativo*; *el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York 16 de diciembre de 1966, así como su *Protocolo Facultativo*, *la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979*, así como su *Protocolo Facultativo de 1999*, que abogan por que no exista discriminación hacia la mujer en el ámbito educativo, garantizando su acceso a todos los niveles de enseñanza, y fomentando la educación de carácter mixto tratando de reducir la tasa de abandono femenino del ámbito educativo; *el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio n.º 169 adoptado por la OIT) en el año 1989* aprobado con el fin de que los indígenas adquieran los mismos niveles educativos que el resto de los individuos, también ese año fue aprobada la *Convención sobre los derechos del niño (CRC)* que establece el derecho de todos los niños a la enseñanza primaria sin costo económico alguno, así como su acceso a los niveles académicos superiores; del año 1990 es la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* en la que se regula que los hijos de los trabajadores migrantes habrán de tener acceso a la educación de igual modo que los menores nacionales, con independencia de la regularización de su situación, debiendo de posibilitarse, en la medida de lo posible, la enseñanza de la lengua y cultura maternas; *el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Convenio número 182, adoptado por la OIT)*, que dispone que una vez que los menores hayan abandonado el puesto de trabajo que venían desarrollando en las peores condiciones laborales puedan acceder a la educación gratuita, y siempre que sea posible a la formación profesional; la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000*, cuyo artículo 14 establece el derecho a la educación de todas las personas, así como al acceso a la formación profesional y permanente, proclamando además la gratuidad de la enseñanza obligatoria, o la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRDP) y su Protocolo Facultativo de 2006*, que

garantiza que los menores que sufren discapacidad no queden excluidos de la enseñanza tanto primaria como secundaria por sufrirla, que la educación sea inclusiva y que puedan recibir formación a lo largo de su vida.

Tras la segunda Guerra Mundial, y fruto de nuevas exigencias sociales y políticas, en el plano nacional se reconocieron derechos a prestaciones, que fueron incorporados a las nuevas Constituciones; ejemplo de lo cual lo constituyen la Ley Fundamental de Bonn de 1949, las Constituciones griega o portuguesa, y más recientemente la actual Constitución española de 1978.

III. Los derechos educativos en la Constitución española de 1978

Los derechos educativos se encuentran regulados en la Sección Primera del Capítulo II, sin duda la parte más importante del Título I, en la que se recogen los denominados Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. El Tribunal Constitucional ha manifestado desde sus primeras sentencias que los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, en cuanto vinculan a los poderes públicos, son directamente aplicables y originan obligaciones para ellos, a lo se podría añadir que también para el resto de las personas.

Los derechos y libertades no son meros principios programáticos, sino que son origen inmediato de derechos y obligaciones y constituyen preceptos de plena eficacia para las personas sin necesidad de mediación del legislador.⁴ Por mandato del artículo 81, las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales tendrán el carácter de ley orgánica (ello supone aprobación por mayoría absoluta en el Congreso en votación final sobre el conjunto del proyecto que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial). El Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias (STC 11/1981, de 8 de abril) indicó los pasos necesarios para delimitar el concepto de contenido esencial. Lo que la Constitución ordena al legislador “no es que se abstenga de afectar al contenido esencial de los derechos, sino que al ejercer la regulación del ejercicio de los derechos, respete su contenido esencial, es decir, lo desarrolle adecuadamente y le dispense una protección eficaz”.⁵

⁴ SSTC 21/1981, de 15 de junio; 80/1982, de 20 de diciembre.

⁵ Antonio Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, p. 85.

El artículo 27 de la Constitución es un artículo complejo, que incorpora varios derechos y libertades fundamentales: derecho a la educación, libertad de enseñanza, derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica, libertad de creación de centros docentes y la autonomía de las Universidades.

Pese a que pudiera parecer que estamos ante un elenco de derechos independientes, el Tribunal Constitucional (desde ahora TC), en la Sentencia 86/85, de 1º de julio, en su Fundamento Jurídico 3º se refiere a un *derecho omnicomprendido a la educación*, pues todos estos derechos tienen una gran conexión que se deriva de la unidad de su objeto, *el derecho de todos a la educación*. Además del derecho que ampara a todos a recibir formación el TC se refiere a la obligación de recibir esta educación en los distintos centros docentes tanto públicos, como privados o concertados repartidos por toda la geografía española. Al amparo de lo señalado por el alto Tribunal en la Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre, los menores de edad han de acudir a los centros educativos a recibir la enseñanza obligatoria. Esta sentencia fue dictada tras el recurso de amparo interpuesto ante el TC por unos padres que habían optado por la educación en casa o, como se denomina en otros Estados por el *homeschooling*. El Ministerio Fiscal emprendió acciones contra ellos por no escolarizar a sus hijos. El TC dio la razón al Ministerio Fiscal y procedió a la denegación del amparo alegando que con la obligatoriedad de la escolarización en modo alguno se vulneran derechos constitucionales de los padres. La opción de educar en el propio domicilio no se contempla legislativamente en nuestro país, pues el derecho y el deber a la educación, supone acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria de calidad que se extiende entre los 6 y los 16 años de edad, reconociéndose la libertad de los padres y alumnos de elegir un centro docente tanto público como privado o concertado, por lo que aunque no existe obligatoriedad de acudir a los centros creados por los poderes públicos, si existe obligatoriedad de escolarizar a los hijos (FJ 4º de la STC 133/2010). Respecto a si a los padres se les limita la libertad de enseñanza por no permitirles educar directamente a sus hijos, la Presidenta del Tribunal Constitucional en el momento de dictarse esta Sentencia determinó que puede ejercer la citada libertad al fundar, orientar y dirigir centros docentes, por lo que en ningún caso se va a ver mermada. Esta libertad además se ve reforzada por el hecho de que los progenitores tienen constitucionalmente garantizado el derecho a que sus hijos puedan recibir tanto la formación religiosa como la formación moral que ellos estimen oportuna en la escuela. Pese a lo rotundo de esta sentencia, a día de hoy aún hay progenitores en España que continúan optando por

ofrecer a sus hijos la educación en casa, alegando que es allí donde van a recibir la mejor de las formaciones y, en todo caso, la más acorde con sus principios morales y filosóficos. Como se puede apreciar, no es un tema exento de polémica, pues es cierto que, aunque la sentencia del TC no deja lugar a dudas por su contundencia, los padres señalan que el legislador no ha aprobado normativa alguna que prohíba rotundamente la posibilidad de optar por este modelo educativo.

1. El derecho a la educación

La inclusión en sede constitucional del derecho a la educación no estuvo exenta de polémica a la hora de redactar el artículo que finalmente lo alberga (el artículo 27 CE). Fueron muchas las voces y opiniones que se alzaron pues la sociedad no quería mantenerse ajena al modo en el cual este derecho sería finalmente incorporado a la norma fundamental: varios eran los puntos de vista enfrentados, no estando la iglesia católica al margen de la polémica. Finalmente se logró consensuar un extenso artículo que refleja la voluntad de acuerdo de nuestros constituyentes y de cerrar la polémica suscitada mediante un acuerdo de mínimos, aunque no un auténtico pacto de Estado, que hubiera sido lo deseable. A día de hoy ese pacto de Estado por la educación aún no se ha producido, como pone de manifiesto el número de leyes orgánicas de educación que se han venido sucediendo desde la entrada en vigor de la Constitución.

El derecho de todos a la educación constituye un derecho fundamental vinculado a la dignidad humana que tiene por objeto “el libre desarrollo de la personalidad”, como se señala en el artículo 27 de la CE. En este sentido se pronuncia Balaguer Callejón⁶ al afirmar que la educación “es el basamento de la capacidad para la libre autodeterminación personal” y, según lo dispuesto en el apartado primero del artículo 10 de la citada norma, viene a constituir uno de los pilares básicos tanto del orden político como de la paz social. Este derecho incorpora junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad real de tal derecho y ofrecerlo, en el caso de los niveles básicos de enseñanza, en las condiciones de gratuidad y obligatoriedad que exige el artículo 27 en su apartado cuarto de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción incorporados en el apartado quinto del citado precepto, así como el mandato apuntado en su apartado noveno, de las correspondientes ayudas públicas a

⁶ Francisco Balaguer Callejón, *Derecho Constitucional II*, Madrid, Tecnos, 2003.

aquellos centros docentes que reúnan los requisitos exigidos por la ley. En la STC 86/1985 se señala que la ley que haya de regular los requisitos que habrán de reunir los centros docentes receptores de ayudas no podrá contradecir los derechos y libertades contenidos en el artículo 27 y habrá de determinar el régimen de ayudas, que no podrá en ningún caso vulnerar el principio de igualdad. Como ha señalado el TC en sus sentencias 86/1985 y 129/1989 estamos ante un derecho público subjetivo exigible frente a los poderes públicos, por lo que el Estado habrá de satisfacer un servicio público concreto.

Respecto a la titularidad del derecho a la educación se ha de señalar que al iniciarse el apartado primero del artículo 27 con la frase “todos tienen derecho a la educación” se extiende a las personas físicas tanto nacionales como extranjeras en territorio español. Para lograr el pleno desarrollo de la personalidad y la integración de los estudiantes en la sociedad con la máxima preparación y en igualdad de condiciones, los poderes públicos han de garantizar que todos los menores, independientemente de su nacionalidad, puedan acceder a los centros docentes.

A. El derecho a la educación de los menores inmigrantes

La ley orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social desde su entrada en vigor ha sufrido varias modificaciones, afectando algunas de ella de manera importante al derecho a la educación de los extranjeros. Se puede señalar la inclusión del artículo 2º llevada a cabo por la Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en cuyo apartado primero se incluye un mandato a los poderes públicos para promover la plena integración de los extranjeros en la sociedad española; continua el segundo apartado con otro mandato dirigido a las administraciones públicas que habrán de incorporar, con el propósito de lograr la integración entre los inmigrantes y la sociedad receptora, medidas con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos promoviendo la participación cultural. Especialmente se potenciarán a través de acciones formativas el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España y se desarrollarán acciones concretas para promover la incorporación de los foráneos al sistema educativo, garantizándose siempre la escolarización en la edad obligatoria, el conocimiento de las lenguas cooficiales y el acceso al empleo. El actual artículo 9.1 de esta ley establece que los extranjeros menores de 16 años, independientemente de si tienen autorización de estancia o residencia en España, tienen el derecho y el deber a la educación, lo que supone acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria de calidad, igual que los españoles, es decir, acceso a un puesto escolar, a la evaluación

y a la permanencia en el centro, siempre y cuando el estudiante respete sus normas internas; se prohíben, por tanto, las expulsiones de carácter arbitrario (auto del TC 382/1996 FJ 4º). Los menores de 18 años tienen asimismo reconocido el derecho a la enseñanza posobligatoria.

El derecho reconocido implica la obtención de la titulación académica así como el acceso al sistema público de becas y ayudas como si de españoles se tratara. Si el estudiante llegara a la mayoría de edad durante el curso escolar podrá seguir disfrutando de ese derecho reconocido hasta la finalización del curso. Los extranjeros mayores de edad residentes tienen derecho al acceso al resto de las etapas educativas posobligatorias, a la obtención de los títulos y a acceder al sistema público de becas en igualdad de condiciones que los españoles. Se incluye un mandato a los poderes públicos para que promuevan que los extranjeros reciban enseñanza, pues este hecho les será de gran ayuda para su posterior integración en la sociedad de acogida. Por último, en este artículo se contiene un mandato esta vez para los progenitores o tutores de los menores extranjeros residentes en el Estado español, pues han de escolarizarlos y acreditar a través de un informe que habrá de ser emitido por las autoridades autonómicas de la Comunidad en la que acuda al Centro docente para poder lograr la renovación de la autorización o solicitud de residencia de larga duración. Si se incumple con dicha obligación no podrán otorgarse.

En los Tratados Internacionales también se aboga por la escolarización de los extranjeros, como se desprende del artículo 3 del Convenio de la UNESCO de 1960 en el que se recoge el que los extranjeros han de tener “el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que los propios nacionales”. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 94/1993 y 116/1993 al señalar que “existe un núcleo de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”.

Es el caso de los derechos de la persona, como ser humano y no como ciudadano, derechos que en ningún caso están vinculados a la adscripción a una ciudadanía, sino que pertenecen a un colectivo más amplio, el de los seres humanos, por lo que legislativamente no deberían los individuos ser privados de los citados derechos.⁷ Corroborando esta afirmación el TC, en su Sentencia 107/1984, ha señalado que “estamos ante derechos que son imprescindibles para

⁷ Véase Ana María Marcos del Cano, “Minorías étnicas y derechos humanos”, en Gregorio Peces Barba Martínez (ed.), *Historia General de los Derechos Humanos del siglo XX*, vol. V, libro II, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 815-858.

la garantía de la dignidad humana, que conforma el artículo 10.1, que constituye fundamento del orden político español”.

B. Articulación institucional del derecho a la educación

La obligación de crear Centros docentes por los poderes públicos. Los poderes públicos tienen la obligación de garantizar a los padres que sus hijos podrán ser escolarizados en un centro de enseñanza público, aunque ello no lleva en ningún caso aparejada la libertad de elección por parte de los padres del centro público al que desean que sus hijos acudan, pues ello va a depender de los criterios de demanda, como se desprende de la STC 77/1985, en la que el alto Tribunal señala que no existe un derecho constitucionalmente reconocido a ocupar preferentemente una plaza en un concreto centro docente. La Constitución obliga a los poderes públicos a garantizar este derecho, por lo que en caso de que se vulneren los afectados pueden acudir ante los órganos judiciales ordinarios, y en última instancia ante el Tribunal Constitucional en amparo.

C. La ayuda a los centros docentes privados que reúnan los requisitos que la ley exige

La mención en el apartado quinto del artículo 27 de la ayuda a los centros docentes privados conlleva la inclusión en el texto constitucional de los denominados centros concertados, con lo que se produce la inclusión de los centros docentes que así lo soliciten al sistema de enseñanza pública. La concertación en todo caso no es obligatoria, con lo que los colegios privados que no lo deseen no se verán forzados a recibir la ayuda pública. La consecuencia de ello es que en el Estado español existen tres tipos distintos de centros docentes, los públicos (financiados en su totalidad con dinero público), los concertados (financiados con dinero público y privado), y los privados no financiados con dinero público, siendo su creación libre. La Administración sin embargo ha de verificar de manera reglada, como sostiene Torres,⁸ si el centro cumple los requisitos legalmente establecidos para poder llevar a cabo su apertura, entre los que pueden señalarse que cuente con el número de docentes necesarios y que éstos cuenten con

⁸ Antonio Torres del Moral, *Principios de derecho constitucional español. Sistemas de fuentes, sistemas de derechos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2010, t. I.

las titulaciones requeridas, si cuenta con las instalaciones necesarias y si su ideario respeta las condiciones fijadas.

Lo dispuesto en el apartado quinto no implica en ningún caso que todo centro privado tenga derecho a recibir una subvención por parte del Estado, sino que simplemente incorpora la Constitución una obligación genérica para los poderes públicos de aportar ayudas económicas a los centros privados en aquellos casos en los que éstos favorecen la prestación del derecho a la educación. El TC así lo ha puesto de manifiesto tanto en la Sentencia 77/1985 como en la 86/1985, en las que señala que con estas ayudas a los centros docentes privados no se coarta ni limita la libertad de enseñanza, ni la libertad de crear centros docentes, sino que se favorece su ejercicio al posibilitar que quien cree centros privados, si así lo estima oportuno, tenga la posibilidad de optar por la financiación pública o mantenerse al margen de ésta y optar por ser un centro financiado al cien por cien por financiación de carácter privado. Los centros privados que opten por la financiación pública podrán desempeñar actividades docentes lucrativas fuera del nivel de enseñanza sometido a concierto. Lo que el legislador ha de garantizar es el derecho a la educación gratuita en la enseñanza básica, no en el resto de los niveles educativos, por lo que el concierto no se extiende ni a la educación infantil, cuyo carácter no es obligatorio, ni en los niveles superiores, en los que al ser centros de carácter privado no se garantiza la gratuidad de la enseñanza. En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde fecha temprana, pues en Sentencia dictada el 23 de julio de 1968, señala que la *Convención Europea de Derechos Humanos*, reconoce el derecho a la libertad de educación, aunque éste derecho no ha de implicar obligaciones económicas por parte del Estado, pues éstas han de quedar marcadas ateniendo a elementos concretos y de índole variable.

D. Desarrollo de la personalidad e ideología

El apartado segundo del artículo 27 señala que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Como se puede apreciar, éste apartado regula que la educación ha de lograr el total desarrollo de la personalidad del estudiante, siendo para ello básico que los centros docentes de carácter público se hallen dotados de neutralidad ideológica. Del desarrollo de éste artículo se encargó la Sentencia 86/1985, que señala que la libertad de creación de centros docentes incluye el derecho a establecer el

ideario propio del centro, ideario limitado en todo caso por los principios democráticos de convivencia, así como por la salvaguarda del resto de los derechos fundamentales.

a. La libertad de enseñanza

El término libertad de enseñanza no había sido utilizado con anterioridad en ninguna de las Constituciones que previamente han estado vigentes en el Estado español, se hablaba de libertad de cátedra, como en la del 31 o de libertad de creación de centros docentes, pero no de libertad de enseñanza. En el derecho comparado tampoco es un término muy utilizado por los constituyentes de los Estados de nuestro entorno, sí lo hace la Ley Fundamental de Bonn, pero dándole más bien un sentido similar al de la libertad de cátedra. La libertad de enseñanza se consagra en el apartado primero del artículo 27, en el que se determina que la libertad de enseñanza incluye tres aspectos distintos:

1. La libertad de las personas físicas y jurídicas de fundar, orientar y dirigir centros docentes.
2. La libertad de los padres y alumnos de elegir un centro docente tanto público como privado o concertado. Satrústegui⁹ señala al respecto que *el derecho a escoger el tipo de educación, consiste en la libertad de elegir centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos.*
3. La libertad atribuida a los docentes para llevar a cabo labores tanto de investigación como de transmisión y de exposición del saber científico (libertad de Cátedra).

Alzaga ha señalado que la doctrina científica coincide mayoritariamente en entender por libertad de enseñanza la “libertad de fundar centros docentes, de dirigirlos, de gestionarlos, de elegir a los docentes, de fijar, en su caso, un ideario del centro; la libertad de impartir en los mismos, en el caso de que se estime pertinente por los padres y la dirección del centro, formación religiosa”.¹⁰

⁹ Miguel Satrústegui, “Los derechos en el ámbito educativo”, *Derecho Constitucional Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes en los ciudadanos*. Valencia, VVAA, Tirant lo Blanch, 2002.

¹⁰ Oscar Alzaga Villaamil *et. al.*, *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Madrid, CERA, 1998, pp. 120 y ss.

Por su parte, en la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero anteriormente citada, se ofrece una clara definición de lo que el alto Tribunal entiende por libertad de enseñanza:

La libertad de enseñanza, como proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, implica tanto el derecho a crear instituciones educativas, como el derecho de los profesores a desarrollar libremente su función dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (FJ 7).

La STC 86/1985 menciona la vertiente prestacional vinculada a este derecho al señalar la obligatoriedad de los poderes públicos de procurar su efectividad real.

La libertad de enseñanza se desarrolla en cada uno de los aspectos que la dotan de contenido:

a) La libertad de las personas físicas y jurídicas (asociaciones, fundaciones, sociedades...) de fundar, orientar y dirigir centros docentes.

Esta libertad no se halla únicamente reconocida en la Constitución española de 1978. También la reguló el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 28 de septiembre del año 2000.¹¹

Existen limitaciones para poder llevar a cabo la creación de centros docentes, pues las personas que desempeñen su actividad laboral en la Administración educativa estatal, autonómica o local, los privados de manera expresa por sentencia judicial firme del ejercicio de esta libertad o las personas con antecedentes penales por delitos dolosos no podrán ejercer la citada libertad.

¹¹ Concretamente en su artículo 14 dispone: 1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la educación profesional permanente. 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. 3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

Respecto a los requisitos que han de ser cumplidos para poder fundar un centro docente privado, la Sentencia 5/1981 señala que si bien es cierto que la libertad de creación de centros docentes incluye el derecho a establecer el ideario propio que ha de ser hecho público por el titular, de manera que no dé lugar a equívocos y los padres, al elegir ese centro, puedan asumir y aceptar el ideal expuesto; también lo es que se han de salvaguardar el resto de los derechos siempre dentro del marco establecido por los principios constitucionales, al servicio de los principios democráticos de convivencia. Respecto al reconocimiento del ideario educativo del centro, Fernández-Miranda ofrece una excelente definición acerca de que podemos entender por ideario del centro, señalando que éste “pone en conexión oferta y demanda educativa e integra dialécticamente la libertad de enseñanza activa y la libertad pasiva de elección educativa”.¹²

El TC ha tenido que pronunciarse en varias sentencias sobre lo que entien- de por ideario del Centro y sobre sus limitaciones, como por ejemplo en las Sentencias 77/1985 y 5/1981, en la que se afirma que el derecho a establecer un ideario no se encuentra restringido a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa (STC 5/1981, FJ 8º).

Una cuestión polémica surge cuando la dirección de un Centro docente decide modificar el ideario, algo que ha tenido lugar en no pocas ocasiones. A este respecto fue emitido un voto particular en la STC5/1981 en el que se afirmaba que el ideario es un elemento objetivo y propio del centro, por lo que su arbitraria modificación o sustitución conlleva una conducta fraudulenta en relación con los padres que optaron por ese centro en función del ideario y no desean que sus hijos sean formados con una educación ideológica distinta, y también es fraudulenta para con los docentes, pues la orientación ideológica del centro no les pareció impedimento para incorporarse a él, pero tal vez no se sientan en la misma disposición respecto a otra ideología. De este modo, como señala Vidal,¹³ las modificaciones en el ideario únicamente pueden ser realizadas por el/los titulares del centro, que fueron quienes en el momento de su fundación le dotaron del ideario, pero si lo hacen han de hacerlo de manera pública,

¹² Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, “Comentario al artículo 27 de la Constitución”, en Oscar Alzaga Villaamil, coord., *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, EDERSA, 1983. También en Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Madrid, CEURA, 1988.

¹³ Carlos Vidal Prado, “Veinticinco años de libertades educativas”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 206 y 207.

comunicándolo a los padres y a los docentes, para que éstos decidan si continúan o no en el centro. Si optan por continuar han de hacerlo asumiendo el nuevo ideario, no pudiendo atacarlo, y si no lo desean habrán de ser indemnizados, pues el despido del docente no es una opción válida en este caso, ya que no se producen ninguna de las causas contempladas legislativamente para que éste pueda ser llevado a cabo.

El ideario puede entrar en colisión con otros derechos incluidos en el artículo 27, como es el caso de la libertad de cátedra. En el caso de que el conflicto realmente llegue a producirse se ha de hacer una distinción entre los centros públicos y los centros privados. En la STC 5/1981 se alude a los centros públicos al señalarse que la libertad de cátedra en estos habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, cualquier orientación que suponga un enfoque concreto de la realidad natural, histórica o social. La libertad de cátedra es incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales.

En los centros privados la cuestión es más compleja, lo que es puesto de manifiesto por el mayor número de sentencias del TC sobre el tema. La STC 47/1985 señala que en los Centros docentes privados los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del centro, por lo que la libertad del docente no le ampara para atacar ni abierta ni solapadamente al ideario. Una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido, aunque la simple disconformidad de un docente respecto del ideario nunca podrá ser causa de despido, a no ser que se exteriorice o se ponga de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro.

La libertad de creación de centros docentes implica asimismo la designación de la persona que habrá de dirigirlo, hecho que en el momento de redactarse la Constitución causó malestar en algunos Diputados, aunque finalmente se alcanzó el consenso. La dirección implica desempeñar las labores gestoras del centro, que tienen sobre todo que ver con la propuesta de los Estatutos que van a regir el funcionamiento del centro y con el nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica de los docentes.¹⁴

El TC, en su sentencia 77/1985, FJ 20, en relación con la libertad de crear centros docentes y de asumir las labores de dirección, señala que *implica la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables o que lo despojen de la necesaria pro-*

¹⁴ María Victoria García-Atance, *Derechos y libertades en la Constitución española de 1978*, Madrid, Sanz y Torres, 2011. p. 284.

tección. La administración puede emprender mecanismos de control, con el fin de comprobar que el centro cumple con los requisitos marcados por las normas, pero en ningún caso se encuentra habilitada para controlar el ideario, si éste es compatible con la Constitución y con el resto de las normas jurídicas integrantes del ordenamiento jurídico actualmente vigente tanto de índole nacional como del ámbito internacional (SSTC 5/1981, FJ 8º y 77/1985 FJ 10º).

b) La libertad educativa de los padres.

Esta libertad consiste en que los progenitores tienen constitucionalmente garantizado el derecho a que sus hijos puedan recibir tanto la formación religiosa como la formación moral que ellos estimen oportuna en la escuela. Este derecho trae su consecuencia tanto de la libertad de enseñanza como en la de creación de centros docentes, y ha de garantizarse en la totalidad de los centros docentes existentes en el Estado, independientemente de su carácter de público, privado o concertado. Esta libertad se halla íntimamente relacionada con la libertad ideológica y religiosa regulada en el artículo 16 de nuestra carta magna, pues en el ejercicio de ambas libertades los padres escogen qué tipo de formación religiosa desean que sus hijos reciban en la escuela.

En el ámbito internacional se regula tanto en la Declaración Universal de Derechos de 1948 como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (General Comment 22, de 30.VII.1993, nº 6), en el que se señala la compatibilidad entre la libertad religiosa y un desarrollo curricular común a todos los discentes, en el que se imparta “historia general de las religiones y de la ética, si se imparten de modo neutral y objetivo”. También en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En todos ellos se dispone que a los padres les ampara el derecho a escoger el tipo de educación que desean para sus hijos, formando una parte esencial el derecho a recibir enseñanza religiosa confesional.

La citada libertad habrá de estar garantizada en los tres tipos de centros docentes existentes en el Estado español, privados, públicos y concertados, no pudiendo en ningún caso los poderes públicos poner trabas a que el deseo de los padres sea cumplido. Para lograr el ejercicio de ésta libertad España ha firmado una serie de Convenios con distintas religiones, siendo el primero de ellos en el tiempo el acuerdo adoptado con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 que establece que “la enseñanza de la religión católica se impartirá en todos los centros

en condiciones equiparables a las demás disciplinas, aunque no tendrá carácter obligatorio para los alumnos”. Del mismo modo el Estado Español ha firmado también acuerdos que garantizan la enseñanza en las escuelas con otras tres religiones; la musulmana, la hebrea y la protestante.

Durante muchos años la aplicación del Convenio con la Santa Sede no supuso problema alguno, pero en las últimas décadas, con la llegada a las aulas españolas de inmigrantes que profesan religiones diferentes a la católica (se calcula que más de cien mil alumnos matriculados en la escuela española practican la religión musulmana), unido a varios intentos llevados a cabo por los distintos gobiernos para modificar el modo de evaluación de la asignatura de religión, han llevado a la interposición de multitud de recursos ante el TC, de ahí que el número de sentencias sobre este tema haya sido numeroso: puede citarse a modo de ejemplo la 40/1999, así como el Auto 276/1983, que señala que cuando la Constitución garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa y moral están estableciendo una órbita de libertad privada, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predisuestas desde el Estado, o la 187/1991 que versa sobre el nombramiento de profesores de religión.

2. La libertad de Cátedra.

La libertad de Cátedra pese a no haber sido incluida entre los derechos y libertades regulados en el artículo 27 de la Constitución, como sí ocurre con los hasta aquí tratados, y haber optado el constituyente por su inclusión en el artículo 20.1 c), junto a la libertad de expresión, de la que es modalidad, es un derecho vinculado a los docentes de los centros tanto públicos como privados o concertados. Una parte de la doctrina, de la que forma parte Alzaga,¹⁵ entiende, sin embargo, que los docentes que imparten sus clases en los centros de carácter privado, al estar sujetos a la hora de impartir docencia al ideario del centro, más que libertad de cátedra ellos ejercen “libertad de expresión docente”, que se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de expresión. Esta libertad históricamente ha venido siendo vinculada no únicamente con la citada libertad de expresión, sino también con la de pensamiento, prensa, de religión, por lo que en regímenes no democráticos todas estas libertades son recortadas, pues nada puede atacar más a este tipo de regímenes que la libre difusión de ideas.

La primera de las Constituciones patrias que optó por su reconocimiento fue la de la segunda República, cuyo precepto número 48.3 determina el reco-

¹⁵ Oscar Alzaga Villaamil, coord., *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1983.

nocimiento y la garantía de la libertad de Cátedra para maestros, profesores y catedráticos del sector público, a diferencia de lo que ocurrió en otros Estados como Alemania que la reservaron únicamente para los docentes de la enseñanza superior. El régimen de Franco supuso en la libertad de Cátedra, como en tantos derechos, un retroceso importante al dejar de estar reconocida.

En la actualidad, si bien es verdad que es un derecho que ampara al profesorado de todos los niveles académicos, se ha de señalar que depende en gran medida del tipo de centro en el que se imparta la docencia, pues el ideario del centro habrá de ser respetado por el docente, y del nivel educativo, ya que es en el nivel universitario en el que de manera más clara el docente puede ejercer libremente el citado derecho como ha dejado patente el Tribunal Constitucional en STC 5/1981, de 13 de febrero. Es por ello que la redacción de este artículo no estuvo exenta de polémica en sede parlamentaria nacional, pues un número no menor de Diputados entendía que su denominación de libertad de cátedra no es baladí, razón por la cual entendían que debía de otorgarse de manera exclusiva a los docentes del ámbito universitario, y no a los que ejercen su docencia en la enseñanza primaria, o en la secundaria. Martí Sánchez¹⁶ se hace eco de los debates que tuvieron lugar en las Cortes Generales cuando se estaba redactando éste artículo. El autor señala que las propuestas formuladas por varios grupos de la oposición, especialmente por el Grupo Parlamentario Comunista para que se cambiase la denominación de libertad de Cátedra por libertad docente, término que no hace alusión a la Universidad fueron justamente en el sentido de ampliar esta libertad a los docentes de cursos inferiores. El Diputado de Alianza Popular Manuel Fraga señalaba que fuera del ámbito universitario no tiene sentido utilizar el término libertad de Cátedra. Tiempo después, también en sede parlamentaria, Alzaga se pronunciaba afirmando que únicamente cabe referirse a la libertad de Cátedra cuando se está instruyendo a adultos, que son los que tienen el nivel de madurez suficiente para poder discernir aquello que en uso de la libertad de Cátedra se da a conocer; incluso llegó a afirmar que “nunca se ha hablado de Cátedra en las escuelas”.

Otros autores como Fernández-Miranda¹⁷ se han referido igualmente a la polémica interpretación de este derecho y de su difícil ubicación sistemática.

¹⁶ José María Martí Sánchez, “Factor religioso y enseñanza en España”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2000, p. 464.

¹⁷ Alfonso Fernández-Miranda y R.M. García Sanz: “Artículo 20. Libertad de expresión y derecho a la información” en Oscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1997, t. II, p. 548.

Salvador¹⁸ por su parte, señala que esta libertad permite al docente programar y desarrollar de manera autónoma e independiente sus enseñanzas, siempre y cuando al hacerlo se ajuste a los planes de estudio vigentes por los órganos competentes.

Gálvez Montes¹⁹ entiende que la libertad de ciencia (término utilizado por el TC en su STC 106/1990, de 6 de junio) comprende dos libertades distintas, por un lado la libertad de enseñanza y por otro la de Cátedra, que garantiza la labor docente e investigadora del profesor valiéndose de una serie de garantías que permitan la ausencia de impedimentos y molestias en el desempeño de la labor tanto docente como investigadora y la autonomía y participación. También se trata esta libertad en la STC 179/1996, coincidente con la anterior en señalar que esta libertad permite al docente disfrutar de un espacio intelectual libre de presiones externas, que le permita ejercer la docencia según su criterio científico y personal. El TC, en la STC 217/1992, de 1 de diciembre, en su FJ 2º, ofrece una definición de que se puede entender por libertad de Cátedra al señalar que “es la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza”.

Respecto a los titulares de este derecho, si bien es verdad que en un principio pudiera parecer que se circunscribe únicamente a los docentes e investigadores que ejercen su labor de difusión de contenidos científicos en el ámbito universitario –de ahí su denominación de Cátedra–, el TC, en su sentencia 5/1981, de 13 de febrero, determinó que este derecho ampara a la totalidad de los docentes, independientemente del grado en el que impartan su docencia, aunque puede verse matizada en función de la naturaleza pública o privada del centro, ya que el docente no puede en aras de la libertad de Cátedra contradecir en sus clases la ideología del centro, aspecto que no sucede en los centros públicos, que han de carecer de ideario, y el grado en el que se imparta la docencia. Los docentes tienen el deber y el derecho de impartir su docencia y de realizar labores investigadoras, sin más limitaciones que lo previsto en la normativa vigente. En esta sentencia también se señala que, amparados en ella, los docentes

¹⁸ María Salvador Martínez, “Los derechos de la educación”, en Santiago Sánchez González, coord., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. p. 403.

¹⁹ Francisco Javier Gálvez Montes, “Artículo 20”, en Fernando Garrido Falla, coord., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 467.

no se pueden ver conminados a dotar su docencia de cargas ideológicas marcadas desde los poderes públicos o desde terceras personas, siendo incompatible con una ciencia o doctrina de carácter oficial. La libertad de Cátedra no puede en ningún caso verse limitada por el Reglamento de Régimen Interno del centro, como señaló Tomás y Valiente en el voto particular emitido en la Sentencia 5/1981, ya que éste reglamento es de rango inferior a las leyes, y por supuesto a la Constitución, por lo que nunca podría restringir un derecho fundamental como es la libertad de Cátedra.

