

Capítulo Preliminar

CUESTIONES PREVIAS CONSTITUCIONALES

1. INTRODUCCIÓN

Dedicaremos este capítulo preliminar a una serie de nociones básicas que deben conocerse para poder abordar con éxito el estudio del derecho a la información. Resulta difícil entender este derecho que forma parte de la Constitución Española de 1978 —artículo 20.1.d)—, si antes no se sabe qué es una Constitución y qué supone para el funcionamiento del ordenamiento jurídico y desarrollo del Estado social y democrático de Derecho. De manera parecida sucede con la parte dogmática de la Constitución o la declaración de derechos, dentro de la misma se encuentra igualmente el derecho a la información. Por último, este derecho tiene su máxima protección en la labor del poder corrector o Tribunal Constitucional, que es la última instancia en interpretarlo y dotarlo de contenido. Parece aconsejable tener unas mínimas nociones sobre cómo nació el mismo, su estructura, razón de ser y funcionamiento. La explicación lógicamente será muy breve y sucinta, pues esta materia daría para otro manual.

2. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN¹

La Constitución, tal y como la conocemos hoy, es fruto de las revoluciones liberales del siglo XVIII, principalmente en Estados Unidos y Francia. Bien es verdad que un siglo antes encontramos en la revolución inglesa del siglo XVII sus más inmediatos e influyentes antecedentes. La Consti-

¹ Más ampliamente, ver Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970; Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970; André Hariou, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ariel, 1971; Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987; Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1996; en España, por todos, Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza, 1987.

tución tiene su sustrato ideológico en las doctrinas *pactistas* y en el triunfo del racionalismo característico de la Ilustración. Entre otros muchos autores destacan básicamente tres: John Locke, con su *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Montesquieu y su *Espíritu de las leyes* y el *Contrato Social* de Rousseau. Es verdad que hay otros pensadores relevantes, como Spinoza, del que beben los tres autores citados; Voltaire, Diderot, o Jefferson y Hamilton en el continente americano, pero los primeros mencionados con sus respectivas obras son la clave para construir el Estado constitucional moderno.

La noción de Constitución ya la podemos encontrar en la Grecia clásica, tanto es así que el propio Liceo de Aristóteles hace un compendio de las principales Constituciones de su tiempo². Hoy solo nos ha llegado la Constitución de Atenas. Sin embargo, la idea moderna que tenemos de Constitución, basada en tres pilares fundamentales: 1) Principio de legalidad; 2) Separación de poderes; y 3) Declaración de Derechos, es fruto de nuestro tiempo contemporáneo y nada tiene que ver, tan solo el nombre, con las de hace 2.500 años. El Estado democrático y constitucional nace del pensamiento liberal y sus revoluciones, en orden cronológico, inglesa, americana y francesa. Con ellas se supera el Antiguo Régimen, las monarquías absolutas en el caso del continente europeo, con el triunfo de la igualdad y la libertad individual, pasando las personas de su condición de súbditos a la de ciudadanos (libres e iguales).

La igualdad se desarrolla primero en la esfera jurídica, somos todos iguales ante la ley, y esto lo garantiza el Estado de Derecho y el principio de legalidad. Nos damos leyes para no darnos tiranos, se decía en las revoluciones liberales. La igualdad luego se conquista en la esfera de lo político, un hombre un voto, la soberanía reside en el pueblo libre y soberano para decidir su destino. Es la esencia del Estado democrático y el sufragio universal, la voluntad de la mayoría preside las relaciones políticas. En términos de Rousseau, la voluntad general. Por último, ya en siglo XX, se busca la igualdad no jurídica, ni política, sino social o socioeconómica, con el avance de los partidos de izquierdas que nacen en el último tercio del siglo XIX. Es el nacimiento del Estado social o *welfare state* que se desarrolla principalmente en la segunda mitad del siglo XX³. Uno de los grandes debates

² El estagirita y su discípulo Teofrasto abordaron un ambicioso proyecto de más de un centenar y medio de Constituciones de la época. Llegaron a realizar bastantes, lamentablemente el conocido incendio de la Biblioteca de Alejandria, tan solo nos permite conocer hoy la de Atenas.

³ Sus antecedentes están en la socialdemocracia sueca de la década de los treinta y en la América de Roosevelt, aunque es el *Informe* que Lord Beveridge elabora para la recuperación de la castigada Inglaterra de 1945 (finalizada la II Guerra Mundial) la esencia del Estado intervencionista en la libre economía de mercado.

políticos del presente siglo XXI es el mantenimiento o no de este Estado del bienestar o social.

