

# ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL NROS. 53/1985, 99/1994 Y 136/1999.

**Héctor Ramón Peñaranda Quintero**

Universidad de Zulia, Venezuela

**Resumen.-** El presente trabajo tiene como finalidad hacer un recorrido analítico de las sentencias del Tribunal Constitucional español: NROS. 53/1985, 99/1994 Y 136/1999, donde se tratan aspectos relacionados entre otras cosas con la dimensión objetiva y subjetiva del derecho, a la luz de la protección de los derechos fundamentales.

**Palabras clave.-** *dimensión, objetiva, subjetiva, derechos, fundamentales, Tribunal, Constitucional.*

**Abstract.-** The present investigation has the purpose of making an analytical view of the sentences of the Spanish Constitutional Court: NROS. 53/1985, 99/1994 and 136/1999, where aspects related among others things to the objective and subjective dimension of law, in the light of the protection of the fundamental rights.

**Key words.-** *objective, subjective dimension, right, fundamental, Court, Constitutionalist.*

## Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad hacer un recorrido analítico por jurisprudencias españolas donde se tratarán aspectos relacionados entre otras cosas con la dimensión objetiva y subjetiva del derecho, a la luz de la protección de los derechos fundamentales.

Constituye un error pretender contraponer los aspectos subjetivo y objetivo de la eficacia de los derechos fundamentales; pues la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, reconoce la trascendencia de las tareas públicas para reforzar su eficacia, se produce necesariamente en detrimento de su vertiente subjetiva, que se tiene por más protectora de la libertad individual.

Se ha planteado en la jurisprudencia desde tres perspectivas: de autonomía y mera coordinación entre contenidos en principio diferenciados, aunque apoyados en una sola disposición normativa; de objetivización, que transforma la sustancia de la libertad subjetiva garantizada y la coloca bajo la dominancia del aspecto objetivo o institucional; y, finalmente, de fortalecimiento de la libertad

subjetiva, que conserva su identidad y su primacía, mediante la proyección de contenidos objetivos adicionales a la misma. Con referencia a distintos derechos fundamentales o incluso a diferentes tipos de problemas que plantea la tutela de un mismo derecho podría haberse optado por una u otra perspectiva, lo que incrementa las incertidumbres ante la jurisprudencia constitucional, que sería menos previsible que si se limitara a constatar las infracciones de los derechos fundamentales entendidos como simples derechos subjetivos frente a la acción de los poderes públicos.

Una formulación teórica de la cuestión en la doctrina española es ofrecida por Miguel Ángel Presno Linera:

“La interrelación apuntada entre la dimensión subjetiva del derecho fundamental (...) y su vertiente objetiva pone de manifiesto la íntima imbricación existente entre ellas y nos conduce, en definitiva, a la consideración de las normas de derechos fundamentales como normas de carácter doble, lo que nos enseña que no basta concebirlas sólo como normas atributivas de derechos subjetivos o sólo como mandatos de optimización; un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se pueden adscribir tanto unas como otras. Ahora bien, de lo anterior no puede concluirse que la dimensión jurídico-objetiva del derecho fundamental absorba en su contenido la vertiente jurídico-subjetiva, sino que se trata de algo añadido a ella, lo que demanda una explicación acerca de la relación entre esos dos contenidos (...). El contenido jurídico-objetivo está en estrecha relación con la libertad jurídico-subjetiva y actúa como un elemento de fortalecimiento orientado a la garantía de la libertad jurídico-subjetiva. Pero mientras la dimensión subjetiva del derecho fundamental no supone una transformación esencial de la estructura de la Constitución, dicha transformación sí tiene lugar al añadir la vertiente jurídico-objetiva del derecho, pues, en primer lugar, su carácter de norma de principio impone una necesidad de hacer al Estado que se convierte en una facultad del ciudadano de reclamar su realización.

En segundo lugar, merced a la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales irradiándose en todos los ámbitos del Derecho, tales derechos dejan de ser principios y garantías en la relación Estado-ciudadano para transformarse en principios superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto. Y es que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, sino también deberes positivos por parte de éste (véanse, a título de ejemplo, los arts. 17.4, 20.3 y 27 de la Constitución).

Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, dado que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el

artículo 10.1 de la Constitución, el «fundamento del orden político y de la paz social»<sup>1</sup>.

El carácter de fundamentales que tienen los derechos, no deriva de su inmanencia al ser humano, sino de la importancia capital que el sistema constitucional concede al papel que las personas pueden desempeñar en su funcionamiento si se les atribuyen y garantizan esos derechos individuales como si les fueran inherentes.

En definitiva, de la significación y finalidades de los derechos fundamentales dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa (STC 53/1985, FJ 4.º; también, STC 25/1981, FJ 5.º).

## **1. NOCIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO COMO FUNDAMENTO DE LA CONDUCTA HUMANA**

### **1.1. DERECHO**

Es importante comenzar este trabajo resaltando que la vida humana se desarrolla y evoluciona a través de manifestaciones y actos jurídicos. Es así, como en casi todos los actos de la vida diaria, se pone en marcha el Derecho hasta sin darse cuenta de tal hecho, llevando a cabo una infinita consecución de actos jurídicos que nos permiten relacionarnos con otras personas y cubrir nuestras necesidades.

Y es que el Derecho es algo tan esencial en la existencia de todo individuo que por ejemplo, cuando una persona que se está bañando en un río y recoge alguna piedra llamativa, ésta realiza lo que el Derecho denomina una ocupatio, y adquiere la propiedad de una cosa nullius; cuando botamos algún papel, revista o periódico en una papelera en un centro comercial, se efectúa un derelictio, abandonando la propiedad de ese papel, revista o periódico; cuando compramos algún material en una librería, se realiza el contrato de compraventa, y así sucesivamente se puede analizar como la vida está circunscrita y desarrollada por actos jurídicos, que se aprecian desde los más sencillos y elementales hasta los más solemnes y formales, como ya los procedimentales y jurisdiccionales. Los cuales se logran concretar no sólo en la relación hombre a hombre, sino también entre una persona y un grupo social, familia, municipio, personas jurídicas o grupos entre sí.

“El Derecho como norma exige la conducta de las personas hacia las cuales se proyecta lo prescrito en la norma, y al mismo tiempo, todo derecho en sentido subjetivo exige forzosamente la existencia de una norma establecida que confiera la correspondiente facultad. Por eso lo

---

<sup>1</sup> PRESNO LINERA, Miguel Ángel, “La estructura de las normas de derechos fundamentales”, en Bastida Freijedo, F. J., Villaverde Menéndez, I., Requejo Rodríguez, P., Presno Linera, M. A., Aláez Corral, B., Fernández Sarasola, I., Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, Madrid: Tecnos, 2004, págs. 45 a 56. Extracto.

correcto es decir que el derecho en sentido objetivo y el derecho en sentido subjetivo, no son sino dos aspectos de un mismo fenómeno”.<sup>2</sup>

El Derecho dirige y gobierna la vida de los hombres, pero no todo acto del hombre está gobernado por aquél, porque algunos de ellos son regulados y dirigidos por normas diferentes a las jurídicas. Es así como en la vida social hay diversidad de normas que regulan la conducta del ser humano, como las desplegadas de la conciencia, y que son llamadas normas del indumento, de la moral, de la religión.

Por ejemplo, cuando se habla de normas del indumento, se refiere a deberes consecuentes del decoro, del honor o también de otros sentimientos característicos de un grupo social o que también pueden pertenecer a un momento histórico, cuya violación no da origen a una sanción religiosa o jurídica, como tampoco es considerada como un acto inmoral por la conciencia común, pero no es aprobada por considerarse un acto inconveniente.

En el caso de las normas morales, éstas no están impuestas por un precepto divino o por el Estado, y por lo tanto no tienen sanción civil o religiosa. Estas normas se guían por el sentimiento ético que ocasionan la honestidad, y con lo cual se puede determinar la buena o mala voluntad.

Cuando se hace referencia a las normas religiosas, éstas se fundamentan en preceptos de lo divino, y que pertenecen a alguna religión y que son impuestas por la fe. La sanción que origina la violación de este tipo de normas se concreta en penas de la vida post mortem. Las normas jurídicas son aquellas que emanan del Estado, y que originan un ordenamiento jurídico determinado. Se originan prohibiciones y sanciones.

La interrelación entre todas estas normas es lo que da resultado a la cultura de los pueblos. Es así como todas las normas se llegan a confundir y lo que la religión ordena o prohíbe, es ordenado y prohibido por el Derecho. Y lo que éste impone o prohíbe, lo imponga o lo prohíba la ley moral, siendo algo normal que los preceptos morales sean hoy en día jurídicos.

La característica que diferencia a las normas jurídicas de las otras normas es porque además de ser impuestas por el Estado, tienen fuerza coactiva. Y es en ese momento cuando se convierte en norma jurídica sin interesarle a la ciencia del Derecho, si esas normas están presentes en otras esferas como la religión o la moral.

Han sido numerosos los intentos para caracterizar el vocablo Derecho. Entre estos tenemos:

Kant: “Es el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad”.

Como se puede observar, esta definición corresponde al Derecho Natural, que sería el ideal jurídico, porque la definición lógica y universal del derecho debe comprender todos los posibles sistemas de Derecho que existen y por haber; es decir no es sólo el Derecho justo, sino también lo que no es justo.

Este punto en consideración llevó a grandes filósofos a iniciar sus estudios profundos en este sentido, para poder centrar el significado de este Vocablo. Por estas razones Stammler considera que el “Derecho es el querer entrelazante, autárquico e inviolable”, porque el Derecho se distingue de las reglas convencionales, en que aquel quiere realizarse por encima de todo, sin consultar la conformidad del obligado. Agrega Wollen, que es un querer porque pertenece al reino de los fines, en otras palabras de poder concebir determinados datos de la conciencia, que

---

<sup>2</sup> DELGADO OCANDO, José Manuel; Lecciones de Introducción al Derecho. Colección de Cursos y Lecciones IFD-LUZ. No. XI. Maracaibo, Edit. EDILUZ, 1987; p. 84.

se oponen a los concebidos bajo la ley de la causalidad (reino de la naturaleza). Sin embargo dentro de ese querer se comprende en sí la vida social y no a la conciencia en pleno, sino esos determinados datos de la conciencia que hacen posible la vida en sociedad.

Del Vecchio, considera que el Derecho es “la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determine, excluyendo todo impedimento”, lo que significa la coordinación de la libertad bajo una imperativa, deslindándose la Moral y el Derecho, y éste a encarnar un valor positivo para lograr la justicia, a través de la coerción.

Según Roberto De Ruggiero, “el Derecho es norma de las acciones humanas en la vida social establecida por una organización soberana e impuesta coactivamente a la observancia de todos”<sup>3</sup>.

Explica el mencionado autor que el Derecho nace como un producto de la vida social y como creación del espíritu humano, sirviéndole a éste para la realización del bien.

El fundamento natural del Derecho es la misma naturaleza humana. Por lo que no se acepta la existencia de normas que regulen la vida de otros seres vivos, sino a través de leyes físicas, químicas o biológicas. De allí que el Derecho separa la convivencia y civilización de lo salvaje, concibiendo al hombre, en consecuencia como un ser social. De esa naturaleza social del hombre es que brota el Derecho,

Stahl lo define como “el orden de las relaciones de vida que forman la existencia común de los hombres”<sup>4</sup>.

## 1.2. EL DERECHO Y LA MORAL

Como ya se ha hecho referencia, entre la diversidad de normas, encontramos que éstas se interrelacionan y podrían llegar a confundirse entre sí; es así como por ejemplo, las normas morales y las jurídicas se confunden, aunque podría decirse también que ambos tipos de normas están separadas. Pero en realidad lo que reluce es que tienen una íntima conexión, porque tienen un origen común, que es la conciencia social, lo que ocasiona que sea muy difícil delimitar. De manera que, lo que el Derecho determina, es también acogido por la moral, debido a que sería inaceptable que la norma jurídica contenga mandatos o prohibiciones que repugnen o contraríen al sentimiento ético o moral. Es por ello que en el desarrollo de la civilización y de los diversos ordenamientos jurídicos, se han producido choques, entre la norma jurídica y la norma moral, que a través del avance de la humanidad la moral ha logrado desechar aquellas normas jurídicas contrarias a la ética. Es por estas razones que instituciones jurídicas antiguas, como la esclavitud, hayan desaparecido.

La norma moral se inclina al acto interior o psíquico que se ve reflejado en la buena intención de la persona. Mientras que la norma jurídica, se inclina en el acto mismo, que es lo que le permite ser social. No obstante, para el Derecho existe también el momento interno, que ayuda a determinar si el acto se ha realizado por error, dolo o negligencia, y con lo cual también se determina la intención del individuo.

Esas características de inclinación de las normas morales y jurídicas, permite considerar que como la norma jurídica se dirige a la acción externa necesita ir acompañada de una sanción física, es decir, susceptible de coacción, mientras que las normas morales se refieren a la

<sup>3</sup> De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Introducción y Parte General. Derecho de las Personas, Derechos Reales y Posesión. Instituto Editorial Reus. Volumen CXXIX Madrid. Pág. 5-6.

<sup>4</sup> Die Philosophie des Rechts, II, I, pág. 191 y siguiente.

intención, no susceptible de coerción externa, porque el efecto que éstas producen es el remordimiento de la conciencia.

### 1.3. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

Como resultado de una concepción dualista del Derecho, se ha clasificado el mismo en Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo.

El Derecho Objetivo es el conjunto de normas destinadas a reglar la conducta de los individuos en la sociedad, mientras que el Derecho Subjetivo se refiere a la facultad, poder o señorío individual o subjetivo de ser titular y hacer valer determinado derecho. Sin embargo, esta clasificación no separa el derecho subjetivo del objetivo, como sostiene la doctrina imperante, no puede hablarse de un derecho objetivo y un derecho subjetivo aisladamente, aunque esto no quiere decir que a los efectos metodológicos y para el estudio de las disciplinas jurídicas, no sea conveniente tomar a veces al sujeto y a veces el objeto del Derecho, pero sólo como división metodológica. Es simple esta explicación, porque si tomamos en cuenta que el Derecho constituye reglas plasmadas como un conjunto de normas que implican por un lado reglas bilaterales de conducta humana, y por otro lado, poderes basados en tales preceptos y que son atribuidos a una voluntad para proteger intereses de los individuos y grupos sociales, entonces para que exista esa facultad es necesario que ésta se desprenda del derecho objetivo, por lo tanto, sin existir ese derecho objetivamente hablando, entonces no puede desprenderse de éste esa facultad, poder o señorío de hacer valer ese determinado derecho.

El Derecho Objetivo comprende el derecho natural y el derecho positivo. Éste último se divide en Derecho Público y Derecho Privado.

Roberto De Ruggiero diferencia el Derecho objetivo del subjetivo de la siguiente manera:

*“Por la primera expresa la regla dictada a la conducta humana, la norma de conducta a la que el particular debe someterse y a cuya observancia puede ser forzado mediante un poder coercitivo, externo o físico (ius est norma agendi). En este sentido se emplea la palabra Derecho cuando se dice; por ejemplo, «el Derecho prohíbe apropiarse las cosas ajenas», «el Derecho impone al cónyuge el deber de asistencia», «el Derecho me concede el poder de reclamar la cosa de quien injustamente la detente», etcétera. En una segunda acepción, designa una facultad reconocida a la persona por la Ley, que le permite efectuar determinados actos (ius est facultas agendi). Y así se habla del «derecho de testar», del «derecho de acreedor respectivamente a su deudor», etc”<sup>5</sup>.*

El Derecho objetivo nace como consecuencia del querer y hacer humano como acuerdo de las voluntades particulares, y el Derecho subjetivo también nace de la acción del hombre, pero ese querer o hacer depende es ya de la voluntad particular, la cual se concreta. Es decir, que en realidad el Derecho objetivo y el subjetivo no constituyen en sí figuras o formas opuestas.

---

<sup>5</sup> De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Introducción y Parte General. Derecho de las Personas, Derechos Reales y Posesión. Instituto Editorial Reus. Volumen CXXIX Madrid. Pág. 9-10

#### 1.4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO OBJETIVO

a)Fuente. Es el Estado el que determina el Derecho, fijando las normas jurídicas que regirán la conducta de los sometidos a ellas. Es por esta razón que la doctrina afirma que el Derecho positivo es estatal, porque no es sino el mismo Estado, el ente que puede dictar normas jurídicas obligatorias, y utilizar la coacción para asegurar el cumplimiento de las mismas. Esto quiere decir que no forma parte del Derecho objetivo el Derecho racional o natural.

En el Derecho romano quienes se encargaban de crear las normas jurídicas en un comienzo eran el Rey y el pueblo en sus comicios en la primera época, la plebe en los concilios, los Magistrados en casos determinados el Pretor, el Senado. El Emperador, en los primeros tiempos en concurrencia con aquéllos. Posteriormente le correspondió esta tarea al emperador exclusivamente. No obstante, en la actualidad en todos los Estados organizados, se aplica el principio de la división e independencia de los poderes públicos, lográndose así la separación y autonomía del Poder Legislativo, del Judicial y del Ejecutivo, recayendo la tarea de hacer la leyes en el legislativo por regla general.

En Venezuela, según la Constitución Nacional de 1999, el poder público se distribuye entre el poder municipal, estatal y nacional; éste último se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del poder público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado (Art. 136). De manera que, le corresponde la creación de las normas jurídicas a la Asamblea Nacional, como ente legislativo de carácter nacional; al Consejo Legislativo, como ente legislativo de carácter estatal (Art. 162 C.N.), sobre las materias de la competencia estatal; y al Concejo, como ente legislativo de carácter municipal (Art. 175 eiusdem).

Es importante destacar que además de la existencia de normas jurídicas creadas por los entes legislativos, existe la posibilidad de la creación de normas jurídicas emanadas del Poder Ejecutivo, como por ejemplo, a nivel nacional, a través de los decretos con fuerza de ley, previa autorización por una ley habilitante (Art.236-8 C.N.).

Es sólo si la norma jurídica es creada por el órgano competente, ella es obligatoria y entonces se constituye en sí en una norma jurídica.

b) Forma y contenido: La forma como se presenta la norma jurídica es como un mandato positivo; determinando lo que se debe hacer, o negativo; determinando lo que no se debe hacer, concretado en una orden que se impone. Es necesario aclarar que la forma de la norma jurídica que refleja el carácter imperativo o prohibitivo de la misma, puede generar normas jurídicas imperativas con una fórmula negativa, como también el de prohibiciones que sean expresadas positivamente. De tal forma que el que no obedezca esa orden es castigado con las sanciones que la misma ley determina.