Al igual que ocurre con todos los derechos contenidos en el artículo 20, no cabe la censura previa por parte de ningún órgano ni de ninguna institución, tampoco cabe hacer depender su ejercicio de un examen oficial que compruebe su contenido (STC 52/1983 de 17 de junio).

En el ámbito internacional se regula en el artículo 13 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: “Libertad de las artes y de las ciencias: las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de Cátedra”.

Por su parte la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su 29 Reunión aprobó su Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior, de 11 de noviembre de 1997, en sus principios rectores, punto III en su artículo 4 señala que las Universidades son comunidades de especialistas que preservan, difunden y expresan libremente su opinión sobre el saber y la cultura tradicionales y buscan nuevos conocimientos sin sentirse constreñidos por doctrinas prescritas. Como se puede apreciar, en este documento se aboga por el reconocimiento de la libertad de Cátedra de los docentes.

3. El derecho a la autonomía universitaria

Es célebre la STC 26/1987, que dejó patente que la autonomía universitaria es un auténtico derecho constitucional²⁰ y no una mera garantía, como ha venido defendiendo un sector de la doctrina española (Linde Paniagua, Fernández-Miranda²¹ y Fernández Rodríguez²² entre otros). La polémica surgió como consecuencia de que los constituyentes, a la hora de redactar el contenido de la auto-

²⁰ Tesis mantenida por Francisco de Borja López-Jurado Escribano, *La autonomía de las Universidades como derecho fundamental*, Civitas, Madrid, 1991.

²¹ Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *op. cit.*

²² Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *La autonomía universitaria, ámbito y límites*, Civitas, Madrid, 1982.

nomía universitaria lo hicieron de manera ambigua, sin garantizarla de forma expresa, siendo el intérprete supremo de la Constitución quien vino a colmar la laguna constitucional en la citada sentencia al conceptualizar la autonomía universitaria como derecho fundamental por estar reconocida en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I. Los términos utilizados en la redacción del precepto, a la luz de los antecedentes constituyentes del debate parlamentario, llevaron a esta conceptualización y su fundamento en la libertad académica.

El derecho a la autonomía universitaria es reconocido a la denominada *Comunidad Universitaria*, entidad dotada de personalidad jurídica, no a cada uno de los miembros que la integran, la cual en caso de vulneraciones realizadas por los poderes públicos, o dentro del ámbito universitario, podrá ejercer éste derecho fundamental presentando recursos de amparo ordinario ante los órganos jurisdiccionales, e incluso el extraordinario ante el TC, como órgano en el cual reside la defensa última de los derechos y libertades. Como ha indicado el TC, dada la trascendencia de las libertades y los derechos fundamentales consagrados por la Constitución (artículos 14 a 30), se prevé en ella para su protección un doble mecanismo jurisdiccional escalonado, principal y general uno, que se atribuye a los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y extraordinario y subsidiario otro, que corresponde al Tribunal Constitucional. La garantía de los derechos y libertades corresponde a dos jurisdicciones separadas, la del Poder Judicial que de forma exclusiva y excluyente tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos judiciales, como se desprende del Título VI de la Constitución de 1978, y que es la común y ordinaria; y la del Tribunal Constitucional, regulado en el Título IX de la citada Constitución, cuyo ámbito de actuación o de jurisdicción se limita a las garantías constitucionales [...] y entre ellos, el recurso de amparo utilizable “en su caso” para la protección de aquellos derechos cuando entienda el justiciable que no han sido reparados por la jurisdicción ordinaria (STC 113/1995, de 6 de julio). Sólo una vez agotado el procedimiento ante los Tribunales ordinarios se podrá acudir ante el TC para llevar a cabo la interposición de un recurso de amparo.

Respecto a cómo ha de actuar el poder legislativo a la hora de legislar y dotar de contenido a la autonomía universitaria, si bien es verdad que aquél dispone de un margen de discrecionalidad bastante amplio, puesto que la Constitución únicamente establece como límite el respeto de los elementos que aseguren la libertad académica, también es cierto que el TC en su jurisprudencia ha establecido una serie de limitaciones a tener en cuenta por el Parlamento a la hora de

legislar, como se desprende de la STC 26/1987, en la que enumera las limitaciones a las que antes nos referíamos. Estas limitaciones serían por un lado el obligado respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I, el que cuando se pretenda regular un modelo de Universidad que ataña al ámbito nacional éste se ajuste a las demandas coordinadas entre las distintas Universidades, que se respete el hecho de que la enseñanza de carácter universitario es un servicio público y que el modelo funcional del profesorado universitario sea respetado en todo momento. Otras sentencias en las que el TC se refiere a ésta autonomía son las 55/1989, de 23 de febrero, 106/1990, de 17 de julio y 47/2005, de 3 de marzo.

Para Fernández Segado²³ y Cámara Villar²⁴ los elementos que se tienen que dar para que la libertad académica sea garantizada pueden ser reconducidos en los ámbitos siguientes:

- Autonomía estatutaria o de gobierno, permite llevar a cabo la elaboración de sus propios Estatutos, en los que se regulan la estructura interna y las normas de funcionamiento interno de los distintos órganos (Consejo de Gobierno, Claustro Universitario, Consejo Social y el Rector).
- Autonomía académica, referente sobre todo a la elaboración y aprobación de los planes de estudio e investigación, aunque no se puede olvidar admisión, permanencia y verificación de los estudiantes, o la expedición de diplomas y títulos.
- Autonomía financiera, que se refleja en la aprobación de sus propios presupuestos, así como de la administración y gestión de sus propios recursos.
- Autonomía en la selección y promoción del profesorado.

El TC, en su sentencia 156/2004, establece que no se vulnera la autonomía universitaria por el hecho de que sean las Comunidades Autónomas, como consecuencia de la asunción de competencias en materia educativa tras la transferencia realizada por el Estado, las que elaboren el régimen jurídico y retributivo

²³ Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 370 y 371.

²⁴ Gregorio Cámara Villar, “La autonomía universitaria en España”, *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, VVAA, Congreso de los Diputados, 2002, t. I.

de los docentes y quienes lleven a cabo la aprobación con carácter bianual de programas de financiación. Como excepción a esta norma hay que señalar que existen dos universidades de ámbito nacional que son la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Universidad Menéndez Pelayo, que reciben financiación no autonómica, sino estatal y es ante el Estado ante quien deben rendir cuentas.

En el ámbito internacional la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su 29ª Reunión aprobó su Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior, de 11 de noviembre de 1997, en sus principios rectores, punto V Derechos, Obligaciones Y Responsabilidades de las Instituciones en el punto A trata sobre la autonomía de las Instituciones en sus artículos 17 a 21.²⁵ Para la UNESCO es una obligación estatal preservar y proteger la autonomía de los centros de enseñanza superior, pues si la autonomía se recorta o se vulnera se ataca uno de los principios básicos y fundamentales de las Universidades, sin ella se desvirtúa su razón de ser y se deja sin contenido un aspecto básico de su existencia.

²⁵ Art. 17. El ejercicio auténtico de la libertad académica y el cumplimiento de las funciones y atribuciones requieren la autonomía de las instituciones de enseñanza superior. La autonomía consiste en el grado de autogobierno necesario para que las instituciones de enseñanza superior adopten decisiones eficaces con respecto a sus actividades académicas, normas, actividades administrativas y afines, en la medida en que éstas se ciñan a los sistemas de control público, en especial por lo que se refiere a la financiación estatal, y respeten las libertades académicas y los derechos humanos. No obstante la índole de la autonomía puede variar en función del tipo de establecimiento de que se trate.

Art. 18. La autonomía es la forma institucional de la libertad académica y un requisito necesario para garantizar el adecuado desempeño de las funciones encomendadas al personal docente y las instituciones de enseñanza superior.

Art.19. Los Estados Miembros tienen la obligación de proteger a las instituciones de enseñanza superior de las amenazas que presenten contra su autonomía, sea cual fuera su origen.

Art. 20. Las Instituciones de enseñanza superior no deben utilizar la autonomía como pretexto para limitar los derechos del personal docente de la enseñanza superior.

Art. 21. El autogobierno, la colegialidad y una dirección académica apropiada son elementos esenciales de una verdadera autonomía de las instituciones de enseñanza superior.

IV. Las diferentes leyes educativas vigentes durante la democracia española

Muchas han sido las leyes educativas que han estado vigentes desde que se implantó la democracia en España tanto reguladoras de la enseñanza universitaria como de la enseñanza de ámbito inferior, incluida la Formación Profesional, siendo la primera de ellas aprobada en el año 70, con una vigencia de 10 años, por lo que tras la entrada en vigor de la Constitución continuó estando vigente. Casi todas las demás fueron aprobadas bajo el gobierno del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), el Partido Popular aprobó dos, aunque la primera de ellas no llegó a tener vigencia, pues fue derogada por el Gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero en los inicios de su mandato. La última de las leyes educativas aprobadas ha sido la primera del Partido Popular, aunque a finales de este año 2015, serán convocadas elecciones generales, y se augura un futuro incierto a esta ley, ya que salió aprobada con las votos de la mayoría absoluta del Partido Popular y con los votos en contra del resto de los grupos parlamentarios con representación parlamentaria. Las nuevas Cortes Generales darán entrada en la Cámara a partidos que hasta este momento o bien no existían, o bien no habían alcanzado representación. Este hecho novedoso en la reciente historia política española debería ser aprovechado por nuestros parlamentarios para de una vez por todas alcanzar el tan demandado pacto por la educación que logre aunar y consensuar a todas las fuerzas políticas, sin dejar de lado a la sociedad, padres, docentes, sindicatos, pues la educación es una cuestión de importancia capital y cuanto más consensuada y debatida sea la norma que la regule mayores beneficios reportará en toda la sociedad. Las leyes educativas que han estado vigentes hasta la fecha son las siguientes:

La *Ley general de educación y financiamiento de la reforma educativa* (LGE), aprobada en el año 1970 (14/1970, de 4 de agosto) siendo Ministro de Educación José Luis Villar Palasí. Esta norma fue fruto de la demanda cada vez más clamorosa de democratizar la enseñanza, modernizarla y ponerla a un nivel similar al instaurado en los Estados de nuestro entorno europeo; la sociedad demandaba una profunda reforma educativa y ese era el reto al que Villar debía enfrentarse, y lo hizo con éxito, puesto que la norma tuvo 10 años de vigencia, por lo que continuó estando vigente tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. A diferencia de lo que ocurrió con la normativa sobre materia educativa posterior, esta norma regula todos los niveles de enseñanza de manera com-

pleta, desde la educación infantil hasta la Universidad, incluyendo las categorías de los docentes, el funcionamiento de los centros universitarios y no universitarios etc., es una norma muy completa y pormenorizada que regulaba de manera muy sistemática todo el sistema educativo español. Los alumnos se incorporaban en primer lugar de manera voluntaria a Presscolar que constaba de dos etapas, la primera era el Jardín de Infancia (2 y 3 años) y la segunda (Párvulos 4 y 5 años), siendo esta educación gratuita en las escuelas públicas, pudiendo serlo en las privadas que solicitaran un concierto. Después, ya de manera obligatoria, a la Educación General Básica (EGB), que duraba desde primero curso en el cual los alumnos accedían a los seis años de edad hasta octavo, curso que abandonaban con trece o catorce, teniendo esta etapa educativa el carácter de gratuidad (en las escuelas públicas). Estableció la obligatoriedad hasta los catorce años. Al finalizar este curso y tras la obtención del denominado Graduado Escolar, aquellos que lo desearan, pues la obligatoriedad finalizaba aquí, podían optar por cursar el denominado Bachillerato Unificado Polivalente (BUP), que constaba de tres cursos de bachillerato cursados entre los 14 y los 16 años, a los que seguía el denominado COU (Curso de Orientación Universitaria), cursado por aquellos que tras el bachillerato deseaban acceder a la universidad, siempre y cuando aprobaran la prueba de acceso a ésta denominada Selectividad, a no ser que esperaran hasta los 25 años y accedieran a través del denominado *acceso para mayores de 25 años*, aún existente, que una vez cursado y aprobado da paso a la Universidad sin tener la selectividad y sin necesidad de haber cursado el bachillerato. Para aquellos que no desearan cursar el bachillerato o que no hubieran obtenido el Graduado, sino únicamente un certificado de escolaridad existía la opción de cursar la Formación Profesional (FP) con carácter gratuito, que ofrecía salidas laborales. Estaban en primer lugar la FP1 (a la que se podía acceder sin el Graduado escolar) y la FP2 tras la EGB y el BUP y la FP 3 que se podía cursar tras el primer ciclo de las enseñanzas universitarias, aunque este tipo no llegó a entrar en vigor. Esta ley, en su artículo tercero, declaraba a la educación como un servicio público fundamental, llegando a proclamar que los extranjeros residentes en España tendrán también acceso a la enseñanza obligatoria gratuita y de manera también gratuita a la Formación Profesional de primer grado. Para la enseñanza no obligatoria se instauró un sistema de becas y de ayudas para que nadie por razones económicas se viera obligado a abandonar sus estudios.

En la *Ley orgánica del estatuto de centros escolares* (LOECE), aprobada bajo el gobierno de la UCD presidido por Adolfo Suárez el 19 de junio de 1980 (Ley 5/1980 de 19 de junio), se procedió a la regulación del régimen jurídico de los

centros que impartían la docencia de Preescolar, Enseñanza General Básica y Enseñanzas medias. Estableció la libertad de creación de los centros docentes y el derecho de éstos a dotarse de un ideario propio. Esta ley fue recurrida ante el TC por el Partido Socialista por entender, entre otras cuestiones, que este derecho vulneraba un derecho fundamental como es la Libertad de Cátedra. El TC dictó tras la presentación del recurso la tan nombrada en éste trabajo STC 5/1981, sentencia que ocupa un lugar muy importante en la jurisprudencia del TC, pues su relevancia en relación con los derechos de educación es incuestionable. En la sentencia, el TC dio la razón al partido socialista en varias de sus alegaciones, no en todas, precisamente no en lo referente al derecho a dotarse de ideario propio, razón por la cual la UCD debía de llevar cabo una profunda revisión que finalmente no llegó como consecuencia de la casi inmediatamente posterior victoria en las urnas del partido que precisamente entendía que se trataba de una norma que vulneraba la Constitución.

La *Ley de reforma universitaria* (LRU), aprobada por el Partido Socialista en el año 1983 (ley 11/1983 de 25 de agosto), estableció que la Universidad constituye un auténtico servicio público referido a los intereses generales de toda la comunidad nacional y de las CCAA. Supuso una profunda reforma de la enseñanza universitaria, al establecer un marco para la renovación de la vida académica, y procedió a la regulación de la autonomía universitaria proclamada en el texto constitucional, así como la Libertad de Cátedra.

La *Ley orgánica del derecho a la educación* (LODE), ley 8/1985 de 3 de julio, aprobada también bajo el gobierno del PSOE. En ella el Gobierno vuelve a tratar el tema de la libertad de Cátedra, como ya hiciera dos años antes en el caso de la libertad de Cátedra de los profesores universitarios, pero esta vez para los docentes de los cursos inferiores a la Universidad. Alianza Popular interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el TC alegando que se menciona el carácter propio de los centros docentes, sin hacer mención al ideario. El TC en su Sentencia dictada tras el recurso señala la equivalencia entre ideario y carácter. El sistema de conciertos tal cual continúa vigente en la actualidad es fruto de esta norma jurídica. La Ley fue aprobada por 196 votos a favor (Grupos socialista y nacionalistas catalanes), 96 en contra (nacionalistas vascos y Grupo Parlamentario popular) y seis abstenciones de parlamentarios adscritos al Grupo Mixto.

La *Ley orgánica de ordenación general del sistema educativo* (LOGSE), aprobada también bajo el Gobierno socialista el 3 de octubre del año 1990 (ley 1/1990, de 3 de octubre), únicamente con los votos en contra del Grupo Parlamentario Popular y con la abstención de los dos integrantes de Unión Valenciana.

na. Era una norma que venía a completar a la anteriormente aprobada LODE y vino a modificar enteramente el sistema educativo que llevaba una década vigente en el Estado español, el regulado en la LGE. Esta norma acabó con la EGB y el BUP, y lo sustituyó por la Educación Infantil, no obligatoria, integrada por dos ciclos (el primero de 0 a 3 años y el segundo de 3 a seis), Primaria (desde los 6 a los 12 años), la Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO) (desde los 12 años a los 16) y el Bachillerato (dos cursos), al que si se deseaba acceder a la Universidad seguiría igual que en la LGE la Selectividad. La formación Profesional, al igual que en la normativa anterior consta de dos ciclos, para el primer ciclo de grado medio se precisa el haber terminado la ESO, y para el segundo ciclo que es de grado superior se requiere haber terminado el bachillerato. Esta estructura de ciclos continúa estando vigente en la actualidad. Además acabó con la enseñanza obligatoria hasta los 14 años, pasando a prolongarla hasta los 16, con lo que se supone que los menores, al estar más tiempo escolarizados, saldrían algo mejor preparados para incorporarse al mercado laboral. Por primera vez se otorga un gran protagonismo a las CCAA en la elaboración de buena parte de los programas educativos.

La *Ley orgánica de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes* (LOPEG), Ley 9/1995, de 20 de noviembre, aprobada también bajo el Gobierno socialista siendo Ministro de Educación Gustavo Suárez Pertierra. Esta norma fue dictada para complementar y profundizar lo dispuesto en la LODE, en su concepción participativa, y completa la organización y funciones de los órganos de gobierno de los órganos financiados con fondos públicos para ajustarlos a lo establecido en la citada ley. Esta ley, como dice el propio texto, fue aprobada con el fin de reafirmar el derecho a la educación para todos, así como de consolidar la autonomía de los centros docentes y la participación de quienes forman parte de la comunidad educativa. Fue una norma que no contó con el respaldo necesario ya que únicamente contó en Sede parlamentaria con el apoyo de los votos del PSOE y los nacionalistas vascos y catalanes, pues la rechazaron el Partido Popular, Izquierda Unida y los nacionalistas canarios. Fuera de la Cámara la oposición de los principales sindicatos presentes entre el profesorado no universitario fue unánime, pues alegaban que posibilitaba ir hacia la privatización de la enseñanza.

La *Ley orgánica de Universidades* (LOU). Ley 6/2001, de 21 de diciembre. Esta ley fue formulada con el fin de modernizar la Universidad, y dotarla de un marco normativo a través del cual se estimule el dinamismo de la comunidad universitaria. También se señala en su Preámbulo que nace para impulsar la labor

de la Administración General del Estado en la vertebración y cohesión del sistema universitario, de profundizar las competencias de las CCAA en la educación superior, de incrementar el nivel de autonomía de las universidades, y de incrementar los cauces para lograr el fortalecimiento de las relaciones Universidad-Sociedad. A día de hoy esta es la norma que continúa regulando la educación superior.

La Ley de formación profesional. Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio de las Cualificaciones y de la Formación Profesional. Esta norma jurídica fue aprobada con el fin de mejorar y modernizar la Formación Profesional y ponerla al nivel de los estudios de Formación Profesional de otros Estados de nuestro entorno europeo, siendo su fin último la creación de un Sistema Nacional de Cualificaciones y de Formación Profesional que dote de unidad, coherencia y eficacia la planificación, ordenación y administración de esta realidad. El sistema inspirado en el principio de igualdad en el acceso a la formación profesional y de participación de los agentes sociales con los poderes públicos ha de favorecer la homogeneización a nivel europeo de los niveles de acreditación y formación profesional de cara al libre movimiento de trabajadores y profesionales en la Unión Europea.

La Ley orgánica de calidad de la educación (LOCE), ley 10/2002, de 23 de diciembre, fue la primera ley de Educación aprobada bajo el Gobierno del Partido Popular, únicamente con sus votos y los de Coalición Canaria, siendo Ministra de Educación Pilar del Castillo. La Ley se aprobó con el fin de mejorar la calidad educativa, dotando de “carácter asistencial” a la educación infantil de primer ciclo (0-3) y estableciendo itinerarios tras acabar tercero de la ESO, optando por un itinerario los que quisieran acceder al Bachillerato y por otro los que fueran a optar por la Formación Profesional, en cuarto de la ESO el itinerario se desdoblaba entre una opción más científica y otra humanística, y se añadiría una opción más, los Programas de Iniciación Profesional, PIP, con una duración de dos años, destinados a aquellos alumnos que encontraran más dificultades académicas. Todos estos itinerarios llevaban a obtener el título de la ESO. Respecto a la religión se estableció con carácter obligatorio su estudio, o el de su alternativa, Hecho Religioso durante los ciclos de primaria y ESO, siendo ambas evaluables y computando para hacer la nota media. Al final del Bachillerato se instauró una reválida, de tal manera que con el Bachillerato aprobado pero con la reválida suspensa quedaba cerrado el acceso a la enseñanza universitaria, pero no a la FP de Grado superior. También endurecía el paso de curso en la ESO, pues con dos suspensos era obligatorio repetir, algo que no ocurría con la

LOGSE y de lo que venían quejándose desde su elaboración el Partido Popular. Al aprobarse casi al final de la segunda legislatura de Aznar no llegó a entrar en vigor, pues como se señaló anteriormente Rodríguez Zapatero la derogó muy pronto, por lo que nunca llegó a entrar en vigor.

La *Ley orgánica de educación* (LOE), aprobada en mayo del año 2006, en la primera legislatura del socialista Rodríguez Zapatero, contó con un gran respaldo parlamentario pues además del respaldo socialista fue apoyada por Convergencia i Unió, el Partido Nacionalista Vasco, Esquerra Republicana de Cataluña, Iniciativa per Catalunya, Coalición Canaria y Eusko Alkartasuna. El Partido Popular votó en contar e Izquierda Unida optó por la abstención. Esta ley, pese al mayoritario apoyo recibido en las Cortes, fue muy contestada en la calle, especialmente por los fieles de la Iglesia Católica, que estaban en profundo desacuerdo con el hecho de que la asignatura de religión pasase a ser voluntaria para los alumnos, aunque de oferta obligatoria por parte de los centros, y con la inclusión por vez primera en la oferta curricular de dos nuevas asignaturas de carácter obligatorio y evaluable denominadas Ciencias para el Mundo Contemporáneo y Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos, que se ofertaba a costa de la reducción de carga lectiva de Lengua y Literatura castellana, que se redujo en 25 horas. Según los detractores de esa nueva asignatura, su inclusión suponía un intento de adoctrinamiento por parte del Estado sin contar con los padres. El revuelo fue de tal calado que algunos padres solicitaron que sus hijos no la cursaran alegando objeción de conciencia, aunque se ha de recordar que es la única ley educativa sobre la que no se interpuso un recurso de inconstitucional y a punto estuvo de lograrse el consenso que finalmente se frustró.

La *Ley orgánica de mejora de la calidad educativa* (LOMCE), aprobada en el año 2013 (9 de diciembre) bajo el Gobierno del Partido Popular y actualmente en vigor. Esta Ley, aprobada durante el ministerio de D. José Ignacio Wert en educación, ha recibido mayor oposición en todos los ámbitos que todas sus predecesoras. La oposición no solamente se demostró en las Cortes Generales, pues ninguna fuerza política, a excepción del Partido Popular la respaldó, sino que fuera del Parlamento hubo muchas manifestaciones, huelgas, debates y acaloradas discusiones por parte de los docentes, los padres, los sindicatos educativos, los estudiantes; podría decirse que ni uno solo de los sectores implicados manifestó su apoyo a esta ley. Los elementos más polémicos que ha venido a introducir han sido la inclusión otra vez de la asignatura de Religión como obligatoria y evaluable, la desaparición de las asignaturas Ciencias para el Mundo Contemporáneo y Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, la concesión

del concierto a aquellos centros que lleven a cabo la separación por sexos de sus alumnos, la instauración de las reválidas o pruebas externas de evaluación tanto al final de la ESO como al final del Bachillerato, de tal manera que si no se aprueba la reválida no se tiene acceso a la Universidad, medida que llevaba fuera de las aulas españolas más de 50 años.

■ V. Conclusiones

Los derechos educativos en el Estado español son considerados por la Constitución de 1978 derechos fundamentales, por lo que su regulación habrá de ser realizada a través de ley orgánica, norma que requiere un grado mayor de consenso en las cámaras que el exigido para la aprobación de las leyes ordinarias. El Constituyente optó por regular todos los derechos educativos en un único artículo (con la excepción de la libertad de cátedra, que se ubica en otro) dado que, como ha señalado el TC, nos encontramos frente a *un derecho omnicomprendido a la educación*, y no ante un grupo de derechos independientes. A lo largo del texto se ha procedido a analizar cada uno de los derechos educativos partiendo de la jurisprudencia emanada del TC, finalizando el trabajo con la enumeración de las distintas leyes educativas que han sido aprobadas por los distintos Gobiernos que se han ido sucediendo desde la llegada a España de la democracia. Su elevado número refleja que, lejos de ser una cuestión sobre la que impera el acuerdo, nos encontramos ante un asunto que, tras cuarenta años de democracia, continúa siendo polémico. Si se llegara a alcanzar un pacto por la educación entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria que contara con un amplio debate entre las personas e instituciones afectadas, y se alcanzara un consenso, como el que se produjo en el proceso constituyente que precedió a la aprobación por amplia mayoría del texto constitucional actualmente vigente, reflejaría un hecho de normalidad democrática deseable en un Estado Social y Democrático de Derecho como es el español.

EL DERECHO A LA SALUD Y SU UNIVERSALIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO ESPAÑOL¹

Ana María Marcos del Cano y Fernando Pinto Palacios*

I. Aclaraciones terminológicas

En nuestro contexto más cercano se comienza a cuestionar la protección y garantía que el Estado otorga universalmente del derecho a la asistencia sanitaria. En cambio, en los países más subdesarrollados lo que está en juego es la vulneración del derecho a la salud, entendiendo la salud en el sentido más amplio de bienestar, incluyendo para su medición los niveles de pobreza, de desigualdad y las elevadas tasas de mortalidad y morbilidad a muy temprana edad.²

¹ Este trabajo está realizado en el marco del Proyecto de Investigación de I+D financiado en convocatoria pública por el Ministerio de Economía y Hacienda del Gobierno de España DER 2013-41462-R. Véase la página web: www.derechoshumanosybioetica.org

* Catedrática acreditada de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho UNED. amarcos@der.uned.es. Magistrado, Doctor en Derecho por la UNED. fpintopalacios@gmail.com

² También es cierto que, si consultamos los últimos datos de la OCDE sobre nuestro país, las desigualdades y los niveles de malnutrición infantil están llegando a límites alarmantes que pueden influir no sólo en la salud actual de los niños/as sino, lo que agrava el problema, en su futuro. Datos de la OCDE sobre España: “la tasa de pobreza infantil subió en 3 puntos porcentuales a 21% (la media de la OCDE es de 13%) y la tasa de pobreza entre los jóvenes registró un salto de cinco puntos”. Véase en: <http://www.oecd.org>.

Se perfila así ya la diferencia de contenido entre el derecho a la salud y el derecho a la asistencia sanitaria. El primero tiene que ver más con la definición de la salud que da la Organización Mundial de la Salud. “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”,³ más relacionado con las condiciones económicas, sociales, culturales, de salubridad, de higiene, de alimentación y de educación y no sólo con cuestiones sanitarias. Mientras que el derecho a la asistencia sanitaria se circunscribe más a los aspectos clínicos y no tiene en cuenta los elementos socioeconómicos que pueden influir en tal derecho.

La mayoría de las Constituciones recogen el derecho a la protección de la salud en este último sentido. Así se hace en la Constitución Española de 1978 que establece que la financiación del Sistema Nacional de Salud Pública corre a cargo de los presupuestos generales del Estado, la provisión de los servicios es eminentemente pública y gratuita en el momento del uso, garantizando de ese modo su universalidad. Así fue también en las primeras Constituciones, como la de Querétaro en México en 1917 y la de Weimar en Alemania en 1919. Y es que a lo largo de la breve historia del derecho a la salud han tenido lugar dos modelos de protección de la salud: uno, el modelo de Seguridad Social y otro, el modelo propio del Sistema Nacional de Salud. El primero se basa en las cotizaciones obligatorias de los trabajadores, constituyendo así un fondo de seguro que los cubre a ellos y a sus familias, restringiendo su protección a un sector de la sociedad y negando su universalidad. El segundo modelo parte de que la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria corresponde a todos los habitantes del país.

Sin embargo, la normativa internacional presenta una concepción amplia del derecho a la salud. La Carta fundacional de la Organización Mundial de la Salud en 1948 en el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del mismo año y art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y su desarrollo en la Observación General número 14⁴ comprenden este derecho como un derecho universal y en su senti-

org/spain/OECD-SocietyAtaGlance2014-Highlights-Spain.pdf (consultada el 10 de junio de 2015).

- ³ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, núm. 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.
- ⁴ A mayor abundamiento podemos señalar los artículos 11, 13 y 19.2 de la Carta Social Europea; artículos 31.3 y 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

do más totalizador e integrador de dimensiones diferentes a las estrictamente clínicas, conectado con otros derechos, como el de la educación, el de la vivienda, el del trabajo, etcétera.⁵ Tiene gran importancia en la actualidad el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en Nueva York el 10 de diciembre de 2008, el cual entró en vigor en mayo de 2013.⁶ Su relevancia radica en que este instrumento es fundamental en la evaluación y supervisión del respeto a tales derechos, entre ellos, el de la salud, por los Estados parte, permitiendo la presentación de quejas ante Naciones Unidas por vulneraciones y recordando la exigibilidad de estos derechos, aunque no deje de aumentar, incluso en nuestro país.⁷ Además en esta comprensión del derecho a la salud como derecho humano hay que tomar en consideración los informes presentados ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), así como las recomendaciones al Estado Parte en forma de observaciones finales. Este Comité ha interpretado este derecho a la salud como un derecho inclusivo, en el que incluye la atención sanitaria, además del acceso al agua potable, el suministro adecuado de alimentos en buen estado, una vivienda digna... Esta diferenciación ha llevado a hablar de una concepción reduccionista a los que asimilan el derecho a la salud a la asistencia sanitaria, entendiendo la concepción amplia del derecho a la salud como aquella que integra elementos socioeconómicos y no meramente la asistencia sanitaria. Un tercer sector lo entiende como el derecho a la protección a la salud, puesto que no se puede exigir delimitar un contenido material de lo que es salud.⁸

⁵ La publicación de Informe Lolande en los años 70 sobre los factores que se asociaban a la salud de los canadienses, marcó una nueva concepción de la misma, al enumerar los elementos que la afectaban: la biología humana, el entorno físico y social en el que las personas viven y trabajan, los estilos de vida, y los servicios sanitarios: <http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/faq-eng.php>; Determinantes sociales de la Salud de la OMS: http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf; véanse los videos sobre el derecho a la salud como derecho humano: <http://www.determinantesdesalud.org/noticia/2013-10-31/videos-de-la-jornada-comprendiendo-el-derecho-humano-a-la-salud/>

⁶ En BOE, 25 de febrero de 2013.

⁷ Ver el Informe del Defensor del Pueblo 2014, pp. 296-321.

⁸ Carlos Lema Añón, “¿Es posible un derecho a la protección de la salud? Las propuestas negadoras”, *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, núm. 2, vol. XI, p. 69-70. Véase Rafael Junquera, “El derecho a la salud: la información al paciente”, en Narciso Martínez Morán, Ana M^a Marcos del Cano, Rafael Junquera de Estéfani, *Derechos humanos. Problemas actuales*, vol. II, Madrid, Univeritas, 2013, pp. 1037-1053.

Siendo esto así, no deja de resultar llamativo que la gran mayoría –por no decir la totalidad– de la bibliografía existente sobre el derecho a la salud haga referencia a países en vías de desarrollo. En efecto, hasta hace poco tiempo el estudio sobre el derecho a la salud venía motivado por los preocupantes informes que publica regularmente la Organización Mundial de la Salud en los que se pone de manifiesto las grandes desigualdades existentes entre países ricos y pobres. A partir de los años 2013 y 2014 empiezan a aparecer en nuestro país algunas referencias sobre la materia precisamente en el momento en que se palpan en la sociedad –y, especialmente, en determinados colectivos– las consecuencias de la crisis económica y de las medidas de austeridad aplicadas por el Gobierno de España que han supuesto un recorte presupuestario para el Estado del 13,7% en 2012 y del 16,2% en 2013.⁹ En el ámbito sanitario, se aplican medidas de gran calado que implican, entre otros aspectos, la expulsión del sistema sanitario público de un determinado colectivo especialmente vulnerable, los inmigrantes irregulares, como más adelante analizaremos. Este giro copernicano del sistema nos arroja cuestiones que obligan a una reflexión profunda. ¿Qué involución se está produciendo en el Estado social y democrático de Derecho cuya legitimidad viene dada precisamente por la protección de los derechos más básicos del individuo? ¿Puede la sostenibilidad económica del sistema prevalecer sobre los derechos individuales que, con gran esfuerzo, han logrado colocarse en la cúspide jerárquica del ordenamiento jurídico? ¿Se puede dar la regresividad en la garantía de los derechos sociales? ¿Qué cambios se están produciendo para que tengamos que reflexionar sobre categorías que ya creíamos consolidadas como derechos sociales en el ordenamiento jurídico?