El Estado constitucional, hoy denominado según nuestra Constitución “Estado social y democrático de Derecho” (artículo 1.1 CE), es la evolución de ese Estado liberal que nació en la Inglaterra de la Bill of Rights de 1689, se desarrolló en la revolución norteamericana con la primera Constitución moderna de la historia y todavía hoy en vigor, la de los Estados Unidos de 1787⁴ y se internacionalizó con la Revolución Francesa de 1789 y la conocida Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789⁵, en cuyo artículo 16 podemos leer: “Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

Muchas pueden ser las definiciones de Constitución, pero en todas ellas debe apuntarse que es la norma jurídica superior y que en ella se regulan la declaración de derechos y la organización de los poderes del Estado. En alguna medida, el racionalismo del siglo XVIII busca normativizar la política, regularla, hacerla previsible⁶. La Constitución es la norma jurídica que regula el sistema político de un Estado. Es por ello, normalmente, la norma jurídica de mayor contenido político.

La Constitución se proyecta hacia el futuro, indica lo que una comunidad concreta –poder constituyente que representa al pueblo soberano– quiere ser. Y se asienta sobre el Estado de Derecho y sobre la democracia como régimen político. No cabe un verdadero Estado Constitucional en una dictadura o régimen totalitario, donde no haya separación de poderes, declaración de derechos o principio de legalidad –nadie por encima de la ley, ni los propios poderes públicos⁷–.

⁴ La misma es fruto básicamente de los 85 artículos que Hamilton, Madison y Jay publicaron en el posteriormente conocido como *El Federalista*.

⁵ El 14 de julio de ese año, con la *Toma de La Bastilla*, se inicia la revolución; Francia elige este día como su día nacional. España, erróneamente a mi entender, conmemora el 12 de octubre como día nacional, cuando el 2 de mayo –de 1808– parece mucho más apropiado, pues es con la Guerra de la Independencia, frente al invasor francés, cuando Madrid y después el resto de España, sin excepción, se unen y defienden un verdadero sentimiento nacional. De hecho, durante gran parte del siglo XIX, es el 2 de mayo el día nacional de España.

⁶ Las ciencias sociales en el siglo XVIII tienen ciertos, podríamos decir, *celos* del éxito o capacidad de previsibilidad –previsión del futuro–, que logran las ciencias naturales. La Constitución, en alguna medida, busca prever y regular el futuro político, evitar la incertidumbre, al tratar de regular o normativizar la vida política. El término *revolución* es un concepto mecánico que adoptan las ciencias sociales.

⁷ En este sentido ver artículo 9.1 y 103.1 CE.

La esencia de la Constitución es ser la norma jurídica superior, jerárquicamente hablando. La teoría de la Constitución encuentra en el ilustre jurista austriaco, Hans Kelsen, a su mejor teórico en el siglo XX. En la *pirámide de Kelsen*, la Constitución –fruto del poder constituyente– está en la cúspide de la pirámide normativa. Por debajo de ella la ley –que elabora el poder legislativo (Parlamento)– que representa al pueblo soberano, y en la base, los reglamentos del Gobierno o poder ejecutivo. A mayor representatividad democrática, mayor legitimidad del órgano o fuente de producción del Derecho, y mayor importancia de la norma jurídica resultante. Para Kelsen, y para el derecho continental, no para el americano, será el Tribunal Constitucional quien velará por que las leyes respeten y no vulneren la Constitución (la denominada *justicia constitucional*).

Por tanto, dentro del sistema de fuentes del Derecho, la Constitución se sitúa por encima de la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho⁸, tradicionales fuentes del ordenamiento jurídico, tal y como recogen los decimonónicos Códigos Civiles⁹. Es así la Constitución la principal fuente del ordenamiento jurídico, quedando jerárquicamente, como fuentes de manifestación (elemento formal), en el siguiente orden: la Constitución, la ley y, por último, los reglamentos. Y como fuentes de producción (elemento subjetivo), respectivamente: el poder constituyente (originario y derivado, para el caso de la reforma constitucional), el poder legislativo o parlamentario y, por último, el poder ejecutivo. Las fuentes de conocimiento del Derecho son, actualmente, a nivel europeo el DOUE¹⁰, a nivel nacional el BOE¹¹ y a nivel autonómico el BOCA o DOCA¹².