Existen autores que hablan de otra categoría diferente de normas jurídicas, por ejemplo normas imperativas, prohibitivas y permisivas (*permittere*), pero en realidad esas normas llamadas permisivas entran en las dos categorías fundamentales, y serían permisivas para hacer o no hacer algo, debiendo ser consideradas como un imperativo o una prohibición.

Como explica Savigny, en Sistema I, pág. 80, núm. 4, y sobre el texto romano: Döring De Quadruplici Legis virtute, Diss. Ezford, 1776, respecto al último tipo de norma jurídica agregada a las dos fundamentales (*imperare y vetare*), la distinción creada por Modestino es errada.

Windscheid, también menciona una cuarta categoría de norma jurídica, a las cuales llamó normas "*meramente negativas*"<sup>6</sup>, que son aquellas en que se determina que para un hecho específico no podrá admitirse ni un imperativo ni una prohibición ajeno a otro.

<sup>6</sup> Windscheid, Pand I, pág. 80; Bierling, Juristische Prinzipienhre, Freiburg, 1893, I, págs. 91 y siguientes.

Hay que destacar que todos estos mandatos imperativos y prohibitivos parten de los lineamientos de las normas generales, que son la base de todo ordenamiento jurídico, evitando que las normas jurídicas específicas o especiales imperativas o prohibitivas puedan extenderse a otros casos distintos de los por ellas considerados, o que sean creadas nuevas normas jurídicas imperativas o prohibitivas que vayan en contra de lo establecido en las normas generales.

c) Caracteres y dirección:

La norma jurídica sea cual sea tu tipología va dirigida a la universalidad, que estaría compuesta por todas las personas sometidas a la soberanía que estas tengan, así sean de grupos de personas más restringidos dentro de un agregado más amplio, o inclusive sean dictadas para una determinada clase de personas, es decir podrían ir dirigidas a todos los ciudadanos, o sólo a los órganos del Estado, o a los funcionarios públicos, Etc.

Ese es el sentido de la norma jurídica, el de la universalidad, como se ha explicado, de manera que no se podría en realidad hablar de derecho objetivo se tratase de algún precepto dirigido a una sola persona, pues en este caso ya no tendría ese carácter de universalidad.

d) Sanción:

Las normas jurídicas al ser imperativas o prohibitivas, son de obligatorio acatamiento, y es así como la violación de los preceptos jurídicos engendran coacción, teniendo el mismo Estado los medios idóneos para que el individuo sea constreñido a su observancia. Estos medios, son las sanciones, las cuales varían según la norma. Puede ser que se trate de una sanción directa, por ejemplo, para forzar al individuo a ejecutar lo que la norma prescribe; como es el caso de la prestación del servicio militar; porque quien quiere sustraerse al servicio militar, viene coactivamente obligado a prestarlo. Por otro lado están las sanciones indirectas cuando impone condenas patrimoniales o penas a quien no observe la norma.

La coacción constituye el elemento que distingue a la norma jurídica de la moral. Del Vecchio, en su obra *Il concetto del Diritto*, págs. 111, sin embargo, explica que la forma más precisa es la de afirmar que no la *coacción* sino la *posibilidad de la coacción eventual*, es un concepto inseparable del Derecho objetivo.

e) Objeto: El objeto que persigue la norma jurídica es permitir las relaciones de los hombres, con lo cual nacen las llamadas relaciones jurídicas que son aquellas que están enfocadas en la vida, reconocidas por el Derecho objetivo, y que están determinadas y disciplinadas por éste.

## 1.5. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO OBJETIVO

Como se refieren De Ruggiero y Savigny la conciencia del pueblo constituye fuente del Derecho objetivo. Así pues, se podría decir que la conciencia del pueblo sería una fuente suprema; aunque cabe resaltar que según las fuertes corrientes de desarrollo del Derecho Informático, ya hay quienes consideran que las altas tecnologías deben ser incluidas como fuentes supremas del derecho; más sin embargo, en el sentido técnico las fuentes del Derecho constituyen las formas en que el Derecho positivo se realiza; es decir, los modos como las normas de conducta reciben determinación concreta y carácter coactivo, lo cual se origina por la repetición de actos semejantes realizada de un modo constante y uniforme por el pueblo, el cual crea la convicción de su necesidad jurídica (costumbre), o por la creación de leyes por parte de los órganos del Estado competentes para tal fin.

*“Fuera de la costumbre, no es posible admitir en el ordenamiento actual otra fuente de Derecho mediata o indirecta. No es tal la equidad que se reduce a una suavización o templanza de la norma; no lo son los principios generales en cuanto se consideren éstos como dictados por la razón o por el Derecho ideal o natural; sí lo son si se consideran como tales los de un determinado sistema de Derecho positivo vigente, porque entonces son leyes por estar contenidos implícitamente en el sistema y derivar directamente del conjunto de normas; ni, finalmente la *autoritas rerum similiter indicatarum*, por cuanto por mucha que sea la autoridad de la cosa juzgada jamás tendrá el valor de una norma obligatoria y universal, y sólo puede tener eficacia para encauzar al legislador por el camino de reformas e innovaciones, del mismo modo que ocurre con la ciencia del Derecho”<sup>7</sup>.*

En el Derecho Civil no puede recurrirse a la costumbre, sino en los casos determinados por la ley. De la lectura del artículo 4 al 7 del Código Civil venezolano se establece:

“Art. 4.: A la Ley debe atribuírsele el sentsido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho”

“Art. 5.: La renuncia de las leyes en general no surte efecto.”

“Art. 6.: No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”.

“Art. 7.: Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean”.

De manera que la costumbre resulta privada de eficacia por el art. 7 del Código Civil Sin embargo y por el contrario, en el Derecho Mercantil se reserva una amplia esfera a la costumbre, y, en cambio, en otras ramas del Derecho Público, como en el Penal, no es admisible la costumbre.

En este sentido, el artículo 9 del Código de Comercio de Venezuela establece que “las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo, que apreciarán prudencialmente los jueces de Comercio”.

## 1.6. LA EQUIDAD

Muchos autores opinan que el concepto de equidad se aproxima mucho al concepto de Derecho natural, como también al concepto de la moral.

---

<sup>7</sup> De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Introducción y Parte General. Derecho de las Personas, Derechos Reales y Posesión. Instituto Editorial Reus. Volumen CXXIX Madrid. Pág. 78.

La equidad consiste en la igualdad de trato, lo cual radica en la verdadera justicia. El Derecho positivo se configura en las normas ya establecidas y escritas. Sin embargo, no todo puede estar previsto en las normas jurídicas, y es entonces cuando interviene el criterio de la equidad; a través de la cual, por ejemplo, un Juez toma en cuenta las circunstancias, para adaptar a ellas las normas jurídicas, resguardando de esta forma el principio de igualdad y de defensa. Esto no quiere decir que la equidad autorice al Juez para no aplicar o modificar alguna norma jurídica positiva, porque no se puede acudir a la equidad sino cuando el mismo legislador remita a ella.

En este orden de ideas, el artículo 571 del Código Civil venezolano establece que “el derecho de accesión cuando tiene por objeto cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños, se regula por los principios de la equidad. Las disposiciones siguientes servirán de regla al Juez para decidir en los casos no previstos, según las circunstancias particulares”.

Otro ejemplo sería el artículo 1160 eiusdem, que dictamina que “los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.

Pero mucho más explícito es el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela que reza: “Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas de derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad...”.

Además, el artículo 13 eiusdem determina que “el juez decidirá el fondo de la causa con arreglo a la equidad, cuando las partes, de común acuerdo así lo soliciten y la controversia se refiera a derechos disponibles”.

Es importante destacar que el ordenamiento jurídico procesal venezolano acoge, por vía de excepción, el principio de equidad, autorizando a los jueces para resolver las controversias a través de la equidad en dos casos:

- a) Cuando las partes lo soliciten y se trate de derechos sobre los cuales se tenga libre disposición, y
- b) Cuando la ley lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, como es el caso del artículo 23 eiusdem, que establece que “cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad”.

## 1.7. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

El Derecho natural, reposa en la naturaleza de las cosas; llamado también Derecho racional cuando responde a las exigencias de la razón, y constituye:

*“el conjunto de reglas jurídicas dictadas por la razón humana que reposan en la naturaleza del hombre, y que, surgiendo de la conciencia colectiva de los pueblos, se imponen a la universalidad. Son reglas que reveladas por la razón preceden al Derecho positivo, que basadas en la naturaleza humana tienen carácter universal y no particular, como los derechos constituidos, que, representando la justicia perfecta, constituyen el ideal de lo justo y son el modelo en que debe inspirarse toda legislación positiva”<sup>8</sup>.*

<sup>8</sup> De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Introducción y Parte General. Derecho de las Personas, Derechos Reales y Posesión. Instituto Editorial Reus. Volumen CXXIX Madrid. Pág. 17.

Tommasio y Wolff admiten que el Derecho natural deriva de la naturaleza humana y el Derecho Positivo se desprende de la voluntad, del pacto, agregando que el primero se reconoce mediante el razonamiento y el segundo mediante la sanción. Sin embargo Kant, establece más directamente esta diferencia cuando enfoca el Derecho Natural como el conjunto de normas que pueden formalizar una legislación externa, mientras que el Derecho Positivo, es el conjunto de leyes que existen realmente como tales y que dependen de la voluntad del legislador.

Tomando en cuenta que el Derecho Natural, que no es ley escrita, tiene por objeto la exposición de los primeros principios del Derecho, que son concebidos por la razón y que encuentran su fundamento en la naturaleza del hombre, para ser considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas. Lo cual indica que el Derecho Natural se basa en principios de justicia independientes de las leyes y de las instituciones positivas, lo que hace que el Derecho Natural se mantenga ajeno a las influencias del tiempo y lugar, al contrario del Derecho Positivo que varía según la época y la región o lugar.

El Derecho Positivo es obra del Estado, mientras que el Derecho Natural o Potencial corresponde a los ideales sociales absolutamente verdaderos y justos, determinando lo que es necesariamente bueno o malo y justo o injusto.

El Derecho Positivo es el sistema de normas jurídicas o la suma de estas normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico. Según Del Vecchio, el Derecho Positivo es el Derecho que es, y que se opone al Derecho Natural que es el Derecho que debe ser. El Derecho Positivo puede estar constituido por actos legislativos, que consisten en leyes escritas y promulgadas.

### **1.8. DERECHO SUSTANTIVO Y DERECHO ADJETIVO**

El Derecho Adjetivo es el Derecho de forma, es decir, constituye el conjunto de normas y principios que tienden especialmente a regular las relaciones jurídicas, poniendo en ejercicio la actividad judicial, comprendiendo las leyes procedimentales y de enjuiciamiento.

El Derecho Sustantivo es el Derecho de fondo, que consiste en el conjunto de normas jurídicas de diverso linaje que establece los derechos y obligaciones de las personas.

### **1.9. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO**

El Derecho objetivo ya desde los tiempos del Derecho Romano fue clasificado en público y privado, constituyéndose la definición romana la más antigua al respecto: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sut enim quedam publica utilia, quaedam privatum* (I, 1, § 2m D. II, § 4, Inst. 1, I). Esta definición ha servido de base para el Derecho moderno.

Actualmente, se diferencia el Derecho Público del Privado sobre todo en el hecho de que el primero se inclina en la utilidad pública del Estado, mientras que en el Derecho Privado reina la utilidad de los particulares. No obstante, para determinar si la norma pertenece al Derecho Público o al Privado, hay que analizar el fin de la misma, porque en unas, se plantea la regulación de las relaciones políticas, en otras, la organización de los poderes del Estado, y por otro lado también se pueden observar entre otras las que regulan las relaciones jurídicas particulares.

Son de Derecho Público las normas que regulan la organización y actividad del Estado, como también de los entes políticos, aquellas que rigen las relaciones entre los ciudadanos y los mencionados entes políticos.

En cambio son normas de Derecho Privado las normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí o las de estos con el Estado, siempre y cuando el Estado o los particulares intervinientes no estén ejerciendo funciones públicas o del Estado.

De Ruggiero explica acertadamente que “mientras en el Derecho Público al Derecho subjetivo corresponde un deber público, imponiendo a quien se halla investido con él la obligación de ejercitarlo, en el privado, no estando separado el derecho del deber, éste no tiene carácter de necesidad, pudiendo sustraerse al mismo los particulares con sólo renunciar al primero”<sup>9</sup>.

Sin embargo, el mencionado autor agrega que “esta afirmación no es del todo exacta, y para combatirla se citan ejemplos de derechos que entran en el campo del Derecho público que, como los privados, no implican un deber absoluto, tal es, por ejemplo, el derecho del sufragio, a cuyo ejercicio se puede libremente renunciar”<sup>10</sup>. Sin embargo, en este punto hay que destacar, que el derecho al voto, se ejerce es en calidad de Derecho de los particulares.

Existe otra corriente que diferencia el Derecho Privado del Público, que atribuye a la regulación del Derecho Privado las relaciones jurídicas con contenido patrimonial y al Derecho Público las demás. Pero esta corriente pierde mucha fuerza porque hay derechos públicos que tienen un contenido patrimonial, como privados que no tienen ese contenido patrimonial.

Otro aspecto importante es que una cosa es que una norma sea de Derecho Público, y otra es que esa norma sea de orden público, porque cuando se habla de normas de orden público, es porque no pueden ser relajadas ni por las partes, ni por el juez, como sería por ejemplo, el caso de las normas procedimentales.

En este sentido, señala el autor Hernando Devis Echandía, en su obra Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, página 50, la obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la Ley, afirmando:

*“La Ley señala cuáles son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de litigios o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que les sea permitido a los particulares, ni aún existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, modificarlos o pretermir sus términos, salvo cuando expresamente la misma Ley autoriza hacerlo. Como vimos antes, las normas procesales son por lo general absolutas, imperativas, y siempre lo son las que determinan los procedimientos”.*

Ahora bien, existen normas de Derecho Privado que pueden tener el carácter de ser de orden público; tal es el caso entre otros, de una norma de Derecho Privado que confiere al padre la potestad sobre los hijos, pero al mismo tiempo esa potestad está regulada como irrenunciable, no pudiéndose regular de modo inverso, por tener ese carácter de orden público.

<sup>9</sup> De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Introducción y Parte General. Derecho de las Personas, Derechos Reales y Posesión. Instituto Editorial Reus. Volumen CXXIX Madrid. Pág. 46

<sup>10</sup> De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Introducción y Parte General. Derecho de las Personas, Derechos Reales y Posesión. Instituto Editorial Reus. Volumen CXXIX Madrid. Pág. 46

### **1.10. DERECHO UNIVERSAL Y PARTICULAR, NORMAL Y SINGULAR, ABSOLUTO Y DISPOSITIVO.**

a) El Derecho positivo de un Estado puede dividirse en *universal* y *particular*, dependiendo de que se trate de normas imperantes en todo el territorio o sólo en parte del mismo, pero donde se halla un Derecho particular es éste el que prevalece.

b) Se puede distinguir también el derecho *normal*, llamado derecho regular, común o general, del derecho *singular*, anómalo, excepcional o especial.

Este *ius singulare*, constituye un Derecho en el que la *ratio juris*, *lógica* o principios fundamentales del Derecho, no son aplicados plenamente, adquiriendo una acentuación especial que justifica la desviación, sin constituir una norma de favor o beneficio, como es el caso de las normas que prohíben el contrato de compraventa entre cónyuges. Otro ejemplo podrían ser las normas a favor de los niños y adolescentes frente a las personas dotadas de plena capacidad.

c) Otra distinción entre las normas jurídicas es la que las divide en normas *absolutas* y *dispositivas*; cuyas características recaen en la obligatoriedad o no de la norma. Es decir, en una obligatoriedad no derogable, frente a una obligatoriedad que admite la posibilidad en los particulares de derogar la norma.

Es absoluto y obligatorio todo el Derecho Público, como las normas de Derecho Privado que sean de orden público.

En las normas de Derecho Privado que falte el carácter de orden público, falta consecuentemente el carácter absoluto, por lo que se estaría en presencia de un Derecho dispositivo.

### **1.11. DIVISIÓN DEL DERECHO PÚBLICO**

El Estado tiene diversas funciones que hacen posible el funcionamiento y fines del mismo, como son las funciones políticas, administrativas, ejecutivas, judiciales, y para el desarrollo de ellas se necesitan normas especiales, que permiten visualizar cierta decisión en el Derecho público, creándose sus ramas que se constituyen a la final en disciplinas jurídicas, como el Derecho Constitucional, Administrativo, Penal, Procesal, entre otros.

a) Derecho Constitucional: se encuentran las normas que determinan la organización y funcionamiento del Estado, estableciendo por ejemplo, la división de poderes.

b) Derecho Administrativo: Abarca las normas que regulan la actuación del Estado en la realización de los fines sociales, políticos, financieros, a través de la acción de gobierno; administrando así la cosa pública, la creación y ejecución de las leyes.

Es así como entre otras cosas se determina a los órganos de la administración pública, las funciones propias de cada uno de ellos, su competencia dependiente de la función que realizan.

c) Derecho Penal: El Derecho Penal trata la represión del acto antijurídico y el restablecimiento del orden jurídico interno, para así lograr la defensa del orden jurídico infringido, independientemente de la responsabilidad civil del reo y de la reparación del daño que se debe al ofendido. Regido todo por principios penales que controlan la seguridad jurídica penal, como por ejemplo, que no puede haber figura del delito fuera de las preestablecidas en la ley (*nullum crimen sine lege*).

d) Derecho Procesal: como rama del Derecho Público corresponde guiar la función jurisdiccional y la competencia.

e) Derecho Internacional: En vista de la tendencia a la globalización, y tomando en cuenta de que los Estados-Naciones conviven y se relacionan entre sí, originando relaciones múltiples entre unos Estados y otros, que no les posibilita vivir aislados, se ha creado inclusive una nueva cultura globalizadora acelerada por las altas tecnologías, para resguardar los derechos humanos y las buenas relaciones entre las naciones, estableciéndose limitaciones recíprocas de las soberanías y de auto obligaciones mutuas.