Mckee y Stuckler, tal vez dos de los investigadores que más profundamente han estudiado el proceso de cambio en los sistemas sanitarios europeos en los últimos años, describen con claridad las tácticas empleadas en la estrategia de asalto al universalismo de los derechos:

“1º Crear un grupo fácilmente identificable de pobres perezosos.

2º Establecer un sistema en que los ricos vean poco beneficio en seguir perteneciendo a él, puesto que sus impuestos a quienes benefician es precisamente a los miembros del grupo anterior.

3º Menoscarar el papel de los sindicatos.

⁹ Helena Legido-Quigley *et al.*, “Erosion of universal health coverage in Spain”, *The Lancet*, vol. 382, núm. 9909, 2013, p. 1977. Véase en general, Ana M^a Marcos del Cano, “Ética, salud y derechos”, en Ana Rosa Martín Minguijón y Remedios Morán Martín, coords., *Seguridad, extranjería y otros derechos*, Madrid, Lustel, 2016, pp. 777-792.

4º Hacerlo de la manera más discreta posible, estableciendo políticas cuyas implicaciones sean poco claras y cuyos efectos se verán únicamente en el futuro”.¹⁰

Esta última opción parece que es la materializada en España a través del *Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, que ha retirado la tarjeta sanitaria –entre otros– a los inmigrantes que carecen de permiso de residencia y trabajo a través de la modificación del artículo 12 de la *Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social*.¹¹ Desde un punto de vista jurídico, ha sido unánime la crítica a esta norma por la técnica normativa empleada por cuanto un Real Decreto-Ley solo se debe utilizar “en caso de extraordinaria y urgente necesidad” (artículo 86 CE) lo que, desde luego, no concurría en una reforma de tal naturaleza. Y, desde un punto de vista social, suponía dejar sin asistencia sanitaria a más de 800.000 personas poniendo en tela de juicio los fundamentos más básicos de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Las consecuencias más graves no se han dejado esperar: en el año 2013 los medios de comunicación informaron del fallecimiento de un inmigrante senegalés aquejado de tuberculosis por no disponer de ningún tipo de identificación que le diera acceso a asistencia sanitaria.¹² Según el informe del SESPAS de 2014, esta situación está provocando “un impacto en la salud mental y algunos indicios de un aumento en las barreras de acceso a los servicios de salud”.¹³

El 17 de Septiembre de 2015, la *Red española de Denuncia y Resistencia contra el Real Decreto-Ley 16/2012 – REDER*¹⁴ – integrada por más de 300 organizaciones sociales y asociaciones profesionales, presentó el informe basado en los más

¹⁰ Sergio Minué Lorenzo, “Enfermedad y exclusión social: de la salud como derecho a la salud como mercancía”, *Eidon*, Fundación Ciencias de la Salud, núm. 42, 2014, pp. 14-30.

¹¹ Este precepto contemplaba el derecho, con carácter general, de los extranjeros que se encontraban en España a la asistencia sanitaria con independencia de su situación administrativa, si bien en la práctica se les exigía la inscripción en el padrón municipal. Véase con carácter general, Ana M^a Marcos del Cano, “Minorías étnicas y derechos humanos”, en G. Peces-Barba (ed.), *Historia general de los derechos humanos del siglo XX*, vol. V, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 815-858.

¹² Véase “Médicos del mundo denuncia la primera muerte por negar sanidad a los «sin papeles»”, en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/05/03/espana/1367595025.html> (consultado 24 de agosto de 2015).

¹³ M. L. Vázquez *et al.*, “Reflexiones sobre el impacto de la crisis en la salud y la atención sanitaria de la población inmigrante. Informe SESPAS 2014”, *Gaceta Sanitaria*, núm. 28, suplemento 1, 2014, cap. 22.

¹⁴ Véase <http://www.reder162012.org/>

de 1500 casos que las distintas organizaciones y plataformas de la red han estado registrando durante el periodo comprendido entre enero de 2014 y Julio de 2015.

Entre las principales conclusiones de este informe se incluyen las siguientes:

- La población inmigrante en situación irregular es la que sufre de manera más desproporcionada los efectos de la exclusión. Sin embargo, también se ve afectado un amplio porcentaje de personas con ciudadanía comunitaria y escasos recursos.
- La desinformación, tanto de los propios afectados como del personal administrativo de los centros de salud, constituye un factor agravante de la exclusión y una clara vulneración de derechos.
- La vulneración de las excepciones previstas en el propio RDL (embarazadas, menores, urgencias) es sistemática.
- La protección ofrecida a las personas solicitantes de asilo y víctimas de trata es claramente insuficiente.
- La desprotección absoluta de los ascendientes reagrupados, y por tanto en situación legal, a quienes se les deniega el derecho a la asistencia sanitaria.
- La ineficacia y asimetría de una legislación autonómica parcheada con la creación de sub-sistemas de atención “para pobres” que niegan la igualdad de derechos.

Asimismo en el Informe FOESSA 2014¹⁵ sostiene como indicadores de que se intuye un cambio de modelo en nuestros sistemas de bienestar social (un cambio de mentalidad y de conciencia al final), un balance del estado actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en la Unión Europea tendría los siguientes rasgos:

- Conciencia insuficiente por parte de ciudadanos, organismos judiciales y funcionarios públicos de que las prestaciones sociales están vinculadas a derechos sociales y derechos humanos.
- Son muy escasos o prácticamente inexistentes los mecanismos de justiciabilidad que posibiliten la defensa de derechos sociales.

¹⁵ Véase en FOESSA (Fundación de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada) <http://www.foessa2014.es/informe/>

- Se han producido modificaciones en los sistemas de bienestar social a peor en lo relativo a la intensidad de su protección.
- La menor existencia de recursos unida a la entrada de la lógica de mercado está afectando de una manera más directa a los segmentos más vulnerables de la población.

Con estos datos y análisis anteriormente expuestos, la finalidad de este trabajo es reflexionar sobre los fundamentos jurídicos y éticos de la universalidad del derecho a la salud. Para ello, examinaremos la naturaleza filosófica jurídica y constitucional de este derecho (si es una norma programática, si se trata más bien de un derecho de prestación, etc.). Esto nos permitirá, finalmente, adentrarnos en la problemática jurídica concreta del derecho a la salud de los extranjeros en España y, especialmente, de la población inmigrante que se encuentra en situación irregular.

II. Naturaleza filosófico-jurídica del derecho a la salud

Desde el punto de vista jurídico el derecho a la salud implica una doble vertiente: negativa y positiva. Desde el punto de vista negativo, este derecho implica la abstención por parte de terceros para garantizar su respeto. Se considera el derecho a la salud como un derecho individual propiamente dicho. El Estado está obligado a impedir que se atente contra la integridad física de las personas, pero en principio, no obliga a procurar una asistencia sanitaria. Así fue en sus orígenes, en el siglo XVIII, en las primeras declaraciones de derechos. Desde el punto de vista positivo, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria aparece recogido en las primeras Constituciones de principios del siglo XX. De ahí que la consideración del derecho social como derecho prestacional no deje de ser polémica, estos derechos son más bien de carácter complejo. Como afirman Abramovich y Curtis en su obra *Los derechos sociales como derechos exigibles*,¹⁶ la adscripción de un derecho al catálogo de los derechos civiles y políticos o al de los derechos sociales económicos y culturales, tiene más bien un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a

¹⁶ Vid. Víctor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

admitir un *continuum de* derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caracterizan.

Según estos autores, el derecho a la salud presenta dos perfiles delimitables: el primero, integrado por algunas obligaciones tendentes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por conductas de terceros –Estado u otros particulares– (obligaciones negativas), o por factores controlables, tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables, a través de campañas de vacunación– (obligaciones positivas). El segundo perfil es el de las obligaciones tendentes a asegurar la asistencia médica una vez producida la afectación a la salud denominadas habitualmente como “derecho a la asistencia sanitaria”, cuyo contenido implica la complejísima tarea de planificación y previsión de recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo la satisfacción de los requerimientos de salud correspondientes a toda la población.¹⁷

Las distintas posiciones acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la salud se podrían reagrupar en las siguientes:

- a) Se trata de un derecho de prestación, es decir, son derechos subsidiarios, no son para todos, sino sólo para aquellos que los necesitan. Si es así se niega toda pretensión de universalidad.¹⁸ Esta posición además no advierte de que el derecho a la salud además contiene otras dimensiones que no son prestacionales. Si bien se puede entender que los derechos sociales son prestacionales y por lo tanto para grupos diferenciados y que no son para todos, no es así en el caso del derecho a la protección de la salud que sí es para todos. ¿Quién se sale de este marco de protección? ¿Hay alguien que no necesite que se le proteja su salud? Se trata de un derecho de ciudadanía y no como una prestación que depende de un aseguramiento aunque este sea público. Sobre todo, si tenemos en cuenta que nuestro Sistema Nacional de Salud se financia con los impuestos de todos. Luego todos estamos ya incluidos y se puede hablar de universalidad del derecho.

¹⁷ Víctor Abramovich y Christian Curtis, “El derecho a la asistencia sanitaria como derecho exigible”, *La Ley*, 2001, t. D, pp. 22-29.

¹⁸ Carlos Lema Añón, *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2009, p. 346.

- b) Que se trata de una norma programática. De aquí se deriva que el derecho a la salud establecería simplemente las directivas de acción para el legislador ordinario, pero que no son accionables, que no se pueden hacer valer en juicio. Son las normas impropias porque en sí mismas no llevan implícita la coercibilidad, es decir, la posibilidad de que el Estado las haga efectivas aquí y ahora de un modo coactivo y tampoco pueden alegarse ante los órganos jurisdiccionales. Se trata entonces de principios informadores o “rectores de la política social” como dice nuestra Constitución, pero que no se trata de derechos subjetivos.
- c) Derecho a la salud como necesidad. El derecho a la protección de la salud se configura como un derecho básico del individuo porque protege un bien primario, una necesidad básica, cuya privación le impedirá al sujeto ser dueño de sí mismo, desarrollarse como persona y como ciudadano. La idea de necesidad básica constituiría de ese modo un parámetro para valorar los obstáculos económicos y sociales reales para el ejercicio de la libertad individual y permite reflexionar y planificar los medios para su remoción. No obstante, el concepto de necesidad no deja de ser problemático. Así, por ejemplo, algunos autores desde la teoría liberal pretenden reducir la necesidad a los deseos o caprichos individuales.¹⁹ Las necesidades de las que se habla aquí en la protección al derecho a la salud no pueden estar sujetas a estados de ánimo que pueden ser volubles, sino que requieren una objetividad, cual es la enfermedad o el riesgo de caer en ella. Las necesidades de las que aquí se habla no son ni preferencias ni deseos ni están sujetas a los dictados del interés personal. Las necesidades que fundamentan los derechos sociales son hechos objetivos, mensurables y constatables por cuanto son elementos fundamentales de la relación del individuo con el medio que le rodea y sus condiciones de vida.²⁰
- d) Derecho social propiamente dicho. Los derechos sociales se caracterizan por involucrar un espectro de obligaciones estatales. Siempre ha sido polémica su definición. Desde una perspectiva clásica se entiende que su carácter social proviene de dos planos: uno, el subjetivo, el dere-

¹⁹ José Martínez de Pisón, “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y Libertades*, núm. 14, época II, enero 2006, pp. 120. Véase en relación con el final de la vida, Ana M^a Marcos del Cano, (ed.), *Voluntades anticipadas*, Madrid, Dykinson, 2014.

²⁰ María José Añón Roig, *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 20.

cho social proviene del derecho de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida asociada, el cual se refleja en derechos específicos a determinadas prestaciones, directas o indirectas, de parte de los poderes públicos. El segundo, el objetivo que es el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a la práctica su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. En cualquier caso, son derechos que exigen prestaciones del Estado; se trata de un imperativo ético por parte del Estado, para satisfacer necesidades básicas de los individuos. Además, el derecho de asistencia sanitaria no se puede considerar única y exclusivamente de la persona, pues tiene un componente social, en la prevención y defensa de la salud pública en sí misma.

- e) Derecho a la salud como derecho universal. Algunos autores sostienen la imposibilidad de declarar los derechos sociales (incluyendo el derecho a la protección a la salud entre ellos) como derechos universales porque están directamente vinculados a las políticas sociales y económicas de los gobiernos, no permitiendo su igual atribución a todos los hombres. Por otro lado, algunos alegan que si predicáramos de los derechos sociales su universalidad se produciría una contradicción interna, pues esa universalización mantendría inalteradas las desigualdades reales, diferencias cuya corrección constituye la justificación de la existencia de los derechos.²¹

La cuestión en definitiva es si los poderes públicos están vinculados a garantizar su protección de un modo universal. Aunque en principio está incluido en la Constitución Española como principio rector de la política social, ello no obsta para incluirlo en el marco de los derechos subjetivos exigibles, pues afecta directamente a un derecho fundamental, por la vía de la afectación directa al art. 15 de la CE y los poderes públicos tienen la obligación positiva de velar por la concreción de esos principios y su garantía de un modo universal. Y es que una de las finalidades de los servicios de salud es garantizar la salud de toda la ciudadanía, pero no como una prestación del Estado a los ciudadanos sino que hay que poner de manifiesto que quien paga no es el Estado, sino que son los ciudadanos que contribuyen a que ellos mismos u otros ciudadanos reciban esa cobertura prestacional. El paraguas asistencial se debe ampliar hasta cubrir a toda la

²¹ Benito de Castro Cid, “Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 22.

población, incluidos los que todavía no los necesitan, pero que está presente como posibilidad en el horizonte vital de todos los ciudadanos. La universalidad concierne a su titularidad, no a su ejercicio. Como también no se puede asumir como argumento para el incumplimiento del derecho a la protección de la salud, la ausencia de recursos económicos. El mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha sostenido que para “que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas por falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas. Además no basta con que los Estados demuestren la existencia de recursos limitados, tienen que evidenciar un uso eficaz, equitativo y oportuno de esos recursos”.²²

Sin embargo, algunos autores fundamentan la no universalidad de los derechos sociales en lo siguiente:

- a) Por un lado, los que entienden que al hacerlos universales estaríamos tratando igual a los desiguales lo que implicaría una vulneración del principio de justicia de la equidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta el sistema general de prestaciones públicas. Y si hay un sistema impositivo justo (progresivo) no hay en principio problema para que todos se beneficien por igual de derechos y prestaciones como es por ejemplo, el derecho a la asistencia sanitaria.
- b) Los derechos sociales son derechos específicos y de grupo. En su origen, sí son específicos, pero entenderlos como diferenciados atenta contra su esencia como derechos. Es verdad que el origen de los derechos sociales históricamente apareció como derechos de grupo, como los derechos de las clases subalternas y en particular de la clase obrera, producto de las luchas políticas vinculadas con lo que se llamó la “cuestión social”. Sin embargo, esto más que una especificación de sus titulares, fue una ampliación de los derechos humanos a otros grupos sociales, que aunque las declaraciones liberales establecían la universalidad de los derechos, habían quedado excluidos.

²² Ahora con la nueva “política” que está comenzando en España, se ve cómo los partidos políticos que comienzan a gobernar después de las elecciones del 24-M priorizan entre sus propuestas la sanidad pública o aspectos incluidos en otros derechos sociales. Véase por ejemplo: Andalucía prepara un anteproyecto para evitar copagos en Sanidad, <http://www.actasanitaria.com/andalucia-aprueba-un-anteproyecto-de-ley-que-descarta-copagos/> (consultada el 24 de junio de 2015).

De todos modos, aunque ese fuera su origen histórico, no significa por ello que los derechos sociales hayan quedado atrapados en ese rol. Pensemos por ejemplo, que en su origen, el derecho a la protección de la salud apareció vinculado como un derecho de grupo, como un derecho de los trabajadores, en lo que se conoce como el modelo de seguridad social. Y así se financiaba con las aportaciones de los trabajadores en forma de seguro, lo que hacía que los beneficiarios del sistema fueran los trabajadores y sus familias. Sin embargo, el modelo más propio del Estado social hoy es el modelo del Sistema Nacional de Salud en el que el derecho a la protección de la salud se extiende a toda la población, financiándose por los presupuestos generales del Estado. Es decir, lo que surgió como un derecho de grupo se extendió a toda la población y nos da muestra del carácter progresivo de los derechos sociales y de la imposibilidad de su regresividad. Y aunque evidentemente haya derechos sociales para grupos específicos como pueden ser las mujeres, los niños, los emigrantes, ello no obsta para que se pueda predicar la titularidad universal de los derechos sociales. En unos casos se extenderá a todos los seres humanos y en otros se extenderá a un grupo especificado.

Además, actualmente no se puede entender el derecho a la protección a la salud como un derecho de grupo, porque ¿quiénes constituirían ese grupo, todos los pobres? ¿Todos los excluidos? ¿Todos los inmigrantes? Estaríamos alejándonos del paradigma de la *universalidad* para incluirnos en el paradigma de la *beneficencia* (de nuevo regresividad), vulnerando todos Tratados internacionales (*vid. supra*) en los que aparece este derecho recogido, aparte de estigmatizar a todos aquellos que por sus especiales circunstancias no puedan satisfacer dicho derecho por sus propios medios.

Y es que en el campo de los derechos sociales como el derecho a la protección a la salud es muy importante no sólo la forma en que se distribuye, sino también en cómo se produce ese bien. Es decir, esos bienes han de ser producidos socialmente, sino queremos que adquieran la forma de mercancías. Es necesaria la desmercantilización del derecho a la asistencia sanitaria. La salud o la educación no pueden ser intercambiables, tampoco podemos fomentar la idea de ganadores y competidores y tampoco la de ganadores y perdedores. Se considera que la forma lógica de obtener dicho producto (asistencia sanitaria en nuestro caso) es en el mercado y subsidiariamente entraría el Estado.²³

²³ María José Añón Roig, "Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada", en Eusebio García, Rafael de Asís Roig, Francisco Javier Ansuástegui Roig, coords., *Estudios en homenaje al profesor Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 21.

Concluyendo diríamos que si hablamos del derecho a la asistencia sanitaria, su protección y garantía está tan vinculada al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica que se debe predicar del mismo su universalidad. No es igual el derecho a la salud, por afectar directamente a la vida, que el derecho a una vivienda, o que el derecho al matrimonio, o que el derecho a la huelga y a la sindicación, todos ellos derechos sociales. Veamos a continuación su problemática en la teoría jurídica constitucional.

■ III. Naturaleza jurídico-constitucional del derecho a la salud

El derecho a la protección de la salud está contemplado en el artículo 43 CE. Se trata de un precepto que tiene un triple contenido: 1) reconoce el “derecho a la protección de la salud”; 2) establece la obligación de los “poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, debiendo la ley establecer “los derechos y deberes de todos al respecto”; y 3) determina la obligación de los poderes públicos de fomentar la “educación sanitaria, física y el deporte”, facilitando “la adecuada utilización del ocio”.

El artículo 43 CE se enmarca dentro de la regulación de los “principios rectores de la política social y económica” contemplados en el Capítulo III del Título I de la Constitución española. Estos preceptos que consagran la llamada “Constitución social española”²⁴ tienen un contenido muy heterogéneo en el que se puede distinguir “normas programáticas” y “otros enunciados normativos” entre los que destacan los “mandatos de legislar”, “normas de igualdad” y “garantías institucionales”.²⁵ La finalidad de los preceptos era “evitar un retroceso en la realización del Estado social”²⁶ pues cualquier modificación del status quo socioeconómico debía efectuarse en la dirección establecida por la Constitución.

²⁴ José María Rodríguez de Santiago, *La administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

²⁵ Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

²⁶ Jorge de Esteban Alonso y Luis María López Guerra, *El régimen constitucional español*, Barcelona, Labor, 1980, pp. 346 y 347.

La discusión doctrinal acerca de estos principios se ha centrado en determinar su eficacia jurídica. En este sentido, el artículo 53.3 CE establece que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, añadiendo que “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Dicho precepto ha llevado a la doctrina preguntarse si, efectivamente, los derechos reconocidos en estos preceptos pueden ser considerados *strictu sensu* como derechos fundamentales.

La doctrina dominante considera que estos preceptos no reconocen auténticos derechos fundamentales. En efecto, la eficacia jurídica otorgada por el constituyente les ha privado de las notas características de esta categoría. Así, en primer lugar, no son directamente exigibles ante los poderes públicos pues requieren de *interpositio legislatoris*, es decir, de un adecuado desarrollo legislativo que establece la forma, características y eficacia de tales derechos. Y, en segundo lugar, no son indisponibles para el legislador pues, al margen del contenido mínimo establecido por el constituyente, su configuración depende sustancialmente de las leyes de desarrollo. Desde este punto de vista, la doctrina ha llegado a afirmar que la utilización del término “derechos” –como, por ejemplo, en el artículo 43 o 47 CE– se efectúa de manera impropia.²⁷ De igual manera, se ha sostenido que el nacimiento de los “derechos” existentes en el Capítulo III del Título I depende de las leyes de desarrollo pues el intérprete no puede reconocer en aquéllos ningún derecho subjetivo vinculante para el legislador.²⁸

A pesar de la eficacia limitada de estos “derechos”, no se puede marginar su importancia e identificarlos sin más con los llamados derechos sociales y culturales. La prudencia constitucional aconsejó que aquellos principios objetivos sociales y culturales cuya plena efectividad depende de las disponibilidades financieras se configuraran como meras directrices al legislador.²⁹ En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha manifestado que no se pueden considerar estos principios como “norma sin contenido” pues “obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las

²⁷ Óscar Alzaga Villaamil, *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2012, t. II.

²⁸ Javier Jiménez Campo, “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, en Óscar Alzaga Villaamil, coord., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, t. IV, pp. 439-529.

²⁹ Luis María Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª edición, Navarra, Thomson-Civitas, 2008.

leyes” (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6º). De igual manera, ha reconocido el carácter normativo de los principios rectores de acuerdo con los artículos 9.1 CE y 5.1 LOPJ, si bien poniendo de manifiesto las singularidades derivadas de su específica naturaleza. En esta misma línea, se ha sostenido que, en realidad, la limitada eficacia del Capítulo III del Título I se limitaría a los “principios” pero no a los “derechos”. De esta manera, la posibilidad de ejercitar estos derechos sociales ante los Tribunales no exigiría una previa ley de desarrollo, sino simplemente que no contradijeran las mismas.³⁰

Partiendo de la explicación efectuada, debemos examinar a continuación cuál es la naturaleza jurídica del derecho a la salud –y, en consecuencia, a la asistencia sanitaria– en la Constitución española de 1978. Según lo expresado por la doctrina dominante y por el Tribunal Constitucional, el Capítulo III del Título I no reconoce derechos fundamentales. En este sentido, se ha argumentado que se trata de una norma dirigida al poder público que no tiene una dimensión subjetiva y que, por tanto, no reconoce facultades que pueden ser ejercidas directamente por los individuos.³¹ El artículo 43 CE no reconocería, en principio, ningún derecho fundamental a la salud pues el contenido del mismo requiere de un posterior desarrollo legislativo. Esta tesis se apoyaría en el propio artículo 53.3 CE que establece claramente que los principios rectores “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. De acuerdo con este planteamiento restrictivo, algún autor considera que la eficacia del derecho a la salud se desplegaría en los siguientes ámbitos: 1) postula una determinada política legislativa y eleva la protección de la salud a la categoría de fin del Estado; 2) posibilita la atribución y distribución de competencias normativas y de ejecución entre poder central y otros poderes territoriales del Estado; 3) permite el control constitucional de las leyes de desarrollo, tanto desde el Tribunal Constitucional como desde los Tribunales ordinarios a través de la cuestión de inconstitucionalidad; 4) tiene carácter informador del ordenamiento jurídico en términos parecidos a lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil; y 5) legitima las exacciones patrimoniales coactivas de carácter específico que los poderes públicos impongan a los parti-

³⁰ Guillermo Escobar Roca, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Aranzadi, 2012.

³¹ Marta León Alonso, *La protección constitucional de la salud en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho*, Salamanca, tesis doctoral, 2009. Véase Rafael Junquera, “The right to information in health care: the right to physical integrity or the right to health protection”, en *Valencia University Law Study*, vol. XIX, issue 1, 2012, pp. 43-56.

culares, así como el sostenimiento de los servicios necesarios con cargo a los ingresos públicos generales.³²

No obstante, esta interpretación constitucional no encaja completamente con el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria. En efecto, el Capítulo III del Título I comprende un conjunto heterogéneo de normas cuya estructura, contenido y eficacia presenta importantes diferencias. Así, por ejemplo, no se puede equiparar el objetivo estatal de “salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero” (artículo 42 CE) con la garantía institucional de la Seguridad Social (artículo 41 CE) o con la necesidad de “garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad” (artículo 50 CE). De igual manera, el derecho a la salud presenta unos rasgos constitucionales diferentes por cuanto su tutela está directamente relacionada con el mantenimiento del estado psicofísico del ciudadano y, en última instancia, de su vida. Desde este punto de vista, la obligación del Estado de tutelar este derecho es mucho más intensa que en otros principios rectores. En efecto, la tutela de la salud individual y, a su vez, de la pública, tiene una importancia esencial pues el mantenimiento de unas mínimas condiciones de vida es condición necesaria para el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental. Por tal motivo, la doctrina ha sostenido que el derecho a la salud es un “principio rector subjetivado”³³ que goza de fuerza expansiva debido a sus conexiones directas e indirectas con otros derechos fundamentales de máxima relevancia como el derecho a la vida, a la integridad física o a la intimidad. En este sentido, el principio rector proyecta otras perspectivas que se pueden encuadrar en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.³⁴ Este sería el caso de los llamados “deberes de protección” que recaen sobre los poderes públicos frente a las lesiones y amenazas contra los bienes jurídicos tutelados por los derechos fundamentales. Desde este

³² Efrén Borrajo Dacruz, “Artículo 43. Protección de la salud”, en Óscar Alzaga Villaamil coord., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, t. IV, pp. 195 y ss.

³³ Salvador del Rey Guanter, “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, *Derechos y Garantías, Revista del Instituto Fray Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm. 6., 1998, p. 162.

³⁴ Jorge Alguacil González-Aurioles y Fernando Reviriego Picón, “La protección de la salud en la Constitución española”, en Ana Fernanda Fernández-Coronado y Salvador Pérez Álvarez, coords., *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 11-29.

punto de vista, se ha interpretado el derecho a la salud –al igual que el derecho a un medio ambiente (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6º)– en relación con el derecho a la vida y la integridad física.

IV. Derechos de los extranjeros

1. *Clasificación de los derechos de los extranjeros: doctrina del Tribunal Constitucional*

La titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia. El punto de partida de dicho debate es el artículo 13 CE cuando proclama que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. La interpretación de este precepto por el Tribunal Constitucional ha ido evolucionando desde posiciones más apegadas a la literalidad de este precepto a posturas recientes en las que se produce una equiparación de los derechos de los extranjeros y españoles.

La jurisprudencia constitucional ha mantenido desde la temprana STC 107/1984, de 10 de abril, una clasificación tripartita de los derechos reconocidos a los extranjeros.

El primer grupo de derechos estarían vinculados a la dignidad de la persona y corresponden por igual a españoles y extranjeros por lo que no se pueden establecer diferencias de regulación entre ambos. Dentro de este grupo cabría incluir, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y moral (artículo 15 CE); la libertad religiosa y ideológica (artículo 16 CE); el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17 CE); el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18.1 CE); libertad de expresión y de información (artículo 20 CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE); el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4º); y el derecho a no ser discriminado (artículo 14 CE). Su reconocimiento a los extranjeros no se hace depender de la ley o del tratado, sino que deriva del propio texto constitucional.

El segundo grupo de derechos vendría constituido por aquellos que tienen naturaleza política y se relacionan con la participación en los asuntos públicos. La titularidad de estos derechos –que se contemplan en el artículo 23 CE– queda reservada a los españoles por imperativo del artículo 13.2 CE, “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”.

Finalmente, el tercer grupo de derechos se integra por aquellos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Precisamente, estos derechos son los contemplados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sobre este tercer grupo de derechos, el legislador ostenta una notable libertad para regular su ejercicio por parte de los extranjeros, pudiendo establecer condiciones adicionales a las previstas para los españoles. No obstante, esta facultad no es absoluta, pues la regulación debe tener en cuenta, al menos, los siguientes factores enunciados en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4º *in fine*: 1) el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana; 2) el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; 3) el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales; y 4) las condiciones de ejercicio establecidas por la ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Entre los factores citados destaca claramente la conexión que tenga el concreto derecho con la dignidad humana, pues ésta opera como límite infranqueable por el legislador en la configuración de los derechos de los extranjeros. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado en la STC 236/2007, FJ 3º que:

la dignidad de la persona [...] obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla [...]. A tales efectos, resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración [...] porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación.

La determinación del vínculo con la dignidad humana es un criterio interpretativo que exige partir del tipo abstracto del derecho y de los intereses en él protegidos, acudiendo para ello a la Declaración Universal de Derechos Humana-

nos y a los demás Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España sobre las mismas materias.

2. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros

Una vez examinada la doctrina constitucional sobre la clasificación de los derechos de los extranjeros, debemos preguntarnos en qué categoría podríamos incluir el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Según nuestro criterio, este derecho debería incluirse dentro del primer grupo y, por tanto, en régimen de plena igualdad con los españoles. Las razones que avalan este planteamiento serían las siguientes.

En primer lugar, existe una indudable conexión entre el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a la vida y a la integridad física. En efecto, si una persona está enferma y no puede acceder a las prestaciones sanitarias que le permitirían su recuperación, se está produciendo una vulneración del derecho a la integridad física y, en última instancia, del derecho a la vida. En este sentido, resulta irrelevante el reconocimiento de otros derechos fundamentales a los extranjeros –como, por ejemplo, el derecho de reunión o de asociación– pues la imposibilidad de acceder al sistema sanitario merma las capacidades físicas y psíquicas necesarias para el ejercicio de los derechos. Desde este punto de vista, se comprende que la tutela de la salud mediante el establecimiento de un sistema público y de acceso universal constituye, en última instancia, una garantía para la salvaguarda de la dignidad humana pues –en palabras del Tribunal Constitucional– supone un “mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3º).

En segundo lugar, el derecho a la asistencia sanitaria está relacionado con la “justa igualdad de oportunidades”. En efecto, una persona que padece una enfermedad se encuentra en una situación de desventaja respecto de las demás lo que, a su vez, repercute en sus oportunidades de desarrollo personal. Dado que la enfermedad y la discapacidad constituyen restricciones inmerecidas que limitan las oportunidades de las personas, es necesario garantizar el acceso a la asistencia sanitaria para lograr el mantenimiento de las capacidades físicas, emocionales y cognitivas de los beneficiarios lo más próxima a la “normalidad”. Se trata, en definitiva, de una aplicación del mandato de los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y

de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y de “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (artículo 9.2 CE).

Y, en tercer lugar, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros estaría reconocido en Tratados internacionales suscritos por España y que, por tanto, forman parte del ordenamiento jurídico interno (artículo 96.1 CE y 1.5 CC). En este sentido, se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria sin discriminación entre nacionales y extranjeros irregulares en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), en la Carta Social Europea (parte I, apartado nº 11 y 13) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 35) (*vid. supra*). En esta materia, igualmente debemos destacar la Observación General nº 14 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que se afirma que “la salud es un derecho humano y fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” y se incide en la prohibición de “toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo”. Como se puede observar, se trata de compromisos internacionales adquiridos por España que no pueden ser olvidados por la normativa interna aun cuando el legislador goce de margen de maniobra en la configuración del contenido específico del derecho a la asistencia sanitaria. En cualquier caso, esta configuración legal debe respetar un mínimo contenido de tal manera que la organización de los servicios sanitarios no suponga una vulneración *de facto* de la salud de los ciudadanos al no poder ver atendidas sus demandas cuando estén relacionadas con la prevención, tratamiento, curación y rehabilitación de enfermedades.

■ V. La reforma sanitaria en España del año 2012: exclusión de los inmigrantes irregulares

El Real Decreto-Ley 16/2012 ha supuesto una reforma radical de la normativa sanitaria española. En efecto, desde la aprobación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad la prestación sanitaria tenía carácter universal al establecer como titulares del derecho a los españoles y extranjeros que tuvieran establecida su residencia en el territorio nacional. Dicha norma supuso un cambio decisivo por cuanto vinculó el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria a la

persona y no a la condición de afiliación y alta en el Sistema de la Seguridad Social. Posteriormente, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España suavizó el requisito de la “residencia en el territorio nacional” al exigir tan solo que los extranjeros se encontrasen “inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente”. La reforma de la citada norma del año 2009 confirmó la extensión de la asistencia sanitaria a los extranjeros, ya sea por su inclusión en los regímenes de la Seguridad Social, ya sea en su condición de personas sin recursos (Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre). El legislador, considerando el derecho a la protección de la salud como uno de los derechos relacionados directamente con la dignidad de la persona y sabedor de la existencia de extranjeros no residentes, no regularizados o en situación irregular optaba por reconocer el derecho a la asistencia sanitaria de forma tan amplia como a los propios nacionales, con tal de que el extranjero saliese de la clandestinidad e hiciera pública su presencia.³⁵

Tras la entrada en vigor de la reforma sanitaria de 2012, la titularidad del derecho a la salud deja de ser universal para estar supeditada a la condición de asegurado y, por tanto, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos vinculados a la participación en el mercado laboral. El artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud limita la condición de asegurado a cuatro supuestos:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título”.