Por último, la Constitución, a efectos pedagógicos, la podemos dividir en cuatro partes: programática, dogmática, orgánica y de reforma. En la primera se marcan las líneas maestras del sistema político, el esqueleto del régimen constitucional (monarquía-república, Estado unitario o federal, confesional o laico, etc.)¹³. La segunda es la declaración de derechos, esencial del Estado constitucional y de la conquista revolucionaria del ciudadano frente al poder del Estado. En ella se resuelven las tensiones sociedad

⁸ Que son la buena fe, la analogía, la proporcionalidad y la equidad, entre otros.

⁹ Nuestro Código Civil de 1889 lo hace concretamente en su artículo 1 apartado primero. En el apartado sexto se contempla la jurisprudencia como un complemento del ordenamiento jurídico.

¹⁰ Diario Oficial de la Unión Europea. También se le conoce en su versión más breve como Diario Oficial o DO.

¹¹ Boletín Oficial del Estado, heredero de la Gaceta de Madrid.

¹² Dependiendo de la Comunidad Autónoma, Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o Diario Oficial de la Comunidad Autónoma.

¹³ En nuestra Constitución de 1978 se corresponde con el Preámbulo y el Título Preliminar (arts. 1-9).

civil-Estado y de los ciudadanos entre sí¹⁴. La parte más extensa siempre es la orgánica, como su nombre indica, se regulan en esta los diferentes órganos o poderes del Estado¹⁵. Los clásicos legislativo, ejecutivo y judicial, más otros como el poder autonómico, electoral, corrector y moderador. Por último, ya que la Constitución es la norma jurídica superior, debe incluirse en ella misma los procedimientos para su reforma¹⁶ a través de mecanismos especialmente agravados¹⁷ –constituciones rígidas– o no¹⁸ –constituciones flexibles–.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Ya hemos visto que la declaración de derechos es una parte intrínseca de la Constitución, un elemento constitutivo básico. Sus antecedentes más remotos están en la siempre citada Carta Magna de 1215 en Inglaterra¹⁹. Más próximos tenemos los inicios de la Revolución inglesa con la *Petition of Rights* de 1628, la importante conquista del *Acta de habeas corpus* de 1679 y los ya citados *Bill of Rights* de 1689 con los que concluye la *Glorious Revolution*, incluida la huida de Jacobo II a Francia y la proclamación, por el victorioso Parlamento inglés²⁰, de los primeros reyes constitucionales de la historia: Guillermo y María de Orange.

¹⁴ Ver Título Primero de la CE (arts. 10-55).

¹⁵ Abarca del Título II sobre la Corona (poder moderador en términos de Benjamín Constant), hasta el Título IX sobre el Tribunal Constitucional (o poder corrector). Entre ambos están el Título III Cortes Generales, Título IV Del Gobierno y de la Administración, Título V De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, Título VI Del Poder Judicial –el único que mantiene la denominación clásica que ya encontramos en el *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil* de Locke e immortaliza Montesquieu en su *Espíritu de las leyes*–, Título VII Economía y Hacienda –también denominada la Constitución económica– y Título VIII Organización Territorial del Estado –el más inconcluso y complicado de nuestra CE–. De los artículos 56 al 165.

¹⁶ Lógicamente último Título de la CE, el X (arts. 166-169). Termina la CE con 4 disposiciones adicionales, 9 transitorias, una derogatoria y una final.

¹⁷ Mayoría absoluta (1/2+1) o superior: 3/5 e incluso 2/3.

¹⁸ Mayoría simple, esto es, más votos a favor que en contra.

¹⁹ Realmente se limitaba el Rey Juan sin tierra a reconocer una serie de prerrogativas –exactamente sesenta–, principalmente a la nobleza. Destaca por su relevancia la número 40 que indica que “no venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia”. Algunos historiadores consideran el conocido *Cilindro* de Ciro El Grande de Persia, como el primer antecedente remoto de los derechos humanos.

²⁰ Liderado por el Lord Protector Oliver Cromwell, única vez en el que el Reino de Inglaterra ha sido, durante pocos años, república. Su hijo Richard le sustituye, pero su debilidad de carácter, a diferencia del padre, no le permite permanecer mucho tiempo en el poder.