La doctrina explica que el Derecho Internacional se distingue en dos ramas: la pública, que regula las relaciones entre soberanías, y la privada, que regula los conflictos de leyes en el espacio y que tiene sus fuentes, tanto en el Derecho interno, como en los Convenios internacionales (Convenios de La Haya de 12 de junio de 1902 para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio, de divorcio, de separación personal, de tutela de menores).

f) Derecho Eclesiástico: Constituye las normas que regulan las relaciones de la Iglesia y el Estado; garantizando la libertad a la Iglesia y a la vez que ésta no puede obrar en contraposición a los fines del Estado, por lo que se establecen límites, para regular sus acciones.

g) Derecho Informático o de las Altas Tecnologías: En la obra *Iuscibernética: relación entre el Derecho y la Informática*, este mismo autor explica que el Derecho Informático constituye una rama autónoma del Derecho, y que al regular todo lo concerniente al desarrollo informático, también regula la aplicación idónea de la informática o altas tecnologías. Y tomando en cuenta que por ser una rama atípica del Derecho, se observa que en su desarrollo y evolución, así como las altas tecnologías penetran en todos los ámbitos, igualmente, sucede con el Derecho Informático, encontrándose así el Derecho Informático Público que abarca por ejemplo la figura de la libertad informática y su recurso de habeas data; como también se puede ubicar el Derecho Informático Privado, al cual pertenece entre otras figuras, la contratación electrónica, y la parte civil relacionada con las altas tecnologías, como se analizará posteriormente en este trabajo, cuando se analice el Derecho de Personas y las Altas Tecnologías.

## 1.12. DIVISIÓN DEL DERECHO PRIVADO

El Derecho Privado es disciplina de relaciones jurídicas privadas. Estas relaciones múltiples varían hasta el punto de abarcar fines supremos del hombre, como es el caso de la procreación y la perpetuación de la especie, así como la actuación para obtener los medios de subsistencia necesarios; distribuyendo así submaterias que pueden ser ubicadas, por ejemplo a las relaciones de familia (Derecho de familia), como también lo relacionado a las facultades como derechos inherentes a la personalidad jurídica, que corresponde a una rama especial del Derecho Privado: *el derecho de las personas, personalidad jurídica o llamada también derecho de la personalidad, y dentro del cual se estudian posteriormente los derechos que nacen por tener la personalidad jurídica: Derechos de la Personalidad*. Sin embargo la rama civil abarca además otros puntos importantes como los que se refieren al patrimonio (Derechos reales), o los derechos de obligación, como los derechos de sucesión. Es importante resaltar que dentro del campo privado, a los fines de una mejor especificidad se hace referencia al Derecho Mercantil, que muchos autores consideran que ésta es una rama civil con características especiales y que a los efectos de determinar un contenido autónomo como rama del derecho, por tener conocimientos jurídicos determinados y delimitados con características específicas y con leyes también específicas, se logra entonces deslindar de la materia civil, a la materia mercantil, regida en nuestro país por el Código de Comercio, y que constituye en si una rama del Derecho Privado.

### 1.13. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Concepto y elementos de la interpretación

Una vez establecidas las normas jurídicas, es cuando corresponde especialmente a los funcionarios públicos y Jueces, la obligación de aplicarlas, tomando en cuenta a la ley en cuanto al tiempo y al espacio, y previamente interpretada.

La acción de interpretar consiste en darle sentido y valor a la norma para medir su extensión precisa y evaluar su eficiencia en cuanto a las relaciones jurídicas. Indagando así el fin que persigue, para establecer su alcance y medir su esfera de aplicación.

También el Derecho consuetudinario necesita ser interpretado, ya que cualquiera que sea un ordenamiento jurídico, el puesto reservado a la costumbre, la norma creada por ésta, exige una evaluación de su contenido.

La norma legal que no presente oscuridad o ambigüedad en su texto requiere igualmente de interpretación; porque igualmente es menester entender el sentido de la ley; aunque en estos casos generalmente se penetra más rápida y casi instantáneamente su sentido. No obstante, una ley que por sí es clara en su texto, puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone, y una ley que no dio nunca lugar a dudas puede ser dudosa más tarde por efecto del incesante surgir de nuevas relaciones, las cuales produzcan incertidumbre en cuanto al fin que se propone, y si son regulables o no por la norma hasta entonces aplicada invariablemente. Es así como entonces la aplicación de la norma implica una labor de lógico razonamiento para la subsanación del caso particular y concreto en la forma general y abstracta dada por el legislador; por lo que se podría concluir que no es posible realizar la aplicación de la norma sin su previa interpretación, basada en los principios que rige la teoría de la hermenéutica.

### 1.14. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos constitucionales (denominados también derechos fundamentales y garantías individuales) son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.

Opina Dürig:

“Que significa fundamentalmente dos cosas, la primera la dignidad humana es un valor que está por encima del derecho positivo, desde el punto de vista de una concepción iusnaturalista de derechos y valores, el derecho positivo simplemente se limita a reconocerlo, pero no lo crea, de allí su carácter inviolable y la dignidad humana es un valor, pero no un derecho subjetivo, el mecanismo es el de utilizar el valor de la

dignidad humana como criterio interpretativo de todos los derechos fundamentales reconocidos en la misma”<sup>11</sup>

Es decir, son aquellos derechos que dentro del ordenamiento jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela y reforma). Es conocido el planteamiento filosófico-antropológico de que donde nace una necesidad surge un derecho; éste planteamiento tan lógico aparece por primera vez en obras como "La República" del gran filósofo Platón.

- Concepto Objetivo. Esencia de la estructura jurídico política de nuestra Constitución, el estado social de derecho no puede existir sin el reconocimiento y el ejercicio de los Derechos Fundamentales.
- Concepto Subjetivo, ámbito limitado del individuo imprescindible para el desarrollo y la libertad de las personas, es núcleo básico e irrenunciable del estatuto jurídico del individuo.
- Límites Internos, el contenido del derecho no debe de ser transgredido por otras personas o poderes, ya que se estaría atentando a la dignidad de la persona.
- Límites Externos, impuesto por el orden jurídico de manera expresa, limita las manifestaciones ideológicas, protegiendo de esta manera los derechos de otras personas.

Al respecto, expresan diferentes autores:

“Que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales”.<sup>12</sup>

“En todo caso, se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la denominación <<derechos fundamentales>> para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, ....”.<sup>13</sup>

“Un derecho fundamental es, en lo que a su estructura se refiere, una norma o conjunto de normas deducibles de uno o varios enunciados normativos que pueden estar contenidos en uno o más preceptos de rango constitucional...”.<sup>14</sup> “Aquella que los contempla como derechos subjetivos oponibles frente a los poderes públicos”.<sup>15</sup>

“La denominada eficacia frente a terceros, los derechos originarios a prestaciones o derechos de participación de los individuos frente al Estado, el deber de protección por parte del Estado de las libertades aseguradas por derechos fundamentales”.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Cfr. DÜRIG citado por ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio: La Constitución como Proceso y la Desobediencia. En: Guía de Estudio del Seminario: Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales de la UNED, consultado en enero de 2009.

<sup>12</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio E.; Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 5ta. Edic. Madrid, Edit. Tecnos, 1995; p. 31.

<sup>13</sup> PERÉZ LUÑO, Antonio E.; Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 5ta. Edic. Madrid. Edit. Tecnos, 1995; p. 31.

<sup>14</sup> OTTO Y PARDO citado por BASTIDAS FREIJEDO, Francisco, VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito, FERNÁNDEZ SARASOLA IGNACIO. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid, Edit. Tecnos, 2004; p. 46.

<sup>15</sup> [www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaafp.htm](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaafp.htm). Guía de Estudio del Seminario: Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales de la UNED, consultado en Enero de 2009.

<sup>16</sup> Idem.

La Constitución española otorga a todos los ciudadanos una serie de *derechos fundamentales y libertades públicas*, regulado por el Título I de la Constitución Capítulo 2, Sección 1. Regulando toda una serie de garantías (entre otros, Defensor del Pueblo, recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad, procedimientos sumarios, recurso de amparo) para este tipo de derechos.

#### Derechos y Libertades de ámbito personal

- Derecho a la vida: Incluyendo la abolición de la pena de muerte (salvo lo dispuesto por los tribunales militares en tiempo de guerra). [La pena de muerte en tiempo de guerra quedó abolida por la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre].
- Derecho a la integridad física y moral: Prohibiendo torturas, penas o tratos inhumanos.
- Libertad de creencia: Tanto ideológicas como religiosas. Se declara la aconfesionalidad del Estado y el derecho a no declarar sobre ideología, religión o creencias.
- Derecho a la seguridad jurídica y tutela judicial: Que garantiza un proceso penal con garantías.
- Derecho a la vida privada: Que incluye:
  - Derecho a la intimidad personal y familiar, una vida privada y derecho al honor y la propia imagen .
  - Derecho al secreto de las comunicaciones.
  - Inviolabilidad del domicilio.
  - Incluye la limitación del uso de la informática para proteger la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de sus derechos. Con la STC 292/2000 "a raíz" de este derecho, se crea el derecho fundamental a la protección de datos, como derecho diferente a la intimidad.
- Libertad de circulación y residencia: Así como de entrar y salir del país sin limitaciones políticas o ideológicas.
- Derecho a un matrimonio igualitario: Con igualdad jurídica entre las partes.

#### Derechos y Libertades de ámbito público

- Derecho a la igualdad ante la ley, y prohibición de ciertas discriminaciones en el contenido de la ley.
- Derecho a una comunicación libre: Que abarca toda una serie de derechos como: Libertad de Expresión, producción y creación literaria, artística, científica, técnica y tarea docente.
- Derecho a la información: A recibirla y emitirla con prohibición expresa de la censura previa, el secuestro administrativo y cualquier maniobra para dificultar el acceso a la información y la cultura.
- Derecho a participar en asuntos públicos: Directamente o mediante representantes democráticos. Incluye el derecho a acceder a la función pública en igualdad de condiciones.
- Derecho de reunión, manifestación y asociación.
- Derecho de petición: Es decir, de poder dirigirse a los poderes públicos.(Artículo 29 de la CE)
- Derecho de participación en asuntos públicos, de forma activa o pasiva.
- Derecho de acceder a cargo publico en condiciones de igualdad.

#### Derechos constitucionales vinculados con los económicos y sociales

- Derecho a la educación libre y gratuita.
- Libertad de enseñanza y de cátedra.
- Derecho a la autonomía universitaria.
- Libertad de sindicalización y a su vez no obligación de afiliarse.
- Derecho de huelga.
- Derecho a la negociación colectiva.
- Derecho y deber al trabajo: Que incluye a su vez otros derechos fundamentales.
  - Libre elección de profesión u oficio.
  - Promoción a través del puesto de trabajo y mejora del puesto.
  - Renumaración suficiente.
  - No discriminación por edad o sexo en el trabajo.
  - El estado deberá velar por una política de pleno empleo.
  - Derecho a la propiedad privada y herencia....

#### **1.14.1. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y CUÁLES NO?**

Derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad humana.

“El deber positivo de protección permite al Estado, y en ocasiones le obliga, a adoptar las garantías normativas necesarias para impedir que los poderes públicos o los particulares lesionen el derecho fundamental”.<sup>17</sup>

“La necesaria proyección que ha de tener el derecho fundamental como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que su presencia tiene que hacerse notar a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas”.<sup>18</sup>

“Se produce entre los derechos fundamentales y las leyes que disciplinan el ejercicio o los desarrolla...la fuerza expansiva propia de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí deriva la exigencia de que los límites a los derechos fundamentales tengan que ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia de tales derechos...”<sup>19</sup>

“La capacidad de penetración de estos derechos en las relaciones privadas, y del consiguiente sacrificio de la autonomía de la voluntad, deberá ser tanto mayor cuanto más lo sea la asimetría de aquellas, de forma análoga a lo que sucede con una relación de poder público”.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> OTTO Y PARDO citado por BASTIDAS FREIJEDO, Francisco, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito, FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid, Edit. Tecnos. 2004; p. 188.

<sup>18</sup> PRESNO, Miguel Ángel; Estudios sobre Derechos Fundamentales. En: Cfr. [www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaftp.htm](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaftp.htm). Guía de Estudio del Seminario: Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales de la UNED, consultado en Enero de 2009.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Ibidem. 193.

En algunos países, pueden ser explícitos o implícitos o tácitos. En España, en teoría sólo pueden ser explícitos, aunque el Tribunal Constitucional en la práctica, ha atribuido en ocasiones a los derechos fundamentales *explícitos* otros contenidos absolutamente nuevos que vienen a ser casi derechos fundamentales tácitos; ello se ha venido impuesto en varias ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, por exigencias del Tribunal de Estrasburgo, ha derivado de varios derechos explícitos en la Constitución --en concreto, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la integridad física y moral, la inviolabilidad del domicilio y el libre desarrollo de la personalidad-- un derecho fundamental a la protección frente al ruido cuando este alcanza determinadas intensidades, atendidas las circunstancias de cada caso, pero en realidad tal derecho es de creación jurisprudencial, de creación *ex novo* y ello por más que el Tribunal Constitucional se esfuerce en atribuírselo como contenido a esos derechos fundamentales explícitos ya en el texto de la Constitución: es, pues, en la realidad de las cosas, un derecho implícito.

Sea como sea, los derechos fundamentales garantizados por la Constitución española son, entre otros, el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho a la vida y a la integridad física, a la libertad religiosa, a la libertad personal, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a la libertad de expresión e información, a la libertad de cátedra, a la libertad de reunión, a la libertad de asociación, al libre acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, a la tutela judicial efectiva, a la legalidad penal, a la educación, el derecho de petición.

Ahora bien, si bien no hay dudas en que esos derechos fundamentales son derechos fundamentales, es ya más problemático determinar si otros derechos reconocidos por la Constitución son o no derechos fundamentales. El texto de la Constitución no ayuda de manera definitiva para resolver la cuestión. El Título I de la Constitución se titula "De los derechos y deberes fundamentales", pero el Tribunal Constitucional ha considerado que sólo son derechos fundamentales los de la Sección Primera del Capítulo II de dicho Título ("De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", artículos 15 a 29 y también el derecho a la igualdad y no discriminación) y que no lo son otros, como por ejemplo la objeción de conciencia al servicio militar o el derecho al matrimonio o el derecho a la propiedad. Esto ha sido bastante criticado en la doctrina.

Por ello, algunos autores consideran que todos los derechos del Capítulo II y no sólo los de su Sección Primera han de considerarse derechos fundamentales, lo que conlleva la inclusión de derechos tales como la objeción de conciencia al servicio militar, la propiedad privada, la libertad de empresa, o el matrimonio, entre otros.

Por otra parte, no todos los derechos contenidos en ese Capítulo II, ni todos los contenidos en su Sección Primera, son verdaderos derechos fundamentales (no lo son, por ejemplo, el derecho del artículo 25 de la Constitución, otorgado a los presos, "a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social" o el derecho de acceso de los grupos sociales y políticos significativos a los medios de comunicación social del artículo 20.3 de la Constitución).

En resumen, parece lo más acertado considerar como derechos constitucionales a todos los garantizados en la Constitución, salvo los llamados "principios rectores de la política social y económica", que no establecen verdaderos derechos subjetivos, sino meros "principios rectores" que son exigibles en la medida en que la ley así lo establezca (por ejemplo, el "derecho" a una vivienda digna). Y de entre los derechos constitucionales, serán derechos fundamentales en sentido estricto los contenidos en los artículos 14 a 29 (concepto de "derechos fundamentales" del Tribunal Constitucional), a los que se añadirán, en un concepto ya más amplio de "derechos

fundamentales", también los derechos de los artículos 30 a 52 de la Constitución (concepto amplio de derechos fundamentales, defendido por la mayoría de la doctrina).

“Los derechos fundamentales desde el punto de vista objetivo, como normas jurídicas objetivas, los derechos subjetivos son reconocidos por el Derecho positivo, los derechos subjetivos como concreción de valor, son proclamaciones de valores y los derechos subjetivos como institución, base del Estado Social democrático, la Constitución pretende, no sólo limitar y estructurar el poder público, sino también asegurar las posiciones subjetivas que fundan el orden social”.<sup>21</sup>

En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales es tan rica y copiosa que todos los derechos fundamentales han tenido un importante desarrollo jurisprudencial de manera tal que tienen contenidos que, en principio, no son deducibles claramente de su enunciado textual, pero la jurisprudencia constitucional les ha atribuido, por lo que es muy necesario, a la hora de conocer su contenido, tener presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

## **2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Nro. 53/1985**

### **2.1. DATOS DE LA SENTENCIA:**

Fecha de Aprobación de la sentencia: 11 de abril de 1985.

Sala: Pleno.

Magistrados: Excmo. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Díez de Velasco, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez- Ferrer, Escudero, Truyol y Pera.

Ponente: Doña Gloria Begué Cantón y Don Rafael Gómez\_ Ferrer Morant.

Recurso Tipo: Recurso Previo de Inconstitucionalidad.

Resumen del Caso:

El Recurso de Inconstitucionalidad tuvo el objetivo de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica que introduce el artículo 417 en el Código Penal, que declara no punible el aborto, en los casos de aborto terapéutico, ético y eugenésico. En el referido recurso se alegan las violaciones de los artículos de la Constitución Española que se mencionan a continuación: 1.1., 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 53.1 y 3, entre otros.

### **2.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ANÁLISIS.**

Ante todo hay que hacer referencia al artículo 417 del Proyecto de Reforma del Código Penal español:

“Artículo Único. –El art. 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el

---

<sup>21</sup> Cfr. Idem.

3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada...

El problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del nasciturus, por lo que procede comenzar por hacer unas consideraciones generales sobre la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional, consideraciones que iremos precisando a medida que lo requiere el desarrollo de nuestra argumentación. *Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos <<que le son inherentes>>. La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos...<sup>22</sup>* (resaltado del autor).