La consecuencia de esta nueva normativa es la exclusión de todas aquellas personas no nacionales en situación administrativa irregular, es decir, a los inmigrantes “sin papeles”. No obstante, la norma contempla tres excepciones: 1) la atención sanitaria de urgencia “por enfermedad grave o accidente, cualquiera

³⁵ Ángel Luis de Val Tena, “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, núm. 109, 2002, pp. 45-77.

que sea su causa, hasta la situación de alta médica”; 2) la atención sanitaria al “embarazo, parto y postparto”; y 3) los menores de dieciocho años que reciben “asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles” (artículo 3 ter Ley 16/2003).

La modificación normativa fue duramente criticada por organizaciones de la sociedad civil. En este sentido, el día 16 de mayo de 2012 se publicó una declaración conjunta de 35 organizaciones donde se reclamaba el acceso a la asistencia sanitaria como un derecho humano básico y se oponía frontalmente a la creación de un “sistema de salud paralelo” para los inmigrantes irregulares que debilitará los cimientos básicos de los derechos humanos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Asimismo, la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria apelaba a principios de ética profesional de los médicos que obligan a mantener una relación de confianza y no abandono con el paciente que debe prevalecer sobre la obligación de cumplimiento de la nueva normativa. De igual manera, se alertaba de los riesgos para la salud pública por la propagación de enfermedades con el consiguiente colapso de las unidades de urgencias. Por su parte, la Organización Médica Colegial recordó la obligación del médico de atender, en todo momento, a los pacientes independientemente de su situación legal (artículo 6 y 21 del Código de Deontología Médica), pudiendo acogerse a la objeción de conciencia (artículo 32.1 del Código de Deontología Médica).

Una de las finalidades de la reforma del año 2012 era reducir el gasto sanitario mediante la lucha contra el llamado “turismo sanitario” propiciado por extranjeros que acudían a España a recibir asistencia. Por tal motivo, el Real Decreto-Ley hace referencia a un concepto económico (“sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”) lo que se desarrolla en la Exposición de Motivos cuando afirma que “se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias”. Partiendo de este dato, debemos preguntarnos hasta qué punto el ahorro presupuestario puede justificar la exclusión de la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. En este caso, nos encontramos ante un conflicto en el que confluyen dos intereses: 1) por un lado, el derecho a la protección de la salud –y, en consecuencia, a la asistencia sanitaria– de los extranjeros previsto en el artículo 43 CE con su innegable conexión con derechos fundamentales básicos como la vida y la integridad física; y 2) por otro lado, las medidas del Gobierno destinadas a la contención del gasto público como manifestación de su capacidad de dirección de la política interna del país (artículo 97 CE).

Hasta la fecha, no existe un pronunciamiento específico en esta materia por parte del Tribunal Constitucional. Sin embargo, sí debemos examinar el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, que levanta la suspensión que pesaba sobre el Decreto del País Vasco 114/2012, de 26 de junio, que establecía la titularidad universal del derecho a la salud al extenderlo a las personas en caso de “no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título” (artículo 2.3, letra c). El Gobierno recurrió tal normativa autonómica al considerar que invadía competencias estatales en materia de sanidad (artículo 149.1.16 CE) por cuanto modificaba lo establecido la normativa aprobada en abril de 2012 que redefinía la condición de asegurado. El Tribunal Constitucional expone que el caso analizado plantea un conflicto:

“Esa ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE. Esa contraposición también tiene proyecciones individuales puesto que la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual de las personas receptoras de las medidas adoptadas por los Gobiernos estatal y autonómico” (FJ 5º).

Partiendo de este planteamiento, el Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 43 establece el deber de “todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Asimismo, el Tribunal Constitucional reitera la doctrina que establece la vinculación entre el principio rector del artículo 43 CE y el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE lo que permite concluir que “los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles”. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional afirma que en el caso de los “inmigrantes sin permiso de residencia” la privación de la asistencia sanitaria gratuita repercutirá “no solo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la

sociedad”. Estos argumentos conducen al Tribunal Constitucional a levantar la suspensión del Decreto impugnado que extendía la cobertura sanitaria a los inmigrantes irregulares a pesar de que la normativa estatal aprobada hacía pocos meses les había privado de tal derecho. Si bien no constituye un argumento definitivo –se trata de una medida cautelar de suspensión–, lo cierto es que el Tribunal Constitucional reconoce que los argumentos de ahorro presupuestario no pueden justificar una limitación de acceso a la protección de salud. En este sentido, afirma:

“Teniendo en cuenta la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes, así como la importancia de los intereses en juego, y apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita” (FJ 5 *in fine*).

En esta misma línea, debemos citar la STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 12 de abril de 2013 que analizó la reclamación efectuada por un paciente a quien la Administración sanitaria autonómica no le había dispensado un medicamento cuyo coste anual ascendía a más de 350.000 euros, a pesar de haber sido prescrito por facultativos y tratarse de la única opción terapéutica para su patología. En este sentido, la Sala recuerda que el caso enjuiciado plantea un conflicto entre, por un lado, “el derecho a la vida y la integridad física y moral –que integra asimismo el derecho subjetivo individual a la salud personal– y la gestión del soporte económico que haga posible su cotidiana consecución”. La Sala acoge los argumentos del recurrente en los siguientes términos:

“En realidad –a juicio de esta Sala ahora *ad quem* enjuiciadora–, sí se ha producido una vulneración mediata del Art. 15 ab inicio de nuestra Carta Magna por parte de aquella Administración institucional-autonómica, al denegársele *de facto* a dicho paciente promovente y mediante su injustificada inactividad al respecto la dispensación de aquel fármaco inclusive médico- oficialmente

interesado, en cuanto única opción terapéutico-medicamentosa autorizada y homologada en el mercado farmacéutico a fin de precaverle no ya un riesgo vital inherente a las trombosis o aún a los daños colaterales inherentes a la prolongación de la terapia que hasta ahora se le aplica, sino en cuanto única alternativa medicamentosa susceptible de cronificar su rara patología y hacerle llevar una vida prácticamente normal”.

VI. Reflexiones *in fine*

La reforma del año 2012 ha supuesto un giro radical a la normativa sobre asistencia sanitaria cuya consecuencia más palpable ha sido la expulsión de un grupo de personas de la cobertura pública, universal y gratuita del Sistema Nacional de Salud. El legislador ha vinculado la asistencia sanitaria a la condición de asegurado, es decir, a una determinada participación en el mercado laboral cuando desde el año 1986 se venía reconociendo a toda persona con independencia de su nacionalidad o de su situación administrativa.

Es cierto que el artículo 43 CE delega en el legislador la configuración, extensión y límites del derecho a la asistencia sanitaria. Esta facultad puede comprender, entre otros aspectos, la determinación del catálogo de prestaciones que se incluyan en el sistema público pues “solo puede exigirse un contenido mínimo y no todos los contenidos posibles, es decir, no existe un derecho fundamental a disponer de las infraestructuras y técnicas sanitarias mejores del mundo, sino a recibir una asistencia sanitaria suficiente para la tutela del bien jurídico protegido”.³⁶ Sin embargo, este poder del legislador no puede suponer la privación de la titularidad del derecho a un determinado grupo de personas por carecer de residencia legal pues ello supone, en definitiva, una quiebra de la vocacional universal que preside la protección de la salud. En este sentido, debemos recordar que el artículo 43 CE no exige el requisito de la nacionalidad lo que, a su vez, se reitera en los Tratados internacionales suscritos por España en esta materia.

La conexión existente entre el derecho a la protección de la salud, asistencia sanitaria y derecho a la vida/integridad física es un elemento que ha sido menospreciado en la reforma del año 2012. La negación de asistencia sanitaria a una persona enferma afecta a las bases biológicas y psicológicas sobre las que se asien-

³⁶ Guillermo Escobar Roca, “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 71-72, 2008, p. 136.

ta su existencia lo que, a su vez, repercute negativamente en el ejercicio del resto de derechos fundamentales. Se produce una quiebra de la obligación de los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y de “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (artículo 9.2 CE). De esta manera, se vulnera el principio de justa igualdad de oportunidades al impedir que las personas enfermas del colectivo excluido del Sistema Nacional de Salud recuperen las capacidades que les permitan desarrollar de manera autónoma sus propios planes de vida. En definitiva, se discrimina a un determinado colectivo, especialmente vulnerable, por consideraciones puramente administrativas, esto es, la regularidad de su residencia. Asimismo, la reforma de 2012 olvida un dato relevante: la financiación de la sanidad pública se realiza a través de impuestos y no mediante cuotas a la Seguridad Social. Desde este punto de vista, se está privando al inmigrante irregular de la asistencia sanitaria a pesar de que contribuye al sostenimiento del sistema mediante el pago de impuestos indirectos.

Finalmente, debemos señalar que la privación de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares solo encuentra apoyo en una justificación: el ahorro en las cuentas públicas del sistema sanitario. Como hemos señalado anteriormente, este argumento no puede tener cabida en la Constitución por los siguientes motivos. En primer lugar, no se trata de un interés que tenga expreso reconocimiento constitucional más allá de la referencia lejana del artículo 135 al principio de estabilidad presupuestaria que debe regir la actuación de las Administraciones Públicas. Y, en segundo lugar, la importancia de los intereses en juego –integridad física del enfermo y riesgos para la salud del conjunto de la sociedad– posee una importancia singular que –como ha señalado el Tribunal Constitucional– “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico”. No podemos olvidar por otro lado que todos los análisis afirman que el ahorro presupuestario es mínimo y coste del tratamiento no pone en peligro la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. En efecto, lo que realmente encarece el coste no es el incremento de la población atendida, ni siquiera el progresivo envejecimiento de la población con el consiguiente aumento de las enfermedades crónicas, sino la innovación tecnológica.³⁷

En definitiva, la asistencia sanitaria debe ampliarse hasta cubrir a toda la población, incluidos aquellos que todavía no la necesitan, por cuanto, en defi-

³⁷ Sergio Minué Lorenzo, *op. cit.*, p. 21.

nitiva, dicha necesidad se encuentra en el horizonte vital de todos los ciudadanos. La universalidad está relacionada con la titularidad del derecho, no con su ejercicio. Es posible que esta situación se revierta en un futuro no muy lejano. En efecto, tras las elecciones autonómicas y locales de mayo de 2015, varias Comunidades Autónomas (Aragón, Valencia, Baleares y Cantabria) han devuelto la asistencia sanitaria a los inmigrantes supeditándola, básicamente, al requisito de encontrarse empadronado. Tras estos anuncios, el Gobierno central ha manifestado que previsiblemente abordará esta cuestión en el mes de septiembre de 2015 lo que se traducirá en una reforma de la normativa vigente. A tal efecto, el borrador del Gobierno pretende condicionar la asistencia sanitaria al cumplimiento de varios requisitos que serían la necesidad de que lleven empadronados en España al menos seis meses, carezcan de cobertura sanitaria por cualquier otra vía y que la unidad familiar no perciba más de 532 euros al mes.³⁸ Dicha propuesta no ha sido aceptada por las Comunidades Autónomas gobernadas por el PSOE que exigen la derogación del Real Decreto-Ley 16/2012 al considerar que la atención sanitaria integral es un derecho humano básico. Coincidiendo con esta negociación política, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales ha publicado un informe en el que concluye que los Estados Miembros “gastan menos en la atención sanitaria de los migrantes si se tratan antes, en vez de esperar a que necesiten un tratamiento en urgencias”.³⁹ Este estudio, por tanto, contradice uno de los motivos que invocó el Gobierno central para impulsar la reforma sanitaria del año 2012.

³⁸ Véase “Sanidad propone atender a los «sin papeles» que llevan al menos seis meses empadronados”, en: <http://www.elmundo.es/salud/2015/09/02/55e6bb16ca-4741545b8b457d.html> (consultado 6 de septiembre de 2015).

³⁹ Véase “Europa concluye que es más barato dar asistencia sanitaria a los inmigrantes que llevarles a urgencias”, en: http://www.eldiario.es/desalambre/Europa_0_426958266.html (consultado 3 de septiembre de 2015).

INMIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA

Juan Manuel Goig Martínez*

I. El marco constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España

El estudio del estatus de los derechos y libertades de los inmigrantes, la delimitación del contenido, alcance y límites de dichos derechos y libertades, y de la titularidad y ejercicio de los mismos por los inmigrantes, hay que hacerlo partiendo del estudio de los diferentes niveles que los tratan.

Para ello deberemos de partir del marco de convivencia en virtud del cual se reconocen los derechos y libertades: la Constitución española de 1978.

Pero este estudio también exige recurrir a la legislación sobre extranjería; a la legislación orgánica específica de los diversos derechos y libertades; a la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, y al Derecho Convencional Internacional en la materia puesto que, como ha afirmado Alzaga,¹ si la Constitución española se aprobó y está desarrollando su vigencia en una etapa de la Historia de la humanidad en la que la Comunidad Internacional, las Naciones Unidas y los diversos Estados, a través de diferentes

* Profesor de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Político, UNED.

¹ Oscar Alzaga Villaamil *et al.*, *Derecho Político español según la Constitución española de 1978*, t. II Derechos fundamentales y órganos del Estado Madrid, CERA, 1998, p. 54.

Tratados Internacionales están favoreciendo la protección internacional de los derechos humanos, puede resultar contradictorio con el ideal universalista de los derechos humanos el establecimiento de la ciudadanía y la residencia, como principio de exclusión de los derechos a los inmigrantes.

En el caso español, el artículo 13 CE constituye un elemento imprescindible de interpretación,² pero este precepto no es el único marco que debemos de tener en cuenta a la hora de fijar el alcance de los derechos y libertades de que gozan los extranjeros en España. La determinación del estatus constitucional de los derechos de los extranjeros exige interpretar de manera integral el art. 13 CE., entre otros, con los siguientes preceptos constitucionales:

A. *El artículo 10 CE.* El alcance de los derechos y libertades de los extranjeros que reconoce el artículo 13 viene determinado por el artículo 10 CE. El art. 10.1 fundamenta el orden político y la paz social en el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, y a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables e inherentes a la dignidad humana. El art. 10.2 reconoce a los Tratados Internacionales una función interpretadora para las normas que regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional (STC 53/1985), el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 CE, constituye el germen de unos derechos que le son inherentes al ser humano y, dentro del sistema constitucional es considerado como el punto de arranque de la existencia y especificación de los demás derechos.

La dignidad humana se erige en un principio fundamental de la política constitucional que dirige y orienta positivamente y negativamente la actuación de los poderes públicos. Positivamente en la medida en que todos los poderes públicos deberán asegurar el desarrollo de la dignidad humana, y negativamente, porque los poderes públicos deben evitar afectar esta dignidad.³

En lo que al contenido del art. 10.2 CE se refiere, lo que hace la Constitución es reconocer que llegado el momento de interpretar los preceptos de la Constitución sobre derechos y libertades habrá que hacerlo de la forma que mejor se acomode a los Convenios y demás instrumentos Internacionales que sobre

² Art. 13 CE: *Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la ley.*

³ César Landa, "Dignidad de la persona humana", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 7, julio-diciembre, 2002, p. 123.

la materia haya ratificado nuestro Estado. Si los Tratados internacionales constituyen fuente interpretativa para la determinación del alcance y contenido de los derechos y libertades proclamados y reconocidos por la Constitución, y sirven para establecer los perfiles “exactos” de su contenido (STC 28/1991), la forma en que los Instrumentos Internacionales en la materia reconocen y garantizan estos derechos y libertades, se considera esencial para la determinación de su alcance, titularidad y la posibilidad de imposición de límites o restricciones por parte de los poderes públicos.

B. *El artículo 1 CE*. En la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes se encuentran, también, las notas que caracterizan el Estado social y democrático de Derecho. Los derechos derivan, a su vez, de los valores que el art. 1 CE define como “superiores del ordenamiento jurídico”. Como ha indicado Fernández Segado,⁴ no existe ni puede existir dignidad sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Además, estos valores serían indignos si no redundaran a favor de la dignidad del ser humano.

C. *Los mandatos contenidos en el art. 9 CE*. Si la Constitución es la Norma superior del ordenamiento jurídico español (art. 9.1 CE), y los poderes públicos y los ciudadanos están sujetos a ella, y al resto del ordenamiento jurídico, los poderes públicos tienen un deber positivo de dar efectividad a los derechos y libertades (art. 9.2 CE). El artículo 9.2 CE, representa la concreción inmediata de las exigencias implícitas en el Estado social de Derecho proclamada en el artículo 1.1 CE, y contiene un auténtico mandato dirigido a los poderes públicos de realizar una “política de derechos fundamentales”, asumiendo una posición activa en la promoción de los derechos y en la creación de las condiciones que hagan posible su ejercicio efectivo.⁵

Desde la perspectiva del artículo 9.2 CE de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una efectiva

⁴ Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 163. También en el mismo sentido *vid.* “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Madrid, núm. 65, 1995.

⁵ Antonio Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 85.

y real igualdad, los poderes públicos puedan adoptar medidas de acción positiva frente a determinadas discriminaciones (STC 3/1992).

D. *Las vinculaciones derivadas del artículo 53 CE.* La vinculación que impone el art. 53.1 puede ser observada como una “vinculación especial”. Los poderes públicos están sometidos a la Constitución en general, y en especial a los derechos y libertades que reconoce. La garantía del contenido esencial que proclama la Constitución se deriva del art. 10.1, y se convierte en el instrumento más adecuado para dotarles de la eficacia necesaria.

El carácter excepcional con que deberá considerarse toda acción que limite o restrinja un derecho o una libertad reconocida constitucionalmente, supone que toda limitación deberá hacerse sólo por ley, que deberá respetar el contenido esencial del derecho, y deberá estar motivada y justificada, y ser proporcional al fin perseguido.

E. *La forma en que la Constitución contempla cada uno de los derechos y libertades, y su contenido constitucionalmente declarado.*

De lo hasta aquí indicado, podemos deducir que la posición del legislador al regular los derechos y libertades de los extranjeros, se encuentra especialmente sometida e impregnada por la propia Constitución. Cuando el legislador regule un derecho o una libertad deberá tener en cuenta el contenido constitucionalmente declarado, pero además, deberá aceptar las exigencias derivadas de la definición del Estado español como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1); los valores superiores del ordenamiento jurídico, y las facultades que de ellos se derivan; deberá tomar en consideración, por mandato del art. 10.2, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, que forman parte del ordenamiento interno, y, deberá tener en cuenta la especial relación de la dignidad de la persona con los derechos.

Una interpretación integradora de la Constitución, nos llevará a la conclusión, siguiendo a Alzaga,⁶ de que nuestra Norma Suprema ha construido una amplia, generosa, y avanzada defensa y tutela de los derechos de los inmigrantes.

⁶ Oscar Alzaga Villaamil *et al.*, *op. cit.*, p. 53.

II. Tratamiento jurisprudencial y legislativo de los derechos de los inmigrantes en España

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, el TC tuvo oportunidad de pronunciarse y perfilar una doctrina sobre la materia en la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre.

En el Fundamento Jurídico 4 de la citada sentencia, el TC establecía una clasificación de los derechos de los extranjeros, que se ha reafirmado y completado en sentencias posteriores, indicando que: “Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen) y existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.”

Sin embargo, no creemos acertado entender que todos los derechos y libertades a que hace referencia el art. 13.1 sean derechos de configuración legal, ni tampoco que la titularidad y disfrute de derechos y libertades por los extranjeros deba de hacerse, exclusivamente, sobre la base de considerarlos en mayor o menor medida vinculados a la dignidad humana. El propio TC ha establecido que todos los derechos del Título I son derechos constitucionales, y por consiguiente habrá que tener en cuenta cual es el contenido que la Constitución, como parámetro principal, reconoce, y de ahí determinar si su titularidad y ejercicio puede ser configurado por los Tratados y la ley.

La *Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, estableció el régimen de entrada, trabajo y establecimiento, salidas, garantías e infracciones y sanciones del régimen jurídico, así como la situación de los extranjeros y determinados regímenes especiales, pero reguló los derechos y libertades del inmigrante de manera incompleta y de dudosa constitucionalidad.⁷

⁷ Ni la Ley Orgánica 7/1985, que fue declarada inconstitucional por STC 115/1987 de 7 de julio en lo que respecta a las limitaciones contenidas para el ejercicio del derecho de reunión y del derecho de asociación, ni los Reales Decretos 1119/1986 de 26 de mayo y 155/1996, de 2 de febrero, que reglamentaban su ejecución, regulaba adecuadamente los derechos y libertades de los extranjeros ni sirvió para adaptar dicha ley, tanto a la

Más que una ley que regulaba los derechos y libertades de los extranjeros, la Ley Orgánica 7/1985, incidía en los aspectos más puros del derecho de extranjería: el régimen de entrada, permanencia y salida, y las situaciones jurídicas del inmigrante, y trataba de forma sectorial y sectaria los derechos y libertades de los inmigrantes, siendo incapaz de responder adecuadamente a los nuevos retos que los cambios de los flujos migratorios suponían.

La *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, implica la ruptura con la anterior legislación de extranjería y la superación de gran parte de las reticencias con las que tradicionalmente se han venido considerando los procesos migratorios. La Ley Orgánica 4/2000 constituye un intento de equiparar a inmigrantes y españoles no sólo en derechos fundamentales, sino también en los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” sin distinguir, salvo para aquellos para los que se exija, al igual que para los españoles, el cumplimiento de determinados requisitos, en virtud de la situación administrativa, favoreciendo la integración social y luchando contra la discriminación.

La vida de la Ley Orgánica 4/2000 fue efímera. La reforma por *Ley Orgánica 8/2000*, y la reforma subsiguiente de ésta es tan profunda, que viene a modificar el espíritu y la intención con que fue aprobada la Ley Orgánica 4/2000, lo que nos lleva a afirmar que el resultado de esta reforma, es una nueva Ley de Extranjería.

Tras la reforma, que afecta a un 80% de la Ley, no sólo se modifica gran parte del sistema de entrada, salida, permanencia y situaciones de los inmigrantes, sino que se cambia el reconocimiento de derechos a los extranjeros, retornando a una situación muy parecida a la contemplada por la Ley Orgánica 7/1985, recuperando la clara distinción entre los extranjeros dependiendo de su situación administrativa de regularidad. El nuevo texto implicó un claro retroceso respecto al reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros y su filosofía es muy diferente al texto original de la Ley Orgánica 4/2000 puesto que está dirigido a restringir o limitar fuertemente sus derechos y libertades cuando su situación no haya sido regularizada.

cambiante situación de la inmigración en España; a los Tratados Internacionales que el Estado había ratificado en materia de derechos y libertades; como a las exigencias de los nuevos compromisos internacionales adquiridos por España.

En lo que al desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 8/2000 se refiere, la STS de 20 de marzo de 2003,⁸ constituye un elemento importante en aras a corregir determinadas previsiones reglamentarias en materia de extranjería y modifica ciertas peculiaridades sobre la política de inmigración que ha adoptado el ejecutivo al margen de las previsiones constitucionales y legales, declarando nullos de pleno derecho varios artículos reglamentarios, declarados ilegales.⁹

La reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por Ley Orgánica 8/2000, planteó desde el principio serias dudas de inconstitucionalidad sobre su adecuación al estatus constitucional español en materia de derechos y libertades de los inmigrantes. Estas dudas se vieron reflejadas en la presentación de ocho recursos de inconstitucionalidad por supuesta vulneración de preceptos constitucionales reconocedores de derechos fundamentales y libertades públicas. Fue la STC 236/2007, de 7 de noviembre, la primera en resolver dichos recursos y en declarar la inconstitucionalidad de varios de los preceptos. Esta jurisprudencia constitucional ha venido a modificar, de manera completa, el tratamiento que la Ley Orgánica 4/2000, en su versión Ley Orgánica 8/2000 daba a determinados derechos fundamentales y libertades públicas: el Derecho al trabajo, con especial referencia a los derechos fundamentales de sindicación y huelga; el derecho de reunión; el derecho de asociación, el derecho a la educación y el derecho a la tutela judicial efectiva, y las garantías procesales que el art. 24 CE eleva a la categoría de derechos fundamentales.¹⁰

⁸ Recaída en recurso interpuesto por dos asociaciones pro inmigrantes contra el RD 864/2001 de 20 de julio de 2001 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de 2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, reformado por Real Decreto 1019/2006, de 8 de septiembre, que modifica su art. 13), reformada por Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre –en adelante REODYLE.

⁹ En otras dos sentencias, el Tribunal Supremo declara ilegales la regulación de algunos preceptos reglamentarios en materia de extranjería: STS de 10 de junio de 2004, de la Sala Tercera, y de 9 de febrero de 2005, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

¹⁰ Estos criterios fundamentales reconocidos por el TC en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, han sido ratificados por el resto de Sentencias dictadas por el TC a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/2000, en su versión dada por la Ley Orgánica 8/2000: STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007; STC 260/2007, de 20 de diciembre de 2007; STC 261/2007, de 20 de diciembre de 2007; STC 262/2007, de 20 de diciembre de 2007; STC 263/2007, de 20 de diciembre de 2007; STC 264/2007, de 20 de diciembre de 2007, y STC 265/2007, de 20 de diciembre de 2007.

El principal efecto de esta jurisprudencia fue la reforma de la legislación orgánica en materia de extranjería.

La *Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre* de reforma de la *Ley Orgánica 4/2000*, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fue la primera modificación.

Con un calado mucho más profundo, la *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre*, incorpora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción a los artículos que reconocen determinados derechos a los inmigrantes, con independencia de su situación administrativa, e incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas europeas sobre inmigración que estaban pendientes de transposición o que no se habían transpuesto plenamente.

La *Ley Orgánica 4/2000* fue objeto de *una nueva reforma, por Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio*, en los que se introducen modificaciones que afectan a los artículos 31 bis y 59 bis de la *Ley Orgánica 4/2000*, de 11 de enero. La voluntad que el legislador persigue mediante la modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la *Ley* de referencia se concreta en ampliar las medidas de protección que dicha *Ley* reconoce a las mujeres víctimas de violencia de género y a las víctimas de trata de seres humanos que decidan denunciar al maltratador o explotador, respectivamente.

El TC, mediante *STC 17/2013*, de 31 de enero de 2013, se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos introducidos en las reformas indicadas, reconociendo que el tratamiento otorgado a ciertos artículos es inconstitucional.

El desarrollo legislativo de la ley, mediante *Real Decreto 557/2011*, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la *Ley Orgánica 4/2000*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, también ha sido objeto de recurso.

El Tribunal Supremo, mediante *Sentencia 988/2013* de la Sección 3, Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (*Recurso 343/2011*), ha estimado parcialmente el recurso, en algunas medidas que pudieran incidir en derechos fundamentales, como es el derecho de entrada y salida del territorio.

La *Ley Orgánica 4/2000*, ha sido objeto de otras reformas:

- El artículo 12, regulador del derecho a la asistencia sanitaria (*Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*) ha sido modificado, y redactado por la disposición final tercera del *R. Decreto-ley 16/2012*, de

20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones («B.O.E.» 24 abril).

- *La modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 2013 en relación con la protección internacional, ha producido ciertas reformas en la L.O. 4/2000.*
- Respecto al art. 35 L.O 4/2000, que regula la situación de los menores no acompañados, la Sentencia TS (Sala 1ª) de 23 septiembre 2014 (Rec. 1382/2013), fija nueva doctrina jurisprudencial.

El artículo 62 bis de la Ley Orgánica 4/2000, regulador de los derechos de los extranjeros internados en los Centros de Internamiento, ha sido declarado inaplicable por STS (Sala 3ª) de 10 febrero 2015 (Rec. 373/201).

Una última reforma se ha producido a la Ley Orgánica 4/2000. La Disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, al regular el “Régimen especial de Ceuta y Melilla”, añade una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, en virtud de la que se legalizan las devoluciones en frontera.

Sin embargo, “el rechazo en frontera”, denominado vulgarmente “devoluciones en caliente” están prohibidas en el derecho internacional.¹¹ Este sistema de devolución, viola el art. 4 del Protocolo adicional 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros.¹² Las devoluciones colectivas y sin procedimiento alguno son incompatibles con Schengen y violan el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece la prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, incluyendo la prohibición de expulsión de los

¹¹ *Vid.* Informe “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), con fecha 27 de junio de 2014, que, además de indicar la violación del Derecho Internacional, indica la violación del derecho interno español.

¹² Como indica el TEDH, ningún extranjero puede ser expulsado sin que se examine de forma individualizada su situación, y sin tener la oportunidad de hacer valer sus argumentos. (*STEDH de 5 de febrero de 2002 Caso Conka c. Bélgica*, y *STEDH de 27 de febrero de 2012 Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia*) En otras ocasiones, como *STEDH Caso Georgia v. Rusia*, de 03 de julio 2014, y *STEDH, 21 de octubre de 2014 Caso Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, el TEDH ha entendido también violados los artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), y 13 (derecho a los recursos efectivos) de la CEDH.

extranjeros en un país respecto del que existan motivos suficientes para pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes.¹³ En términos similares se pronuncia el art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE al establecer que “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un estado que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.¹⁴

Las devoluciones en caliente también afectan, de forma preocupante, al Derecho de Asilo, por cuanto impiden cualquier alegación y tratamiento individualizado de los ciudadanos interceptados e imposibilitan el ejercicio de este derecho, de acuerdo con lo regulado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria, que establece los aspectos básicos a los que las personas que se encuentran ilegalmente en el territorio de un país tiene derecho.

III. Delimitación constitucional del alcance y contenido de los derechos de los extranjeros en España

1. Planteamientos previos

La determinación de la posición jurídica de los extranjeros, según la cual, a partir de los arts. 10.1 y 13 CE, como hemos estudiado con anterioridad, ha llevado al

¹³ STEDH de 11 de enero de 2007, Caso *Salah Sheekh c. Países Bajos*, STEDH de 19 de diciembre de 2013 Caso *N.K. c. Francia*, entre otras.

¹⁴ Igualmente, podríamos considerar que se atenta contra diversa normativa internacional: la Directiva de Asilo 2005/85/CE que obliga a las autoridades a proporcionar garantías legales a todo demandante como la asistencia jurídica y el derecho a un intérprete; la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su art. 18 garantiza el pleno ejercicio del derecho de asilo y su art. 19. 1 que expresamente dispone “se prohíben las expulsiones colectivas”. La Directiva de retorno 2008/115/EC exige a los estados Miembros de la unión Europea la existencia de sistemas justos y eficaces que garanticen el derecho de asilo. La Convención de Ginebra establece respecto a la expulsión del refugiado en su art. 32 que únicamente se efectuará en virtud de una decisión conforme a los procedimientos legales vigentes, por tanto debe contar con protección jurídica efectiva. El Estatuto de los Refugiados aprobado por el protocolo de 31 de enero de 1967 aplica la Convención de ginebra de la ONU a todos los refugiados más allá de la fecha límite establecida en 1951, y quedaría afectado por la práctica de dichas devoluciones. El Pacto internacional de Derechos civiles y políticos que garantiza el derecho a recurrir, el acceso a un procedimiento de expulsión y a la asistencia jurídica con intérpretes.

TC, en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, a establecer una distinción tripartita que se basa en la distinta libertad del legislador al que remite el art. 13.1 CE para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado. Así, una interpretación sistemática del repetido precepto constitucional impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2), dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no, pues ha de tenerse también presente la conexión del derecho fundamental afectado con la garantía de la dignidad humana. Por otra parte, existen en ese título derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que contiene), prohibiendo la misma Constitución (art. 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros (en este sentido, por todas STC236/2007, de 7 de noviembre, FFJJ 3 y 4).

Así pues, es posible afirmar que, como se deduce de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, existen derechos que, en tanto que inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros; igualmente existen derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el 13.2 CE, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y, finalmente, un tercer grupo serían aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Por tanto, el punto de partida para la determinación del estatus jurídico del inmigrante en materia de derechos y libertades, ha de venir dado por la constatación de que, como recuerda la STC 236/2007, de 27 de noviembre, FJ 4, el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Los parámetros constitucionales estudiados, la doctrina del Tribunal Constitucional, el Derecho Internacional en materia de derechos humanos, la Legislación de extranjería y las leyes orgánicas reguladoras de los derechos reconocidos constitucionalmente, nos llevaría a establecer una clasificación de los derechos y libertades de que son titulares los inmigrantes.

2. *Ámbito de derechos y libertades de los inmigrantes en España*

De acuerdo con la Constitución y con la jurisprudencia del TC, podemos afirmar que los extranjeros son titulares de derechos y libertades constitucionales, aunque con distinto alcance. Así podemos distinguir:

A. Derechos de configuración constitucional plena

Los extranjeros son titulares, y los podrán ejercer en las mismas condiciones que los nacionales –con independencia de que tengan o no regularizada su situación administrativa– sin que, por lo tanto, las posibles leyes de desarrollo puedan establecer limitaciones específicas para ellos, de los siguientes derechos y libertades:

1. Derecho a la vida (art. 15.1) (STC 53/1985, de 11 de abril).
2. Derecho a la integridad física y moral (art. 15.1) (STC 107/1984, de 23 de noviembre).
3. Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1) (STC 107/1984, de 23 de noviembre).
4. Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17.1) (STC 115/1987, de 7 de julio ; STC 233/1993, de 12 de julio).
5. Derecho a la intimidad personal y familiar; a la propia imagen y al honor (art. 18.1) (STC 231/1988, de 2 de diciembre).
6. Derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2).
7. Derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3).
8. Derechos de libre expresión y de información (art. 20.1) (STC 62/1982, de 15 de octubre).
9. Derecho de reunión (art. 21). El Tribunal constitucional, sin vincular este derecho a la dignidad, en STC 115/1987, de 7 de julio, ha reconocido que: “El artículo 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a di-

ferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los españoles, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos.”