Después vendrá la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776²¹ y, por último, la conocida Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, con su vocación supranacional, no limitada a ninguna nación o pueblo, sino al hombre como ciudadano. Por orden del General La Fayette se incluiría en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 –tan influyente en nuestra Constitución gaditana de 1812, que, a su vez, fue tan determinante para el Constitucionalismo iberoamericano del XIX, fruto de las diferentes declaraciones de independencia–. El derecho a la información, en el siglo XIX denominado libertad de imprenta, ya aparecía regulado en nuestra Constitución de 1812. Esta Constitución no incluía un apartado sistematizado y ordenado de derechos y libertades, será la Constitución Belga de 1831 la primera en incluir dentro de su articulado los derechos y libertades de manera estructurada. La Constitución de Cádiz se limita a regular los derechos de la ciudadanía del artículo 18 al 26. Como decíamos, es en el Título IX –debido principalmente a Jovellanos– dedicado a la Instrucción pública, donde encontramos el artículo 371 que apunta: “Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”. Es evidente que estamos ante una Constitución de corte liberal donde se respeta el derecho a la libertad de imprenta, a diferencia de lo que sucede con las constituciones conservadoras de este siglo (Constitución de 1845 y Constitución de 1876). Los derechos y libertades encontrarán en el siglo XX, especialmente tras la II Guerra Mundial, su consolidación definitiva en los Estados democráticos occidentales.

Es bueno en este contexto de declaraciones de derechos, recordar la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, redactado el 5 de septiembre de 1791 por la escritora francesa Olympe de Gouges parafraseando la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, texto fundamental de la Revolución francesa. También la Declaración de Ginebra de 1924 de la Sociedad de Naciones, primera vez que se regulan los derechos de los niños y las niñas.

Ideológicamente el sustrato de los derechos fundamentales se encuentra en el humanismo renacentista (Francisco de Vitoria y su *derecho de gentes*²² para los nuevos pobladores de la descubierta América, Bartolomé de las

²¹ El 4 de julio de ese año nace como nación los Estados Unidos de Norteamérica.

²² Origen del actual derecho internacional.

Casas, Erasmo de Róterdam, Tomás Moro²³, Luis Vives, etc.) y la recuperación que hace del pensamiento, básicamente estoico²⁴, aunque también neoplatónico y neoaristotélico. La igualdad del ser humano hunde también su raíz en el pensamiento cristiano. Para Jesucristo, todos somos hijos de Dios. Por lo demás, son las escuelas autárquicas de los cínicos de Diógenes y el teatro de Eurípides, los primeros en cuestionar al ciudadano y a la norma de la ciudad-Estado, donde los bárbaros y especialmente los esclavos, carecían de cualquier derecho.

Los primeros derechos en conquistarse a finales del XVII en Inglaterra y del XVIII en Estados Unidos y Francia, tienen carácter civil: igualdad jurídica ante la ley, habeas corpus, inviolabilidad del domicilio, derecho de propiedad –que tanto preocupaba a Locke, asegurar los bienes y las personas–, con la salvedad de la libertad religiosa o tolerancia, que buscaba a lo largo del siglo XVI y XVII superar las guerras de religión²⁵. El siglo XIX se caracteriza por la igualdad política y la conquista del sufragio universal, previo paso por el sufragio censitario –ciudadano censado²⁶–. La democracia para hombres y mujeres se logra bien entrado el siglo XX²⁷. La libertad

²³ Y su obra más conocida *Utopía*. Probablemente, nadie como Tomás Moro representa mejor el derecho a la objeción de conciencia, que le costó la vida, frente al terrible Enrique VIII por no querer firmar –el único de toda Inglaterra– el acta de disolución del matrimonio de éste con Catalina de Aragón. Lo que el propio Moro relata en su correspondencia con su hija Margaret, ver su obra, *Un hombre solo. Cartas desde la torre*, Madrid, ed. Rialp, 1990.

²⁴ Cicerón y Séneca brillan con luz propia, aunque la clave del mismo se encuentra en la reforma que Panecio de Rodas hace en el siglo II a.C. ante los ataques del escéptico Carnéades, dotando a la *Stoa* de un nuevo humanismo que será rápidamente asumido por las clases más cultas de Roma, entre ellas, el influyente Círculo de los Escipiones. Cómo no, el Emperador Marco Aurelio es, dentro del poder político, su máximo exponente, sus *Meditaciones* son una referencia obligada. Posiblemente Solón, Ciro, Pericles y Marco Aurelio sean los mejores representantes de ese *areté* que la *República* platónica buscaba transmitir al filósofo-rey.

²⁵ La misma es fruto de la reforma del agustino Lutero que en 1519 clava sus 95 tesis en la puerta de la iglesia del Castillo de Wittenberg, el emperador Carlos V le llama a consultas en Worms (con Edicto incluido). Se inician las guerras de religión del siglo XVI entre católicos y protestantes. Serán Bodino (*Heptaplomeros*), Spinoza (*Tratado Teológico-político*) y finalmente Locke (*Cartas sobre la Tolerancia*) los primeros en defender la necesaria libertad religiosa, que en el siglo XX reconocerá el Concilio Vaticano II.