De lo anterior se puede extraer que de conformidad con el artículo 15 de la Constitución española, el Derecho a la Vida es visto desde dos puntos de vista, el físico y el moral, siendo un valor superior del ordenamiento jurídico, y una base para los demás derechos. Así pues, éste derecho se relaciona con el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana establecido en el artículo 10 de la mencionada Constitución española. Así pues se perciben en la sentencia las interpretaciones axiológicas desde el punto de vista objetivo en el texto constitucional en los artículos mencionados, pero además en los derechos como formas valorativas. En este orden de ideas, afirma SMEND que:

“Para SMEND es la comunidad la que determina cuáles son los valores que fundamentan la legitimidad de la Constitución y los dota de contenido viviéndolos y practicándolos. Dichos valores resultan ser, pues subjetivos y dinámicos. DÜRIG, sin embargo, nos habla... ..de valores <<objetivos>>, lo que significa, en su caso, que los valores son válidos con independencia de que sean vividos y observados por la comunidad y que tiene carácter

<sup>22</sup> Citado de la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de Referencia 53/1985 del 11 de Abril de 1985. Consultado el 5 de Enero de 2009.

eterno e inmutable. Se trata de valores objetivos y estáticos, frente a los valores subjetivos y dinámicos de SMEND”.<sup>23</sup>

Aunque no hay uniformidad con el anterior criterio, es de resaltar que si existe una jerarquización en el ordenamiento jurídico, que está conformado por valores y principios que podrían estar o no establecidos en la legislación, pero en lo que ciertamente hay que estar claro es que la vida constituye un valor fundamental.

Siguiendo con el análisis de la aludida sentencia, se puede resaltar el siguiente párrafo:

“4. Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto –en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el <<fundamento del orden jurídico y de la paz social>>. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”.<sup>24</sup>

Es muy importante destacar en este párrafo la doble dimensión de los derechos fundamentales; es decir la dimensión objetiva y la subjetiva, relacionada con la interpretación de los derechos fundamentales como concreciones de valores y el deber del Estado de protegerlos. En este sentido, debe resaltarse el siguiente párrafo de la sentencia en estudio:

“c) ...la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus

<sup>23</sup> DÜRIG y SMEND citados por ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio: La Constitución como Proceso y la Desobediencia. En: Guía de Estudio del Seminario: Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales de la UNED, consultado en Enero de 2009.

<sup>24</sup> Citado de la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de Referencia 53/1985 del 11 de Abril de 1985. Consultado el 5 de Enero de 2009.

es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana".<sup>25</sup>

Como se puede concluir, el Tribunal Constitucional analiza qué se entiende por vida, especificando que la misma se inicia en la gestación o en la concepción como se ha demostrado científicamente y termina con la muerte. Se aclara además que el embrión es un ser independiente de la madre, es decir, existencialmente distinto a ella.

“si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental - la vida humana-garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.”<sup>26</sup>

En este orden de ideas, según lo determina el artículo 15 de la Constitución española, y como lo establece el Tribunal Constitucional español, la protección no se limita a que el niño o la niña nazca, sino que por ser la vida un valor fundamental, ésta debe ser protegida desde el mismo momento del inicio del desarrollo del ser humano.

Así pues, y siguiendo con el análisis secuencial del trabajo, otros párrafos importantes a destacar de la sentencia en estudio son los siguientes:

“ Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional,...

"...En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda - aprobada por mayoría- que proponía utilizar el término «todos» en sustitución de la expresión «todas las personas» -introducida en el seno de la Comisión para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era «técnicamente más correcta»- con la finalidad de incluir al nasciturus.,

"...pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del nasciturus.... ...el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

"...6. Los recurrentes pretenden deducir tal titularidad, no sólo de los mencionados debates parlamentarios acerca de la

<sup>25</sup> Citado de la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 53/1985 del 11 de Abril de 1985. Consultado el 5 de Enero de 2009.

<sup>26</sup> Citado de la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 53/1985 del 11 de Abril de 1985. Consultado el 5 de Enero de 2009.

inclusión del nasciturus en el término «todos» del art. 15, sino también de la interpretación sistemática de la Constitución, así como de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que remite el art. 10.2 de la Constitución para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos. No existe, sin embargo, fundamento suficiente en apoyo de su tesis.

"...los mismos recurrentes reconocen que la palabra «todos» utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 23, 29, 35 y 47) hace referencia a los nacidos...

"...La interpretación sistemática de éste ha de hacerse, a su juicio, en relación con otros preceptos constitucionales (arts. 1.1, 10, 14, 39 y 49). Pero los mismos términos generales en que esta argumentación se desarrolla y la misma vaguedad de la conclusión a que llegan los recurrentes la convierten en irrelevante, por lo que se refiere a la cuestión concreta planteada de la titularidad del derecho a la vida que pueda corresponder al nasciturus.

"En cuanto a la interpretación del art. 15, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo cierto es que la versión auténtica francesa utiliza expresamente el término «persona» en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos -al igual que lo hace la versión auténtica española-...

"...la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de demandadas, si lo ha hecho en relación con el art. 2 del Convenio en el " asunto 8416/1979, en su decisión de 13 de mayo de -1980, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión everyone o toute personne de los textos auténticos que, aun cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se, hace en el mismo y el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado art. 2 lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus (Ftos. jcos. 9 y 17); asimismo, al examinar el término «vida», la Comisión se planteó en qué sentido puede interpretarse el art. 2 en cuestión en relación con el feto,...

"...7... los argumentos aducidos por los recurrentes no "pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental...

"...esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La

de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones...”<sup>27</sup>

Se debe resaltar en estos párrafos la referencia por parte del Tribunal Constitucional español a los debates parlamentarios relacionados al artículo 15 de la Constitución española, abarcando aspectos terminológicos, pues en el pleno del Congreso español fue defendida una enmienda que proponía utilizar el término “todos” en sustitución de “todas las personas”, para introducir al nasciturus; y a pesar de que los debates tendieron a defender al mismo nasciturus de conformidad con la protección del artículo 15 de la Constitución, aunque no se concreta que sea titular del derecho fundamental. En este orden de ideas, se concluye que la vida del nasciturus, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el referido artículo 15 de la Constitución española, y como consecuencia el Estado tiene la obligación de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, haciendo hincapié en la creación de un sistema legal para la defensa de la vida, que incluya normas penales.

En este orden de ideas, GARCÍA DE ENTERRÍA, califica “...de <<falaz>> a la doctrina que reputa simples declaraciones retóricas o postulados programáticos a los valores. Ya que precisamente éstos constituyen <<la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación>>”<sup>28</sup>. Así pues, la vida es un valor superior y un derecho fundamental, que se encuentra muy relacionado con el valor de la dignidad humana; es decir que la dignidad humana es un valor que se encuentra por encima del derecho positivo como interpretación iusnaturalista de derechos y valores, y el derecho positivo se limita a reconocerlo, pero no lo crea, pues ya existe como un valor, por lo que éste valor es indispensable para la interpretación de los derechos fundamentales; no obstante, en España “no tiene ese carácter pre-estatal sino que son el fundamento del orden político español.”<sup>29</sup>

De manera que se puede afirmar que el artículo 10 y 15 de la Constitución española desde el punto de vista ontológico son considerados como valores para la interpretación de los demás derechos establecidos en la legislación. Es por eso que en el caso analizado no se reconoce la titularidad del derecho a la vida del nasciturus, respecto a la interpretación del artículo 15 de la Constitución y de los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España; no obstante ello, y tomando las consideraciones que ya se han expuesto con anterioridad se podría considerar que en realidad el término “todos” al cual ya se hizo referencia, abarca ciertamente al nasciturus y no lo condiciona para la titularidad del derecho con el nacimiento del mismo, sino que el Tribunal Constitucional español entonces, acepta la protección del nasciturus como

---

<sup>27</sup> Citado de la página web; [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 53/1985 del 11 de abril de 1985. Consultado el 5 de Enero de 2009.

<sup>28</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo citado por PÉREZ LUÑO, Antonio E.; Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 5ta. Edic. Madrid, Edit. Tecnos, 1995; p. 287.

<sup>29</sup> Cfr. OTTO Y PARDO citado por BASTIDAS FREIJEDO, Francisco, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito, FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid, Edit. Tecnos. 2004; p. 78.

consecuencia de la protección del embrión, específicamente como un bien, como un valor fundamental, desde la óptica de derecho fundamental y la teoría del orden de los valores.

Continúa el Tribunal Constitucional español alegando que:

*“Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.*

*“Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos...”<sup>30</sup>.*

Es decir, que el Tribunal Constitucional español se inclina al criterio de la inexistencia de derechos fundamentales absolutos, porque en el caso en estudio, el derecho a la vida se puede ver eximido, como sería el caso de la defensa personal. En otras palabras, al interpretar la ley, se deberá concretar al caso en específico, con la finalidad de poder equilibrar los derechos fundamentales que sean tratados de manera proporcionada dándole prioridad dándole prioridad al contenido esencial del derecho.

“10. Los recurrentes alegan que no puede conocerse el alcance de los supuestos previstos por el legislador, dada la imprecisión de alguno de los términos que este utiliza, lo que, a su juicio, vulnera el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución.

“El Tribunal no puede compartir esta alegación de los recurrentes, pues aun cuando tales términos puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica, ya que son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación.

“En efecto, el término <<necesario>> -que se utiliza en el núm. 1 del art. 417 bis del Código Penal en la redacción del Proyecto- sólo puede interpretarse en el sentido de que se produce una colisión entre la vida del nasciturus y la vida o salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma.

“En especial, y en relación con el supuesto de grave peligro para la salud, el término <<grave>> expresa con claridad la idea de que ha de tratarse de un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento. Por otra parte, el término <<salud>> se refiere a la salud física o

<sup>30</sup> Citado de la página web; [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 53/1985 del 11 de abril de 1985. Consultado el 5 de Enero de 2009.

psíquica, como se deduce con toda evidencia de los debates parlamentarios.

“Finalmente, en cuanto al número 3 del mencionado artículo, el término <<probable>> expresa la idea de razonable presunción de verdad, y responde, como apunta el Abogado del Estado, a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos, sin que en este caso la sustitución de un concepto jurídico indeterminado por otro pudiera contribuir, a juicio de este Tribunal, a una mayor precisión en el supuesto de hecho. Por otra parte, el término <<grave>> expresa, de un lado, la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo.<sup>31</sup>

Este aspecto es muy importante respecto a la seguridad jurídica, y la explicación es clara, pues los términos utilizados no violentan la seguridad jurídica.

Continuando con el análisis jurisprudencial, comenta el Tribunal Constitucional español que:

“11. Una vez analizada la objeción de indeterminación de los supuestos alegada por los recurrentes, basada en la imprecisión de los términos, es preciso examinar la constitucionalidad de cada una de las indicaciones o supuestos de hecho en que el proyecto declara no punible la interrupción del estado de embarazo:

“a) El núm. 1 contiene en realidad dos indicaciones que es necesario distinguir: El grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud.

“En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus. En este supuesto es de observar que si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

“En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de grave peligro para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico 9.

“b) En cuanto a la indicación prevista en el núm. 2 –que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas- basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la

---

<sup>31</sup> Citado de la página web; [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 53/1985 del 11 de abril de 1985. Consultado el 5 de Enero de 2009.

mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos....

“c) El núm. 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.

“Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional. En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesta la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 de la Constitución –incluido en el capítulo III, <<De los principios rectores de la política social y económica>>, del título I, <<De los derechos y deberes fundamentales>>- y la protección de la vida del nasciturus comprendida en el art. 15 de la Constitución. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982 relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”.<sup>32</sup>

Es interesante resaltar el criterio del Tribunal Constitucional español cuando afirma en los párrafos antes transcritos que la despenalización del aborto no es inconstitucional en los siguientes casos, dando paso a la dimensión objetiva de los derechos:

- Cuando hay que decidir entre la vida de la madre y la del hijo o hija.
- Cuando exista grave peligro para la salud de la madre.
- Cuando el embarazo sea consecuente de una violación, y

---

<sup>32</sup> Idem.

- Cuando sea comprobada la existencia de taras graves en el feto, ya sean físicas o psíquicas.

Y es que en la onda de la dimensión objetiva de los derechos, el Tribunal Constitucional español afirma que:

"12. Desde el punto de vista constitucional, el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del nasciturus, que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones. Por ello, una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma, tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos. Y ello porque, como hemos puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos 4 y 7 de la presente Sentencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la -vida, incluida la del nasciturus (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto..."

"...Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es, al aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un Médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. La protección del nasciturus exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un Médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.

Por otra parte, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación.

"Del mismo modo tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados -la protección de la vida del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud de la madre que, por otra parte, está en la base de la despenalización en el primer supuesto-, con el fin de que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo en consecuencia el riesgo para la mujer.

"Por ello el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

"Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer.

"Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla. Por ello entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho...

"FALLO

"En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

"Ha decidido:

Declarar que el proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia..."<sup>33</sup>.

Entonces, "el punto de partida ha sido la teoría de los derechos fundamentales como principios objetivos... que obligan al Estado a poner de su parte los medios necesarios para hacerlos efectivos... Esta obligación tiene importancia práctica sobre los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física... así como para la protección del no nacido"<sup>34</sup>, porque es que el Estado tiene el deber y la obligación de protección de los derechos fundamentales a través de sus instituciones.

En el caso bajo examen, el derecho a la vida es protegido por el artículo 15 de la Constitución española, que como ya se ha hecho referencia tiene su relación con el artículo 10 eiusdem, referente al valor de la dignidad humana. Existiendo de esa forma la dimensión objetiva constitucional, que es concretada en la legislación. Pero es interesante el criterio del Tribunal

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> GRIMM citado por HESSE, Honrad en [www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaftp.htm](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaftp.htm). Guía de Estudio del Seminario: Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales de la UNED, consultado en Enero de 2009.

Constitucional al delimitar el ámbito de protección penal del nasciturus, dándole mayor jerarquía a los derechos constitucionales de la mujer, efectivamente por ser una vida ya desarrollada y no en potencia como la del hijo o hija.

Fuera de los casos antes mencionados que delimitan la protección del nasciturus, el Estado entonces tiene la obligación de garantizar la vida del mismo, y comienza el Tribunal Constitucional español a destacar que las medidas son insuficientes, declarando la inconstitucionalidad del artículo 417, realizando las modificaciones correspondientes, considerando que dentro de las funciones dadas al legislador, no se cumple con los requisitos mínimos para garantizar que el aborto se produzca en las condiciones óptimas para la vida del nasciturus y de la madre, para que no se llegue al extremo de que no se produzcan abortos innecesarios o indiscriminados, y se viole el derecho a la vida, incumpliendo el legislador de esa manera con el deber positivo de protección.

Así pues, El Tribunal Constitucional español no reconoce a la final la titularidad del derecho a la vida del nasciturus, pero sí desarrolla muy efectivamente lo relacionado a su protección, pues considera la vida como un valor fundamental.

Para culminar, respecto a los votos salvados existe uniformidad en los criterios respecto a la no titularidad y la inexistencia del bien jurídico del nasciturus, donde hay ciertas críticas pues se considera que el Tribunal Constitucional español actuó como legislador positivo, diciendo lo que hay que incluir y aduciendo las modificaciones a que debe tener lugar el artículo 417.

### **3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Nro. 99/1994:**

#### **3.1. DATOS DE LA SENTENCIA:**

Fecha de Aprobación de la sentencia: 11 de abril de 1994.  
Sala: Sala Primera.  
Magistrados: Excmo.. Sres. Rodríguez-Piñero, García-Mon, de la Vega, Gimeno, de Mendizábal y Cruz.  
Ponente: Don Miguel Rodríguez-Peñero y Bravo-Ferrer.  
Recurso Tipo: Recurso de Amparo.  
Resumen del Caso:

El caso versa sobre el despido de un trabajador, por negarse a cortar el jamón ibérico frente al público y que se le tomaran fotografías, alegando que eso violentaba el derecho a la propia imagen, artículos 18.1 y 24.1 de la Constitución española. Así pues, en contra de dicha decisión se interpuso demanda por despido, la cual fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social No. 1. de Badajoz, recurrida en suplicación, se dictó por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura sentencia el 12 de febrero de 1990, por la que se desestimó el recurso interpuesto; el amparo solicitado fue denegado por el Ministerio Fiscal, todo ello correspondía al ámbito laboral o profesional, no constituyendo una intromisión al honor por cuanto la imagen se consideró accesoria sin vulnerarse el derecho a la misma.

#### **3.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ANÁLISIS.**

Como se ha hecho referencia, el recurso de amparo en cuestión se interpone contra las sentencias de fecha 20 de septiembre de 1989 y 12 de febrero de 1990, dictadas por el Juzgado de lo Social No. 1 de Badajoz, y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, respectivamente, en la que se confirmaba la sentencia de instancia y desestimó el recurso de suplicación interpuesto. El demandante alegó que las decisiones antes mencionadas violan los artículos 18.1 y 24.1 C.E.

- **El artículo 24 de la Constitución Española:**  
“Y es claro que, si se consideran no probados determinados hechos, con ello no se vulnera derecho alguno del demandante de amparo, ya que el art. 24.1 C.E. no conlleva la obligación judicial de dar por buenos todos los extremos de su relato fáctico, descartando los resultados de la actividad probatoria desarrollada por la parte contraria...Tampoco es apreciable la alegada vulneración del art. 24.1.C.E., fundada en que se han desconocido las reglas sobre prueba imperantes en casos de despido con ocasión del ejercicio de un derecho fundamental...Muy al contrario, desde el momento mismo de la carta de despido, la cuestión se centró en la legitimidad de la desobediencia del trabajador a la orden recibida, cuando el fundamento de aquella era la tarea encomendada.Siendo éstos los hechos aceptados, y no discutiéndolos siquiera el recurrente, es claro que no está en cuestión un problema de prueba, sino de valoración de la conducta del trabajador desde la perspectiva del derecho a salvaguardar la propia imagen, reconocido en el art. 18.1 C.E. Un problema que incumbe, pues, al fondo del asunto, y que debe dejar al margen de su consideración los argumentos basados en el art. 24.1 C.E., que no constituyen más que formas inadecuadas de aproximación al verdadero núcleo de la cuestión”.<sup>35</sup>

Del lo anterior transcrito se puede extraer que el artículo violentado no es en sí el 24.1 de la Constitución española, sino el 18.1 eiusdem, en relación a la salvaguarda de la propia imagen, en cuanto al artículo 24.1., el recurrente no logra comprobar nada que lleve a la convicción de que el juzgador de instancia no valoró los hechos que fundamentan la decisión de lo aportado por las partes en el proceso. También es importante destacar lo referido a la desobediencia del trabajador a la orden recibida.