La definición constitucional del derecho de reunión realizada por la jurisprudencia y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, determina su reconocimiento a los extranjeros sin distinción por situación administrativa (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

10. Derecho de asociación (art. 22). El Tribunal Constitucional ha admitido que: “de acuerdo a sus propios términos, el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación”, considerando el contenido de dicho precepto “un mandato constitucional” (STC 115/1987, de 7 de julio).

La Constitución y los tratados internacionales lo “proyectan universalmente” y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

11. Derechos reconocidos en el art. 24 CE. (STC 99/1985, de 30 de septiembre –criterio mantenido en otras: SSTC 144/1990, de 26 de septiembre; 116/1993, de 29 de marzo, 242/1994, de 20 de julio, STC 36/2006).
12. Principio de legalidad penal (art. 25).
13. Cuando se encuentre en prisión, el inmigrante disfrutará de los derechos inherentes a su condición, en los mismos términos que la población reclusa nacional.
14. Derecho a la educación (art. 27). De acuerdo con el tenor literal del art. 27, “Todos tienen derecho a la educación” (art. 27.1), constituyendo este derecho de “todos a la educación” una obligación de garantía para los poderes públicos (art. 27.3.) La consideración de la educación como un derecho fundamental del que disfrutarán, tanto los nacionales, como los extranjeros, no solo derivará de su estrecha vinculación con la dignidad, sino por el propio precepto constitucional que manifiesta que la educación “tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad

humana “, que según el art. 10.1, constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (STC 236/2007, de 7 de noviembre)

15. Cuando los inmigrantes ostenten la condición de trabajador, serán titulares de los derechos de sindicación y de huelga, en las mismas condiciones que los españoles (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

B. Derechos de reconocimiento limitado. Los diversos ámbitos de titularidad y ejercicio.

En este segundo grupo de derechos de los que pueden ser titulares los inmigrantes, nos encontramos ante derechos que la Constitución vincula a la nacionalidad y a la ciudadanía y que, en un primer momento, puede dar la impresión de que se refieren u otorgan exclusivamente a los españoles. A esta categoría de derechos y libertades se les podría aplicar la consideración de “derechos de configuración legal”, de forma que la ley puede considerar como titulares de los mismos a los extranjeros, o no, o incluso reconociendo tal titularidad añadir un plus de limitación a su ejercicio por los extranjeros. Dentro de esta categoría podríamos distinguir:

a) Los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I que la Constitución reconoce expresamente a los españoles: el derecho a elegir libremente la residencia; a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España, y el derecho de petición, derechos y libertades respecto de los que habrá que tener en consideración su regulación constitucional, convencional y legislativa.

- El derecho a entrar y circular libremente por el territorio nacional, y el consiguiente derecho a residir entro de éste, según ha afirmado el TC (STC 94/1993, de 22 de marzo):
“no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana... ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales, al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por las citadas sentencias..., es pues, lícito que las leyes y los Tratados modulen el ejercicio de tales derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella.”

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 inmigrantes que por disposición de una ley o de un Tratado, o por autorización concedida por la 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 las que determinen los tratados y las leyes a los que se remite el art. 13.1 CE*” (SSTC 94/1993, de 22 de marzo; 116/1993, de 29 de marzo, 242/1994, de 20 de julio).¹⁵

- El derecho fundamental de petición, es atribuido por el artículo 29 CE. a “los españoles. La Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, hace una delimitación del ámbito subjetivo de los titulares del derecho de petición de forma extensiva, entendiéndose que abarca a cualquier persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, y de su situación de regularidad, como cauce de expresión en defensa de intereses legítimos y como participación ciudadana en las tareas públicas (art. 1 LORDP).

b) Derechos y deberes de los ciudadanos (Sección 2ª del Capítulo II, Título I)

Debemos de afirmar que el reconocimiento de los derechos que se incluyen en esta Sección no es uniforme, y por lo tanto su tratamiento no puede ser generalista, ya que junto a derechos que se reconocen con fórmulas generales (“todos”; “se reconoce”, o “el hombre y la mujer”), aparecen derechos reconocidos a “los españoles”. Por tratarse de derechos constitucionales, habrá que observar, en un primer momento, cual es el tratamiento que les otorga la propia Constitución, y también ver cómo han sido considerados por el Derecho Internacional para poder comprender cuál es el alcance de su ejercicio por parte de los inmigrantes:

1. Los inmigrantes que se encuentren en territorio español son titulares, aunque su ejercicio está sometido a la forma, alcance y contenido de las leyes que lo re-

¹⁵ El Tribunal Supremo, por su parte, se ha pronunciado a favor del derecho a la libertad de residencia de los extranjeros, entendiéndose que es un derecho fundamental, y no como una concesión discrecional de la Administración (SSTS de 3 de noviembre de 1981, de 3 de marzo de 1984), así como el derecho a la libre circulación no sólo a los inmigrantes que se encuentren en situación de regularidad (STS de 29 de marzo de 1988).

gulan, en la misma forma que los españoles, y de acuerdo con lo establecido en los Tratados Internacionales, del derecho a contraer matrimonio, sin que puedan ser invocados elementos culturales castigados penalmente en España, como la bigamia.

2. Los inmigrantes que se encuentren en territorio español también serán titulares, en la forma en que establezcan las leyes, que podrán establecer requerimientos adicionales para los extranjeros, aunque siempre de acuerdo con lo que disponga el Derecho Convencional, de los siguientes derechos:

- El derecho a la propiedad privada y a la herencia.
- El derecho a la libertad de empresa (art. 38)
- El derecho de fundación (art. 34).
- El derecho al ejercicio de profesiones tituladas (art. 36) que exigirá el previo reconocimiento y convalidación de los títulos otorgados por Universidades extranjeras.
- El derecho de defender España (art. 30) formando parte del ejército profesional.

3. Del derecho al trabajo en España son titulares, en principio, sólo los españoles. El legislador puede reconocerlo a los inmigrantes, pero por tratarse de un derecho de configuración legal, puede establecer diferencias entre ciudadanos nacionales e inmigrantes, cabiendo tantos modelos regulatorios como considere oportunos. Así puede establecer los requisitos que considere oportunos (autorización administrativa; permiso de residencia, etc.), también puede fijar las excepciones que considere precisas; puede limitar el permiso de trabajo a un determinado territorio, sector o actividad; o puede condicionar la concesión del permiso de trabajo a factores tales como la situación interna de empleo.

Ahora bien, si ello es así, también lo es:

- Que dichas medidas no pueden ser concedidas o establecidas arbitrariamente por la Administración, sino que las condiciones, limitaciones, restricciones o requisitos para el acceso al mercado de trabajo deberán estar reguladas por vía legislativa y en cumplimiento del principio constitucional de seguridad jurídica.
- Que en los procedimientos que a ley establezca con relación a la contratación de trabajadores inmigrantes, deberán cumplirse todas las ga-

rantías legales, y que su denegación deberá estar suficientemente motivada, y podrá ser recurrida por el solicitante cuando se trate de causas admitidas.

- Que una vez iniciada la relación laboral de acuerdo con lo que disponga la ley, debe regir el principio de paridad de tratamiento entre todos los trabajadores, no siendo admisible la discriminación, paridad de tratamiento que se debe mantener para los derechos que se reconozcan, incluso cuando se extinga esta relación jurídico-laboral.

c) Existe un tercer grupo de preceptos, que reconocen la mayor parte de los derechos sociales, de protección a la salud y los asistenciales, que integran el Capítulo III del Título I “De los principios rectores de la política social y económica”.

Independientemente de cuál sea la posición jurídico-constitucional de estos principios, y teniendo en cuenta el distinto alcance y contenido de los numerosos principios enumerados, no puede predicarse que todas las normas contenidas en el Capítulo III, sean predicables sólo de los españoles, puesto que los supuestos admiten variación. Así podemos distinguir entre:

- Principios o mandatos, en los que la actuación de los poderes públicos –en especial del legislativo– no puede discriminar a los inmigrantes por su condición de tal, y por consiguiente, éstos deberán beneficiarse de ellos en las mismas condiciones que los nacionales:

1. La obligación de los poderes públicos de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte y las actuaciones tendentes a facilitar la adecuada utilización del ocio (art. 43.3)
2. La promoción y tutela por parte de los poderes públicos del acceso a la cultura en a la que “todos” tienen derecho (art. 44.1) y la promoción de la ciencia y la investigación en beneficio del interés general (art. 44.2)
3. El disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales (art. 45).
4. La garantía de la defensa de los consumidores (art. 51)

Existen otros principios que reconocen derechos sociales y que la Constitución parece vincular a la ciudadanía, y en otros casos a la nacionalidad, cuya atribución a los inmigrantes puede plantear mayores dudas. Se trata del mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social

para todos los “ciudadanos” (art. 41); del derecho a la protección a la salud mediante medidas preventivas, prestaciones y servicios (art. 43); del establecimiento de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración a los disminuidos (art. 49); de la garantía de la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas (art. 50) y del derecho de todos “los españoles” al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47). Entendemos que al no tratarse de verdaderos derechos subjetivos para los propios nacionales, sino que necesitan leyes que los desarrollen, deberán ser estas leyes, y los Tratados Internacionales, las que determinen si su titularidad se extiende o no a los extranjeros.

- Respecto a la *protección de la salud*, la propia Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril reconoce que los extranjeros residentes son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en condiciones idénticas a las de los españoles (art. 1.2). Respecto a los inmigrantes no residentes, tendrán garantizado este derecho en la forma que establezcan las leyes y los Convenios Internacionales (art. 1.3 Ley General de Sanidad), derecho que, de acuerdo con la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero, se reconoce, junto a los demás servicios públicos, a los menores extranjeros que se encuentren en España, cualesquiera que sean las circunstancias de su estancia en España.

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad de sus prestaciones, afecta a la población inmigrante. Para ello modifica la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del SNS (artículo 3).¹⁶ El Real Decreto-ley de 2012 elimina la tarjeta sanitaria a los inmigrantes en situación irregular, y limita la asistencia sanitaria

¹⁶ De acuerdo con la nueva normativa, no basta con estar empadronado para tener derechos a determinadas prestaciones sanitarias básicas, será necesario acreditar ser trabajador o pensionista, o desempleado inscrito. El resto de inmigrantes podrá ser beneficiario, si acredita no superar un límite de ingresos y resida en España. Podrán así mismo tener la condición de asegurado pagando una cuota o contraprestación.

Las prestaciones básicas sanitarias de que podrán disfrutar son: cobertura en la asistencia de urgencias hasta el alta, asistencia por maternidad (embarazo, parto y postparto) y cuidados de los niños. Los niños de padres en situación irregular menores de 18 años, recibirán asistencia sanitaria primaria, hospitalaria y consulta con especialistas, con las mismas prestaciones que los ciudadanos españoles.

pública y gratuita a los inmigrantes irregulares a los tratamientos de urgencia, excepción hecha de los menores y de la mujer embarazada. El Gobierno ha anunciado en abril que volverá a reconocer a los inmigrantes irregulares la asistencia sanitaria ambulatoria.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha solicitado al Estado español que asegure el acceso a los servicios de salud de todas las personas que residen en el Estado, cualquiera que sea su situación legal, en consonancia con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias. Por su parte, el Comité europeo de Derechos Sociales de Estrasburgo, ha manifestado que España incumple el art. 13 de la Carta Social Europea, relativo al derecho a la asistencia apropiada para toda persona en estado de necesidad.

*d) También los inmigrantes son titulares de un derecho esencial como es el derecho a una identidad diferente en virtud del cual pueden ejercer y manifestar su identidad religiosa, lingüística y cultural.*¹⁷ Se trata de un derecho reconocido internacionalmente. El PIDCP de 1966, reconoce en su art. 27: “En los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negarán a las personas que pertenezcan a dichas minoría el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural; a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. A pesar de que pueda parecer que se trata de un derecho vinculado a las propias minorías nacionales de los Estados, el Comité de Derechos Humanos del Pacto, en la Observación General n° 23(50) de 6 de abril de 1994 sobre el artículo 27, indica que para la protección de los miembros de las minorías no es indispensable que sean ciudadanos del Estado Parte en el que viven o se encuentran.¹⁸

¹⁷ Fernando M. Marino Menéndez, “Protección de las minorías y de sus miembros en el Derecho Internacional y en Europa”, en María Eugenia Rodríguez Palop y Andrés Tornos coords., *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, España, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pp. 68 y ss. (Colección Sociedad, Cultura y Migraciones)

¹⁸ De esta forma, los inmigrantes que se encuentren en territorio español son titulares de los siguientes derechos:

a) En relación con el derecho a su identidad religiosa: a) Profesar las creencias religiosas que libremente elijan o no profesar ninguna (art. 2 Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR); b) Manifestar libremente sus propias creencias religiosas con las limitaciones que marca la Constitución (art. 2 LOLR); c) Practicar los actos de culto; recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales (Código Civil, arts. 49, 59 y 60); recibir sepultura y no ser obligado

IV. El derecho a la reagrupación familiar

Se trata de un derecho que está reconocido por vía convencional, pero como derecho que dimana indirectamente del derecho a la vida familiar y de la protección a la familia, reconocido en todos los tratados Internacionales en materia de derechos y libertades, en especial aquellos relativos a los derechos del menor y de los trabajadores y trabajadores migrantes, y reconocido jurisprudencialmente por el TEDH por conexión con el derecho a la vida familiar que proclama y reconoce en el art. 8 del CEDH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia”.

También en cuanto se refiere al ámbito comunitario, como ha manifestado el TJCE, el ámbito de lo familiar, y su defensa o preservación, constituye una preocupación constante, constituyéndose en un derecho fundamental que forma parte amplia del Derecho Comunitario (STJCE, de 18 de mayo de 1989, caso *Comisión c. RFA*).

Existe, por consiguiente, en el ordenamiento Internacional en materia de derechos, un “derecho a la protección de la familia”, del cual parece deducido el derecho a la reagrupación familiar, como elemento determinante del derecho a la vida en familia que formaría parte del contenido del derecho a la protección familiar.

a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones (art. 2 LOLR).

b) En relación con el derecho a su identidad cultural y religiosa y como contenido del derecho a la educación: a) Los padres tienen el derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 2 LODE; Disposición Ad. 2ª LOGSE y RD sobre enseñanza de la religión 2438/1994); b) Los alumnos tienen derecho a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales (art. 6 LODE); c) Derecho a que se respete su identidad y dignidad personales; d) Derecho a asociarse (art. 7 LODE); e) Derecho a que la educación favorezca el pleno desarrollo de la personalidad y les prepare para participar activamente en la vida social y cultural (art. 2 LODE); f) Derecho a la libre expresión y a la libre producción artística. En materia educativa, el contenido se entiende con las modificaciones que pueda establecer la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

c) En relación con el derecho a su identidad lingüística: a) Derecho a usar la lengua propia en privado; b) Derecho a intérprete y traducción en juicio, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión.

En el sistema de derechos europeo, el derecho a la reagrupación familiar, se manifiesta como un derecho activo a la reagrupación familiar que se traduce en el derecho de un extranjero a traer consigo (reagrupar) a determinados parientes al Estado en el cual vive, pero también como un derecho pasivo que implica que el Estado no lo podrá desconocer, salvo en contadas situaciones.¹⁹

Nos encontramos ante un derecho configurado, en virtud de la proyección constitucional en España, de acuerdo con los arts. 10.2 y 96.1CE, de los Tratados Internacionales en materia de derechos y libertades –especialmente deducido del Derecho Internacional, en concreto del art. 8.1 CEDH, de cuya interpretación, la jurisprudencia del TEDH ha venido a limitar la actuación de los Estados a la hora de dictar normas sobre entrada y residencia de extranjeros–²⁰ y de la doctrina elaborada por órganos jurisdiccionales supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y cuyo reconocimiento legislativo, lo eleva a la categoría de derecho con todas las garantías que ello supone desde el punto de vista constitucional, pero lo define como *derecho de configuración legal* –con las limitaciones que para el propio legislador pueda implicar el contenido convencional y el Derecho Comunitario–, y que se convierte en elemento necesario e indispensable para la integración de los inmigrantes.

En su intento de equiparar a inmigrantes y españoles en los llamados “derechos económicos, sociales y culturales”, la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconoce, y distingue, como pertenecientes a categorías distintas, expresamente el derecho fundamental a la intimidad familiar y a la vida en familia, y eleva a categoría de derecho, como parte del contenido de este derecho a la vida familiar, el derecho de determinados familiares (art. 17) a obtener la residencia en España para reagruparse con el residente (art. 16), alineándose así la Ley, con la consideración del TEDH de que para el desarrollo de la persona es necesario no ser privado de la dimensión familiar, derecho que ha sido defendido en numerosas ocasiones frente a decisiones administrativas de expulsión (STEDH, de 18 de febrero de 1991,

¹⁹ Elena López Barba y Daniel Ignacio García San José, “El Derecho a la reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el CEDH: un análisis crítico”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pp. 67 y 68.

²⁰ Marcos Francisco Massó Garrote, *Nuevo Régimen de Extranjería*, Madrid, La Ley, 2001, p. 178.

Caso Moustaquin vs Bélgica; STEDH de 19 de febrero de 1996, *Caso Gull vs Suiza*; STEDH, de 26 de septiembre de 1997, *Caso El Bujaidi vs. Francia*).

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de 2009, introduce en su Título I la nueva regulación que se da al derecho de reagrupación familiar; el cambio fundamental que se introduce es que los beneficiarios de la reagrupación, en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear; la novedad en este caso es que, dentro de esta categoría de familiares, se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal, y que a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. En cambio, esta reforma lleva a que la reagrupación de los ascendientes se limite, como norma general, a los mayores de sesenta y cinco años, previendo que puedan existir razones humanitarias que la permitan con una edad inferior.

■ V. Integración y derechos políticos de los inmigrantes en España: el derecho de sufragio

El reconocimiento de los derechos de ciudadanía es un elemento básico en la integración de los inmigrantes, puesto que evita la discriminación entre los que pueden y los que no pueden votar. Al reconocimiento de los derechos laborales y sociales debe sucederle el reconocimiento de los derechos políticos.

Está claro que el hecho de que los inmigrantes no puedan participar en la elección de quienes legislan, implica que éstos se interesen en menor cuantía por ello, por lo que se ahonda en la diferenciación y colateralmente en la discriminación. Permitir a los inmigrantes el voto es coherente con la propia democracia que aboga por la igualdad y el respeto a los demás.

La participación política de todos quienes se residen legalmente en un país es, sin duda, un instrumento que facilita la integración de la sociedad. Su participación como electores y elegibles en los comicios los convierte en actores de su entorno inmediato, promoviendo su implicación en la vida pública y, muy probablemente, una actitud de mayor consideración por parte de algunos líderes políticos.

Tanto el derecho Internacional General como los Tratados o Convenciones humanitarias carecen del reconocimiento del derecho al voto de los extranjeros, en la consideración tradicional de vincular el derecho a participar en la vida política de los Estados con el concepto de ciudadanía, y ello puede observarse en

el art. 21 de la DUDH; art. 25 del PIDCP; art. 16 CEDH; y el art. 23 CADH. No obstante, en el *Derecho Comparado* encontramos muy diversas regulaciones.

Conforme al art. 23 CE, del derecho de participación, sólo los ciudadanos son titulares (STC 63/1987). Por su parte, el artículo 13.2 de nuestra Constitución especifica que *“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”*, y la nueva redacción dada a la LO 4/2000, por la LO 2/2009 dispone que *“Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley”*.

Del articulado de nuestra Constitución y de las leyes de desarrollo en materia de régimen electoral, el derecho de sufragio activo corresponde a los españoles, mayores de edad, que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos de incapacidad para el ejercicio de dicho derecho, previstos en el artículo 3 LOREG. Hay dos excepciones a esta norma, que se aplican en otros procesos electorales:

- En las elecciones al Parlamento Europeo, pueden también votar los ciudadanos de la UE residentes en España que manifiesten su deseo de ejercer el derecho de voto en nuestro país.
- En las elecciones municipales, pueden votar, en las condiciones citadas, los ciudadanos de la UE residentes en España, así como los de los países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales y se haya firmado un Tratado de reciprocidad.

En el debate interno actual sobre el reconocimiento del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes en España, es preciso optar, bien por la reforma constitucional del art. 13, bien por el establecimiento de un sistema de convenios internacionales en la materia.

Si se opta por este último proceso, para que los extranjeros residentes no comunitarios puedan ejercer su derecho al voto, el Gobierno deberá cerrar acuerdos internacionales con los países de origen en un número elevado, y los problemas pueden ser muchos y de muy variada naturaleza. Optar por la puesta en práctica de una política de incrementar el número de acuerdos de reciprocidad presenta ventajas e inconvenientes. La principal ventaja que se puede destacar es la de evitar tener que realizar la reforma constitucional, y, por tanto, la aparente

sencillez. Los inconvenientes principales son: en primer lugar, el importante número de acuerdos que debe firmar el Gobierno para que el derecho de sufragio se puede ejercer por los inmigrantes; en segundo lugar, y quizá el más grave, radica en que existen distintos países que no reconocen el derecho al sufragio a los extranjeros y que no han adoptado un sistema democrático de gobierno

La reforma constitucional consistiría en la simple supresión de la exigencia de reciprocidad, de modo que los extranjeros puedan votar en las elecciones municipales de acuerdo con las condiciones que establezca la ley electoral. La principal desventaja que tiene la reforma constitucional, aun cuando el proceso constitucional de reforma sería la reforma sencilla del art. 168, sería poner de acuerdo a distintas fuerzas parlamentarias en un aspecto, como es la inmigración, en el que el uso partidista ha sido una constante.

■ VI. ¿Existe igualdad por razón de nacionalidad?

A la vista del estatus de los inmigrantes en materia de derechos y libertades que acabamos de estudiar cabe preguntarnos por las cuotas de igualdad entre españoles y extranjeros en el ámbito de derechos.

La Constitución no proclama la igualdad formal entre españoles y extranjeros en materia de derechos y libertades, pero no es menos cierto que el contenido, alcance y titularidad de todos los derechos no puede ser configurado por los Instrumentos Internacionales sobre la materia o por la ley, puesto que son derechos constitucionales, por ello, la remisión general realizada por el art. 13.1 CE a los Tratados y a la ley, no puede ser aplicada con esta generalidad que parece derivarse del precepto constitucional.

Los extranjeros no son iguales que los nacionales en derechos y libertades, pero esta falta de igualdad no implica desconocer respecto a los no nacionales la titularidad de derechos y libertades. Los no nacionales que se hallen en territorio español, por encontrarse bajo la jurisdicción del Estado español, son titulares de derechos fundamentales y de libertades públicas que pueden ejercer en las mismas condiciones que los españoles, y a los que, paralelamente, les serán de aplicación las mismas modulaciones o limitaciones, titularidad que proviene de la propia Constitución.

El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pero este tratamiento legal desigual tiene un límite que consiste en la no discrimi-

minación, es decir, en el hecho de que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable.

Aunque la referencia a una posterior modulación legal ha de tener siempre presente la existencia de ciertos derechos constitucionales en los que no se admite la posibilidad de añadir “*un plus de restricción*”, el legislador, por estar autorizado constitucionalmente según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueda exigir la estancia regular del inmigrante para permitir el ejercicio de ciertas libertades y derechos, de los que, no obstante, el inmigrante es titular.

El criterio de residencia legal no puede exigirse de manera general porque existen derechos que el Tribunal Constitucional ha vinculado estrechamente y sin condicionamientos, con la dignidad del ser humano y, por consiguiente, el legislador no puede limitarlos, restringirlos o modularlos a los inmigrantes sin limitar, restringir o modular su dignidad. Pero junto a ellos, existen otros derechos y libertades respecto a los que se pueden imponer ciertas limitaciones, y entre ellas, la de residencia legal para su ejercicio.

Los inmigrantes irregulares, al igual que cualquier persona, y precisamente por esta condición de persona, son acreedores de unos derechos, cuya titularidad, ejercicio y tutela nadie les puede negar puesto que conforman su dignidad, pero la propia situación de irregularidad no puede dar lugar a una situación de privilegio, lo que provocaría discriminación respecto a los extranjeros regularizados, y puede exigir el establecimiento de limitaciones especiales en el ejercicio de ciertos derechos. El legislador puede proceder a reconocer una equiparación de ciertos derechos por propia voluntad, pero puede imponer el cumplimiento de determinados requisitos para poder ejercer determinados derechos y libertades para evitar que se generen conflictos y para dar cumplimiento al mantenimiento del orden político y la paz social, cuyo mantenimiento se convierte en mandato para los poderes públicos, y en este sentido, exigir que la situación del inmigrante en territorio español lo sea conforme a lo que establece la ley, en este caso la Ley de Extranjería, está más que justificado.

La necesidad de que el inmigrante haya obtenido la autorización de estancia o residencia en España para ejercer determinados derechos constituye una medida acorde con la Constitución y con el Derecho Convencional y el Derecho Comunitario, con los que se pretenda salvaguardar la sociedad democrática, la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, pero además, el mantenimiento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) exige medidas adecuadas a su consecución a través del respeto de sus fundamentos, entre los que se encuentra el “respeto a la ley”.

Si la legislación sobre extranjería constituye el cauce en virtud del cual se establecen los requisitos de entrada, permanencia, residencia y salida de los inmigrantes, es indudable que éstos deberán cumplirse para que aquéllos se encuentren en una situación de protección respecto a todos sus derechos constitucionales, de manera que el incumplimiento de estos mismos requisitos no tiene porqué situar al inmigrante en una situación de paridad absoluta respecto a los que sí la cumplen.

Como ha indicado el TC, (STC 236/2007, de 7 de noviembre), el art. 13.1 CE no dice, en efecto, que los extranjeros dispongan de los mismos derechos que los españoles, siendo precisamente ese precepto el que “en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales” [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3 b)]. Se trata de derechos de los cuales los extranjeros gozarán “en España”, “presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo [el art. 13.1 CE]” (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 6). Al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia ya que puede modular las condiciones de ejercicio “en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros”, si bien aquella libertad “no es en modo alguno absoluta” (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3).

EL ACERVO EUROPEO REFUNDIDO DEL SISTEMA DE ASILO Y SU CONTEXTUALIZACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Marina Vargas Gómez-Urrutia*

I. Introducción

Desde principios de los años noventa, el flujo de personas que solicitan la protección internacional en el seno de la UE ha ido aumentando hasta el punto que los Estados miembros para hacer frente a estas demandas decidieron desarrollar algunas soluciones comunes.¹ Es innegable que

* Marina Vargas Gómez-Urrutia. Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Observación. Este trabajo de investigación se finalizó el 15 de octubre de 2015. No se recoge, por tanto, la aplicación de las medidas de la Comisión Europea en la gestión de la llamada crisis de los refugiados ni las posibles modificaciones al SECA que se están anunciando por parte de las instituciones comunitarias ante esta misma situación. Se da cuenta de la normativa vigente a octubre de 2015.

¹ Según datos del ACNUR, en 2014 se registraron 866,000 solicitudes de asilo, unas 269,400 más que el año anterior (+45%). Europa recibió 714,300 solicitudes, un 47% más que en 2013 (485,000 solicitudes). Los 28 Estados miembros de la Unión Europea (UE) registraron 570,800 solicitudes de asilo en 2014, un 44% más que en 2013 (396,700). El conjunto de los Estados de la UE recibió el 80% de todas las nuevas solicitudes de asilo presentadas en Europa. Alemania y Suecia recibieron, respectivamente, el 30% y el 13% de las solicitudes de la UE. En cuanto a las diferentes regiones de Euro-

el conjunto de principios comunes adoptados en el nivel europeo tiene un alto valor humanitario. Sin embargo, los resultados alcanzados distan de ser eficientes como ya puso de relieve el ACNUR en su Informe de 2010.² La llamada crisis de los refugiados de 2015 ha sido sin duda la piedra de toque de las ineficiencias del sistema ante la negativa de algunos Estados Miembros de aplicar la legislación europea que les obliga.³

Este trabajo de investigación tiene por finalidad exponer la legislación de asilo europea refundida en 2013 y su contextualización en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos Humanos. La normativa europea en materia de protección internacional de los solicitantes de asilo plasma en un entramado de instrumentos jurídicos que, agrupados bajo la denominación Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), establece una armonización (parcial) de la normativa interna de los Estados miembros en esta misma materia. La legislación modificada (“paquete de asilo” *refundido*⁴) incluye la refundición de la Directiva de procedimientos de concesión de la protección internacional y del asilo⁵ y

pa, los cinco países nórdicos, que recibieron 106,200 solicitudes de asilo en 2014, informaron de un aumento global del 36% de los niveles de asilo anuales. Este incremento fue especialmente significativo en Suecia (+38%) y Dinamarca (+96%). Suecia, que contó con el segundo nivel más alto registrado al recibir 75,100 solicitudes de asilo, fue el principal país de destino, con el 70% de las nuevas solicitudes registradas en esta región.

² Véase *Proyecto de investigación de ACNUR sobre la aplicación de las disposiciones clave de la Directiva de procedimientos de asilo en determinados Estados miembros*, ACNUR, 2010. Disponible en: http://www.acnur.es/PDF/7399_20120830130348.pdf

³ La Comisión ha abierto más de 40 procedimientos de infracción cuyo alcance está disponible en la página web *Migration and Home Affairs Law* de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/eu-law-and-monitoring/infringements_by_policy_asylum_en.htm.

⁴ *Id.*: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9240>

⁵ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición). DOUE L 180, de 29 de junio de 2013. Entrada en vigor el 19 de junio de 2013 (salvo los artículos 47 y 48 que serán aplicables a partir del 21 de julio de 2015). Deroga, con efectos a partir del 21 de julio de 2015, la Directiva 2005/85/CE.

la Directiva de acogida,⁶ así como el Reglamento de Dublín⁷ y el de EURO-DAC,⁸ junto con la Directiva de definición refundida en 2011.⁹ Su aplicación ha de realizarse de acuerdo con los principios que gobiernan el SECA. La incor-

-
- ⁶ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). DOUE L 180, de 29 de junio de 2013. Entrada en vigor el 19 de junio de 2013 (salvo los artículos 13 y 29 que serán aplicables a partir del 21 de julio de 2015). Deroga, con efectos a partir del 21 de julio de 2015, la Directiva 2003/9/CE.
- ⁷ Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido). DOUE L 180, de 29 junio de 2013. Entrada en vigor, 19 de junio de 2013. Deroga el Reglamento (CE) 343/2003, el artículo 11, apartado 1o., y los artículos 13, 14 y 17 del Reglamento (CE) 1560/2003. Será aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas a partir del primer día del sexto mes siguiente a su entrada en vigor y, desde esa fecha, se aplicará a toda petición de toma a cargo o de readmisión de solicitantes, sea cual sea la fecha en que se formuló la solicitud. La determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada antes de dicha fecha se efectuará de conformidad con los criterios enunciados en el Reglamento (CE) 343/2003 (artículo 49).
- ⁸ Reglamento (UE) 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) núm. 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición). DOUE L 180, de 29 de junio de 2013. Entrada en vigor, 19 de junio de 2013. Será aplicable desde el 20 de julio de 2015. Deroga el Reglamento (CE) 2725/2000 y el Reglamento (CE) 407/2002 con efectos desde 20 de julio de 2015.
- ⁹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición). DOUE L 337, de 20 de diciembre de 2011. Deroga la Directiva 2004/83/CE con efectos a partir del 21 de diciembre de 2013.

poración a las legislaciones nacionales debería permitir que la coexistencia de sistemas de asilo en los Estados miembros sea más eficiente y funcione con estándares de calidad y seguridad jurídica.

Una aproximación al Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) parte de la afirmación de que la libre circulación de personas y la libertad de movimientos en el “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” han de quedar garantizados no solo a los nacionales de los Estados miembros sino también a aquellas personas que residan en la Unión y a los solicitantes de asilo y refugiados. Pues bien, la puesta en marcha en 2010 del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) plantea como objetivo lograr un “nivel de protección más elevado y una mayor uniformidad de la protección en todo el territorio de la UE y garantizar un mayor grado de solidaridad entre los Estados miembros de la UE”.¹⁰ Estos principios han quedado recogidos, como acabamos de decir, en la legislación refundida de junio de 2013 cuya atención se centra, prioritariamente, en delimitar los objetivos de protección que rigen el sistema SECA y mejorar los distintos marcos normativos y prácticas existentes.

Empero, los resultados del SECA no son satisfactorios debido fundamentalmente al déficit de armonización del propio sistema europeo y a la discrecionalidad de los Estados miembros en su aplicación e interpretación.¹¹ El examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en lo sucesivo, TJUE) avala esta afirmación. Decisiones importantes son aquellas que analizan conceptos como el de protección internacional o responsabilidad compartida así como las que determinan el alcance de las garantías del procedimiento o las condiciones de admisión de los refugiados. Una importante doctrina jurisprudencial cuyo mérito principal reside en su significativa contribución a la construcción del SECA.¹²

Más recientemente y en el contexto político de medidas de gestión de la llamada crisis de los refugiados, los dirigentes de la UE instaron a los Estados

¹⁰ Así se puso de relieve en el *Libro Verde* sobre el futuro Sistema Europeo Común de Asilo en el que se reflexionaba sobre las lagunas de la legislación europea de asilo existente en aquel momento y se proponía la mejora de la cooperación entre los Estados miembros. Bruselas 6 de junio de 2007. COM(2007) 301 final.

¹¹ Elena López-Almansa Beaus, “El sistema europeo común de asilo a examen”, en Isabel Reig Fabado (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 42–67.