²⁶ Es la conocida diferencia entre nación y pueblo, soberanía nacional y soberanía popular, ciudadanos activos –sufragio censitario– y cualquier ciudadano –sufragio universal– independiente de propiedades, rentas mínimas o estudios. La democracia, como el sufragio universal, se implantan poco a poco a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX. En principio solo votan aquellos ciudadanos con estudios, propiedades o altas rentas (los que están en el censo –sufragio censitario–), pues se considera que son los preparados para opinar y los que tienen algo que ganar o perder con el desarrollo de la vida pública. Incluso durante muchos años, bien entrado el siglo XX en Inglaterra, se permite el voto plural, no igualitario, por tanto. Según tus estudios y propiedades, tantos votos puedes ejercer. No olvidar que la población negra, un porcentaje no menor en los Estados Unidos, no logró votar hasta bien avanzados los años sesenta del siglo pasado.

²⁷ Las finlandesas son las primeras en votar en Europa, en 1907. Las españolas lo hacen gracias a la progresista Constitución de 1931. En el mundo, son las neozelandesas y las australianas las primeras en votar a finales del siglo XIX y primeros del XX, respectivamente.

de imprenta en el siglo XIX es el antecedente del derecho a la información, que, como tal, aparece en el último tercio del siglo XX.

La protección de los derechos fundamentales encuentra en el Tribunal Constitucional y en determinados Tribunales internacionales de Derechos²⁸ a sus mejores aliados en la segunda mitad del siglo XX.

4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Especialmente en la materia relacionada con el derecho a la información del artículo 20.1.d) de la CE, y ante la ausencia en muchos casos de regulación legal al respecto, la labor interpretativa y supletoria, para llenar las lagunas legales existentes, del Tribunal Constitucional es simplemente determinante, de ahí la relevancia de conocer con bastante detalle su naturaleza, estructura y funcionamiento.

4.1. Introducción y evolución histórica

La justicia constitucional busca que las leyes respeten la Constitución, que es la norma jurídica superior. Básicamente hay dos sistemas: el americano y el europeo. En Estados Unidos la justicia constitucional la ejercen los tribunales ordinarios y, en última instancia, el Tribunal Supremo. Desde la archiconocida *Sentencia Marbury vs. Madison* que el juez Marshall –presidente del Tribunal Supremo norteamericano– dicta en 1803, en Norteamérica es claro que ninguna ley está por encima de la Constitución de 1787, que es la ley de leyes, la *law of the land*. No existe pues un tribunal *ad hoc* o especializado en materia constitucional, como en Europa con el Tribunal Constitucional que elabora Kelsen. La justicia se concentra aquí en este órgano, mientras que, allende el Atlántico, es difusa, pues cualquier juez vela por la justicia constitucional. Por lo demás, en el continente europeo es una justicia constitucional en abstracto, se analiza si una ley es contraria al texto constitucional como un caso en sí mismo, mientras que en Norteamérica siempre se plantea la justicia constitucional en concreto, en un supuesto o litigio determinado. Por eso en el continente europeo la justicia constitucional tiene efectos *erga omnes*, mientras que en Estados Unidos tiene solo efectos *inter partes*, esto es, las que forman parte del procedimiento.

²⁸ Especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que nace a raíz del desastre de la Segunda Guerra Mundial, en el seno del Consejo de Europa, en 1950, como estudiaremos más adelante en el capítulo 4.

A principios del siglo XX diseña Hans Kelsen su doctrina del Tribunal Constitucional, que tanto éxito cosechará en el continente europeo. Son las Constituciones de Austria, su país de nacimiento, y de Chequia en 1920, las primeras en incorporar a sus textos constitucionales este órgano de justicia constitucional o poder corrector. Tras la Segunda Guerra Mundial se afianza en el resto de los países democráticos de Europa Occidental. En España tenemos un primer antecedente, no muy afortunado, con el Tribunal de Garantías constitucionales²⁹ de la Segunda República. Es por tanto la Constitución republicana de 1931 la que regula nuestro primer Tribunal Constitucional en el Título IX de la misma. Concretamente se dedican los artículos 121 al 124 al Tribunal de Garantías Constitucionales, pero lamentablemente es un órgano constitucional más político que jurídico, nació en un mal momento y con demasiados miembros para poder tener un funcionamiento eficaz. Realmente el primer Tribunal Constitucional español que funciona con normalidad democrática y eficacia jurídica real es el nacido de nuestra magnífica Transición Política de finales de la década de los setenta del pasado siglo, cuyo principal resultado normativo es, sin ninguna duda, la Constitución Española (CE) de 1978, que lo regula en su Título IX.