- **Artículo 20.1 E.T.:**

“En este supuesto, se ha producido una negativa del trabajador a cumplir una orden del empresario que, desde el sólo plano de la legalidad ordinaria, los Tribunales laborales consideraron que aquél podría dar, al estar incluida la tarea encomendada dentro de las facultades directivas que le vienen reconocidas por el art. 20.1 E.T...”...Se trata, pues, de una orden que, en principio, no sería objetable desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, y que, desde esa misma perspectiva, hubiera debido de ser obedecida por el trabajador. La vertiente constitucional del problema que ha de analizarse en esta sede obliga, pues, a desechar los argumentos de la demanda, fundados en la procedencia o no de la orden en atención estricta al límite objetivo del contrato de trabajo. Y, en estos términos, queda reducida la cuestión a analizar la virtualidad del art. 18.1 C.E. para legitimar la negativa del trabajador a obedecer la orden recibida. Una orden que, de no mediar el derecho fundamental alegado, y de acuerdo con la interpretación sostenida por los

<sup>35</sup> Citado de la página web; [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 99/1994 del 11 de abril de 1994. Consultado el 5 de Enero de 2009.

Tribunales ordinarios, hubiera desplegado su plena eficacia vinculante sobre el trabajador frente al que se dirigió.”<sup>36</sup>.

En realidad, debe puntualizarse el hecho que el conflicto se origina por la existencia de un derecho fundamental que es invocado por el recurrente, contenido en el artículo 18.1 de la Constitución española, en lo cual se basa el trabajador para no obedecer la orden recibida. En sí lo que se discute no es el hecho de que el empleador estaba facultado o no para dar la orden dentro de los límites del contrato, de conformidad con el artículo 20.1 E.T.

- **El contrato de Trabajo y los Derechos Fundamentales:**

“Planteada así la cuestión, debe recordarse que, como este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar, el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 C.E.). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquellos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral....

“...En este marco de modulación a las exigencias organizativas, estrictamente apreciadas, cabe valorar el alcance del derecho a la propia imagen, invocado por el trabajador como justificación de su negativa a la orden del empresario...”<sup>37</sup>

Se debe resaltar en todo momento el respeto de los derechos fundamentales del empleado, no obstante las obligaciones que éste debe cumplir, y que pueden ser exigidos, pero que serán controlados o regulados por los derechos fundamentales que posee el trabajador, como es el caso de la propia imagen. En otras palabras, independientemente de las estipulaciones de un contrato empleador, éste no puede originar un recorte de los derechos que como persona tiene el empleado.

- **El Derecho a la Propia Imagen en la Constitución española (Art. 18.1):**

“El derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 C.E. junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al

<sup>36</sup> Citado de la página web; [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 99/1994 del 11 de abril de 1994. Consultado el 5 de Enero de 2009.

<sup>37</sup> Idem.

honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros...

“Calificado así, resulta claro que el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. En este contexto, la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia –y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél...”

“...Y en esta línea, la Ley Orgánica 1/1982 (art. 2 en conexión con el 7, apartados 5 y 6, y art. 8.2) estructura los límites del derecho a la propia imagen en torno a dos ejes: la esfera reservada que la propia persona haya salvaguardado para sí y su familia conforme a los usos sociales; y, de otra parte, la relevancia o el interés público de la persona cuya imagen se reproduce o de los hechos en que ésta participa, como protagonista o como elemento accesorio, siendo ésta una excepción a la regla general citada en primer lugar, que hace correr paralelo el derecho a la propia imagen con la esfera privada guardada para sí por su titular. No puede deducirse del art. 18 C.E., que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato”...<sup>38</sup>

Según Pérez Luño:

“El honor, la intimidad y la propia imagen han sido considerados por la teoría jurídica tradicional como manifestaciones de los derechos de la personalidad, y en el sistema actual de los derechos fundamentales como expresiones de valor de la dignidad humana”.<sup>39</sup>

“En nuestra época resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (statuts negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de informaciones que afecta a cada sujeto”.<sup>40</sup>

*Se observa una tendencia en la evolución del contenido del derecho a la privacidad, confluyendo en éste un conjunto más amplio de espacios de lo individual, que ameriten protección jurídica. Es el caso de los derechos a la imagen, al nombre y a la voz.*

---

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E.; Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 5ta. Edic. Madrid, Edit. Tecnos, 1995; p. 317.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 330.

El Tribunal Constitucional español “ha tendido a mantener el carácter unitario del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen equiparando, en varias decisiones, estos conceptos”.<sup>41</sup>

Con relación al derecho a la imagen es conveniente precisar qué entiende la doctrina por imagen de una persona. Actualmente se ha confundido la extensión del contenido de la imagen, por cuanto ésta se ha delimitado erróneamente al reconocimiento del rostro. Sin embargo, dentro del concepto de imagen, hay que tener en cuenta otros factores que ayudan a determinar ese reconocimiento para la identificación de las personas. Entre las características físicas que colaboran con la función de identificar o contribuir a identificar a las personas se pueden mencionar: los datos biométricos, como por ejemplo las huellas dactilares, fondo de ojo, firma, contorno de la mano, la escritura manual y la velocidad de las pulsaciones de las teclas de una máquina de escribir, entre otros. Conviene señalar que los datos biométricos constituyen una imagen para una computadora, los cuales son introducidos bajo la forma de Pixels o llamado también picture elements, conteniendo caracteres bajo la forma de cadenas de bits.

De igual forma, a través de la imagen, sobre todo del rostro se puede reflejar la personalidad de un individuo, descifrarse sus sentimientos, comportamientos, gustos, costumbres, que necesariamente no tienen la finalidad de identificación pero si podrían tener otras como la selección o el marketing, pudiendo ser utilizada su imagen y ser objeto de interpretaciones que pudieran ser erróneas o subjetivas, causando si fuera el caso, un menoscabo a su reputación.

El derecho a la imagen consiste en la prohibición de la reproducción, utilización, transmisión o divulgación de la imagen de una persona por parte de terceros, sin que ésta haya prestado su consentimiento. Ahora bien, para merecer la reparación por la utilización indebida de la imagen, ésta debe permitir identificar a la persona.

Ahora bien, en el caso jurisprudencial en análisis, el trabajador recibió la orden de que compareciese en un acto de presentación de un determinado producto, un acto público en que su presencia era requerida para el corte y despiece del producto, donde fue inevitable la presencia de fotógrafos y de medios de comunicación que reprodujesen la imagen del trabajador mientras desarrollaba la tarea encomendada. En este orden de ideas, la situación respondía al orden negativo por los Tribunales de Instancia, en el sentido de determinar si en el seno de la relación de trabajo resultaba exigible al trabajador someterse a una restricción, incluso no expresamente mencionada en la ley como ilegítima, de su derecho a la propia imagen, siendo ésta delimitada por las leyes y por los usos sociales, lo que circunscribe a la tutela del derecho; llegando a concluir si en realidad la naturaleza del trabajo contratado se puede considerar que está acorde con las tareas encomendadas al trabajador y que de cómo consecuencia la necesaria restricción de su derecho.

Entonces, de lo anteriormente narrado, es necesario precisar si era exigible o no la obligación del trabajador, la cual era de corte y despiece del jamón, y a lo que el trabajador no se negó; pero que por motivo de promoción empresarial, se iba a reproducir la imagen del mismo trabajador. Es aca donde se debe hacer referencia a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que es el deber positivo del Estado de protección de los mismos, con sus respectivas garantías para impedir que los poderes públicos o los particulares lesionen un derecho fundamental.

En este orden de ideas, explica el Tribunal Constitucional español en la sentencia en estudio que:

---

<sup>41</sup> Ibidem, p. 333.

"...No es éste el caso. No consta que el trabajador, oficial de 2. deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto,...

"...Descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de „las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra.

"...En este contexto, la posición de la empresa no podría legitimarse por la sola orden dada al trabajador; era preciso, además, que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador -y no otro, o de otra manera- cumpliera la orden dada,...

"...Una complejidad especial en cuanto que no basta con que la orden sea, prima facie, legítima; es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial.

"No habiendo procedido a esa valoración, y deteniendo el análisis en la legitimidad formal de la orden dada, los Tribunales de instancia han desconocido el derecho a la propia imagen del trabajador en su proyección sobre la relación del trabajo, debiendo estimarse, por este motivo, la demanda de amparo...

"FALLO

1. Reconocer a don Juan Antonio Fernández Solís el derecho a la propia imagen del art. 18.1 C.E.

2. Anular las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz, de 20 de septiembre de 1989, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 12 de febrero de 1990.

3. Declarar radicalmente nulo y sin efectos el despido del recurrente, en los términos establecidos en el fundamento jurídico 8. de esta Sentencia...".<sup>42</sup>

"Es entonces conveniente recordar que al hablar de intimidad se aborda toda esta perspectiva de información de carácter personal, abarcando aquella referida al secreto, el derecho de imagen, de identidad, de nombre y de voz".<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Citado de la página web; [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 99/1994 del 11 de abril de 1994. Consultado el 5 de Enero de 2009.

<sup>43</sup> PEÑARANDA, Héctor. Derecho Civil I. Derecho de Personas. Editorial de la Universidad del Zulia. 2009.

“... Los derechos fundamentales obligan claramente a la acción estatal en las condiciones expuestas; regulan, pues, la cuestión del sí, del presupuesto de esta actuación... Para decidir cómo ha de cumplir el Estado tal obligación, los órganos estatales competentes disponen de una amplia discrecionalidad de configuración con margen suficiente para la consideración...”.<sup>44</sup>

Es de destacar, que del análisis jurisprudencial se puede extraer cómo el derecho fundamental es un principio a su vez que guía la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en general; y en el caso específico de estudio, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, que forman parte de los derechos de la personalidad y tienen una íntima relación con la dignidad humana, son considerados derechos fundamentales que se superponen al contrato de trabajo e interés empresarial, más cuando en el caso de estudio el contrato no contempla la posibilidad de la captación y difusión de la imagen del trabajador, por lo que el mismo se puede negar de conformidad con el artículo 18.1 de la Constitución española.

La empresa además tiene la obligación de respetar los derechos fundamentales del trabajador, abarcando de esta forma la vinculación negativa de los particulares a los derechos fundamentales, aunque sea negativamente, todo de conformidad con el artículo 9.1 de la Constitución española.

“En la medida en que los derechos fundamentales también han de ser protegidos en el Derecho Privado, lo que puede hacerse particularmente mediante preceptos imperativos, el legislador, de conformidad con la especial constelación, debe considerar las posiciones jurídico-fundamentales que vengan al caso correspondientes a ambas partes, y, si coliden, ordenarlas recíprocas y proporcionalmente”.<sup>45</sup>

“Autonomía privada y derechos fundamentales. El Estado democrático como Estado Social de Derecho busca, por medio de su aparato, la remoción de los obstáculos, para que exista libertad e igualdad”.<sup>46</sup>

“Un primer elemento al servicio de esta tarea es sin duda la extensión de la obligatoriedad de los derechos fundamentales a la relación jurídico-privadas”.<sup>47</sup>

Debe existir autonomía privada, que es una de las manifestaciones de la libertad e igualdad garantizadas al individuo, pero también allí debe cobrar también vigencia los derechos fundamentales en tanto principios objetivos que sirven de fundamento del orden político y la paz social”.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> HESSE, Honrad en [www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaftp.htm](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaftp.htm). Guía de Estudio del Seminario: Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales de la UNED, consultado en Enero de 2009.

<sup>45</sup> HESSE; Estudios sobre Derechos Fundamentales. En: Cfr.: [www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaftp.htm](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/programaftp.htm). Guía de Estudio del Seminario: Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales de la UNED, consultado en Enero de 2009.

<sup>46</sup> Cfr. OTTO Y PARDO citado por BASTIDAS FREIJEDO, Francisco, VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito, FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid, Edit. Tecnos. 2004; p. 191.

<sup>47</sup> OTTO Y PARDO citado por BASTIDAS FREIJEDO, Francisco, VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito, FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid, Edit. Tecnos. 2004; p. 191.

<sup>48</sup> Cfr. OTTO Y PARDO citado por BASTIDAS FREIJEDO, Francisco, VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito, FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid, Edit. Tecnos. 2004; p. 191.

“Permitiría a los individuos invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales encargados de su garantía la lesión por parte de otro particular de los derechos y libertades constitucionales garantizados, haciéndolos valer como auténticos derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de una posición jurídico-subjetiva que ya poseerían directamente ex constiucione.”<sup>49</sup>

“Los particulares sólo obtendrían su tutela fundamental a través de las posiciones jurídico-subjetivas que el legislador les haya atribuido al regular las relaciones privadas, esto es, sólo como consecuencia del desarrollo por parte de los poderes públicos de la dimensión objetiva de los derechos”.<sup>50</sup>

Entonces la protección de los derechos fundamentales no se puede concentrar únicamente en la protección del Estado, sino que debe existir la autonomía privada sujeta al respeto de los derechos fundamentales, desde la perspectiva negativa a que ya se ha hecho referencia, y logrando verdaderas relaciones entre particulares.

#### **4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Nro. 136/1999:**

##### **4.1. DATOS DE LA SENTENCIA:**

Fecha de Aprobación de la sentencia: 20 de julio de 1999.

Sala: Sala Pleno.

Magistrados: Excmo. Sres. Cruz Villalón, Viver Pi-Sunyer, de Mendizábal Allende, González Campos, Jiménez de Parga y Cabrera, Vives Antón, García Manzano, Cachón Villar, Garrido Falla, Conde Martín de Hijas, Jiménez Sánchez y Casas Baamonde.

Ponente: Don Carles Viver y Pi-Sunyer.

Recurso Tipo: Recurso de Amparo.

Resumen del Caso:

En el diario “Egin”, ETA hizo público un comunicado de fecha 26 de abril de 1995, donde daba a conocer lo que llaman “Alternativa Democrática”. Henri Batasuna por acuerdo de su Mesa Nacional, decidió difundir de manera activa lo relacionado a “Alternativa Democrática”. Constó además de un video de veinte minutos, así como la preparación de una maqueta y copias del segundo video. Es decir que existían dos videos: el primero para actos de presentación de “Alternativa Democrática; y el segundo video como spot electoral, utilizando sus espacios para la transmisión de mensajes de ETA, que por ser una organización terrorista, se le impide hacer propaganda política. Dichos spots electorales que tuvieron lugar en canales públicos de televisión y las propagandas radiofónicas, fueron censuradas mediante resolución de fecha 16 de febrero de 1996, por el Juzgado Central de Instrucción No. 5 de la Audiencia Nacional de Madrid.

##### **4.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ANÁLISIS.**

El recurso de amparo fundamento de la presente decisión en análisis plantea dos situaciones a detallar:

- A) Los autos de fecha 06 de octubre de 1997, que fueron dictados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo; y otro dictado por la Sala prevista en el artículo 61.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.); por los que se rechaza el incidente de recusación del Presidente de la Sala Segunda.

<sup>49</sup> OTTO Y PARDO citado por BASTIDAS FREIJEDO, Francisco, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito, FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid, Edit. Tecnos. 2004; p. 191.

<sup>50</sup> Ibidem. 192.

B) La sentencia de fecha 29 de noviembre No. 2/1997, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la causa especial No. 840/96, a través de la cual se condenó a los 23 demandantes del amparo, quienes además eran miembros de la Mesa Nacional de la Asociación Política Herri Batasuna, como autores del delito de colaboración con banda armada, a la pena de siete años de prisión mayor y multa de 500.000 pesetas, con las accesorias de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

#### 4.2.1. DEL INCIDENTE DE RECUSACIÓN

Se explica en la sentencia en estudio del Tribunal Constitucional que:

“En la tramitación del incidente de recusación se han producido infracciones relevantes de las reglas procesales que ordenan este tipo de incidentes privándose a los recurrentes de algunos de los trámites legalmente establecidos, al remitirse directamente la pretensión recusatoria al órgano encargado de resolver definitivamente el incidente”.<sup>51</sup>

“Sin embargo, es criterio reiterado del Tribunal Constitucional, que en los incidentes de recusación, que los defectos procesales en ellos producido únicamente poseen relevancia constitucional si <<tienen una incidencia material concreta>> (por todas, SSTC 230/1992 y 6/1998), es decir, si ha existido una indefensión material”.<sup>52</sup>

Ahora bien, en el Auto de fecha 6 de octubre de 1997, dictado por la Sala regulada en el art. 61 L.O.P.J., fundamentó el rechazo preliminar de la recusación, por ser extemporánea y en que «ni uno solo de los hechos en que los recusantes dicen fundar su pretensión coincide ni guarda la menor analogía con la causa de abstención invocada». <sup>53</sup>

En este orden de ideas, aclara el Tribunal Constitucional español que:

“La Sala Especial del Tribunal Supremo ha expresado, “de modo razonado y en términos que no pueden tacharse de irrazonables, tanto la concurrencia de una causa formal de inadmisión del incidente (extemporaneidad), como la total falta de fundamento, prima facie, del motivo de recusación alegado... ... que en este caso no cabe acoger la tacha de inconstitucionalidad denunciada en relación con el rechazo a limine de la recusación... ... la imposibilidad manifiesta de que la recusación hubiera podido prosperar dado su arbitrario fundamento descarta todo efecto de indefensión material concurrente con la infracción procesal alegada.

“Si el rechazo de plano de la pretensión recusatoria es constitucionalmente aceptable, por razones de orden formal y material, ninguna «incidencia material concreta» cabe atribuir entonces tanto al hecho de que los recusantes se hayan visto privados de la fase de instrucción del incidente, como a la circunstancia de que esa inadmisión haya sido acordada por el órgano que según los propios demandantes, era el competente para resolver sobre el fondo, esto es, con plenitud de jurisdicción y de garantías. Por esto mismo, carece también de

---

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> Idem.

trascendencia constitucional la alegación de que, por proceder la inadmisión del «órgano decisor», los demandantes no han podido recurrir en súplica contra dicha resolución”.<sup>54</sup>

Esto quiere decir que en realidad no hubo violación del derecho de defensa, por cuanto la recusación interpuesta fue arbitraria y extemporánea; no obstante su ejercicio, la dimensión subjetiva del derecho fundamental a través de la oposición del derecho subjetivo frente al Estado, y que al estar consagrado en la Constitución (dimensión objetiva), no tiene razón jurídica pues el derecho no ha sido violado, como fuera así determinado por el Tribunal Constitucional español.