¹² Koen Lenaerts, “The contribution of the European Court of Justice to the area of freedom, security and justice”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, Abril, 2010, pp. 255–301.

miembros a transponer y aplicar urgentemente el SECA (Consejo Europeo extraordinario de abril de 2015). No obstante esta apelación al cumplimiento de las normas, algunos Estados miembros siguen sin tramitar las solicitudes conforme a los criterios y normas comunes europeas. Esto explica, en parte, la adopción de una serie de medidas extraordinarias impulsada por Alemania y recogidas por la Comisión estableciendo un régimen especial de reubicación (cupos) y el despliegue de equipos de apoyo y gestión de la migración en zonas críticas.

Por una parte, se propone la reubicación de emergencia de 120,000 personas desde Grecia, Hungría e Italia. La Comisión entiende que estas personas están necesitadas de protección internacional y para ello es preciso actuar coordinadamente. En este sentido, aquellos Estados miembros que no son capaces de gestionar de forma eficaz el elevado número de llegadas recibirán apoyo de otros Estados miembros desplegados por las Agencias de la UE (FRONTEX, Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA) y EUROPOL). En particular, expertos nacionales les ayudarán a identificar, inspeccionar y registrar a las personas que entran en la UE así como a preparar en su caso la operación de retorno de quienes no reúnan los requisitos para tener derecho a asilo.¹³

Este estudio se divide en tres bloques o apartados. En primer lugar, se realizará un breve apunte histórico del sistema europeo de asilo. A continuación, se examinará su contextualización en el Derecho internacional de los Derechos Humanos y, en concreto, la sumisión del SECA al respeto de la Convención de Ginebra de 1954 y a su Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados (1961). Por último, se prestará especial atención a las novedades y avances de la legislación refundida de 2013.

¹³ La reubicación se efectuará conforme a una clave de reparto vinculante con criterios objetivos y cuantificables, consistentes en ponderar al 40% el tamaño de la población; al 40%, el PIB del país; al 10%, el número medio de anteriores solicitudes de asilo; y al 10%, la tasa de desempleo. Será aplicable a los solicitantes cuyas nacionalidades tengan una tasa media de reconocimiento en la UE igual o superior al 75%. Esta iniciativa se añade a la reubicación de 40,000 personas manifiestamente necesitadas de protección internacional procedentes de Italia y Grecia en otros Estados miembros, propuesta por la Comisión en mayo, y hace que el número total propuesto llegue a las 160,000 personas. La reubicación irá acompañada de un presupuesto de apoyo de 780 millones de euros destinado a los Estados miembros participantes, que incluye una prefinanciación del 50% a fin de que las autoridades nacionales, regionales y locales dispongan de medios para actuar con la mayor rapidez. Véase, “La Comisión Europea toma medidas decisivas”, Comisión Europea, Comunicado de Prensa, 9 de septiembre de 2015.

II. Evolución del acervo comunitario de asilo: del Convenio de Dublín (1190) al Libro Verde (2007)

Conviene recordar que los Tratados originarios de las Comunidades Europeas no contaban con disposición alguna referente al asilo o al refugio. Ello debido a que la finalidad principal del Tratado de Roma de 1957 era de naturaleza económica. Sin embargo, la perspectiva de concluir un espacio sin fronteras interiores donde los diversos factores productivos, entre ellos las personas, pudieran circular sin trabas en el mercado interior fue un factor determinante en las primeras acciones comunitarias (europeas) sobre el asilo. Ahora bien, esto no significaba ausencia de regulación en los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro pues todos ellos son Estados parte de los principales instrumentos internacionales que protegen a los demandantes de asilo al objeto de reconocerles la condición de refugiado.

Hemos apuntado que los *Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas* no contaban con disposiciones referentes al asilo ni al refugio dada la naturaleza económica de los compromisos suscritos por los seis Estados signatarios de los *Tratados de Roma de 25 de marzo de 1957*. El *Acta Única Europea de 1986*¹⁴ introdujo en el Tratado CEE el artículo 8 A (artículo 7 A tras el Tratado de Maastricht y artículo 14 tras el Tratado de Ámsterdam) de importancia capital para la libre circulación toda vez que establecía, en el marco del mercado interior, un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estuviera garantizada. La supresión de las fronteras interiores hacía presumible que pronto se establecerían medidas que permitirían reforzar los controles en las fronteras exteriores, aunque la definición de una política común de asilo e inmigración habría de tardar algunos años más.

En efecto, las primeras medidas que traspasan la competencia de los controles sobre los nacionales de terceros países desde la frontera interior a la frontera exterior se contienen en los *Acuerdos de Schengen*, el primero de 14 de junio de 1985 (suscrito inicialmente por los Estados del Benelux, Francia y Alemania) y el segundo, de 14 de junio de 1990 (entrado plenamente en vigor a partir del 26

¹⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_single-act_es.htm

de marzo de 1995).¹⁵ En el Acuerdo de 1985 no aparecía alusión expresa al asilo, aunque podría entenderse que el artículo 20, implícitamente, lo apuntaba al exigir a las Partes contratantes el esfuerzo por conseguir la armonización de sus reglamentaciones relativas a ciertos aspectos del derecho de los nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas. Más explícito fue el Acuerdo de 1990 que dedicaba un capítulo a la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo (Cap. VII) y ello en el marco de la supresión de controles en las fronteras exteriores y circulación de personas.

En paralelo, apenas con un día de diferencia, se firmó en la ciudad de Dublín el *Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*. Puede afirmarse que a partir de ese momento se concreta, normativamente hablando, la vocación europea por un sistema común de asilo.

El *Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990*¹⁶ trata de fijar el Estado responsable del examen de una petición de asilo dentro de un procedimiento marco, es decir de carácter uniforme para todos los Estados contratantes. La idea subyacente consistía, de una parte, en evitar que se produjeran –en el espacio sin fronteras– el fenómeno conocido como *refugiados en órbita* (evitar que los solicitantes de asilo fueran objeto de reenvío sucesivo de un Estado miembro a otro sin que ninguno de ellos asumiera la competencia del examen); y, de otra parte, al unificar los procedimientos se evitarían los movimientos secundarios de refugiados entre los Estados miembros en búsqueda de que les otorgara las condiciones más favorables.

Las previsiones del Convenio de Dublín venían a sustituir las contempladas en el Acuerdo de Schengen de 1990. Sin embargo, su aplicación no proporcionó los resultados esperados. Ello debido, fundamentalmente, a las diferencias nacionales en la regulación del asilo –tanto por tradición como por sistemas jurídicos– pero también, a consecuencia de la diferente consideración en los procedimientos administrativos nacionales, acerca de quién puede ser considerado refugiado. Diferencias que se suscitaban a pesar del tronco común de la *Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados* y su modificación por el *Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967*.

¹⁵ BOE núm. 183, de 1 de agosto de 1997. Corrección de errores en BOE núm. 235, de 1 de octubre.

¹⁶ <http://www.interior.gob.es/normativa-89/acuerdos-y-convenios-1272/convenio-de-15-de-junio-de-1990-1380?locale=es>

El Convenio de Dublín impulsó de manera extraordinaria el proceso de armonización de las políticas de asilo en la UE quedando garantizada su continuidad mediante el Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

Este Reglamento ha sido derogado por el Reglamento (UE) 604/2013 de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido). Será aplicable a las solicitudes de asilo presentadas a partir mes de febrero de 2014.

Ante estas dificultades se retomó la idea –ya lanzada en 1991 por los Ministros de Interior de los Estados miembros– de incardinar la política de asilo en el tercer pilar del TUE, aprovechando la base jurídica que ofrecía el *Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992*. En efecto, en el Título VI (disposiciones relativas a la JAI –Justicia y Asuntos de Interior–, artículos K a K9) se hacía referencia por primera vez y de manera expresa al asilo y a la inmigración. La política de asilo aparecía, además, como uno de los ámbitos considerados de “interés común” por los Estados miembros y ello con independencia de que en su enunciado figurara vinculado a la política de inmigración.

Pues bien, los trabajos encaminados a revisar el *Convenio de Dublín* y situarlo en el ámbito de la cooperación intergubernamental no tuvieron el éxito deseado. Y es que, las negociaciones del *Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997*, ya en el horizonte, iban a cambiar la base jurídica de la política de asilo e inmigración al quedar incorporadas las medidas a adoptar en el marco del Título IV denominado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (ELSJ). En otras palabras, la *comunitarización* de los procedimientos de asilo llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam resultaba coherente con los objetivos y estructura del nuevo Tratado europeo tendente a subsanar las disfunciones y a superar las insuficiencias del sistema precedente, caracterizado por la amplitud de objetivos pero carente de medidas y programas específicos para su puesta en funcionamiento.

Ahora bien, el nivel de intensidad con que la UE interviene en esta materia se reconduce únicamente a tres tipos de medidas (de garantía, de acompañamiento y complementarias) según sea la competencia de carácter exclusivo o compartida con los Estados miembros. Va de suyo que estas medidas están al

servicio de la libre circulación de personas aunque su alcance sea diferente. Mientras que en las *medidas de garantía*, particularmente la supresión de controles en las fronteras interiores, la competencia de la UE se manifiesta en su carácter exclusivo, en las *medidas de acompañamiento* y en las *medidas complementarias*, consecuencia del perfeccionamiento progresivo del mercado interior, la UE comparte las competencias normativas con los Estados miembros y, en los tres niveles, con la regulación del Derecho internacional.

Hecha esta distinción, conviene señalar que las presentaciones de las solicitudes de asilo y la determinación del Estado responsable así como las normas mínimas de protección de personas desplazadas se consideran medidas de acompañamiento, en tanto que la acogida y estancia de solicitantes de asilo, refugiados y personas desplazadas y las normas sobre acogida y concesión de asilados y refugiados se consideran medidas complementarias. Junto a estas especificidades, el Título IV del TCE (hoy en Título V del Tratado de Lisboa) tiene una importante salvedad en cuanto a su ámbito de aplicación pues Reino Unido, Irlanda y Dinamarca gozan de un estatuto especial. Quizá estas limitadas competencias atribuidas a la UE y el necesario vínculo de las medidas con el mercado interior expliquen las dificultades a la hora de adoptar las necesarias políticas coordinadas.

El *Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001*, por el que se modificaron nuevamente el TUE y el TCE, no modificó el sistema anteriormente expuesto aunque previó la aplicación de la mayoría cualificada y del procedimiento de codecisión para la adopción de la gran mayoría de las medidas previstas en materia de asilo, siempre y cuando la legislación comunitaria que definiera las normas comunes y los principios esenciales que deberían regir estas materias, hubiera sido adoptada previamente por unanimidad.

Antes de cerrar este apartado con las referencias que haremos al *Tratado de Lisboa*, merece especial atención señalar tres hitos de carácter político e institucional en el proceso evolutivo del SECA. Nos referimos al *Consejo Europeo de Tampere de 1999*, al *Programa de La Haya de 2004* y al *Libro Verde sobre el futuro Sistema Europeo Común de Asilo de 2007*.

- 1) *Consejo de Tampere de 1999*. Este Consejo asumió como una prioridad dentro de la agenda política de la Unión la consecución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia concretando, en lo que a nuestro tema interesa, los principios básicos para el desarrollo de una “nueva” política común en materia de asilo. En el ambicioso programa de orientacio-

nes políticas y objetivos específicos del asilo se debía cubrir: a) el principio de no devolución y el compromiso de que ninguna persona sería repatriada a un país en que se sufriría persecución; b) la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra; c) el tiempo para la realización y desarrollo del sistema –dos etapas a corto y a largo plazo– sobre la base de la solidaridad entre los Estados miembros, la política comunitaria se orientaría también hacia la protección temporal de las personas desplazadas; y, d) habría de concretarse rápidamente el sistema de identificación de los solicitantes de asilo (EURODAC). El Plan de actuación previó la adopción de la propuesta de SECA para finales de 2010.

- 2) *Programa de La Haya de 2004*. Su objetivo en materia de asilo consistió en la concreción de la segunda fase del SECA mediante la creación de un procedimiento común de asilo y de un estatuto uniforme para las personas a las que se concede el asilo o la protección subsidiaria. Para ello, el sistema habría de basarse en la aplicación plena y no excluyente de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados pertinentes. Por otro lado, se persigue la evaluación completa de los instrumentos jurídicos adoptados en la primera fase con el fin de que los Estados miembros la ejecuten en su integridad. El Programa exhorta a la Comisión a presentar los instrumentos y las medidas de la segunda fase con vistas a su adopción antes de finales de 2010. Desde otra perspectiva, el Programa prevé la creación de estructuras adecuadas que faciliten la cooperación y colaboración prácticas entre los Estados miembros en el marco de un procedimiento único para la evaluación de las solicitudes de protección internacional.
- 3) *Libro Verde de 2007 sobre el futuro Sistema Europeo Común de Asilo*. Su finalidad, tal y como fijó el *Programa de La Haya*, se encamina a identificar las opciones posibles “dentro del actual marco legal de la UE” para dar forma a la segunda fase de la construcción del SECA que, como ya se ha apuntado, trata no sólo de asegurar la transposición de los instrumentos legales adoptados y su aplicación eficaz en los Estados miembros, sino también “lograr un nivel de protección más elevado y una mayor uniformidad de la protección en todo el territorio de la UE y garantizar un mayor grado de solidaridad entre los Estados miembros de la UE”.

De acuerdo a este planteamiento, la reflexión del Libro Verde estuvo centrada en el examen de algunos aspectos de las Directivas relativas a la tramitación de las solicitudes de asilo (Directiva 2005/85/CE), las condiciones de acogida para los solicitantes de asilo (Directiva 2003/9/CE) y la concesión de la protección (Directiva 2004/83/CE). Paralelamente, abordó otros temas transversales referidos a situaciones de vulnerabilidad, cuestiones de integración y otras áreas no cubiertas por la actual normativa. Por último, insistió en la posibilidad dotar de mayor eficacia al sistema de Dublín (Reglamento *Dublín II* y EURODAC), ya plenamente aplicable en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

El contenido de las Directivas de 2003, 2004 y 2005 ha sido incorporado al ordenamiento jurídico español mediante Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.¹⁷ Ahora bien, las modificaciones del “paquete europeo de asilo de 2013” implican una nueva adaptación normativa en los Estados miembros, pendientes en el momento en que se escriben estas líneas.

El *Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007* –en vigor desde el 1º de diciembre de 2009– aunque modifica la estructura institucional de la UE y dota de competencias nuevas al Tribunal de Justicia, entre otros aspectos relevantes, no altera de forma sustancial las materias incluidas en el ELSJ. Su regulación se contiene en los artículos 67 a 89 del Tratado de Funcionamiento (TFUE). El punto de partida es la consideración del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como un objetivo de la “nueva Unión”, lo que va a permitir una ampliación de materias y nuevas áreas de regulación. En cuanto a las competencias, el Tratado de Lisboa configura el ELSJ como un ámbito de competencia compartida. El artículo 2.2 TFUE señala que “La Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya”.

Respecto de las materias, el artículo 67 TFUE establece tres bloques de actuación situando en el primero de ellos (Capítulo 2) las políticas sobre controles

¹⁷ Sobre la ley española véase el análisis contenido en el libro coordinado por Rosario García Mahamut y Javier Galparsoro, “Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, núm. 21, Foro Inmigración y Ciudadanía. Disponible en esta dirección: http://www.cepc.gob.es/docs/doc_publicaciones/21.pdf?sfvrsn=0

en las fronteras, asilo e inmigración. La vocación de la UE de asumir el liderazgo en esta materia queda de manifiesto al afirmar que “desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución”. A la luz del artículo 78.2 TFUE, la continuidad de la línea iniciada en los compromisos de Tampere queda patente al asentar el sistema (SECA) sobre la base de la concesión de un estatuto uniforme, válido en toda la UE. Esto se lleva a cabo mediante mecanismos, criterios y procedimientos comunes de concesión o retirada del mismo que deben adoptar todos los Estados miembros. En el apartado 3 veremos estos ámbitos de actuación y sus concreciones normativas tomando en cuenta la más reciente refundición, de 2013, del Acervo Europeo de Asilo. Pero, antes, conviene concretar la relación entre el SECA y el Derecho internacional de los refugiados.

III. La sumisión del SECA a la Convención de Ginebra

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el movimiento político e ideológico impulsor de la protección internacional de los derechos humanos incidió en el régimen del asilo territorial como una institución protectora de la persona. Esta concepción, centrada en la protección de los derechos humanos, se plasma en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948*¹⁸ que atribuye a la persona perseguida el derecho a “buscar asilo y a disfrutar de él” (pero no el “derecho a obtener asilo”). Por su parte, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial*, aprobada por Resolución núm. 2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967¹⁹ concibió el asilo como un derecho del Estado aunque afirmara que la situación de quienes estuvieran en situación de invocar el artículo 14 de la Declaración “interesa a la Comunidad Internacional”. Tras la “Guerra Fría”, la Comunidad Internacional volvió a la formulación de la Declaración Universal y, así, en la *Declaración de Viena*, aprobada el 23 de junio de 1993²⁰ por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, se

¹⁸ Vid. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

¹⁹ Enlace: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0009>

²⁰ Enlace: <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/A.CONF.157.23.Sp>

reafirma que “toda persona, sin distinción alguna, tiene derecho, en caso de persecución, a buscar asilo y a disfrutar de él en otros países, así como a regresar a su propio país”.

El instrumento internacional más importante que reconoce el derecho a solicitar y obtener la condición de refugiado es la *Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951*²¹ y su *Protocolo de 31 de enero de 1967*.²² En la Convención, la noción de “refugiado” se formula de modo amplio por lo que, frente a otras definiciones convencionales, y dada la universalidad del Convenio, la misma se ha convertido en una definición de derecho internacional general.

Conviene recordar que la UE no está directamente vinculada por dicha Convención, sin embargo ésta última está presente tanto en el derecho primario como en el derecho secundario. En efecto, el artículo 78 del TFUE manifiesta que una política común en materia de asilo “deberá ajustarse a la Convención de Ginebra [...] y al Protocolo [...] sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”. El artículo 18 de la CDFUE, a su vez, enuncia que “se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra.” En cuanto el derecho secundario, la refundida directiva sobre el reconocimiento establece en su tercer considerando que “el Consejo Europeo, en su reunión especial en Tampere [...] acordó trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra [...], completada por el Protocolo de Nueva York [...] de 1967, afirmando de esta manera el principio de no devolución y garantizando que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución”. Además, su considerando 24 subraya cuán necesaria es la introducción de “criterios comunes para reconocer a los solicitantes de asilo la calidad de refugiados en el sentido del artículo 1 de la Convención de Ginebra”. La Convención aparece mencionada en la Directiva una quincena de veces más.

Ello ha llevado al TJUE a declarar firmemente la subordinación del Derecho secundario en materia de asilo a la Convención de 1951: “la interpretación de las disposiciones de la Directiva debe efectuarse con observancia de la Convención de Ginebra”.²³ En este sentido, la aportación unificadora del sistema

²¹ Enlace: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/refugiados.htm>

²² Enlace: http://www2.ohchr.org/spanish/law/refugiados_protocolo.htm

²³ Por ejemplo, en los asuntos Bolbol, El Kott y B & Del Tribunal acude a la Convención como norma de referencia a la luz de la cual el juez de la Unión interpreta preceptos del

européo de asilo que lleva a cabo el TJUE hace de este Tribunal un cualificado intérprete de la Convención sobre el estatuto de los refugiados.²⁴ Así pues, la relación entre el SECA y el Derecho internacional de los refugiados va más allá de una “mera” relación de sistemas. Su “simbiosis” con la Convención de Ginebra permite afirmar que ésta es una fuente cardinal del Derecho europeo en materia asilo y, en este sentido, lo internacionaliza. Paralelamente, la doctrina del TJUE al interpretar el Derecho internacional de los refugiados en clave “europea” provoca como efecto una “europeanización” de la Convención y una “moderniza-

Derecho secundario en materia de asilo. En los asuntos antes mencionados, las disposiciones europeas interpretadas por el Tribunal replican las disposiciones 1C, 1D y 1F de la Convención de Ginebra. La referencia a los mencionados asuntos en: STJUE C-31/09, STJUE Bolbol, C-31/09, ECLI:EU:C:2010:351, puntos 37 y 38. STJUE El Kott y otros, C-364/11, ECLI:EU:C:2012:826, punto 42. STJUE C-57/09, STJUE El Kott y otros, C-364/11, ECLI:EU:C:2012:826, puntos 77 y 78. Citados por A. Katsimerou en su Trabajo Fin de Máster titulado, “El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la construcción y la garantía del eficaz funcionamiento del sistema europeo común de asilo” (inédito), presentado en la UNED el pasado mes de Febrero de 2015 y dirigido por M. Vargas Gómez Urrutia.

- ²⁴ En ausencia de un tribunal internacional de asilo legitimado para interpretar la Convención de manera auténtica, el TJUE se ha convertido en un cualificado intérprete de la misma sobre el estatuto de los refugiados. En este sentido, el potencial del papel interpretativo del juez de Luxemburgo no es baladí. Como ha sido puesto de relieve, sus sentencias recaídas en las cuestiones prejudiciales sometidas a su consideración determinan la manera en que se ha de aplicar la Convención en un espacio (el de la Unión Europea) que ha recibido en 2013 el 65% de las solicitudes de asilo de los países industrializados. Bien es cierto que las sentencias del TJUE no gozan de fuerza vinculante fuera de la UE, sin embargo la autoridad del Tribunal de Justicia permite pensar que desplieguen indirectamente un efecto internacional, reviertan tendencias y pongan freno a la formación de reglas consuetudinarias restrictivas o desfavorables para los solicitantes de asilo. Sobre la aportación unificadora del TJUE al Derecho internacional de los refugiados, véase Eleanor Drywood, “Who’s in and who’s out? The Court’s emerging case law on the definition of refugee”, *Common Market Law Review*, United Kingdom, núm. 51, 2014, pp. 1093-1124. Véase también, Evangelia Tsourdi, “What role for the Court of Justice of the EU in the development of a European asylum policy?: the case of loss and denial of international protection in the EU”, *Tijdschriftvoorbestuurswetenschappen en publiekrecht*, vol. 68, 2013, pp. 212-228. Citados por José Antonio Gutiérrez-Fons y Koenraad Lenaerts, El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Proceso de Integración Europea, en Belén Becerril Atienza, José María Beneyto Pérez y Jerónimo Mailló González coords., Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea, España, Aranzadi, 2009, t. V, pp. 33-112.

ción”, de sus disposiciones en la medida en que deben adaptarse a la realidad actual de los fenómenos migratorios.²⁵

Con todo, la competencia del Tribunal para interpretar la Convención de Ginebra por el Tribunal no es ilimitada, como él mismo explicitó en la STJUE Qurbani.²⁶ En dicho asunto, se le instó al Tribunal interpretar el artículo 31 de la Convención de 1951. Ante nada, el TJUE aclaró, en el apartado 20 de la sentencia, que “habida cuenta del hecho de que la Convención de Ginebra no contiene ninguna cláusula que atribuya competencia al Tribunal de Justicia, éste sólo puede proporcionar la interpretación solicitada de las disposiciones de esta Convención, [...] si dicho ejercicio de sus funciones está comprendido en el artículo 267 TFUE”. Dicho lo cual, como la petición de decisión prejudicial en el asunto Qurbani no contenía ninguna mención de una norma del Derecho de la Unión que realice una remisión al artículo 31 de la Convención de Ginebra,²⁷ el Tribunal se declaró incompetente para interpretarlo.

Por último, dada la “sumisión”²⁸ del Derecho secundario en materia de asilo al Derecho internacional de los refugiados, este último queda incluido en el “bloque de constitucionalidad” del Derecho de la Unión. Cabría, por lo tanto, abordar la cuestión de la eventual discordancia del primero o de las disposiciones nacionales que lo incorporan en los ordenamientos internos de los Estados miembros con el segundo. Precisamente sobre la posible vulneración del Derecho convencional del artículo 44.1.c) de la Ley española 12/2009 –transposición literal

²⁵ Eleanor Drywood, *op. cit.*, p. 1119. Véase también, el punto 32 de las conclusiones del abogado general E. Sharpston, presentadas el 11 de noviembre de 2014, en el asunto Shepherd (C-472/13): “*la Convención de Ginebra es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las circunstancias actuales y de conformidad con la evolución del Derecho internacional*”. José Antonio Gutiérrez-Fons y Koenraad Lenaerts, *op. cit.*

²⁶ STJUE Qurbani, C-481/13, ECLI:EU:C:2014:2101. Tomado de José Antonio Gutiérrez-Fons y Koenraad Lenaerts, *op. cit.*

²⁷ STJUE El Kott y otros, antes citada, punto 28. Tomado de José Antonio Gutiérrez-Fons y Koenraad Lenaerts, *op. cit.*

²⁸ “[El] objetivo [del legislador de la Unión] es garantizar la «primacía» de la Convención de Ginebra asegurándose de que las formas subsidiarias de protección establecidas en la Unión no menoscaban el alcance esencial de dicha Convención”. Conclusiones del abogado general Y. Bot presentadas el 7 de noviembre de 2013 en el asunto HN, C-604/12, ECLI:EU:C:2013:714, punto 43. Sobre esta cuestión hemos seguido la opinión de José Antonio Gutiérrez-Fons y Koenraad Lenaerts, *op. cit.*

del artículo 14, apartado 4, de la Directiva de reconocimiento²⁹ se basó el voto particular en la sentencia STS 2021/2014 del TS español. Para su fundamentación, fue invocada una nota del ACNUR, según la cual “cualquier conducta de quien ya tenga reconocido el estatuto de refugiado que no encaje estrictamente en los tres supuestos del referido artículo 1F de la Convención de Ginebra, únicos que en plano internacional legitiman la inaplicación de la Convención de Ginebra a las personas que hayan cometido los actos en ellos descritos, no podría ser considerada como causa para revocar la condición de refugiado”.

■ IV. El acervo europeo *refundido* del sistema de asilo

Como acabamos de señalar, la armonización legislativa llevada a cabo en cumplimiento de los compromisos de Tampere y sobre la base jurídica Capítulo IV del Tratado de Ámsterdam es un proceso no cerrado. Sus concreciones normativas más importantes se enmarcan en una línea de trabajo continuada y por lo tanto en permanente evolución.

La sistematización elegida para la exposición distingue según se trate de instrumentos normativos de cooperación y coordinación, en donde prestaremos especial atención al Reglamento 603/2013, de 26 de junio (*refundido*) o *Reglamento de Dublín II* o de instrumentos normativos de armonización material en determinados ámbitos de acción. En concreto, se examinarán los textos *refundidos* de la Directiva de procedimientos de asilo y de la Directiva de acogida (textos *refundidos* de 2013).

1. El Reglamento Dublín II *refundido*: cooperación y coordinación de sistemas en la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo

Un paso previo a cualquier medida armonizadora en materia de asilo es la determinación del Estado responsable de examinar una solicitud de asilo. El sistema europeo está enfocado a evitar el *asylum shopping* y los supuestos conocidos como *refugiados en órbita*. Por ejemplo, se presupone que el solicitante de asilo

²⁹ Se trata de preceptos que recogen la causa de revocación del estatuto de refugiado en el supuesto de que la persona concernida se considere un peligro para la seguridad del Estado.

se dirigirá al país que pueda proporcionarle mayores niveles de protección y eficiencia en la gestión de su demanda, lo que en principio hace pensar en una mayor presión migratoria de asilo en aquellos países con mejores estándares de calidad. Por otro lado, cabe pensar en la presentación de solicitudes múltiples o, lo que es más frecuente, que la entrada del solicitante se realice en un determinado Estado pero la demanda de asilo se solicite en otro Estado. Ambos fenómenos se producen como consecuencia de lagunas sustanciales en la armonización de los sistemas de asilo de la Unión y en la diversidad procedimientos nacionales cuya puesta en práctica no respeta los principios que gobiernan el SECA.

Los esfuerzos del Parlamento Europeo y del Consejo por conciliar las obligaciones derivadas del Derecho internacional y del Derecho europeo de los refugiados con el interés de los Estados miembros de no aumentar la presión sobre sus sistemas nacionales se plasmaron normativamente en el *Reglamento (CE) núm. 343/2003 de 18 de febrero de 2003* (Reglamento *Dublín II*),³⁰ cuyo objetivo básico pretende garantizar que cada solicitud sea tratada por un único Estado miembro (Estado responsable). Sin embargo, los procedimientos internos no han sido objeto de armonización completa y ello pese a que las Directivas de acogida y de procedimientos marcan las pautas de unificación. El problema radica en la redacción de algunos de sus preceptos, excesivamente amplios, que han dado lugar a una inadecuada transposición en algunos Estados, a difíciles cuestiones de interpretación así como a un mayor margen de discrecionalidad en la gestión de las demandas. Todo ello es un reflejo de los complicados equilibrios políticos que durante la negociación debieron realizarse para obtener los acuerdos.

Conviene retener que el SECA parte de la base de que las leyes y los procedimientos de asilo en los Estados de la UE están fundamentados en unos están-

³⁰ Este Reglamento sustituyó en el ámbito comunitario las disposiciones del Convenio de Dublín de 1990 (Dinamarca forma parte del Reglamento en virtud de la Decisión núm. 2006/188/CE del Consejo, de 21 de febrero de 2006). El Reglamento Dublín II se complementa con el Reglamento (CE) núm. 1560/2003 de 2 de septiembre de 2003, establece disposiciones de aplicación con el fin de facilitar la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros competentes por lo que se refiere tanto a la tramitación de las peticiones de asunción de responsabilidad o de readmisión como a las peticiones de información y la ejecución de los traslados ; y, el Reglamento (CE) núm. 2725 de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema EURODAC para la comparación de impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

dares comunes, lo que va a permitir a los solicitantes de asilo disfrutar de unos niveles de protección similares en todos los Estados miembros. La realidad práctica indica otra cosa: la variedad significativa de los procedimientos y leyes de los Estados miembros hace que los solicitantes de asilo no sean tratados de igual manera en la Unión. El sistema resulta injusto e inequitativo. Ya el Parlamento Europeo, en su evaluación de 2008, dejó constancia de que en ausencia de una armonización “el sistema de Dublín seguirá siendo injusto tanto para los solicitantes de asilo como para algunos Estados miembros”.³¹ Como ha denunciado ACNUR, durante los procedimientos de determinación del Estado responsable del examen de asilo, en aplicación del Reglamento Dublín II (de 2003), los solicitantes “aguardan” en una especie de limbo jurídico. A menudo separados de sus familias y bajo arresto, esperan el traslado a otro Estado al que se considera responsable de su solicitud. En algunos casos, ni siquiera llega a evaluarse esta y el solicitante es retornado al país de origen o a un tercer país ignorando incluso si son países seguros.

El perfeccionamiento de las medidas del SECA (acervo refundido de 2013) propende a mejorar de manera sustancial el funcionamiento de los sistemas de asilo de los Estados de la Unión y a garantizar su funcionamiento con altos estándares de calidad. A esta finalidad se aboca el *Reglamento (UE) 604/2013, de 26 de junio* (Reglamento *Dublín II refundido*)³², texto que, con el *Reglamento (UE) 603/2013 de 26 de junio*, conforma el núcleo principal del llamado “paquete de asilo refundido”.

En cuanto a su funcionamiento, se establece como principio general que sólo un Estado miembro será responsable del examen de una solicitud de asilo. Sin embargo, todo Estado miembro podrá decidir examinar una solicitud de asilo, aun cuando no sea responsable en virtud de los criterios indicados en el Reglamento. Sobre este particular, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21.12.2011, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, N.S. y M.E donde analiza el concepto de países seguros en relación al traslado de un solicitante de asilo al Estado miembro responsable del análisis. Se pregunta al Tribunal si existe una presunción refutable de respeto, por parte de ese Estado miembro, de los derechos fundamentales.

³¹ Citado por ACNUR. Documento “Asilo en Europa. El Reglamento de Dublín”, disponible en: http://www.acnur.es/PDF/7364_20120830124023.pdf.

³² *Vid supra* nota 2.

En relación a los criterios que van a permitir determinar el Estado responsable la situación del solicitante han de concretarse para su análisis en el momento en que se presenta la solicitud de asilo. Los criterios giran básicamente en torno a elementos objetivos y subjetivos (miembros de la familia, existencia de un permiso de residencia o visado vigente, situación de irregularidad del interesado en el territorio del Estado donde solicita el asilo, entre otros).

Por ejemplo, si un miembro de la familia del solicitante tiene ya la condición de refugiado en un Estado miembro, éste será responsable de su solicitud de asilo. Si un miembro de la familia del solicitante tiene una solicitud de asilo que esté siendo examinada en el marco de un procedimiento normal en un Estado miembro, este último también será responsable de su solicitud. El Reglamento establece un criterio para el tratamiento conjunto de las solicitudes de asilo presentadas por varios miembros de una familia. En el caso de que exista un documento de residencia o visado vigente, el Estado miembro que haya expedido al solicitante un documento de residencia o visado que esté vigente será responsable de la solicitud de asilo. Existen soluciones específicas para el supuesto de que el solicitante sea titular de varios permisos o visados. Si se toma en cuenta la situación administrativa irregular del solicitante, por ejemplo, el cruce de la frontera de un Estado miembro de forma irregular, dicho Estado será el responsable del examen de la solicitud, salvo que pueda demostrarse que el solicitante ha vivido en el Estado miembro en el que ha presentado su solicitud de asilo. Esta regla puede verse alterada en función de la duración de la situación irregular en un determinado Estado miembro así como de otras cuestiones familiares. Sobre esta última cuestión se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 6.11.2012 C-245/11³³ que analiza el alcance del artículo 15 del Reglamento Dublín II en un supuesto en el que un Estado miembro –que no es de entrada responsable del examen de la solicitud– puede convertirse obligatoriamente en Estado responsable por el hecho de que residen en ese Estado una serie de familiares que dependen –por razón de enfermedad y otras– del solicitante de asilo cuya solicitud ha sido presentada en otro Estado miembro.