Nuestro actual Tribunal Constitucional nacido en 1980 a la luz del Título IX de la Constitución (arts. 159-165) y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, tiene como principales funciones, entre otras de carácter menos relevante³⁰: 1) Velar por la justicia constitucional, que es su razón de ser, lo hace a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad³¹, en una mezcla del sistema europeo y, en menor medida, el americano; 2) La protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 15-29) donde se encuentra nuestro derecho a la información a través del recurso de amparo³²; y 3) Resolver los conflictos de competencias positivos y negativos dentro de nuestro Estado de las Autonomías, entre las Comunidades Autónomas y el Estado, o de estas entre sí³³.

Tiene por tanto el Tribunal Constitucional, como poder corrector, la posibilidad de corregir la labor desarrollada por los tres poderes clásicos

²⁹ Un número excesivo de magistrados (ver art. 122 Constitución Española de 1931) más la politización del mismo lo hicieron realmente ineficaz, era más bien un Tribunal político-jurídico, en vez de jurídico-político, y en este caso el orden de los factores sí altera el producto.

³⁰ Ver artículos 95.2 y 161.1.d) CE.

³¹ Ver artículos 161.1.a), 162.1.a) y 163 CE, respectivamente.

³² Ver artículos 53.2, 161.1.b) y 162.1.b) CE.

³³ Ver artículo 161.1.c) CE.

(legislativo, ejecutivo y judicial) convirtiéndose así en verdadera cláusula de cierre y garantía del sistema político regulado en la Constitución, de la que es el último y superior, aunque no único, interprete.

4.2. Regulación normativa

Encuentra el Tribunal Constitucional su regulación básica en el último Título de la CE dedicado a los órganos constitucionales o principales poderes del Estado (regulados entre el Título II y el IX), no en vano el TC también se denomina *Poder Corrector*, pues es el órgano de cierre y sobre el que se sostiene todo el sistema político español, pudiendo corregir, si su trabajo no es acorde con la CE, tanto al Ejecutivo, como al Legislativo e incluso al Judicial.

El Título IX está compuesto por siete artículos, todos ellos lógicamente relevantes, pero nos interesa destacar por su peso específico el artículo 159 que regula la composición y elección de los magistrados del Tribunal, y los artículos 161, 162 y 163, donde aparecen las tres principales funciones del Tribunal Constitucional y los sujetos legitimados para activarlas ante él. Este Título tiene su desarrollo legislativo –mediante ley orgánica por mandato expreso del artículo 165 CE– en la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), siendo el Tribunal Constitucional, en buena lógica democrática e institucional, uno de los primeros poderes constituidos que se pone en funcionamiento para el desarrollo de la CE, pocos meses después que el primer Parlamento y Gobierno nacidos al amparo de lo regulado en la nueva CE, empiecen a trabajar.

La LOTC, de poco más de un centenar de artículos, ha tenido importantes modificaciones en sus años de vida, llevadas a cabo por las siguientes Leyes Orgánicas: 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril; 1/2000, de 7 de enero; 6/2007, de 24 de mayo; 8/2010, de 4 de noviembre; 12/2015, de 22 de septiembre; y 2/2024, de 1 de agosto. Destacamos la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad en 1985, por el uso abusivo del mismo que se hacía, pero recuperado parcialmente –para el caso de la legislación autonómica– en septiembre de 2015, reforma en la que también se modificó el artículo 92 para dotar de más fuerza ejecutiva a las resoluciones del Tribunal ante posibles incumplimientos –desafío independentista catalán–; el acceso al conflicto de competencias en defensa de la autonomía local a partir del año 1999; y la posibilidad a partir de la reforma de 2007 de que las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas puedan proponer candidatos respecto de los cuatro magistrados del TC que

elige el Senado o que solo se admita entrar al fondo de la cuestión en los recursos de amparo cuando se esté ante un supuesto de “especial trascendencia constitucional” (art. 50.1.b) de la LOTC); concepto jurídico indeterminado que, según concretó el Pleno —es decir, los doce magistrados— del propio Tribunal a mediados de julio del 2009 en un listado no cerrado, significa básicamente un cambio de doctrina o nuevas realidades sociales.

4.3. Composición y funcionamiento

En este apartado es preciso destacar los artículos del Título IX de la CE ya mencionados, en los que, por cierto, especialmente en materia de competencias, es clara la influencia del modelo del Tribunal Constitucional alemán:

“Artículo 159.