En este sentido se pueden resaltar los siguientes extractos de sentencias:

“Es doctrina reiterada de este Tribunal –por todas, SSTC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ-2 que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial forma parte de las garantías del proceso debido, reconocido como derecho fundamental en el art. 24.2 CE y en el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.<sup>55</sup>

“La obligación que la Ley impone a los órganos judiciales de comunicar a las partes la exacta composición del órgano judicial llamado a conocer de una causa y, en concreto, a que se les notifique cualquier sustitución del Magistrado Ponente, con expresión de las causas que motivan al cambio, conforme a lo previsto en el art. 203.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), este Tribunal ha declarado que la comisión de aquella notificación legalmente prevista constituye una irregularidad procesal que, en sí misma, carece de relevancia constitucional. Para que adquiera tal relevancia es preciso que el defecto procesal tenga una incidencia material concreta, consistente en privar al justiciable de su derecho a recusar en garantía de la imparcialidad del juzgador”.<sup>56</sup>

Es decir que no existe una violación en sí de un derecho fundamental, sino que lo que hay es la presencia de errores procesales, como es el caso de la no comunicación a las partes de la composición del órgano judicial, llamado a conocer el caso concreto.

#### **4.2.2. DE LA INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA.**

Para comenzar a analizar este punto es necesario transcribir un extracto de la decisión en estudio del Tribunal Constitucional español:

---

<sup>54</sup> Citado por la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de Referencia 136/1999 del 20 de Julio de 1999. Consultado el 5 de Enero de 2009.

<sup>55</sup> Citado por la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de Referencia 29/2003 del 18 de Diciembre de 2003. Consultado el 10 de Enero de 2009.

<sup>56</sup> Citado por la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de Referencia 116/2006 del 24 de Abril de 2006. Consultado el 5 de

“Y sigue diciendo la sentencia No. 136/1999: A la luz de las precedentes consideraciones, debemos examinar el alcance de las presiones que se dicen ejercidas sobre la Sala sentenciadora, al objeto de verificar si han tenido lugar las vulneraciones pretendidas del derecho a un Juez imparcial y de la prohibición de indefensión...Es cierto que efectuar declaraciones en el curso de un proceso acerca del sentido que debiera tener el fallo y aventurar el sentido del voto de los Magistrados que forman parte de un órgano judicial no contribuye positivamente a la incolumidad del ejercicio de la función de juzgar constitucionalmente encomendada a los Jueces y Tribunales. Sin embargo, debe decirse, ...dado el tenor de las declaraciones realizadas por las autoridades...las más incisivas, manifiestan una opinión o un deseo de cuál debiera ser el sentido del fallo, y teniendo en cuenta la inocuidad de las predicciones acerca del sentido de los votos de los Magistrados, este Tribunal no aprecia que se haya producido un <<juicio paralelo>> capaz de menoscabar la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de la Sala sentenciadora, compuesta por Magistrados independientes por razón de su Estatuto, ni tan siquiera capaz de propiciar un clamor popular a favor de la condena o de la absolución de los encausados, poniendo en entredicho la necesaria serenidad del Tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores”.<sup>57</sup>

De manera que se puede afirmar que ha habido imparcialidad por parte del juzgador, no obstante la presión de los medios de comunicación, sin existir entonces “juicio paralelo”, que atente contra la integridad de los magistrados.

Otro aspecto importante es que ha habido el derecho fundamental de publicidad procesal, de libertad de expresión e información, establecidos en el artículo 20 de la Constitución española, que encuentra su límite en el artículo 24.2 inciso 5º. eiusdem. Y es que puede verse limitado “cuando las declaraciones sobre procesos en curso intenten llevar al público a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena...”<sup>58</sup>

#### **4.2.3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ART. 24 C.E.) Y LA DOBLE INSTANCIA EN MATERIA PENAL**

La cuestión planteada acerca del derecho a la doble instancia en los procesos penales ya ha sido resuelta por ese Tribunal en sentido contrario al ahora pretendido, en numerosas y recientes Sentencias, Autos y providencias (por todas, SSTC 51/1985, 30/1986, 33/1989, 55/1990, 166/1993, 22/1997 y 41/1998, Y ATC 1.309/1988).

“En ellas se afirma que la garantía que implica la instrucción y el enjuiciamiento de la causa por el Tribunal más alto en el orden penal (art. 123.1 C.E.) integra en parte -acceso a una instancia

<sup>57</sup> Citado por la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de Referencia 136/1999 del 20 de Julio de 1999. Consultado el 5 de Enero de 2009.

<sup>58</sup> CFR. Ibidem;

judicial superior a la que de ordinario enjuicia inicialmente este tipo de conflictos-...En este mismo sentido, la STC 166/1993 afirma que «el privilegio del fuero, que es un plus, equilibra así la inexistencia de una doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el art. 24.2 C.E., ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al supremo Juez en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el constitucional (art. 123 C.E.), a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en un segundo grado o escalón procesal». Conclusión que hoy se encuentra reforzada por la circunstancia, que conviene tener presente como criterio interpretativo, de que el art. 2 del Protocolo Adicional núm. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1984 (firmado por España el 19 de marzo de 1985 y pendiente de ratificación), dispone que el principio general de la doble instancia penal « podrá ser objeto de excepciones ..., cuando el interesado ha sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta» (STC 41/1998; igualmente, ATC 1.309/1988)...A lo que cabe añadir que esta sustitución parcial de una garantía procesal por otra, inocua para la integridad del correspondiente derecho fundamental, se funda en sólidas razones de preservación de «la independencia y el prestigio de las instituciones» (STC 22/1997)...<sup>59</sup>

Respecto al principio de la doble instancia se puede destacar qué se entiende por instancia, en su acepción más simple, cada uno de los grados del proceso, o, en sentido amplio, el conjunto de actuaciones que integran la fase del proceso surtida ante un determinado funcionario y a la cual entre le pone fin mediante una providencia en la cual decide el fondo del asunto sometido a su consideración.

La instancia se caracteriza porque, de una parte, comprende toda la fase, grado o actuación del proceso efectuada por un funcionario judicial, y, de otra, por corresponderle decidir en forma amplia sobre el fondo de la cuestión debatida. Se habla de primera instancia para referirse a la comprendida desde que se inicia el proceso hasta cuando se profiere la correspondiente sentencia. La segunda se surte ante el superior jerárquico en virtud del recurso de apelación y va desde que este se admite hasta que se decide mediante la correspondiente sentencia. En una y otra sentencia, esto es, tanto la que decide la primera como la segunda instancia, el juzgador goza de autonomía para decidir en el marco señalado o establecido por la ley.

Este principio entonces, garantiza que la sentencia de la primera instancia sea revisada por la Alzada. Se trata de un derecho garantizado también en el artículo 8, letra h) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 22/11/69, "que confiere el derecho a toda persona que es juzgada, el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

“La intención del legislador de establecer el principio de la doble instancia, no es la de consagrar un mecanismo automático de revisión o de consulta de las decisiones judiciales, sino por el contrario, se trata de la oportunidad procesal regulada de acudir, dentro de las reglas del debido proceso, ante otra autoridad judicial

<sup>59</sup> Citado de la página [web:www.tribunalconstitucional.es](http://web.www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 136/1999 del 20 de julio de 1999. Consultado el 5 de Enero de 2009.

superior a la que toma la decisión en Primera Instancia, para someter todo o una parte de la actuación judicial, con el fin de procurar la atención de las posiciones de las partes inconformes con la sentencia, o bien, para garantizar la efectividad de los derechos de las partes que disienten lo resuelto”<sup>60</sup>

Todo lo explicado anteriormente introduce al principio de impugnación, que además consiste en otorgarles a las partes la facultad de atacar las providencias con el objeto de enmendar los errores in iudicando o in procedendo en que incurra el juez y, subsidiariamente, evitar el perjuicio que con la decisión pueda ocasionarse a las partes. Se cumple mediante recursos.

En este sentido, y como se ha hecho referencia, la tendencia internacional sobre estos principios en los ordamentos jurídicos no es cuestionable, pero el Tribunal Constitucional español explica que eso no quiere decir que no puedan darse excepciones, con motivo de la importancia del caso, y que fuera un juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta, concluyendo el mencionado Tribunal Constitucional que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en el reconocimiento a la doble instancia, a pesar que la causa se juzgó en una sola instancia, pero por el Tribunal más alto en el orden penal, en donde a la final iba a recaer la causa en segunda instancia.

#### **4.2.4. DEL DERECHO A COMUNICAR LA INFORMACIÓN VERAZ, LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LIBERTAD IDEOLÓGICA Y DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS.**

Respecto al derecho a comunicar la información veraz, libertad de expresión, libertad ideológica y del derecho de participación en los asuntos públicos, contenidos en los artículos 20.1 d, 20.1, 16 y 23.1, respectivamente, se debe recalcar el siguiente extracto de la sentencia en estudio del Tribunal Constitucional español:

“Como hemos afirmado en otras ocasiones, cuando en un recurso e amparo se alega la vulneración de las libertades de expresión, de información o de la ideología y participación en la actividad pública, la tarea constitucionalmente encomendada al Tribunal Constitucional no tiene por objeto el enjuiciamiento de la ponderación o de las valoraciones efectuadas por las resoluciones judiciales sometidas a nuestro control, sino el examen directo e inmediato de los hechos enjuiciados por dichas resoluciones (por todas, STC 200/1998, fundamento jurídico 4., y las SSTC allí citadas) .

“En segundo lugar, conviene precisar de entrada que, en el presente caso, la alegación relativa a la conculcación de la libertad ideológica carece de argumentación autónoma, diferenciada de la referida a las libertades de expresión e información. En efecto, los recurrentes se limitan a sostener que la conducta reprimida penalmente era manifestación de la libertad ideológica, traducida en un acto de ejercicio de sus libertades de expresión e información. Por ello, aunque este Tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones que la libertad ideológica tiene un contenido propio, distinto al de las libertades

<sup>60</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Nº 231. Expediente Nº C05-0165 de fecha 20/05/2005.

que con ella colindan y de las que constituye soporte y fundamento (por todas, SSTC 20/1990, 120/1990 y 137/1990), es lo cierto que en el supuesto aquí examinado los demandantes de amparo no aportan elementos suficientes para poder llevar a cabo el enjuiciamiento autónomo que parece pedírsenos...

"...En cambio, sí debe compartirse la idea de que en el presente caso los derechos y libertades de expresión, de información y de participación en los asuntos públicos forman un todo interrelacionado, en el que los tres elementos se condicionan mutuamente en su contenido y alcance. Más concretamente, las libertades de expresión e información actúan, por así decir, como instrumentos que hacen posible la participación en los asuntos públicos y el acceso a los cargos públicos, al mismo tiempo que ese contexto de participación política en el que se ejercen delimita o cualifica el contenido y alcance de dichas libertades, ..."61

Como se puede concluir en párrafo anterior citado, el Tribunal Constitucional español no está enjuiciando las valoraciones efectuadas en la sentencia, sino que se refiere a los hechos directamente. En este sentido, los derechos y libertades de expresión e información y de participación en los asuntos públicos, están interconectados; pues los recurrentes expresan un mensaje político, con el propósito de hacer propaganda política, buscando como fin último tener acceso a los cargos públicos y así poder participar en los asuntos públicos.

Seguidamente expresa el Tribunal Constitucional español que:

"Los derechos de participación en los asuntos públicos (art. 23. 1 c. E. ) y de acceso a los cargos públicos (art. 23. 2 c. E. ), que en la parte de su contenido que afecta a las dos vertientes del principio de representación política forman un «todo inescindible» (entre otras, SSTC 5/1983, fundamento jurídico 4., y 24/1990, fundamento jurídico 2.), poseen, no sólo un contenido prestacional y una función de garantía de institutos políticos, como el de la opinión pública libre, sino también un contenido de derecho de libertad, que se concreta, en lo que aquí interesa, en la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para trasformarla que consideren oportunas..."62

Se puede apreciar el reconocimiento a la dimensión objetiva de los derechos de participación en los asuntos públicos y el acceso a los cargos públicos, apegado al derecho de libertad, pero desde el punto de vista de la axiología, se reconoce además el derecho de todos los ciudadanos de estar informados y a tener derecho de expresión, respetando los lineamientos constitucionales.

Continúa el Tribunal Constitucional diciendo que:

"Sin embargo, también en este caso y por el mismo motivo que el señalado respecto de los derechos del art. 23 C.E., no cabe

---

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> Idem

considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con esos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre. Como advierte la STC 171/1990 en su fundamento jurídico 6., el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información «no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente».<sup>63</sup>

Con respecto a la libertad de expresión e información antes referidos, éstos quedan limitados cuando atentan contra la intimidad y privacidad de las personas, y por supuesto amenazas e intimidaciones a los ciudadanos, de manera que esos derechos serían coartados para respetar los derechos de las demás personas, con lo cual se verifica el carácter no absoluto del derecho, precisamente por la protección de los derechos fundamentales.

Continúa el Tribunal Constitucional español explicando que:

“...Con todo, aun teniendo muy presentes estas cautelas, no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algo más grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario. Este tipo de mensajes no queda amparado por las libertades de expresión o de información. Esto, no obstante, debe admitirse que no toda difusión de un mensaje intimidatorio queda excluida del ámbito de las libertades de expresión e información. Así, por ejemplo, como advierten los recurrentes, en ese ámbito podrá incluirse la comunicación de esos mensajes por parte de terceros mediante lo que doctrinalmente se ha calificado como reportaje neutral...Así, pues, no cabrá hablar de reportaje neutral cuando quien los difunde no se limita a ser <<un mero transmisor del mensaje>>, es decir, a comunicar la información, las opiniones ajenas o los hechos relacionados con el mismo, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión;...”<sup>64</sup>

No obstante lo anterior, pareciera contradictorio que cuando sean mensajes intimidatorios o violentos, entonces no se ampara por libertad de expresión e información, pero si consiste en

---

<sup>63</sup> Idem

<sup>64</sup> Idem

que el mensaje constituye un reportaje neutral, sí se puede transmitir, y se abarcaría la libertad de expresión e información. Ahora bien, si nos ubicamos en el caso en estudio, los mensajes que estimulan el terrorismo a pesar que indiscutiblemente son información, ésta se extralimita en su contenido, pues va en contra del interés social y del orden público.

Agrega el Tribunal Constitucional español que:

“Puede concluirse, pues, que los mensajes analizados, aunque en diferente grado, contenían elementos o aspectos intimidatorios que, al no hallarse directamente protegidos por las libertades de participación política, de expresión y de información, podían en principio, en tanto que conductas intimidatorias, ser objeto de sanción penal de darse en ellos los elementos que conforman alguno de los delitos tipificados por la ley y, más concretamente, en este caso, los del delito de colaboración con banda armada del art. 174 bis a) del Código Penal, texto refundido de 1973...”<sup>65</sup>

Entonces, los mensajes transmitidos contienen contenido intimidatorio, pero disfrazados con el ejercicio de la participación y representación política y la libertad de expresión e información; entonces al extralimitarse en ese sentido la Constitución no ampara a los recurrentes, pues la conducta del recurrente de amparo no es objeto del derecho fundamental de libertad de expresión e información, ya que a través de la interpretación jurídica entra dentro del reconocimiento del límite interno consagrado en la ley y que debe ser interpretado por el juez..

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español:

“La constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales; sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.<sup>66</sup>

En este orden de ideas, estima el Tribunal Constitucional español que:

“...Con todo, esta sanción sólo podrá estimarse constitucionalmente legítima en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal del art. 25. 1 c. E., y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada.

Así, por ejemplo, respecto de las libertades de expresión e información, en la STC 190/1996 declaramos que la «trascendencia política y social de la fluidez de las vías de información comporta tanto la cobertura constitucional de la comunicación de información diligentemente comprobada aun que potencialmente falsa...

---

<sup>65</sup> Idem

<sup>66</sup> Guía de Estudio del Doctorado Político y Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España (UNED), Seminario: Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales. Consultado en enero de 2009 de la página web: <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/dpto.htm>.

De ahí que el límite constitucional esencial que impone el art. 20 C.E. a la actividad legislativa y judicial sea el de la disuasión de la legítima diligente- transmisión de información» fundamento jurídico 3. a) (en el mismo sentido pueden citarse la STC 85/1992, fundamento jurídico 5., y, en otro contexto, la STC 106/1996, fundamento jurídico 7.)...

“...Pues bien, la sanción impuesta a los recurrentes ha sido impugnada por éstos desde la doble perspectiva que acabamos de apuntar, de la legalidad y la proporcionalidad de esta medida. En efecto, según nos consta, los demandantes de amparo denuncian en este proceso constitucional que la sanción que les ha sido impuesta vulnera sus derechos a la legalidad penal (art. 25.1 C. E.) y a las libertades de comunicación, de expresión y de participación en la actividad pública (arts. 20 y 23 C.E.) y en ambos casos por dos motivos: Porque el tipo aplicado no respeta los principios de taxatividad, certeza y previsibilidad y porque la sanción resulta desproporcionada, al ser innecesaria la reacción penal y excesiva la pena impuesta...”<sup>67</sup>

La sentencia en estudio, a través del principio de legalidad afirma la falta de seguridad jurídica por la necesidad del establecimiento taxativo de la pena, que en el momento en que se desarrolló el hecho del caso de estudio no estaba determinada en lo que respecta al delito del terrorismo en el Código Penal español, y lo relacionado al auxilio y colaboración con bandas armadas.

Dice el Tribunal Constitucional español además que:

“...Por su parte, la denuncia relativa a la falta de proporcionalidad de la sanción penal también afectaría a la legalidad de la medida y, sobre todo, a las libertades de información y de participación política; en concreto, en el «motivo» octavo consideran que el recurso a la sanción penal es desproporcionado y la condena constituye una medida innecesaria en una sociedad democrática, con lo que se conculca la previsión contenida en el referido art. 10.2 C.E.D.H. que establece que esta libertad sólo podrá ser sometida a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan «medidas necesarias en una sociedad democrática» para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Para los recurrentes con cita de la Sentencia del T.E.D.H. de 23 de abril de 1992, caso Castells contra España la condena impuesta no constituiría «una medida necesaria», en el sentido estricto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene dando a este concepto, ...