³³ Tiene por objeto examinar el artículo 15 del Reglamento. Por una parte, una persona, a la que se ha concedido el asilo en un Estado miembro, que depende de la asistencia del solicitante de asilo debido a que padece una enfermedad grave. Ello en relación con artículo 15, apartado 2, a saber, la obligación de ese Estado miembro, que no es responsable en virtud de los criterios establecidos en el capítulo III del Reglamento, de examinar la solicitud de asilo presentada por dicho solicitante de asilo).

Cabe la posibilidad de que el Estado miembro que haya recibido una solicitud de asilo presente una *petición de asunción de responsabilidad* ante el Estado miembro que él estime responsable. En este caso, el Estado miembro responsable de la solicitud de asilo deberá respetar determinadas obligaciones, en particular, hacerse cargo del solicitante y del examen de su solicitud. En la petición de asunción de responsabilidad deberá indicarse cualquier elemento que permita al Estado miembro requerido determinar si es efectivamente responsable. Cuando el Estado requerido acepte hacerse cargo de un solicitante, deberá notificarse a este último, mediante una decisión motivada, que la solicitud no puede examinarse en el Estado miembro en el que se presentó, indicándose en qué Estado miembro debe presentarse. También establece el Reglamento una serie de previsiones normativas en relación al tratamiento, comunicación y transmisión de los datos personales del solicitante de asilo y las razones por las que solicita el asilo. El Reglamento no impide que los Estados miembros establezcan acuerdos bilaterales que permitan, entre otros extremos, el intercambio de funcionarios de enlace, la simplificación de los procedimientos o el acortamiento de los plazos.

Finalmente, el Reglamento *Dublín II (refundido)* establece –entre las obligaciones de los Estados miembros– la realización una entrevista obligatoria en cada caso en que el supuesto caiga bajo su ámbito de aplicación (establecer el Estado miembro responsable). Como hemos visto anteriormente, uno de los criterios para establecer qué país es responsable de la gestión en supuestos de entrada irregular (el más frecuente) es el del primer país de entrada irregular. Con el nuevo texto refundido, el requisito de la entrevista obligatoria va a permitir un análisis más adecuado de otros criterios aplicables incluidos los relacionados con la unidad familiar. Asimismo, la posibilidad de un recurso con efectos suspensivos (en el anterior Reglamento el recurso no tenía efectos suspensivos) sobre las decisiones de traslado³⁴ asegurará en revisión una correcta aplicación

³⁴ El efecto suspensivo de los recursos es conforme con el Derecho internacional y la jurisprudencia del TEDH así lo ha establecido en relación con la aplicación del derecho de los refugiados. La *Directiva de procedimientos refundida* reconoce un derecho automático a permanecer en el territorio del Estado miembro concernido para los solicitantes de asilo que recurran una decisión negativa. Bien es cierto que este efecto suspensivo puede no ser automático en algunas circunstancias, aunque queda abierta la posibilidad de solicitar ante los tribunales del Estados en cuestión el derecho a permanecer en el territorio durante la tramitación del recurso y hasta el pronunciamiento de la sentencia en segunda instancia.

de los criterios del sistema de Dublín de acuerdo con la jerarquía que fija Reglamento, antes de que se efectúe el trasladado.

2. Legislación refundida en materia de procedimientos de personas que solicitan la protección internacional

Las *normas mínimas relativas a los procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional* se regulaban en la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre que ha quedado sustituida por la Directiva 2013/32/UE de 26 de junio (*Directiva de procedimientos refundida*). Su finalidad es el desarrollo de nuevas normas con vistas al establecimiento de un procedimiento común de asilo en la Unión (Considerado 12).

Conseguir la protección internacional depende en gran medida del establecimiento de procedimientos adecuados que revisen la solicitud de la forma más completa y equitativa posible. En particular, el respecto a las garantías procesales durante el procedimiento y el aseguramiento de un proceso de decisión de calidad en todos los Estados miembros. La *Directiva de procedimientos refundida* parte de estos principios y establece como principio procesal el derecho a una entrevista personal, el derecho a recibir información y a comunicarse con las organizaciones especializadas en los Estados miembros (ACNUR), el derecho a un abogado y el derecho a los recursos.

En relación al ámbito de aplicación territorial, la Directiva se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, y a la retirada de la protección internacional. No se aplicará a las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros. En todo caso, los Estados miembros podrán decidir aplicar la Directiva en los procedimientos relativos a cualquier tipo de solicitudes de protección que caigan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/95/UE.

Una de las cuestiones importantes que introduce la legislación refundida es la concentración en la fase inicial de los recursos y la calidad del proceso. En este sentido, y para que las decisiones sobre la concesión o la retirada de la protección internacional se tomen bajo estándares de calidad común, resulta importante la

formación de las autoridades decisorias, teniendo en cuenta la formación desarrollada por la Oficina Europea de Apoyo al Asilo.³⁵

El respeto de las garantías fundamentales en relación al acceso al procedimiento de protección internacional establece unas definiciones más claras (art. 2) y la formulación de la solicitud ante autoridad competente, de acuerdo con el Derecho interno, así como su registro en un plazo máximo de tres días hábiles siguientes a la formulación (ampliable a diez días hábiles cuando se presente una solicitud simultánea de protección internacional por parte de un gran número de nacionales de terceros países o apátridas).

Puede suceder que la solicitud se formule ante otras autoridades que no competentes para registrarlas conforme al Derecho interno, para tal caso, la Directiva establece que los Estados miembros velarán por que el registro se realice en el plazo máximo de los seis días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud. Es exigible que estas otras autoridades (tales como policía, guardias de frontera, autoridades de inmigración o personal de los centros de internamiento), la Directiva establece que los Estados velarán para que estas personas dispongan de información pertinente y personal con formación adecuada, así como de instrucciones para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo deben presentar las solicitudes. Una solicitud de protección internacional se considerará presentada a partir del momento en el que el solicitante presente el formulario o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate reciban un informe oficial.

La exigencia de una entrevista personal es una garantía adicional del procedimiento que debe brindarse al solicitante antes de que la autoridad decisoria

³⁵ *Vid.* Art. 4. Apartado 3. Los Estados miembros velarán por que el personal de la autoridad decisoria mencionado en el apartado 1 esté adecuadamente formado. A tal fin, los Estados miembros establecerán una formación pertinente que incluya los elementos contemplados en el artículo 6, apartado 4, letras a) a e), del Reglamento (UE) n.º 439/2010. Tomarán asimismo en consideración la formación pertinente establecida y desarrollada por la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO). Las personas que efectúen las entrevistas con los solicitantes de conformidad con la presente Directiva deberán tener también un conocimiento general de los problemas que puedan afectar negativamente a la capacidad del solicitante de mantener una entrevista, como síntomas de que el solicitante pudo haber sido torturado en el pasado. Apartado 4. Cuando se designe una autoridad de conformidad con el apartado 2, los Estados miembros garantizarán que el personal de dicha autoridad tenga los conocimientos adecuados o reciba la formación necesaria para cumplir sus obligaciones en aplicación de la presente Directiva.

adopte la resolución. La ausencia de entrevista personal de conformidad no impedirá que la autoridad decisoria dicte una resolución sobre una solicitud de protección internacional. Tampoco puede prejuzgar desfavorablemente la resolución de la autoridad decisoria. Sus requisitos, contenido, grabación e informe, se detallan en los artículos 14 a 17 de la Directiva. En cuanto a la obligatoriedad y persona competente, las entrevistas sobre el fondo se llevarán siempre a cabo por parte del “personal de la autoridad decisoria”. La posibilidad de que estas entrevistas deban brindarse a menores depende de las legislaciones nacionales. Al celebrar una entrevista personal sobre el fondo la autoridad decisoria garantizará que se brinda al solicitante la oportunidad de presentar los elementos necesarios para fundamentar la solicitud de conformidad con el artículo 4 de la Directiva 2011/95/UE de la forma más completa posible. Ello incluirá la oportunidad de dar explicaciones sobre los elementos que puedan faltar y/o las incoherencias o contradicciones existentes en sus declaraciones.

Cabe prescindir de la entrevista personal sobre el fondo de la solicitud en supuestos tasados, bien porque la autoridad decisoria adopte una resolución favorable respecto del estatuto de refugiado basada en las pruebas disponibles o bien porque la autoridad decisoria considere que el solicitante está incapacitado (o no es apto para ser entrevistado debido a circunstancias permanentes ajenas a su control). Se prescinde de las normas de Derecho internacional privado sobre la ley aplicable a la capacidad de las personas (ley personal) y se determina que en caso de duda la autoridad decisoria consultará a un profesional sanitario para saber si la condición por la que el solicitante está incapacitado –o no es apto para ser entrevistado– es temporal o de carácter permanente. Dada su carácter de entrevista personal, la misma se llevará a cabo sin la presencia de miembros de la familia, a menos que la autoridad decisoria considere necesario que para llevar a cabo un examen adecuado es necesaria la presencia de otros miembros de la familia. Deberá tener lugar en condiciones que garanticen la adecuada confidencialidad y en condiciones que permitan a los solicitantes exponer las razones de sus solicitudes de manera completa.

Cada entrevista personal ha de quedar reflejada bien en un informe exhaustivo y objetivo o bien una transcripción (audio o audiovisual). El solicitante debe estar plenamente informado del contenido del informe o de los elementos de fondo de la transcripción, en su caso con la asistencia de un intérprete y debe poder formular comentarios y/o aportar aclaraciones verbalmente o por escrito en cuanto a los errores de traducción o de concepto que aparecieran en el informe o en la transcripción. Esto ha de realizarse bien al finalizar la entrevista per-

sonal o dentro de un plazo específico, antes de que la autoridad decisoria adopte una resolución. Asimismo, tanto los abogados del solicitante, u otros asesores jurídicos tendrán acceso al informe o a la transcripción y, en su caso, a la grabación, antes de que la autoridad decisoria adopte una resolución.

En cuanto a la posibilidad de recurrir a procedimientos acelerados de examen –cuando sea probable que una solicitud resulte infundada o por motivos graves de seguridad nacional o de orden público– los Estados miembros podrán establecer plazos más breves para algunas fases del procedimiento, sin perjuicio sin perjuicio de que se efectúe un examen adecuado y completo de la solicitud.

El derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional se contempla en el artículo 46 de la Directiva refundida. Debe garantizarse que los solicitantes puedan recurrir contra: (1) una resolución adoptada sobre su solicitud de protección internacional, incluida la decisión de considerar infundada una solicitud en relación con el estatuto de refugiado y/o el estatuto de protección subsidiaria; (2) la decisión de considerar inadmisibles una solicitud de conformidad con el artículo 33, apartado 2;³⁶ (3) la decisión adoptada en la frontera o en las zonas de tránsito de un Estado miembro: (4) la decisión de no llevar a cabo un examen con arreglo al artículo 39.³⁷ También debe haber recurso contra la negativa a re-

³⁶ Artículo 33 apartado 2. Los Estados miembros podrán considerar inadmisibles una solicitud de protección internacional solo si: a) otro Estado miembro ha concedido la protección internacional; b) un país que no sea un Estado miembro se considera primer país de asilo del solicitante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35; c) un país que no sea un Estado miembro se considera tercer país seguro para el solicitante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38; d) se trata de una solicitud posterior, cuando no hayan surgido ni hayan sido aportados por el solicitante nuevas circunstancias o datos relativos al examen de la cuestión de si el solicitante cumple los requisitos para ser beneficiario de protección internacional en virtud de la Directiva 2011/95/UE; e) una persona a cargo del solicitante presenta una solicitud, una vez que, con arreglo al artículo 7, apartado 2, haya consentido en que su caso se incluya en una solicitud presentada en su nombre, y no haya datos relativos a la situación de la persona a cargo que justifiquen una solicitud por separado.

³⁷ El precepto se refiere al concepto de tercer país seguro. 1. Los Estados miembros podrán establecer que no se realice, o no se realice completamente, un examen de la solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante en sus circunstancias particulares cuando una autoridad competente haya comprobado, basándose en los hechos, que el solicitante está intentando entrar o ha entrado ilegalmente en su territorio procedente de un tercer país seguro con arreglo al apartado 2. Un tercer país solo podrá ser considerado tercer país seguro a efectos del apartado 1 si: a) ha ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones; b) cuenta con un pro-

abrir el examen de una solicitud después de su suspensión de conformidad con los artículos 27 y 28 y contra una decisión de retirada de la protección internacional con arreglo al artículo 45. Los Estados miembros establecerán los plazos razonables y demás normas necesarias para que el solicitante pueda ejercitar su derecho a un recurso efectivo. Los plazos no harán imposible o excesivamente difícil dicho ejercicio. Durante la tramitación del recurso y, en todo caso, en tanto no expire el plazo dentro del cual se puede ejercitar el derecho a un recurso efectivo, los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan en el territorio. Corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro la competencia para decidir si el solicitante puede o no permanecer en el territorio bien previa petición del solicitante concernido, bien de oficio, si la decisión pone fin al derecho del solicitante a permanecer en el Estado miembro y cuando, en tales casos, el derecho a permanecer en el Estado miembro mientras se resuelve el recurso no se contemple en el Derecho nacional.

3. Legislación refundida en materia de acogida de personas que solicitan la protección internacional

Las *normas mínimas para la acogida* de los solicitantes la protección internacional se regulaban en la Directiva 2003/9/CE de 27 de enero, refundida por la Directiva 2013/33, de 26 de junio (*Directiva de acogida refundida*). El objetivo de la norma es garantizar a las personas concernidas un nivel de vida digno y establecer condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros. En este sentido, la armonización de las condiciones de acogida de los solicitantes de la protección internacional se extiende a los solicitantes de la protección subsidiaria; ello con el fin de evitar trato desigual con las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/95/UE de 13 de diciembre.

En relación a su ámbito de aplicación personal la norma se aplica a todos los nacionales de países terceros así como a las personas apátridas que presenten una solicitud de protección internacional (incluida la protección subsidiaria) en la frontera o en el territorio de un Estado miembro, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de un Estado miembro, siempre y cuando se les permita permanecer en su territorio en calidad de solicitantes, así como a los miembros

cedimiento de asilo prescrito por la ley, y c) ha ratificado el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumple sus disposiciones, incluidas las normas relativas al recurso efectivo.

de su familia si quedan cubiertas por la solicitud de protección internacional de conformidad con el Derecho nacional. La Directiva no es de aplicación cuando se trate de solicitudes que caen bajo el ámbito de la Directiva 2001/55/CE de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Sin embargo, la Directiva no impide que las autoridades competentes puedan calificar cualquier solicitud de protección internacional como una solicitud de asilo a efectos de procedimiento, a menos que el solicitante pida explícitamente otra forma de protección. En todo caso, los Estados miembros pueden determinar condiciones más favorables en materia de condiciones de acogida y pueden aplicar las mismas condiciones a los solicitantes de formas de protección diferentes de las previstas por la *Convención de Ginebra*.

Las condiciones que la Directiva establece se refieren, de una parte, a los deberes de información a los solicitantes y, de otra parte, al reconocimiento al derecho del solicitante a circular libremente por su territorio nacional. El solicitante de asilo solo podrá ser retenido para comprobar su identidad. Por razones excepcionales se podrá limitar la circulación a una parte del territorio. En cualquier caso, el solicitante ha de poder recurrir contra dichas restricciones.

Los Estados miembros deben garantizar una serie de condiciones materiales de acogida. En particular, el alojamiento, la alimentación y el vestido así como el importe de las asignaciones económicas que será suficiente para evitar que el solicitante llegue a encontrarse en una situación de indigencia. El solicitante tiene derecho a que se preserve su unidad familiar, a la atención médica y psicológica y al acceso al sistema educativo (para los menores así como a los cursos de idiomas cuando sea necesario). Si la situación económica del solicitante lo permite, el Estado miembro podrá pedirle que contribuya, parcial o completamente, al coste de las condiciones materiales de acogida y de la atención médica y psicológica. Estos beneficios pueden ser limitados en determinadas circunstancias, aunque, en ningún caso se podrá limitar el beneficio relativo a la atención médica de urgencia ni se podrá privar del mismo al solicitante. En relación a los derechos laborales y de residencia, no podrá prohibirse a los solicitantes de asilo el acceso al mercado laboral y a la formación profesional. Este derecho se activa cuando la solicitud de asilo no se resuelve en el plazo de seis meses. De acuerdo con el texto refundido el solicitante tiene derecho a acceder al mercado laboral en un plazo no superior a 9 meses desde que formalizaron la solicitud. Ahora bien, los Estados miembros mantienen el control total de su mercado nacional de trabajo, por lo que pueden determinar los tipos de empleo a los que pueden acceder los

solicitantes de asilo, el número de horas o días al mes o al año durante el cual están autorizados a trabajar, las cualificaciones que deben poseer, entre otros.

El mayor problema que planteaba la aplicación de esta Directiva era la posibilidad de que los Estados miembros pudieran “detener/internar” a los solicitantes. Se trata de las condiciones de internamiento que el texto refundido de 2013 regula de forma exhaustiva estableciendo como principio general que “nadie puede ser internado por el único motivo de solicitar protección especial” ni siquiera con el fin de trasladar a la persona bajo el Reglamento de Dublín.

Un deber de información a los solicitantes se establece con el fin de que el solicitante conozca en qué supuestos puede ser internado (motivos) y cuanto tiempo puede ser privado de libertad (se exige a los Estados la adopción de medidas concretas y significativas que garanticen que el tiempo necesario para verificar los motivos de internamiento sea lo más breve posible. Ambas garantías ponen de relieve el carácter excepcional que tiene esta medida. En este sentido, “cualquier detención para internamiento ha de ser necesaria y cumplir con el principio de proporcionalidad”.

En relación a los motivos que justifiquen la medida de internamiento, la Directiva refundida establece seis supuestos tasados (que no prejuzgan los motivos de internamiento por causas delictivas) y el requisito de establecer alternativas a la detención. Importante igualmente es el derecho a un recurso de revisión inmediato de la legalidad del internamiento así como información sobre los mecanismos existentes para recurrirla. Por otro lado, la orden de internamiento o detención ha de ser dictada por autoridad judicial o administrativa competente, indicando las razones de hecho y de derecho que la justifiquen. La norma refundida también exige condiciones apropiadas durante la duración de la detención incluido el acceso a las dependencias por parte de ACNUR o cualquier organización que trabaje en el territorio del Estado miembro en cuestión “en nombre de ACNUR” en virtud de un acuerdo con dicho Estado. Finalmente, el internamiento/detención de personas vulnerables y de menores (incluidos menores no acompañados) se limita a circunstancias excepcionales (como *medida de último recurso*).

■ V. Conclusiones

1. La reciente finalización del proceso de refundición de la legislación europea sobre el asilo –el llamado “paquete legislativo de asilo” de 2013– avanza en el

objetivo de lograr un estatuto de asilo válido en toda la Unión, un estatuto uniforme de protección subsidiaria y unos procedimientos comunes para la concesión y retirada de dichos estatutos. Todo ello en el marco de las exigencias del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2. En relación al *Reglamento de Dublín II refundido* merece señalarse como avance el nuevo mecanismo de monitoreo, alerta temprana y gestión de crisis. Sus funciones son, básicamente, seguir la situación del asilo en los Estados miembros y establecer un marco que permita definir un marco de actuación estructurado y ordenado que pueda ayudar a identificar los problemas que vayan surgiendo en situaciones concretas de presión migratoria. Asimismo, la mejor aplicación del sistema de Dublín II plasma en las nuevas obligaciones que el Reglamento establece para los Estados miembros en relación a la audiencia del interesado con el objetivo de facilitar la determinación del Estado miembro responsable.

3. En cuanto a la *Directiva sobre procedimientos* se ha simplificado la normativa con el fin de facilitar su aplicación en particular cuando se tramitan simultáneamente un gran número de solicitudes. En este sentido se han revisado las normas sobre acceso al procedimiento de asilo, la realización de entrevistas personales y la duración máxima de los procedimientos de asilo. Asimismo, se vela por la mejora de la toma de decisiones en primera instancia con medidas más prácticas que ayuden a los solicitantes a entender el procedimiento o formando adecuadamente al personal que examine las solicitudes y decida sobre ellas. La Directiva refundida aclara las normas en caso de que los solicitantes de asilo presenten una nueva solicitud al cambiar sus circunstancias y para impedir posibles abusos del sistema. Finalmente, se propone lograr la máxima coherencia con otros instrumentos del acervo sobre asilo de la UE como la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA). A la OEAA se le establece un papel más concreto en las disposiciones sobre formación y acceso al procedimiento de asilo.

4. La *Directiva refundida sobre condiciones de acogida* pretende dotar a los Estados miembros de un marco normativo de mayor claridad y flexibilidad en su aplicación. La Directiva se mantiene exigente con las condiciones en relación con el internamiento (las restricciones al derecho de libre circulación solo deben aplicarse con justificaciones claras, comunes y exhaustivas y únicamente cuando sean necesarias y proporcionadas). Se quiere facilitar el acceso al empleo a los solicitantes de asilo al tiempo que se da flexibilidad a los Estados miembros

durante el periodo de examen en primer instancia de las solicitudes o cuando deban tramitar simultáneamente un gran número de solicitudes de asilo.

5. Reconocemos que la normativa refundida fortalece la dimensión humanitaria del sistema europeo, merced, en parte, a la transcripción de muchas de las soluciones aportadas por el TJUE. No obstante, el Derecho derivado sobre el asilo sigue adoleciendo de imperfecciones y dejando gran margen de maniobra a los Estados miembros, como ha quedado puesto de relieve en la crisis de los refugiados de 2015. A las deficiencias normativas se agregan problemas fácticos y malas prácticas administrativas.

6. Queda ahora la tarea de transposición por parte de los Estados miembros y el cumplimiento de las medidas urgentes establecidas por la Comisión. Si se incorporasen correctamente estas disposiciones a los derechos nacionales y se aplicasen adecuadamente, de acuerdo a los principios que rigen el SECA y a la interpretación del Tribunal de Justicia, esta nueva legislación podría redundar en una mayor eficiencia del sistema europeo de asilo con mejores estándares de calidad y respeto a los derechos fundamentales de los solicitantes. Pero sin el apoyo económico necesario y la comprensión del drama humano de los refugiados en términos de solidaridad ningún sistema normativo por bien intencionado que sea podrá cumplir con sus objetivos.

Nota:

Al cierre de esta edición –y ya en proceso de revisión de pruebas de imprenta– se ha hecho público el Acuerdo entre el Consejo de Ministros de la UE y Turquía, de 7 de marzo de 2016 por que el que se pretende devolver a dicho país a todo extranjero que llegue “ilegalmente” a las costas griegas a cambio de “traer” desde Turquía a un número de refugiados equivalente al de expulsiones y a aumentar los 3.000 millones de euros destinados a Turquía para atender a los refugiados/as. En otras palabras, intercambio de personas por dinero. Esta ignominia merece una reflexión final en este trabajo. A nuestro entender esta actuación de la Unión Europea, pendiente aún de confirmación por el Parlamento Europeo, supone una grave violación de la legalidad internacional y de los principios que inspiran el Derecho de la UE y el SECA (expuestos en este trabajo); en concreto, el artículo 78 TFUE, que obliga a la UE a establecer una política de asilo común que garantice la protección internacional de todo nacional de un tercer país sometido a persecución y respete el principio de no devolución, de conformidad con la Convención de Ginebra. Es un acuerdo que conculca la legalidad internacional pues supone un retorno masivo de personas que pueden ser víctimas de persecución y víctimas de la guerra. Además, es un acuerdo que generaliza las expulsiones colectivas, expresamente prohibidas

en el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Es un acuerdo que no respeta el derecho a la solicitud de asilo que asiste a todo ciudadano que se encuentre en el interior de un Estado Miembro, cualquiera que sea el medio por el que accedió a él. Es un acuerdo que pone de manifiesto las debilidades del sistema Dublín II refundido ante la “rebelión” de algunos Estados Miembros y la ausencia de sanciones. Como muestra, baste con señalar el incumplimiento de los compromisos adoptados en octubre de 2015 por la Comisión Europea en torno a la reubicación mediante un reparto entre los distintos Estados miembros. Es un acuerdo que pone de relieve el fracaso de las instituciones europeas y de su sistema común de asilo ante uno de los problemas humanitarios de mayor envergadura tras la Segunda Guerra Mundial, sino el mayor. Es un acuerdo que incomprensiblemente legitima el comportamiento político del gobierno turco. Es un acuerdo que cambia vidas por dinero. Es un acuerdo que supone un golpe de muerte al derecho de asilo y la protección internacional en la Unión Europea. Es un acuerdo que como europeos nos avergüenza.

EL DERECHO A LA AUTODEFENSA Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Fernando L. Ibáñez López-Pozas*

I. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que el Convenio no tiene como finalidad garantizar derechos que sean teóricos o ilusorios sino derechos que son prácticos y efectivos; esto puede aplicarse particularmente a los derechos de la defensa, habida cuenta del lugar prominente que en una sociedad democrática ocupa el derecho a un juicio imparcial, del cual aquéllos proceden.¹

El derecho de defensa,² según Gimeno Sendra, “es un derecho fundamental de todo imputado a acceder al proceso penal, tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible, y a designar, en él, a un Abogado de su confian-

* Profesor Contratado Doctor. Departamento de Derecho Procesal de la UNED.

¹ Caso Artico/Italia, 13 de mayo de 1980, serie A, N°37, apartados. 32 y 33.

² Con carácter general, y sin ser exhaustivos, pueden verse sobre el derecho de defensa Vicente Gimeno Sendra, *Constitución y Proceso*, Madrid, Ed. Tecnos, Madrid, 1988; Víctor Manuel Moreno Catena, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, Civitas, 1982; Víctor Fairen Guillén, *El encausado en el proceso penal*, en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, t. II; Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz, “La defensa”, *Temas del Derecho actual y su práctica* Universidad de Salamanca, 1979; Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, “El Derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado”, *Manuales de Formación continuada*, Madrid, núm. 22, 2004, pp. 277-318.

za o a reclamar la intervención de uno de oficio para efectuar ambos, defensor y patrocinado, los actos de alegación, prueba e impugnación que estimen necesarios en punto a hacer valer, con eficacia, el derecho fundamental a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente”.³

Aunque de forma dispar, y más o menos detallado en su formulación, los Tratados Internacionales ratificados por España, recogen este Derecho, así la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11.1 establece: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley y en juicios públicos y en el que se le hallen asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

De igual modo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14. 3 d) afirma: “a hallarse presente en proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada; si no tuviera defensor, del derecho que le asiste tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlos”.

Por último el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6.3 señala.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
 - a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
 - b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
 - c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
 - d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
 - e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

³ Vicente Gimeno Sendra, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ed. Colex, 2010, p. 129.

Es importante resaltar que la Carta, lo que hace, es presentar los derechos fundamentales, ya recogidos en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales,⁴ a los ciudadanos de la Unión Europea y esa “visibilidad” es uno de sus mayores logros, pues como afirmaba Spiros Simitis, “los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos reconocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar (...) de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos; (...) Unos derechos fundamentales claramente identificables favorecen la buena disposición para aceptar la Unión Europea. Deben encontrarse los medios para conseguir la máxima visibilidad de los derechos, lo que implica su enumeración expresa, a riesgo de repetirse, en lugar de una simple referencia global a otros documentos en los que figuran”.⁵

Esta loable afirmación podemos decir que se ha visto cumplida sólo en una parte, si tomamos como ejemplo el derecho a la defensa, pues su texto pasó de recoger, como lo hace el artículo 6.3 del Convenio, una enumeración extensa de los derechos de defensa a ser enunciado, de forma escueta, en el art. 48.2 de la Carta con las siguientes palabras “se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”.

Pero es que además para saber cuál es el contenido de esos *derechos* debemos acudir a las “Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales”⁶ documento redactado bajo la responsabilidad del Presídium de la Convención, que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que establece que “el artículo 48 coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH”, además de hacer referencia a otro artículo de la Carta, apartado 3 del artículo 52, en el que se recoge que su sentido y alcance serán iguales a los que confiere dicho Convenio. Por lo tanto esa visibilidad queda configurada con

⁴ María Pía Calderón Cuadrado resalta la idea de que “la Carta es antes que nada un trabajo de codificación de normas preexistentes” en María Pía Calderón Cuadrado, “Los derechos de la defensa. Una visión crítica de su reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea”, en Encarnación Aguilera Morales, Ignacio José Cubillo López y Andrés de la Oliva Santos, coords., *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2008, p.108.

⁵ Comisión Europea, *Afirmación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar, Informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1999, pp. 11 y 12.

⁶ Diario Oficial de la Unión Europea C 303/29 14.12.2007

el uso de otros textos internacionales que nos mostrarán la realidad del derecho de defensa.

El paso siguiente será acudir a la interpretación del Convenio a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, entre otras, en la sentencia *Asunto Pakelli contra Alemania*, sentencia de 25 de abril de 1983, apdo. 31, afirma que el apartado 3 del artículo 6 del CEDH garantiza al acusado tres derechos susceptibles de formularse de forma diferenciada: en primer lugar el derecho a la autodefensa, en segundo lugar el derecho a ser asistido por un defensor de su elección y, finalmente y bajo la concurrencia de determinadas condiciones, el derecho a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio.

Para finalizar hacer mención que nuestra Constitución en el artículo 24.2 recoge, entre otros, el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpable.

Estas primeras líneas nos dejan claro que la establecida relación entre los derechos reconocidos en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las Constituciones nacionales hará obligado, con mayor frecuencia, para los distintos Tribunales realizar una visión integradora del derecho de defensa e ir desarrollando el contenido del mismo.

■ II. La aplicación de los derechos recogidos en la Carta

1. *Los primeros pasos*

Durante muchos años, la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales dentro de la Unión Europea era una cuestión que quedaba bajo la competencia de los Estados miembros, sin que se hubiera previsto competencia a las Comunidades en los Tratados. Esto provocó que fuera el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que tuvo que pronunciarse sobre los derechos fundamentales, cuando se producía una confrontación entre el ordenamiento jurídico comunitario y los derechos humanos, formulando algunas declaraciones⁷ a las que podemos denominar primeros pasos o cimientos de los

⁷ *Asunto 29/69, Stauder/Ciudad de Ulm*, Rep. 1969, p. 419, en el que el TJCE aceptó que el Derecho comunitario no debería anular los derechos humanos protegidos nacional-

derechos fundamentales en general, aunque los mismos no fueran exactamente de protección para los particulares.⁸

En 1969 se produce un giro importante en las decisiones del Tribunal de Justicia, pues aunque según dicho Tribunal no existe vulneración de los derechos fundamentales del señor Stauder, se establece, en primer lugar, que las disposiciones del derecho comunitario deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales, que estos se encuentran comprendidos en los principios generales del derecho comunitario y que además esos derechos fundamentales los garantiza el Tribunal en sus resoluciones.⁹

Avanzando en esta línea la siguiente resolución que queremos citar es la del asunto Nold¹⁰ en la cual el Tribunal de Justicia señala que “los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que han sido objeto de cooperación o de adhesión por parte de los Estados, pueden dar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”.

El último paso, o primero del reconocimiento y uso de los derechos fundamentales, es la sentencia Rutili¹¹ en la que por primera vez el Tribunal de Justicia alude al Convenio como instrumento de Derecho Internacional de protección de los Derechos Humanos en los que se fundamenta para adoptar una resolución.

Este camino¹² seguido por el Tribunal de Justicia respecto de los derechos fundamentales es como dice Pi Llorens, la evolución que se produce desde el

mente, y Asunto Nold/ Comisión, Rep.1974, p. 491, en el que el TJCE sostuvo que “los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal” (apartado.13).

⁸ Sirva como ejemplo de esta situación de indefensión la sentencia del TJ de 1 de abril de 1965, asunto 40/64, Marcello Sgarlata y otros vs. Comisión de las Comunidades Europeas.

⁹ STJ de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69, Erich Stauder c. la villa de Ulm-Solzialamt. Podemos considerar que el siguiente hito se produjo con la sentencia de 17 de diciembre de 1970 en el asunto 11/70 InternationaleHandelsgesellschaftMbh c. Einfuhr – UndVorratsstelle Fuer GetreideUndFurtermittel.

¹⁰ Asunto 4/73, Nold vs. Comisión de las Comunidades Europeas, sentencia del TJ de 14 de mayo de 1974.

¹¹ Asunto 36/75 Roland Rutili c. Ministerio del Interior, sentencia del TJ de 28 de octubre de 1975.

¹² Sobre esta evolución véase Beatriz Sicilia Oña, *Derechos fundamentales y Constitución Europea*, ARARTEKO, 2006, (Col. Derechos Humanos “P. Francisco de Vitoria”).

inhibicionismo respecto de los derechos fundamentales hasta llegar al proteccionismo de los mismos.¹³

En diciembre de 2000, se produce un hecho de una importancia incuestionable: la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, documento que en ese momento carecía de fuerza vinculante dada la inexistencia de un pronunciamiento con eficacia asumiendo su contenido.

Y lo mismo que sucedió respecto de los derechos fundamentales en general, sucede con la aplicación de la Carta, ya que es a través de las Conclusiones presentadas por los abogados generales,¹⁴ en distintos asuntos, como se da auténtica vida a la Carta y empiezan a producirse resoluciones en las cuales se menciona la misma.