1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal; y con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato”.

En el mismo se aborda la composición, elección y estatus de los magistrados del Tribunal Constitucional. Como veremos más adelante, el número par de magistrados no es recomendable dada la inseguridad jurídica que

generan los casos de empate, resueltos por el voto de calidad o de doble valor del presidente del TC. La elección de los magistrados busca una amplia representatividad de los diferentes poderes del Estado. Así, intervienen tanto el poder legislativo a través de las dos Cámaras, el poder ejecutivo e incluso el poder judicial, por medio de su órgano de Gobierno —el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)—. Y de una forma indirecta el poder electoral, que elige a las Cámaras, y también el poder autonómico, a través de los senadores autonómicos de la Cámara Alta, también participa formalmente el poder moderador (el Rey), que los nombra. La mayoría de tres quintos que se exige para las Cámaras y el CGPJ demuestran el amplio consenso que requiere el constituyente que elaboró la Constitución. En cualquier caso, para mejorar su independencia y agilizar su funcionamiento, sería interesante aumentar su número a 15 magistrados, siendo los tres nuevos magistrados también elegidos por el CGPJ, que en total ahora elegiría a 5 magistrados. Incluso ahondaría en su independencia que los 2 magistrados que elige el Gobierno pasaran a ser también elegidos por el CGPJ, que así pasaría a elegir 7 de los 15 magistrados. Todo ello lógicamente, con una elección del CGPJ más respetuosa con lo regulado en el artículo 122.3 CE.

El mandato de los magistrados del TC es largo, de nueve años, y se busca una renovación parcial (por tercios) cada tres años, para evitar cambios en bloque de los doce magistrados, que podrían producir modificaciones demasiado radicales en la doctrina o jurisprudencia del TC. Se establecen igualmente unos requisitos que intentan garantizar la mejor calidad jurídica de los futuros magistrados. El resto de su estatus es similar al de los jueces, centrado en el esencial principio de independencia, aunque sus incompatibilidades sean lógicamente más exigentes.

Respecto de las funciones del TC y los órganos que están legitimados para activarlas, destacan los siguientes tres artículos de la CE:

“Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer.

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectara a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la Ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las Leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.

“Artículo 162.

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados”.

“Artículo 163.

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

En estos tres artículos aparecen las tres funciones principales del Tribunal Constitucional. En primer lugar, el control de constitucionalidad o la razón de ser propia de la justicia constitucional, esto es, velar porque las leyes respeten la Constitución, norma jerárquicamente superior y cuando la infrinjan, declarar su inconstitucionalidad y expulsarlas del ordenamiento jurídico, normalmente suele ser solo algún artículo de la ley, es raro que sea toda una ley en bloque. Esto se hace a través del recurso de inconstitucionalidad, siguiendo un modelo más continental, y a través de la cuestión de inconstitucionalidad, con algunas influencias del modelo constitucional americano, dada la

participación de la justicia ordinaria a efectos de legitimación activa, aunque ésta no decida la resolución final de la constitucionalidad o no de la ley. Respecto de la legitimación activa del recurso, recae en los órganos ejecutivos y legislativos del Estado –en concreto del presidente del Gobierno en el primer supuesto, mostrando así la tendencia presidencialista de nuestro régimen parlamentario– y las Comunidades Autónomas, más el Defensor del Pueblo, Instituto muy participativo tanto en materia de justicia constitucional como en la defensa de derechos fundamentales de la ciudadanía.

En segundo lugar, la protección de los derechos fundamentales o libertades públicas de los ciudadanos –solo de los regulados entre los artículos 14 y 30 CE y agotando previamente la jurisdicción ordinaria– a través del recurso de amparo que, por cierto, de largo es la función que abarca la mayor parte del trabajo del TC, destacando por encima de todos los recursos que genera, el artículo 24 (tutela judicial efectiva y un proceso público sin dilaciones indebidas).

Y, por último, el conflicto de competencias positivo (por su asunción de varios órganos) o negativo (por su no asunción) entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de estas entre sí. Función esta que ha contribuido a ir perfilando, con más o menos fortuna, nuestro actual Estado autonómico. El Gobierno tiene un poder de veto suspensivo de cinco meses, que ha utilizado en contadas ocasiones, frente a disposiciones emanadas por las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional desempeña otras funciones, como el conflicto de competencia en defensa de la autonomía local desde 1999, que permite impugnar ante el TC normas con rango de ley del Estado o de las CC. AA. que afecten a la autonomía competencial de un municipio y otras más puntuales, como informar respecto de la constitucionalidad –control previo– de los Tratados internacionales (art. 95.2 CE) a instancias del Gobierno o de las Cámaras.