“...En la argumentación de los recurrentes, las alegaciones

<sup>67</sup> Citado de la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 136/1999 del 20 de julio de 1999. Consultado el 5 de Enero de 2009.

relativas a la proporcionalidad de la pena y a la necesidad de la medida en una sociedad democrática se confunden. Lo mismo sucede en nuestra jurisprudencia, ya que la proporcionalidad en sentido estricto y necesidad de la medida constituyen dos elementos o dos perspectivas complementarias del principio de proporcionalidad de las sanciones penales, ínsito, en supuestos como el presente, en la relación entre el art. 25.1 C.E. y los demás derechos fundamentales y libertades públicas, en este caso la libertad personal del art. 17 C.E. y las libertades de los arts. 20 y 23 C.E...

“...En la STC 55/1996, con reiteración posterior en la STC 161/1997, comenzábamos advirtiendo que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: Sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.

...Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción» (fundamento jurídico 3.).

“Ahora bien, como indicábamos en las últimas Sentencias citadas es el de los derechos fundamentales el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad. «Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.; 66/1985, fundamento jurídico 1.; 19/1988, fundamento jurídico 8.; 85/1992, fundamento jurídico 5., y 50/1995, fundamento jurídico 7.) » (STC 55/1996, fundamento jurídico 3.; en el mismo sentido STC 66/1995, fundamentos jurídicos 4. y 5.)<sup>68</sup>

Como ya se ha hecho referencia de la falta de regulación penal antes aludida, y en vista del principio de legalidad penal, entonces la conducta sancionada debe estar tipificada como delito

---

<sup>68</sup> Citado de la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 136/1999 del 20 de julio de 1999. Consultado el 5 de Enero de 2009.

con una pena que debe ser proporcionada tomando en cuenta el hecho y los derechos fundamentales, a los fines de evitar posteriormente la declaración de inconstitucionalidad.

Así pues, explica el Tribunal Constitucional español que:

“...El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguir 10. “En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática... De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad” que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que “ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma...Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada «cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa»...La exigencia de proporción de la reacción penal en relación con los derechos de información, expresión y participación política ha sido reconocida por este Tribunal en varias SSTC, desde la 62/1982 hasta la 190/1996, pasando, por ejemplo, por la ya citada 85/1992 en la que, al otorgar el amparo contra una sanción penal excesiva impuesta por unas declaraciones insultantes y, por ende, no protegidas por el art. 20.1 C.E., establecimos que «el criterio de la proporcionalidad, reconocido en Sentencias del más variado contenido (SSTC 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 178/1989 Y 154/1990) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares, y así lo declara la STC 37/1989, “en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental”, doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los

mismos» (fundamento jurídico 4.)...Tampoco cabe dudar de la idoneidad de la sanción prevista. Se trata de una medida que, con toda seguridad, puede contribuir a evitar la realización de actos de colaboración con una organización terrorista y cooperar así a la consecución de los fines inmediatos de la norma.”<sup>69</sup>

Es decir que la proporcionalidad a la que se ha hecho referencia, se establece por el razonamiento jurídico y las valoraciones e interpretaciones del juez, tomando en cuenta cada caso en concreto. Es decir que el principio de proporcionalidad permite que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, logrando que el límite cumpla su función de negar la protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho, pero sin hacer que dicho límite constituya una sanción por la creencia de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental. Eso es así porque si la Constitución establece una norma, y la misma es recogida y concretada por el legislador en una ley, con condiciones materiales, éstas deben ser apreciadas y tomadas en cuenta por el juez a la hora de sentenciar. En el caso bajo análisis se pretende sancionar la colaboración con banda armada de conformidad con los artículos 174 bis a), 1º y 2º, inciso final, del Código Penal de 1973, que era el código que estaba vigente para el momento en que acaecieron los hechos; no obstante también se tocan los derechos de información, expresión y participación política.

Entonces, en este orden de ideas y para poder decir si hubo o no proporcionalidad al momento de la aplicación de la pena se debe resaltar los siguientes párrafos de la sentencia en estudio, incluyendo la parte dispositiva de la misma:

“...Al enjuiciar el presente caso desde la perspectiva que acabamos de apuntar deben tenerse presente dos datos interrelacionados de notable relieve: En primer lugar, que lo que se sanciona penalmente no es un ejercicio legítimo de los derechos proclamados en los arts. 20 y 23 C.E., de modo que no estamos en un ámbito directamente tutelado por esos derechos constitucionales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor, y, en segundo lugar, que lo que se sanciona es una actividad calificada por quien tiene competencia para ello de colaboración con banda armada al tratarse de conductas que, aunque sólo se hallen en una fase inicial de ejecución, tienden a promocionar los métodos terroristas de una banda armada y a la organización en sí misma considerada. En estas circunstancias, atendiendo a la importancia de los bienes que se pretenden tutelar con el precepto penal, así como a la falta de argumentación de los recurrentes y al concreto control de constitucionalidad reservado a este Tribunal en este ámbito, no cabe concluir que la reacción penal resulta innecesaria y que las medidas no penales tendrían un grado de «funcionalidad manifiestamente similar»...

“...Nuestra decisión ha de ser diferente en relación con el juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales- y la gravedad de la pena que se impone y, en general, los efectos negativos que genera la norma

---

<sup>69</sup> Citado de la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 136/1999 del 20 de julio de 1999. Consultado el 5 de Enero de 2009.

desde la perspectiva de los valores constitucionales-. La norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas.

“Ese desequilibrio resulta manifiesto si se tienen en cuenta las cuatro circunstancias siguientes:

“a) En cuanto a las conductas sancionadas no cabe duda de que son potencialmente peligrosas en la medida en que son constitutivas de colaboración con banda armada, pero resultaron en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finamente evitar...

“...b) Por el contrario, en el otro plato de la balanza, en el de los costes fácticos que la medida comporta para los valores constitucionales, debe destacarse, en primer lugar, la muy significativa entidad de la pena: Una privación de libertad de una duración mínima de seis años y un día y máxima de doce y una multa de cuantía comprendida entre 500.000 y 2.500.000 pesetas. Esta misma pena de prisión mayor se asignaba en el Código Penal de 1973, por ejemplo, a los integrantes de bandas armadas (art. 174.3), a los ejecutores de una sedición (art. 219.3.), al aborto doloso no consentido por la embarazada (art. 411, párrafo 1.1), a las mutilaciones de miembro no principal (art. 419), a las agresiones sexuales graves (art. 430), al robo con torturas (art. 501.4.) o al incendio de masas forestales con peligro para la vida de las personas art. 553 bis a).

“En el mismo sentido se constata que la pena de prisión prevista para las conductas de colaboración con o favorecimiento de bandas armadas en la legislación penal de los países de nuestro entorno jurídico y socio-cultural es, de uno o seis meses a cinco años en Alemania \_ ° 129 y 129 a) del Código Penal alemán-, de un día a tres años en Austria \_ ° 279 del Código Penal austríaco., de hasta cinco años en el Reino Unido -arts. 10 y 11 de la Ley de Prevención del Terrorismo-, de quince días a cuatro años en Italia arts. 307 y 378 del Código Penal italiano.

“c) En la relativización de la gravedad de los comportamientos sancionados y en los costes sociales de la norma penal incide el hecho de que la misma se aplica a la expresión de ideas e informaciones por parte de los dirigentes de una asociación política legal en el seno de una campaña electoral y dirigida a la petición del voto de los ciudadanos. Hemos reiterado que la difusión de estas ideas e informaciones y este modo de participación en la actividad política no constituye un ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información y de participación política y, por ello, no están tuteladas por esos derechos constitucionales y por ello pueden ser objeto de sanción penal; sin embargo, también hemos señalado que es indudable que las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y, en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos. En suma, aun admitiendo la legitimidad del recurso a la vía penal, la pena no puede proyectarse con la dureza que el tipo previene sobre la

universalidad de los componentes del órgano dirigente de una asociación política que, si bien extralimitándose, han actuado en un ámbito en el que las formaciones políticas deben operar con la mayor libertad sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para preservar la libertad de los ciudadanos...

"...La libertad que debe presidir la concurrencia de distintos programas y candidatos ante los ciudadanos, para solicitar su voto, justifica que la ley penal imponga límites contra cualquier conducta amenazante o intimidatoria. Pero, simultáneamente, esa misma libertad debe ser constreñida lo mínimo imprescindible, so pena de permitir una interferencia excesiva de los poderes públicos en el desarrollo del debate electoral, y que la subsiguiente votación no refleje fielmente «la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo» (art. 3 del Protocolo 1 al C. E . D . H . ) ...

"...La aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años y un día produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas.

"d) Finalmente, debe tenerse en cuenta que ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos...

"...Tal disyuntiva es precisamente la que caracteriza la configuración del delito de colaboración con banda armada según resulta del art. 174 bis a) C.P. 1973, en el que se combina el carácter omnicomprendivo de las formas de colaboración («cualquier acto de colaboración»), consustancial al tipo de legislación que nos ocupa, con la previsión de una clase de pena privativa de libertad cuyo mínimo resulta particularmente elevado. De este modo, la apreciación por parte de la Sala sentenciadora, dentro de las funciones que le son propias, de que nos encontramos ante una de dichas formas de colaboración ha arrastrado, por imperativo de la ley, la imposición de una pena que, tal como se ha razonado, no guarda proporción con las singulares circunstancias del caso.

"En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) C.P. 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional -únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido a temperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia

en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados «actos de colaboración» con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: No habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar.

“En casos como el que ahora nos ocupa, es claro que siempre entrará dentro de la libertad de configuración del legislador penal la elección de la técnica o la vía concretas para restaurar la vigencia del principio de proporcionalidad en la represión de las conductas delictivas aquí contempladas, sin que a este Tribunal, como es lógico, corresponda especificar ninguna de ellas...

#### FALLO

“En atención a todo lo expuesto, el Tribunal CONSTITUCIONAL, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA, Ha decidido

“Otorgar el amparo a los recurrentes y, en consecuencia:

“1. Reconocer que el art. 174 bis a) 1. y 2. del Código Penal de 1.973 al ser aplicado al caso ha vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.).

“2. Restablecerles en sus derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia núm. 2/1997, de 29 de noviembre de 1997, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la causa especial núm. 840/1996. “<sup>70</sup>

En el caso en estudio, una asociación política a través de la participación política y transmisión de la información, buscando la petición del voto de los ciudadanos, de forma intimidatorio y violenta, lo que se considera que no era tutelada por los derechos fundamentales. Entonces en el caso analizado sí hubo desproporcionalidad en la aplicación de la pena y la conducta sancionada, tomando en cuenta que lo que sanciona penalmente no es un ejercicio legítimo de los derechos proclamados en los artículos 20 y 23 de la Constitución española, pues lo que se sanciona es la colaboración con banda armada. Entonces lo relacionado al terrorismo debe hacerse de manera proporcionada de conformidad con las acciones realizadas.

El artículo 174 a) del Código penal español de 1973, aunque establecía taxativamente el delito, creaba incertidumbre de cuáles conductas abarcaba la colaboración a banda armada, que violentó el principio de legalidad penal respecto a las penas desproporcionadas.

<sup>70</sup> Citado de la página web: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Sentencia No. de referencia 136/1999 del 20 de julio de 1999. Consultado el 5 de Enero de 2009.

#### 4.2.5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

“La exigencia de proporcionalidad en sentido estricto entre el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquel límite. Criterio que suele traducirse en la necesidad de probar que el daño de estos último era real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción (por lo que no son admisible medidas preventivas si carecen de habilitación legal), es decir, que hubo un riesgo cierto y actual y no tan sólo un riesgo futuro e hipotético. Y, una vez probada la realidad del riesgo, que los sacrificios entre bienes están compensados al respecto del objeto perseguido.”<sup>71</sup>

“La proporcionalidad en sentido estricto... que refiere directamente al problema de la ponderación. Cuando se analiza la proporcionalidad de sentido estricto lo que se examina es si la medida, a pesar de ser adecuada para lograr el fin, a pesar de que no había una alternativa menos gravosa, se justifica o no, teniendo en cuenta el fin que la medida persigue; si hay una ponderación adecuada teniendo en cuenta el bien colectivo que se invoque y teniendo en cuenta la severidad que puede tener la restricción sobre el derecho.”<sup>72</sup>

A nuestro modo de ver, las relaciones entre los conceptos de intervención, desarrollo y regulación de los derechos fundamentales pueden precisarse mediante los siguientes enunciados, que tienen en cuenta los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

- El artículo 53.1 CE estatuye una reserva general de ley para la regulación de los derechos fundamentales. La regulación puede ser un caso particular de intervención en los derechos fundamentales, cuando implica una afectación negativa de ellos. La intervención es un concepto amplio, que se refiere a todas las afectaciones negativas de los derechos fundamentales provenientes de los poderes públicos y de los particulares. La regulación, en cambio, comprende las normas legislativas que tienen el rango de ley ordinaria. Eventualmente, estas normas pueden afectar de manera negativa a un derecho fundamental. En razón de estas características, la regulación se diferencia de las intervenciones o provenientes de otras fuentes de los derechos fundamentales; y de los desarrollos de estos derechos que deben tener forma de ley orgánica.

- Toda regulación de un derecho fundamental afecta a sus normas y posiciones *prima facie* de y como consecuencia debe observar las exigencias del principio de proporcionalidad. Si la regulación afecta negativamente al derecho, éste eleva una pretensión en contra de que esta afectación negativa sea excesiva. Si, por el contrario, la regulación afecta positivamente al derecho, es decir, si trata de configurado o de posibilitar su ejercicio, el derecho eleva una pretensión en contra de que la configuración sea deficiente, es decir, de que la configuración legislativa no lo realice en la mayor medida posible. En este último supuesto, sin embargo, la

<sup>71</sup> OTTO y PARDO citado por BASTIDAS FREIJEDO, Francisco, VILLA VERDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito, FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid, Edit. Tecnos, 2004; p. 147.

<sup>72</sup> CASAL H., Jesús; Teoría de los Derechos Fundamentales: Condiciones para Limitación de Derechos. En: Curso de Capacitación sobre el Razonamiento y Argumentación Jurídica. Tribunal Supremo de Justicia Serie Eventos. Nº 3, Caracas. 2001; p. 439.

regulación no está sometida al principio de proporcionalidad en su versión de interdicción del exceso, sino de prohibición de protección deficiente.

- La reserva general de regulación de los derechos fundamentales no se diferencia de las reservas específicas estatuidas por diversas disposiciones, en cuanto a que el resultado del ejercicio tanto de éstas como de aquéllas pueda ser una intervención legislativa en tales derechos. La diferencia existen entre estos dos tipos de reservas radica en el fin que justifica la intervención, tal como observaremos en el siguiente apartado.

- El desarrollo de un derecho fundamental es una especie de regulación. Como consecuencia, al igual que las regulaciones todo desarrollo de un derecho fundamental puede convertirse en una intervención, si afecta negativamente al derecho. Esto quiere decir, que toda regulación y todo desarrollo de un derecho fundamental están sometidos a la garantía del contenido esencial y al principio de proporcionalidad, cuando afecten negativamente al derecho de que se trate. Si lo afectan positivamente, están sometidos a la prohibición de protección deficiente.

- El desarrollo de un derecho fundamental es una regulación que se caracteriza por una de estas tres propiedades alternativas: (1) afecta de manera general al derecho fundamental; (2) afecta de forma muy intensa; o (3) afecta posiciones muy fundamentales o de gran significado material en el derecho. Con fundamento en estas tres propiedades, si nos situamos en el punto de vista del Tribunal Constitucional, es posible detectar la existencia de casos claros y casos dudosos tanto de simple regulación como de desarrollo, con el fin de precisar, cuándo las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales deben tener el carácter de ley orgánica. Un caso claro de desarrollo se presenta cuando existe la certeza de que el Legislador establece el régimen general de un derecho fundamental, lo afecta de manera muy intensa o regula posiciones muy fundamentales. *Por* el contrario, el Tribunal se sitúa frente a un caso claro de simple regulación, cuando resulta palmario que el Legislador ha disciplinado sólo algunos aspectos parciales del derecho, lo ha hecho de manera poco intensa y ha afectado sólo a algunas posiciones poco fundamentales. *Entre* estos dos extremos de casos claros, hay casos difíciles en los que existen dudas razonables acerca del cumplimiento de alguna de las exigencias de estos tres criterios. En los casos difíciles, el Tribunal Constitucional debe ponderar dos principios en colisión: por una parte, el principio de máxima garantía de los derechos fundamentales, que habla a favor de considerar a las afectaciones dudosas como afectaciones generales, muy intensas y muy fundamentales y, por otra parte, el principio democrático, que habla a favor de consideradas como afectaciones parciales, poco intensas y poco fundamentales, para que no se imponga a la ley, el deber de ser una ley orgánica. En esta ponderación, el Tribunal Constitucional debe considerar todas las premisas normativas analíticas y fácticas que sean relevantes y para tomar su decisión, debe tener en cuenta la carga de argumentación que juega a favor del principio democrático y que está expresada en la interpretación restrictiva del concepto de desarrollo, enunciado en la jurisprudencia constitucional. De acuerdo con esta carga de argumentación, cuando no exista certidumbre acerca de las premisas normativas, analíticas y fácticas relevantes debe estimarse que éstas hablan a favor de incluir a la ley objeto del caso bajo el concepto de regulación y no bajo el concepto de desarrollo.

El artículo 174 A) del Código Penal español a que se ha hecho referencia, respecto a la colaboración con banda armada, se subsume al caso en concreto pues el delito existía taxativamente, pero la finalidad del legislador de evitar el terrorismo, y limitar el derecho a la libertad mediante la privación de la misma, con una duración mínima de seis años y un día y máximo de doce años, por colaboración con banda armada, era exagerada, desde el punto de vista del fin que persigue; pues si bien había que sancionar la colaboración con banda armada, por un riesgo cierto y actual, de incitar al terrorismo, la pena impuesta era exagerada, porque se limita severamente el derecho a la libertad, por la manifestación de ideas con mensajes intimidatorios y violentos, que fueron expresadas en campaña política dentro del derecho de participación política y la libertad de expresión e información, con una sanción desproporcionada a la conducta. Es por eso que si se quiere detener el terrorismo y se quiere sancionar las conductas que lleven al mismo, se debe medir la pena de acuerdo a la conducta, buscando la

adecuación de la medida tomada sin limitar otros derechos fundamentales como lo son la participación política y la libertad de expresión e información. Es por eso que en el caso bajo análisis el legislador del Código Penal español de 1973, en su artículo 174 a) , no atemperó la sanción penal en los actos de colaboración con banda armada. Lo que sí existía era una ausencia en la norma de la previsión del caso referido, para imponer una pena inferior a la de prisión mayor en grado mínimo; y es por esa razón que la norma incurre en inconstitucionalidad, por vulnerar el principio de derecho a la legalidad penal.