El Tribunal de Primera Instancia también comienza a aplicar la Carta en alguna de sus resoluciones siendo ejemplarizante la resolución de 30 de enero de 2002, *Max.mobilTelekommunikationService/Comisión*, que aplicó indirectamente el artículo 47 de la Carta, explicando que el control judicial de la actividad de la Comisión y, por consiguiente, el derecho a la tutela judicial efectiva forman parte “de los principios generales del Estado de derecho, comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros”.¹⁵

¹³ Monserrat Pi Llorens, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, ed. Ariel Derecho, 1999, p. 26.

¹⁴ Asunto *Bectu* (c-173/99) sentencia de 26 de junio de 2001, el Abogado general Tiziano en sus conclusiones afirma “... por otro lado, me parece el hecho de que dicho derecho haya sido solemnemente confirmado ahora en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión tras haber sido aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno, a menudo por mandato expreso y específico de los Parlamentos nacionales (...) tampoco puede ignorarse su evidente vocación de servir; (se refiere a la Carta) cuando sus disposiciones lo permitan, como parámetro de referencia fundamental para todos los actores –Estados miembros, Instituciones, personas físicas y jurídicas– de la escena comunitaria”. del Abogado General Mischo de 22 de febrero de 2001, presentadas en los asuntos *D* y *Suecia/Consejo* (sentencia de 31 de mayo de 2001, C-122/99 P y C-125/99 P, Rec. p. I-4319), punto 97; del Abogado General *Jacobs* de 14 de junio de 2001, presentadas en el asunto *Países Bajos/Parlamento y Consejo* (sentencia de 9 de octubre de 2001, C-377/98, Rec. p. I-7079), punto 197; del Abogado General *Geelhoed* de 5 de julio de 2001 presentadas en el asunto *Baumbast y R* (sentencia de 17 de septiembre de 2002, C-413/99, Rec. p. I-7091), puntos 59 y 110.

¹⁵ También lo hicieron, entre otras, las sentencias de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quérel/Comisión* (T-177/01, Rec. p. II-2365) y de 15 de enero de 2003, *Philip Morris y otros/Comisión* (T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 y T-272/01, Rec. p. II-1).

En este proceso queremos destacar las Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer presentadas el 12 de septiembre de 2006, en el asunto *Advocatenvoor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad* (Decisión marco 2002/584/JAI – Orden de detención europea y procedimientos de entrega entre Estados miembros).

Ruíz-Jarabo proclama que la Carta no es papel mojado: “En primer lugar, no surge del vacío, sin conexión con el entorno; al contrario, se inserta en una etapa del proceso evolutivo que he expuesto, codificando y reafirmando, según expresa su preámbulo, unos derechos que derivan del acervo común a los Estados miembros, en los planos nacional e internacional, por lo que la Unión ha de respetarlos y el Tribunal de Justicia tutelarlos, según disponen los artículos 6 UE y 46 UE, letra d), cualesquiera que sean la naturaleza jurídica y la capacidad del texto aprobado en diciembre de 2000”.

Centrándonos ya en los derechos de defensa debemos traer a colación las conclusiones de la Abogada General Verica Trstenjak presentadas el 3 de mayo de 2007 en el asunto *C62/06 Fazenda Pública – Director Geral das Alfândegas contra Z. F. Zefeser – Importação e Exportação de Produtos Alimentares, L.da*.

En este asunto se planteaba tanto por los Gobiernos portugués e irlandés como por la Comisión, entre otras cuestiones prejudiciales, que según la disposición contenida en el artículo 2 del Reglamento y su aplicación corresponde únicamente a las autoridades aduaneras nacionales calificar una conducta como «acto que puede dar lugar a la incoación de un proceso judicial punitivo». Esta tesis se confirma, según ellos, tanto por la estructura sistemática de las disposiciones como por el tenor del artículo 3 del Reglamento, que no exige la condena del interesado remitiéndose también a la sentencia *Meico-Fell*,¹⁶ en la que el Tribunal de Justicia declaró que las autoridades aduaneras eran competentes para la recaudación *a posteriori* de exacciones a la importación.

Por el contrario, *Z. F. Zefeser* alega que únicamente puede calificarse como delito un acto, cuando ha sido declarado como tal en una sentencia judicial firme. Sólo entonces puede fundamentarse, a su juicio, una recaudación *a posteriori* de derechos en supuestas infracciones del Derecho penal. Afirma que los principios de seguridad jurídica y de presunción de inocencia prohíben que la apreciación jurídica de las autoridades aduaneras y del Ministerio Fiscal sea el fundamento de la recaudación *a posteriori*.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 1991, (C-273/90, Rec. p. I-5569).

Según Verica Trstenjak, en el estudio de la cuestión prejudicial, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, del CEDH conforme al cual toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella, principio que tiene una formulación similar en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, teniendo en cuenta estas formulaciones el Tribunal de Justicia ha sentado expresamente un principio general del Derecho comunitario, según el cual toda persona tiene derecho a un proceso justo, principio que se aplica también en el ámbito del Derecho penal.¹⁷

2. La Aplicación de la Carta, una realidad incontestable

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1, la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, y en consecuencia forma parte actualmente del Derecho primario de la Unión. Las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos también se han consagrado por el Tratado de Lisboa y el artículo 6 TUE, apartado 3, establece que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. De ello se deduce que no sólo la Unión y sus instituciones sino también los Estados miembros, cuando interpretan y aplican el Derecho de la Unión, están sujetos a la Carta y al Convenio.

Para destacar este “maridaje” del Convenio y de la Carta y su aplicación directa citaremos las Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston presentadas el 18 de octubre de 2012, en el Asunto C-396/11 Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța vs. Ciprian Vasile Radu en una petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Constanța (Rumania).

¹⁷ Como curiosidad en este proceso podemos recordar como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso antes que el Tribunal de Justicia utilizara la Carta, hizo mención de la misma en las sentencias de los asuntos I. contra Reino Unido y Goodwin vs. Reino Unido de 11 de julio de 2002.

La cuestión prejudicial solicitaba al Tribunal de Justicia, en lo que se refiere al objeto de este estudio, que interpretara la Decisión marco 2002/584 en relación a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y en especial si esa interpretación debería cambiar como resultado de las modificaciones en el Tratado de la Unión Europea introducidas por el artículo 6 TUE. También se planteaba cuál era la relación entre las normas del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en concreto el artículo 5), y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en este caso el artículo 6).

El señor Radu alegaba que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa originó un cambio sustancial en la manera en la que se aplicaban en la Unión los derechos fundamentales. La respuesta de la Abogada General fue negativa, argumentando que aunque la Carta fue solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, se aplazó la decisión sobre el rango jurídico preciso que se le debía conferir. Como consecuencia, no se incorporó en ninguno de los Tratados y no se atribuyó fuerza jurídica a sus disposiciones de otra forma. No obstante, fue considerada con prontitud como un catálogo de derechos fundamentales dotado de autoridad, puesto que confirmaba los principios generales inherentes al Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

La Carta adquirió la condición de “Derecho de eficacia atenuada”, es decir, aunque sus disposiciones no fueran directamente aplicables como parte del Derecho de la Unión, eran sin embargo aptas para producir efectos jurídicos, en muchos casos de largo alcance, dentro de la Unión.

Y, esta situación se mantiene hasta su integración en el Tratado de Lisboa en el que las disposiciones de la Carta, incluidos sus artículos 48 y 52, forman parte del Derecho primario de la Unión y los derechos fundamentales garantizados por el Convenio constituyen principios generales del Derecho de la Unión y por lo tanto de aplicación constante como queda plasmado en la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012 en el asunto C-277/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court (Irlanda), mediante resolución de 1 de junio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de junio de 2011, en el procedimiento entre Sr. M. y Minister for Justice, Equality and Law Reform, en la que se afirma: “A este respecto, es necesario recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el respeto del derecho de defensa constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión (véanse, en particular, las

sentencias de 28 de marzo de 2000, Krombach, C-7/98, y de 18 de diciembre de 2008, Sopropé, C-349/07). En el caso de autos, por lo que respecta, más concretamente, al derecho a ser oído en todo procedimiento, que forma parte integrante de dicho principio fundamental (...) dicho derecho está consagrado hoy no sólo en los artículos 47 y 48 de la Carta, que garantizan el respeto del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo en el marco de cualquier procedimiento jurisdiccional, sino también en el artículo 41 de la misma, que garantiza el derecho a una buena administración”.

III. El derecho a la autodefensa

1. Concepto y fundamento

Tal y como dijo Bentham “...Si existe algún derecho que pueda llamarse derecho natural y que tenga en sí mismo el carácter evidente de conveniencia y de justicia parece que es el de defenderse a sí propio, o valerse de un amigo para que le ayude en su causa. ¿A qué obligarme a que mi suerte dependa de un abogado, si no hay ninguno en quien tenga tanta confianza como en mí mismo?”.¹⁸

La autodefensa fue denominada por Fenech Navarro como defensa genérica que es la que realiza la propia parte por sí mediante actos constituidos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión.¹⁹

El derecho a la autodefensa supone la intervención directa del imputado en las distintas fases del proceso²⁰ en el ejercicio del derecho de defensa, la necesidad de estar presente en las distintas actuaciones, la facultad de adoptar distintas posturas ante las preguntas formuladas de contrario, desde el silencio a la apor-

¹⁸ Jeremy Bentham, *Tratados sobre la organización judicial y la codificación*, trad. de B. Dumont, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 79.

¹⁹ Miguel Fenech Navarro, *Derecho Procesal Penal*, Barcelona, ed. Labor, 1952, pp. 457 y 458.

²⁰ Para Corazón Mira Ros, son postulados liberales individualistas los que demandan que el acusado pueda ejercer su propia defensa por la vía de contestar a la imputación o mediante su renuncia válida al ejercicio de la defensa, ya sea guardando silencio o por medio de la manifestación de su conformidad con la pretensión deducida por las partes; *cf.*: Corazón Mira Ros, *Régimen actual de la conformidad*, Madrid, Colex, 1988, p. 144.

tación de hechos y derecho, e incluso su participación directa en el juicio oral, interrogatorio de los testigos y el derecho a la última palabra.²¹

Consideramos que su fundamento último lo encontramos en las palabras de López Yagüés “el derecho del imputado a ejercitar la defensa a través de la directa intervención en el proceso, encuentra su fundamento en el necesario respeto de la propia dignidad humana y en el reconocimiento a quien ve amenazados sus derechos, de la posibilidad de articular la lucha por su salvaguarda.”²²

2. ¿Derecho a la autodefensa o derecho a la asistencia de Letrado?

Nuestra Constitución en su artículo 24 habla del derecho fundamental “a la defensa y asistencia de Letrado”, la Carta regula en el artículo 47 que “Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar” añadiendo en el siguiente párrafo que “Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia” y posteriormente en el artículo 48.2 se recoge “el respeto de los derechos de la defensa”.

Esta formulación, al igual que sucede en nuestra Constitución²³ nos puede llevar a pensar que nos encontramos en presencia de dos derechos fundamenta-

²¹ Para Gimeno Sendra, la autodefensa pertenece a la plena disposición del imputado quien es libre de hacerla valer o no en el proceso, ejercitando también su derecho fundamental al silencio; *cf.* Vicente Gimeno Sendra, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ed. Colex, 2010, p. 134. Por su parte, Carocca Pérez sostiene que la autodefensa sea irrenunciable, significa simplemente que la parte no puede por propia voluntad, decidir que no se le conceda la posibilidad de intervenir personalmente en la tramitación de un proceso en que se discutan cuestiones concernientes a sus intereses. En efecto, en todo proceso jurisdiccional, debe establecerse, la posibilidad de que las personas interesadas puedan intervenir. La concesión de esta oportunidad, para lo cual se requiere la debida notificación es, por lo tanto, irrenunciable, indisponible para el propio interesado. Otra cosa es que conferida a la parte tal posibilidad de intervenir, ésta decida no hacerlo, pero ello constituirá, no renunciar a su derecho fundamental de defensa, en su modalidad de autodefensa, sino que precisamente ejercicio del mismo; *cf.* Alex Carocca Pérez, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, ed. J. M. Bosch, 1997, p. 450.

²² Verónica Lopéz Yagües, *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Universidad de Alicante, 2002, p. 53.

²³ Ignacio Díez-Picazo Giménez, “Artículo 24: garantías procesales”, Oscar Alzaga Villamil coord., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Edersa, 1996, t. III, p. 74, analiza esta cuestión y se plantea si el artículo 24.2 proclama un derecho fundamental a la defensa privada o autodefensa ante los Tribunales.

les, un derecho fundamental a la defensa técnica a través de la expresión “aconsejar, defender y representar” a la que a continuación se añade la posibilidad de que esta sea gratuita y un segundo derecho fundamental, recogido en el artículo 48, que estaría conformado, junto con otros derechos, por la posibilidad de la autodefensa.

Si acudimos al artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para determinar si nos encontramos ante un derecho fundamental a la asistencia técnica y un derecho fundamental a la autodefensa, siguiendo lo establecido en las Explicaciones de la Carta, y acudimos a la lectura del precepto, nos encontramos con que existe una divergencia entre las versiones oficiales inglesa y francesa respecto del derecho a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio.

Así se establece en la versión inglesa:

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

Los derechos se encuentran unidos por la conjunción “or” es decir “o”.

Por el contrario en la versión francesa:

3. Tout accusé a droit notamment à:

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;

Los derechos a defenderse por sí mismo y a ser asistido por un defensor de su elección se enuncian separados por “ou” es decir “o” y en cambio el derecho a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio se une a través de “et” es decir “y”.²⁴

²⁴ Iñaki Esparza Leibar y José Francisco Etxeberria afirman que la finalidad del precepto analizado no es otra que asegurar una protección efectiva del derecho a la defensa, para lo que la versión francesa, que es el modelo elegido por los autores de la versión español-

Si acudimos a la doctrina española el estudio de esta cuestión se ha planteado como un conflicto entre ambos derechos, en el que se fortalece o limita el alcance que tienen cada uno de ellos en el ámbito del derecho de defensa.²⁵

La cuestión del derecho a la autodefensa también ha sido abordada directamente por nuestro Tribunal Constitucional en varias sentencias, principalmente en la sentencia 29/1995 que estableció cual era el alcance de este derecho. En la misma se sostiene que el derecho a la defensa privada o derecho a defenderse por sí mismo, aun en el contexto de una cultura jurídica como la nuestra, caracterizada por el predominio de la defensa técnica, forma parte, ciertamente, del derecho más genérico, reconocido en el art. 24.2 C.E., “a la defensa”.

Con arreglo a este entendimiento o interpretación del art. 24.2 C.E. en relación con el art. 6.3 c) CEDH, el derecho a defenderse por sí mismo no se agota, aun comprendiéndolo en determinados supuestos, en su dimensión de derecho alternativo al derecho a la asistencia técnica, sino que posee siempre un contenido propio, relativamente autónomo, en cuanto expresión del carácter, en cierto modo, dual de la defensa penal, integrada normalmente por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su Abogado defensor, con independencia del desigual protagonismo de ambos.

El contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica.

La asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además unida ya con la representación del Procurador, un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el en-

la, proporciona, en opinión del TEDH, una mayor seguridad o cobertura. *Cfr.* Iñaki Esparza Leibar y José Francisco Etxeberria “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo”, en Iñaki Lasagabaster Herrarte, coord., *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Pamplona (Navarra), Civitas ediciones, 2009, p. 227.

²⁵ López Yagües realiza un estudio de las opiniones de los distintos sectores doctrinales en Verónica López Yagües, *op. cit.*

causado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador.

En este sentido la Comisión Europea de Derechos Humanos ha entendido que el art. 6.3 c) “no garantiza al acusado el derecho a decidir él mismo de qué manera asegurará su defensa”, correspondiendo a las Autoridades competentes decidir si el acusado se defenderá por sí mismo o con asistencia de un abogado elegido por él mismo o nombrado de oficio (decisión de admisibilidad de la demanda núm. 5.923/72 contra Noruega, de 3 de mayo de 1975).

Numerosas decisiones han precisado, en la misma dirección de remitirse al Derecho nacional en la ordenación de esta materia, que “compete al Estado reglamentar la comparecencia del Abogado ante los Tribunales y la obligación de aquéllos de respetar ciertos principios deontológicos” (decisión de admisibilidad de las demandas núms. 7.577/76, 7.586/76 y 7.587/76, Ensslin, Baader y Raspe contra la República Federal de Alemania, de 8 de julio de 1978).

La Comisión en el Libro verde sobre “Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea”²⁶ llegó a la conclusión de que, si bien todos los derechos que integran la noción de “derechos del juicio imparcial” eran importantes, algunos derechos eran tan fundamentales que era preciso darles prioridad en esta fase. El primero de todos esos derechos es el derecho al asesoramiento y a la asistencia por abogado. Si no tiene abogado, un inculcado tiene menos posibilidades de conocer sus derechos y, por consiguiente, de que éstos se respeten. La Comisión considera este derecho el fundamento de todos los restantes.

En *Hoechst/Comisión*,²⁷ el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo explícitamente que el derecho a la representación por abogado es uno de los derechos fundamentales que rigen el procedimiento administrativo y cuya vulneración pueden dar lugar a una sanción, manteniéndose también que ha de evitarse, que el mencionado derecho quede irremediadamente dañado en los procedimientos de investigación previa, especialmente en las verificaciones, que pueden tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas.

²⁶ Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas 19.02.2003. COM 2003 75

²⁷ Asuntos 46/87 y 227/88, *HoechstAG/ Comisión*, Rec. 1989, p. 2859, apartados 15 y 16.

Por tanto, si bien algunas manifestaciones del derecho de defensa sólo afectan a los procedimientos de naturaleza contradictoria que siguen a una comunicación de los cargos imputados, otras, como el derecho a asesoramiento jurídico y el derecho a la confidencialidad de la correspondencia entre Abogado y cliente (reconocido por este Tribunal en la sentencia de 18 de mayo de 1982, AM & S, 155/79, Rec. 1982, p. 1575), deben ser respetadas ya en la fase de investigación previa.

Por último el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Benham contra el Reino Unido (1996) sostuvo que “cuando la privación de la libertad está en juego, en principio, el interés de la justicia exige una representación por abogado”.

Todas estas manifestaciones dejan claro que existe una doble manifestación del derecho de defensa²⁸ que comprende tanto la facultad de ser asesorado y aconsejado por un Letrado y la facultad de realizar personalmente y activamente la propia defensa, y que la misma sólo limitará o excluirá la asistencia profesional cuando la escasa complejidad del asunto lo permita.

3. Manifestaciones del derecho a la autodefensa

El siguiente paso es, tal y como decía Spiros Simitis, “visibilizar” este derecho a la autodefensa en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y luego buscar dicha plasmación en los procesos ante los Tribunales europeos. La comprobación de las expresiones o manifestaciones de esta defensa personal o privada tanto en el proceso penal ordinario como en el abreviado y, singularmente, en el juicio de faltas, y en este momento, y de forma clara, nos lleva a afirmar y constatar la escasa incidencia que tiene este derecho en nuestra Ley de enjuiciamiento.

Siguiendo al Tribunal Constitucional podemos citar, en la fase instructora, la proposición verbal de la recusación del juez instructor por parte del procesado privado de libertad en régimen de incomunicación (art. 58 L.E.Crim.); la asistencia personal a la diligencias de investigación (art. 302 L.E.Crim.) y, en particular, la posibilidad de formular observaciones en la diligencia de inspec-

²⁸ Según Cherif Bassiouni la opción a favor de una u otra no implica la imposibilidad o renuncia a ejercer la otra; *cf.* M Cherif Bassiouni, “Human rights in the context of Criminal Justice: identifying international procedural protections and equivalent protections in national constitutions”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 3, núm. 2, 1993, p. 283.

ción ocular (art. 333 L.E.Crim.) y en las diligencias sobre el «cuerpo del delito» (art. 336.2 L.E.Crim.) la posibilidad de nombramiento de peritos (arts. 350.2, 356 y 471.2 L.E.Crim.); la solicitud de práctica de la diligencia de identificación (art. 368 L.E.Crim.); la posibilidad de oponerse personalmente al Auto de elevación de la detención a prisión provisional (art. 501 L.E.Crim.), o finalmente, y como posibilidad más significativa, la de declarar cuantas veces quiera y cuanto estime pertinente para su defensa a lo largo del sumario (arts. 396 y 400 L.E.Crim.).

Por su parte, en la fase de juicio oral, cabe señalar cómo previamente al desarrollo de los debates el acusado puede plantear su conformidad a la pena solicitada por la acusación (arts. 655 y 793.3. L.E.Crim.), así como ejercitar su «derecho a la última palabra» (art. 739 L.E.Crim.).

Por ello, aunque lo reconozca nuestra constitución, y tal y como dice Moreno Catena “la Ley de Enjuiciamiento Criminal no pone al alcance del inculpado los medios suficientes para articular su autodefensa” añadiendo más adelante que “el derecho a la autodefensa (...) aparece en las leyes españolas como algo absolutamente residual.”²⁹

Cuando hablamos de esas expresiones del derecho a la autodefensa, debemos pensar si las mismas se trasladan al derecho europeo, o aún más, si el derecho a la defensa y/o el derecho a la autodefensa, han dado lugar a otras manifestaciones de los mismos o a la transformación o explicitación en otras formas en las que el sujeto debe defenderse o realizar una actividad frente a la administración o a la jurisdicción.

Como decíamos al principio de este artículo los derechos de la defensa se encuentran recogidos en los apartados a) a e) del art. 6.3 del CEDH, pero no nos encontramos ante una relación *numerus clausus*, sino al contrario, pues dicho artículo afirma que todo acusado tiene, “como mínimo”, los siguientes derechos. Esta interpretación se ha visto corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos enunciando “nuevos” derechos como el derecho “a la no autoincriminación”³⁰ dentro de los derechos a la defensa.

Respecto de este derecho, reconocido expresamente por nuestra Constitución, lo consideramos como una manifestación de un derecho más amplio, el derecho a la autodefensa, al considerar al acusado como un elemento activo den-

²⁹ Víctor Manuel Moreno Catena, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, Civitas, 1982, p. 33.

³⁰ Asunto *Funke vs. Francia*, sentencia de 25 de febrero de 1993

tro del proceso que tiene la capacidad de decidir su silencio, su colaboración, su declaración, etc., y también consideramos que está incluido dentro de “los derechos de defensa” que recoge el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

IV. El derecho a la no autoincriminación y la obligación de colaborar con la administración

Este derecho ha sido reconocido, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque no de una forma uniforme, comenzaremos exponiendo de forma resumida la doctrina de ambos Tribunales.

1. La postura del TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia sobre esta cuestión en la conocida sentencia del Asunto Funke que versaba sobre un ciudadano alemán residente en Francia, que alegó vulneración del artículo 6 del Convenio, en base a que consideraba que su condena por negarse a entregar ciertos documentos requeridos por el servicio de Aduanas violaba su derecho a no declarar contra sí mismo. El Tribunal en dicha resolución “advierde que Aduanas aseguró la condena del Sr. Funke como medio de obtener ciertos documentos que creían que debían existir aunque no estaban seguros de ello. Al no ser capaces o no desear obtenerlos de otro modo, intentaron compeler al demandante a que diese él mismo pruebas de los delitos que silencio y no contribuir a incriminarse él mismo”.

Esta doctrina se completa con la que emana de la sentencia en el Asunto *Saunders*³¹ en el que denuncia el demandante al uso de las declaraciones hechas ante los inspectores del Ministerio de Industria y Comercio en el proceso penal contra él. Aunque una investigación administrativa puede traer consigo la determinación de una “acusación penal”, según el sentido que la doctrina del Tribunal da a ese concepto autónomo, no se ha alegado ante este tribunal que el artículo 6.1 del Convenio fuese aplicable a los procedimientos llevados a cabo

³¹ Asunto Saunders contra Reino Unido, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996.

por los inspectores o que esos procedimientos pudiesen acarrear la determinación de una acusación penal en el sentido de aquel precepto (sentencia *Deweer vs. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980). A este respecto, el Tribunal recuerda su sentencia en el caso *Fayed vs. Reino Unido*, en el que sostuvo que los inspectores que actuaban al amparo del artículo 432.2 de la Ley de Sociedades de 1985 tenían una función investigadora y que su objetivo era conseguir y asegurar hechos que pudiesen luego ser utilizados como base para la acción de otras autoridades competentes –penal, administrativa, disciplinaria, o incluso legislativa.³²

Como se afirmó en ese caso, exigir que en tales casos una investigación preliminar estuviese sujeta a las garantías de un procedimiento judicial en el sentido del artículo 6.1 entrañaría en la práctica entorpecer indebidamente la administración efectiva en interés público de complejas actividades financieras y comerciales, por lo que la única actividad de control del Tribunal es analizar el uso de las declaraciones en el proceso penal.

En este caso el Gobierno Británico no negó en sus alegaciones que el demandante fue sometido a presión legal para declarar. La legislación británica, en concreto los artículos 434 y 436 de la Ley de Sociedades de 1985, obligaba al demandante a contestar a las preguntas ya que una negativa del demandante a contestar le hubiese supuesto una condena por desacato y la imposición de una multa o condena a prisión hasta dos años, y no constituye defensa ante esas cuestiones invocar que son de naturaleza inculpativa.

El gobierno británico puso el énfasis en que ninguna de las respuestas dadas por el demandante eran auto-incriminatorias y que sólo las mismas caen dentro del derecho a no declarar contra sí mismo y dado que el demandante solo dio respuestas exculpativas, no se había vulnerado ningún derecho aunque las respuestas exculpativas sirvieran para fundamentar el fallo condenatorio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no aceptó esta argumentación del Gobierno, pues algunas de las respuestas del demandante eran, realmente, de naturaleza inculpativa, en el sentido de que implicaban la admisión de conocimiento de información que le inculcaba. En cualquier caso, reteniendo en la mente el concepto de juicio justo del artículo 6, el derecho a no declarar contra sí mismo no puede confinarse razonablemente a manifestaciones de admisión de actuación ilegal o a observaciones que sean directamente inculpativas.

³² Sentencia de 21 de septiembre de 1994.

Los testimonios obtenidos bajo compulsión que aparentan no ser inculpativos, tales como alegaciones exculpativas, o simple información sobre cuestiones de hecho, y que pueden más tarde ser utilizadas en los procedimientos criminales por la acusación en apoyo de su acción, por ejemplo, contradiciendo o arrojando dudas sobre otras manifestaciones del acusado u otro material probatorio en el que intervenga él o para minar su credibilidad, también vulneran el derecho de defensa. Según el Tribunal el interés público no puede ser invocado para justificar el uso de respuestas obtenidas compulsoriamente en una investigación no judicial para inculpar al acusado durante el juicio.

Con estas sentencias³³ podemos comprobar como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha dejado claro que, a pesar de los requisitos que establezcan las legislaciones nacionales sobre determinados casos, no existe proceso que ampare una limitación en los derechos de defensa.

Tal y como afirman Nieto y Blumenberg “los derechos de defensa se conforman, al menos en estos casos, como un derecho fundamental absoluto, en el sentido de que no es susceptible de recortarse a través de una ponderación con el interés de la protección de la actividad y eficacia de la inspección o las necesidades de prueba”.³⁴

2. La postura del TJCE

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tiene como sentencia de referencia la del asunto “Orkem vs. Comisión”³⁵ de la que lo primero que demos decir, es que es necesario encuadrarla en el momento histórico en el que se encontraba el TJCE en relación con los derechos fundamentales y que hemos desarrollado en el cuerpo de este escrito. Partiendo de esta situación, también decir

³³ Evidentemente han existido otras sentencias que han mantenido estos pronunciamientos tales como Asunto J.B. vs. Switzerland, 3 de mayo de 2001, en el que el gobierno suizo alegó que la información solicitada sólo tenía efectos dentro de un procedimiento administrativo; Asunto Weh vs. Austria, 8 de abril de 2006; Asunto Heaney and McGuinness vs. Irlanda, 21 de diciembre de 2000.

³⁴ Axel Blumenberg y Adán Nieto Martín, “«Nemo enetur se ipsum accusare» en el Derecho Penal Económico europeo”, en Luis María Díez-Picazo y Adán Nieto Martín, coords., *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 397-413.

³⁵ Asunto Orkem vs. Comisión, 374/87, sentencia de 18 de octubre de 1989.

que la doctrina en ella establecida se ha repetido en numerosas sentencias³⁶ y en conclusiones de los abogados generales.³⁷

En este asunto el Tribunal de Justicia debió evaluar las facultades de la Comisión en materia de inspección a la luz del derecho de defensa y el Tribunal de Justicia determinó que las empresas tienen una obligación de colaboración activa con las medidas de investigación. Sin embargo, la obligación de colaborar activamente con la Comisión no entraña que la empresa deba inculparse admitiendo infracciones de las normas de competencia.

A este respecto, el Tribunal de Justicia estableció una distinción entre, por un lado, la respuesta a preguntas y, por otro, la presentación de documentos. En cuanto a lo primero, el Tribunal de Justicia estableció otra distinción. Declaró que la Comisión está facultada para obligar a una empresa a responder preguntas de carácter fáctico, pero que no está facultada para obligar a una empresa a que le facilite respuestas que puedan entrañar una admisión por su parte de la existencia de una infracción. Contra este último aspecto una empresa puede invocar su derecho a permanecer en silencio como parte de su derecho de defensa.

En lo que respecta a los documentos, el Tribunal de Justicia no limitó las facultades de la Comisión en materia de inspección. La empresa de que se trate debe comunicar los documentos existentes y relacionados con el objeto de la investigación, aunque tales documentos puedan utilizarse para acreditar la existencia de una infracción, si así se le solicita. Además, con el fin de detectar algunos de los casos más graves, la Comisión estableció una política de cooperación. Esta política se recoge en la denominada Comunicación sobre la cooperación. A cambio de colaboración (facilitar información pertinente y elementos de prueba) puede concederse una reducción de la multa, en función del grado de cooperación.

Por último señalar que la política de cooperación no entraña ninguna obligación, por el contrario, se basa en la colaboración voluntaria. Por lo tanto, una reducción de la multa a cambio de colaboración es compatible con el derecho de defensa y, en particular, con el derecho a no inculparse a uno mismo. Además, la reducción de la multa se concederá por una contribución durante el procedi-

³⁶ Asunto Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, sentencia de 15 de octubre de 2002, asunto Aalborg Portland y otros/Comisión, sentencia de 7 de enero de 2004, Thyssen Krupp Stainless GmbH/Comisión sentencia de 14 de julio de 2005, Asunto Sr. M. y Minister for Justice, Equality and Law Reform, Irlanda, Attorney General, sentencia de 22 de noviembre de 2012.

³⁷ Entre otras Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed presentadas el 19 de enero de 2006, Asunto C-301/04 P Comisión de las Comunidades Europeas vs. SGL Carbón.

miento administrativo sólo si dicha contribución permitió a la Comisión apreciar la existencia de una infracción con menor dificultad y, en su caso, ponerle fin.

3. Conclusión

Es evidente que el TJCE aun afirmando que concede una gran importancia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se separa completamente de la doctrina emanada del mismo en las sentencias *Funke* y *Saunders*. La justificación de esta interpretación se ha realizado en distintas sentencias, centrándose, en primer lugar, en que no es posible extrapolar sin más las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a personas jurídicas o empresas. El Derecho de competencia se refiere a las empresas y la Comisión sólo está facultada para imponer multas a empresas y asociaciones de empresas por vulneraciones de los artículos 81 CE y 82 CE, y el derecho a no autoincriminarse está reservada exclusivamente a las personas físicas y no puede ser invocado por personas jurídicas.

Y por otro lado, que aún no cuestionándose la posibilidad de que el TEDH amplíe determinados derechos y libertades a empresas y a otras personas jurídicas, este Tribunal también aplica diferentemente el nivel de protección concedido a las personas físicas y a las personas jurídicas.³⁸

Aun siendo ciertos los argumentos expuestos, esta postura de preferencia de las normas administrativas comunitarias del TJCE no impide que la no aplicabilidad del derecho a la autodefensa en los procedimientos administrativos provoque que los datos obtenidos sin ningún tipo de control sean utilizados posteriormente en los procesos penales y con ello se vulneren el artículo 6 del Convenio y los artículos 47 y 48 de la Carta.

³⁸ Como ejemplo de esta postura se cita la sentencia en el asunto *Niemietz vs. Alemania* de 16 de diciembre de 1992 en la que se señala que la protección de las oficinas de las empresas puede ser menor que la de los hogares particulares. El Tribunal declaró que el concepto de "hogar" puede ampliarse a la oficina de un profesional y que tal interpretación no obstaculizaría indebidamente a los Estados Contratantes, ya que éstos conservarían su derecho a intervenir. En el asunto *Colas Est y otros vs. Francia* en la sentencia de 16 de abril de 2002 el TEDH también declara que en determinadas circunstancias los derechos garantizados por el artículo 8 pueden interpretarse en el sentido de que incluyen el derecho a respetar el domicilio social, las sucursales u otras oficinas de una empresa.

Retos a la eficacia de los derechos humanos en España y la Unión Europea,
editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,
se terminó de imprimir en agosto de 2016, en los talleres de TRIGEMINUM, S.A.
DE C.V., Campesinos núm. 223-J, colonia Granjas Esmeralda, C.P. 09810,
Delegación Iztapalapa, Ciudad de México.

El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección
de Publicaciones de esta Comisión Nacional.
El tiraje consta de 2,000 ejemplares.

Este material fue elaborado con papel certificado
por la Sociedad para la Promoción del Manejo Forestal Sostenible A. C.
(Certificación FSC México).



ISBN: 978-607-729-260-9



9 786077 292609