#### **4.2.6. LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU CONFIGURACIÓN**

En el mismo hilo argumentativo, conviene precisar las relaciones entre los conceptos de intervención legislativa en los derechos fundamentales y de configuración.

El concepto de configuración o de determinación legislativa de los derechos fundamentales ha conocido una notable relevancia en la doctrina constitucional. En términos generales puede afirmarse, que su importancia radica en que la configuración ha intentado proponerse y desarrollarse como un concepto contrapuesto al de limitación. De este modo, mientras la configuración legislativa de los derechos fundamentales consistiría en la actuación del Legislador tendiente a "*hacerlos funcionales*", a "*posibilitar su realización*", a trazar los procedimientos y establecer las condiciones necesarias para su ejercicio, la limitación se definiría como la supresión legislativa de algunos de sus contenidos normativos.

Esta contraposición es la piedra de choque que una parte de la doctrina utiliza para intentar deslindar, *a priori* y en abstracto, aquellas intervenciones legislativas que deberían observar las exigencias del principio de proporcionalidad y del contenido esencial, de aquéllas otras que, por no incidir supuestamente de forma negativa en los derechos fundamentales, deberían considerarse libres o desvinculadas.

De este modo, mientras toda limitación de un derecho fundamental estaría sujeta al respeto de su contenido esencial y de las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad, las configuraciones se encontrarían exoneradas de esta vinculación, porque presuntamente no afectarían negativamente al derecho, sino que, por el contrario, harían viable su ejercicio y su realización.

Debe admitirse que detrás del antagonismo entre la configuración y la limitación subyace una diferencia plausible y relevante. Se trata de la diferencia entre las afectaciones negativas y positivas que las leyes pueden engendrar en los derechos fundamentales. Estos dos tipos de afectaciones se constituyen como dos modelos conceptuales distintos, que a su vez están sometidos a una disciplina diversa. Sin embargo, de esta circunstancia no puede desprenderse la conclusión de que, mientras la limitación de los derechos fundamentales -su afectación negativa- se encuentra vinculada a las exigencias de la garantía del contenido esencial y de los subprincipios de la proporcionalidad, la configuración -afectación positiva- no lo está. En contra de esta conclusión pueden aducirse dos argumentos:

En primer lugar, existe un gran número de casos en que se presenta una dificultad meridiana para distinguir *a priori* y en abstracto, si una norma legal afecta positiva o negativamente a un derecho fundamental. Desde luego también existen casos claros de configuración y de limitación. Sin embargo, estos casos suelen ser sólo excepcionales. Por lo general, las leyes contienen una variedad de normas que en su conjunto afectan tanto positiva como negativamente a los derechos fundamentales, sin que la línea divisoria entre estas dos dimensiones pueda trazarse antes de una interpretación de la ley en su contexto fáctico y normativo -también en conexión con el derecho fundamental afectado.

Asimismo, si se parte de una interpretación amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, no es fácil concebir una norma legal que no implique ninguna afectación negativa real o potencial de los ámbitos de protección *prima facie*. La interpretación amplia de los derechos fundamentales implica aceptar que todas las normas y posiciones que puedan adscribirse dentro de sus ámbitos de protección inicial, reclaman *prima facie* para sí la máxima realización posible. Desde este "punto de vista, una ley de configuración que, por ejemplo, distribuya las posibilidades de ejercicio de un mismo derecho fundamental entre varios titulares, para hacerlo viable en la práctica, debe ser considerada también como una ley de intervención, nulidad; es uno de sus presupuestos. Por el contrario, la certeza de que una norma legal es una restricción o una vulneración de un derecho, se produce sólo después de la aplicación del mencionado principio o por fuera de su estructura argumentativa. Fuera de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad, puede considerarse que una norma legal es una restricción de un derecho fundamental, cuando el Legislador afecta negativamente a un derecho de una forma que no despierta ninguna sospecha de inconstitucionalidad (es un caso fácil sobre la constitucionalidad de la ley). En cambio, la restricción obtiene su identidad después de la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad, cuando se llega a la conclusión de que la norma legal cumple sus exigencias y de que, por tanto, debe valer de manera definitiva. Por su parte, el convencimiento acerca de la vulneración de un derecho fundamental surge, por fuera de la estructura de la proporcionalidad, cuando se presenta un caso claro de inconstitucionalidad de la norma legal; y, después de la aplicación de sus subprincipios, cuando mediante este *iter* argumentativo se establece que la norma iusfundamental afectada debe valer de manera definitiva y que la norma legal debe ser declarada inconstitucional.

La intervención implica entonces tanto la validez *prima facie* de la norma legal, como la validez *prima facie* de la norma iusfundamental afectada; la restricción implica, por su parte la validez definitiva de la norma legal y la correlativa pérdida de validez *prima facie* de la norma iusfundamental afectada; en fin, la vulneración implica la validez definitiva de la norma iusfundamental afectada y la correlativa declaración de inconstitucionalidad y pérdida de la validez de la norma legal.

## CONCLUSIÓN

Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. La terminología de los derechos humanos se utiliza en el ámbito internacional porque lo que están expresando es la voluntad planetaria de las declaraciones internacionales, la declaración universal de los derechos humanos frente al derecho fundamental.

Destacar que los derechos humanos son propios de la condición humana y por tanto son universales, de la persona en cuanto tales, son también derechos naturales, también son derechos preestatales y superiores al poder político que debe respetar los derechos humanos. Se decía también que eran derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad. Lo que interesa destacar es que si los derechos fundamentales son derechos humanos, tienen éstos también las características que hemos reconocido a los derechos humanos. Por tanto, a los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución, los derechos fundamentales se imponen al Estado, la Constitución se limita a reconocer los derechos fundamentales, la Constitución propugna los derechos fundamentales, pero no los crea.

El art. 53.1 CE es el artículo delimitador. El 53.2 "solo por ley...".

¿Quién delimita los derechos fundamentales? En primer lugar la propia Constitución a pesar de las pocas palabras que usa en muchos casos, la Constitución está configurando los derechos fundamentales, y esta configuración en unos casos es más intensa y en otros casos menos. En

unos casos art. 22, 28,6.7, en estos casos la Constitución delimita con notable intensidad el contenido. En otros casos el alcance es menos.

Lo que interesa destacar es que en cualquier derecho constitucionalizado existe un mínimo de configuración constitucional, y este mínimo es absolutamente vinculante para todos los operadores jurídicos que intervienen en la materia, por tanto, la Constitución delimita.

En segundo lugar, el delimitador es también el legislador, es el delimitador de los contenidos constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales. El art. 53.1 CE insiste en esta lógica "solo por ley" dice por tanto el legislador sea a través de leyes especiales, sea a través del CC, CP, etc., el legislador va cumpliendo la tarea de delimitar el contenido.

Límites expresos: se llaman así porque son límites establecidos expresamente en la Constitución. Los derechos fundamentales son realidades limitadas, no hay derechos absolutos, todos los derechos son limitados. Que los derechos sean limitados no quiere decir que estemos obligados que el carácter limitado ha de hacerse compatible con una interpretación que potencie la urgencia y efectividad entre los derechos fundamentales y que sea dominante la interpretación a favor de la libertad (interpretación pro libertate). Los límites expresos pueden tener dos bloques: unos aparecen como cláusulas generales y otros como límites concretos. La cláusula general la encontramos en el art. 10.1 CE. Dice que el ejercicio de los derechos de los demás es un límite de los derechos fundamentales.

Los límites implícitos son el límite no previsto expresamente en la CE, pero deriva de una manera indirecta de la CE. No deriva inmediatamente de la CE. Los límites implícitos se justificaron en la necesidad de proteger o preservar a otros derechos constitucionales, y a otros bienes o valores constitucionalmente protegidos. Estos valores y bienes no están en todos los casos constitucionalizados de forma expresa, nos encontramos con el problema en que lo sustantivamente fundamental está formalizado expresamente en la Constitución, pero hay casos que no. La solución es establecer una discrecionalidad por parte del juez o del legislador, p.e despenalización del aborto se lleva al TC y dicho tribunal acude al nasciturus como un valor...). Ante esta situación, el jurista tiene que intentar siempre racionalizar todas las cuestiones.

El criterio o juicio para controlar el alcance de una limitación o un derecho fundamental. Toda intervención limitadora de un derecho fundamental debe reunir (aparte del fundamento mediato o inmediato del texto constitucional) hay más requisitos: intervención adecuada, necesaria y proporcional.

Los derechos fundamentales pueden ser limitados por otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Los derechos fundamentales no son derechos absolutos, pero también es cierto que si los derechos fundamentales no son absolutos mucho menos pueden ser absolutos los límites a los que ha de someterse el ejercicio de tales derechos. El tribunal ha dicho que los límites han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la esencia de los derechos. Por tanto, el legislador no puede limitar a su capricho los derechos fundamentales, el legislador no puede devaluar arbitrariamente la fuerza normativa de un derecho fundamental.

En segundo lugar se debe destacar que toda intervención limitadora debe reunir una serie de requisitos que restringen la extensión de los límites y que se concentran en torno al llamado juicio de proporcionalidad. Juicio en virtud del cual se analiza la limitación que se ha efectuado al derecho con la finalidad de valorar si está justificada o no constitucionalmente la limitación.

La justificación constitucional de la limitación requiere que se cumplan tres requisitos, que son los que constituyen el contenido del juicio de proporcionalidad: la adecuación de la limitación, la necesidad de la limitación, la proporcionalidad en sentido estricto.

1) La adecuación: queremos destacar que la limitación debe ser un medio adecuado, idóneo, útil, eficaz, para conseguir el fin propuesto por el legislador (fin que solo puede ser la protección de otro derecho fundamental o la protección de un valor o un bien que tenga fundamento expreso o implícito en el texto constitucional). No será adecuada si no sirven para la obtención de un fin consistente en la protección de otro derecho fundamental o un bien jurídico. Evidentemente esta fase del juicio es una fase de muy escaso alcance en el momento de controlar sobre todo al legislador porque es el que ha de determinar si el medio es adecuado. El tribunal parará el juicio solo cuando se encuentre con una medida arbitraria.

2) La necesidad: tenemos una medida adecuada, se trata de ver si la medida es necesaria, indispensable o es imprescindible. Lo que se tiene que probar por el que propone la medida es que la restricción del derecho fundamental no puede efectuarse con otra medida igualmente adecuada que requiriese una limitación menos severa del derecho fundamental o que no requiriese la restricción del derecho fundamental. El juez tiene que determinar si una medida es más grave que otra y si la medida tiene igual aptitud para conseguir el fin. Si el tribunal considera que existe una medida menos gravosa podría declarar la inconstitucionalidad de la medida..

3) La proporcionalidad en sentido estricto: aquí se analiza la limitación haciendo un juicio valorativo sobre el peso que corresponde respectivamente a cada uno de los derechos o bienes que constituyen los términos de la relación entre el medio y el fin. Cuanto más importante es el grado de afectación del derecho fundamental limitado, tanto mayor ha de ser la importancia de los bienes o derechos que a él se le opone. Por tanto, la intensidad de la intervención ha de ser proporcional a los intereses del bien que se protege. Mediante esta fase del juicio se intenta determinar si el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de proteger.

En lo referente a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nro. 53/1985, se puede destacar a los efectos de análisis conclusivo, que el derecho a la vida es protegido por el artículo 15 de la Constitución española, que tiene su relación con el artículo 10 eiusdem, referente al valor de la dignidad humana. Existiendo de esa forma la dimensión objetiva constitucional, que es concretada en la legislación. Pero es interesante el criterio del Tribunal Constitucional de delimitar el ámbito de protección penal del nasciturus, dándole mayor jerarquía a los derechos constitucionales de la mujer, efectivamente por ser una vida ya desarrollada y no en potencia como la del hijo o hija.

Ahora bien, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida del mismo, y comienza el Tribunal Constitucional español a destacar que las medidas son insuficientes, declarando la inconstitucionalidad del artículo 417, realizando las modificaciones correspondientes, considerando que dentro de las funciones dadas al legislador, no se cumple con los requisitos mínimos para garantizar que el aborto se produzca en las condiciones óptimas para la vida del nasciturus y de la madre, para que no se llegue al extremo de que se produzcan abortos innecesarios o indiscriminados, y se viole el derecho a la vida, incumpliendo el legislador de esa manera con el deber positivo de protección.

Para culminar, se debe resaltar que el Tribunal Constitucional español no reconoce a la final la titularidad del derecho a la vida del nasciturus, pero sí desarrolla muy efectivamente lo relacionado a su protección, pues considera la vida como un valor fundamental.

Al analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nro. 99/1994, se puede concluir que como el derecho fundamental es un principio a su vez que guía la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en general; y en el caso específico de estudio, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, que forman parte de los derechos de la personalidad y tienen una íntima relación con la dignidad humana, son considerados derechos fundamentales que se superponen al contrato de trabajo e interés empresarial, más cuando en el caso de estudio el contrato no

contempla la posibilidad de la captación y difusión de la imagen del trabajador, por lo que el mismo se puede negar de conformidad con el artículo 18.1 de la Constitución española.

De esta manera, la empresa tiene la obligación además de respetar los derechos fundamentales del trabajador, abarcando de esta forma la vinculación negativa de los particulares a los derechos fundamentales, aunque sea negativamente, todo de conformidad con el artículo 9.1 de la Constitución española.

En lo referente a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nro. 136/1999, se puede destacar que una asociación política a través de la participación política y transmisión de la información, buscando la petición del voto de los ciudadanos, de forma intimidatorio y violenta, lo que se considera que no era tutelada por los derechos fundamentales. Entonces en el caso analizado sí hubo desproporcionalidad en la aplicación de la pena y la conducta sancionada, tomando en cuenta que lo que sanciona penalmente no es un ejercicio legítimo de los derechos proclamados en los artículos 20 y 23 de la Constitución española, pues lo que se sanciona es la colaboración con banda armada. Entonces lo relacionado al terrorismo debe hacerse de manera proporcionada de conformidad con las acciones realizadas. El artículo 174 a) del Código Penal español de 1973, aunque establecía taxativamente el delito, creaba incertidumbre de cuáles conductas abarcaba la colaboración a banda armada, que violentó el principio de legalidad penal respecto a las penas desproporcionadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert; Teoría de los Derechos Fundamentales. Versión Castellana: Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
- ARAUJO JUAREZ, José; Los Derechos Fundamentales y los Medios de Protección Procesal. Edic. Funeda. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Serie Monográfica No. 3. Edit. Jurídica Venezolana. Caracas. 1997.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. A., ALÁEZ CORRAL, B., FERNÁNDEZ SARASOLA, I., Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Edit. Tecnos. Madrid. 2004.
- BASTIDAS, Francisco; VILLAVERDE, Ignacio; REQUEJO, Paloma; PRESNO, Miguel; ALAEZ, Benito; FERNÁNDEZ, Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Edit. Tecnos. Madrid. 2004.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (5 Tomos). Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires: Ediar. ISBN 950-574-079-4. 2007.
- BILBAO UBILLOS, J.M. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1997.
- BRAGE CAMAZANO, J. Los límites a los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson. ISBN. 2005.
- BREWER CARIAS, Allan R; El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999. Universidad Católica Andrés Bello, Edit. Jurídica Venezolana. Caracas. 2000.
- CASAL H., Jesús; Los Derechos Humanos y su Protección. 1ra. Edic. Universidad Católica Andrés Bello. Edit. Texto. Caracas. 2001.
- COUTURE, Eduardo; Vocabulario Jurídico. 6ª Reimpresión. Edit. Desalma. Buenos Aires. 1997.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional. 1989.
- DALLA VIA, Miguel Angel Manual de Derecho Constitucional. (1ª Edición). Buenos Aires: Editorial: Lexis Nexis. ISBN 978-987-1178-04-9. 2004

- DELGADO OCANDO, José Manuel; Lecciones de Introducción al Derecho. Edit. EDILUZ. Maracaibo. 1987.
- DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. Sistema de derechos fundamentale.s (2ª edición, 2005). Madrid: Civitas. ISBN 978-84-470-2403-2.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel. Comentarios a la Reforma Constitucional de 1994. Buenos Aires: Depalma. 950-14-0797-7. 1994.
- ENGISCH, kart; Introducción al Pensamiento Jurídico. Edit. Guadarrama. Madrid 1967.
- GARCIA PONS, Enrique. Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales. J.M. BOSCH Editor. ISBN 84-7698-409-X. 1997
- LINARES QUINTANA, Segundo V. Las nuevas constituciones del mundo. Buenos Aires: Plus Ultra. 1979
- LOPEZ PEÑA, Antonio; GUTIERREZ, Ignacio; Elementos de Derecho Público. Edit. Marcial Pons. Madrid. 2002.
- LOPRESTI, Roberto P. Constitución Argentina Comentada. Buenos Aires: Unilat. ISBN 987-96049-3-8. 1998
- NIKKEN, Pedro; La Garantía Internacional de los Derechos Humanos. No. 78. Edit. Jurídica Venezolana. Caracas. 2006.
- NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea. 2000
- PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón; Derecho Civil I. Derecho de Personas. Edit. EDILUZ. Maracaibo. 2009.
- PERELMAN, Chaim; La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Edit. Civitas. Madrid. 1979.
- PEREZ LUÑO, Antonio; Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 5ta. Edición. Edit. Tecnos. Madrid 1995.
- QUISBERT H., Ermo. Los derechos fundamentales. Apuntes de Derecho de Ermo Quisbert. 2005.

## WEB BIBLIOGRÁFICA

- [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)
- [www.uned.es/dpto-derecho-politico/programafp.htm](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/programafp.htm). Guía de Estudio del Seminario: Aspectos Subjetivos y Objetivos de los Derechos Fundamentales de la UNED. Consultado en enero de 2009.