El Tribunal Constitucional para el mejor desarrollo de su trabajo se divide, cuando no actúa en Pleno, en dos Salas de seis magistrados cada una –que principalmente conocen de los recursos de amparo– y estas, a su vez, se dividen en dos secciones de tres magistrados; cuenta también con diferentes órganos de apoyo, entre los que destacan los letrados del TC.

4.4. Sentencias más influyentes (*Leading cases*)

El resultado del trabajo del Tribunal Constitucional, como el de cualquier Tribunal, se explicita principalmente en sus sentencias, que se publican en el BOE (Boletín Oficial del Estado), como importante fuente de

manifestación del Derecho que son (art. 164 CE). La jurisprudencia –mismo resultado o fallo de las sentencias del Tribunal o supuestos de hecho similares– constitucional marca la pauta al resto de poderes del Estado, pues es el Tribunal Constitucional, no el único, pero sí el supremo interprete de la CE, tal y como señala el artículo 1.1 de la citada LO 2/1979.

Por su especial trascendencia, tanto jurídica como social, destacamos las siguientes SSTC: 111/1983, caso Rumasa; 53/1985, despenalización del aborto; 76/1983, sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA); 341/1993, sobre la Ley Orgánica 1/1992, de seguridad ciudadana; 136/1999, mesa de HB, la de 28 de junio de 2010, sobre el Estatuto Cataluña de 2006, declarando inconstitucionales 14 artículos total o parcialmente –sobre todo en materia de administración de justicia– y cerca de una treintena sometidos a interpretación del TC, la 259/2015, de 2 de diciembre, anulando por unanimidad el Pleno del TC la declaración independentista aprobada por el Parlamento de Cataluña el 9 de noviembre de 2015 y las diferentes resoluciones judiciales del TC contrarias al proceso y declaración unilateral de independencia que llevo a cabo el Parlamento de Cataluña entre septiembre y octubre de 2017, en lo que ha sido, sin duda, el mayor ataque, después del golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, al sistema democrático y constitucional español. Destacando la STC 114/2017, de 17 de octubre, declarando la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada “del referéndum de autodeterminación” y la STC 124/2017, de 8 de noviembre, declarando la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, denominada “de transitoriedad jurídica y fundacional de la República”. Por último, la STC 137/2025, de 26 de junio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad de más de 50 diputados y senadores del grupo parlamentario popular, declarando conforme a la CE la LO 1/2024, de 10 de junio, más conocida con *Ley de la Amnistía*, que, como su nombre indica, amnistía a los diferentes condenados por los acontecimientos sucedidos en Cataluña en relación con la declaración de independencia.

4.5. Valoración y situación actual

En principio y desde una perspectiva global, nuestra valoración del TC es claramente positiva. Su labor ha sido esencial para el desarrollo efectivo de la CE y asentamiento de la democracia en España, especialmente en materia de derechos fundamentales y desarrollo autonómico. Su trabajo más delicado, lógicamente fue en sus inicios, al ir construyendo en sus primeras sentencias de los años 80 el contenido básico y esencial de los diferentes

derechos fundamentales y libertades públicas. Respecto del desarrollo autonómico, siempre lastro con la carga de que el constituyente no cerrase el Título VIII CE, un sistema abierto con prevalencia del principio dispositivo, que ha obligado al TC a tener que hacer una constante labor de control y fijación de límites, con alguna dudosa sentencia en cuanto al interpretación del principio de igualdad y solidaridad consagrados en los arts. 1.1, 2, 14, 138, 139 y 149.1.1 CE.

Precisamente en estos últimos años es cuando el TC ha desarrollado una labor más dubitativa y poco clara en materia del desarrollo autonómico, amén de haber sido sometido a una gran presión política por parte de un ejercicio poco responsable del PSOE y del PP que han deteriorado considerablemente el prestigio del TC con recusaciones mutuas de magistrados por parte de ambos partidos y no pocos problemas igualmente en materia de renovación de los magistrados dentro de los plazos establecidos. Por lo demás, los propios magistrados tienen también su parte de responsabilidad, pues si quieren, tienen los procedimientos de elección y status similares de otros países de nuestro entorno, para ser independientes y soportar la presión a que son sometidos. Ellos aplican la CE dictando sentencias, la deliberación política se da en el Parlamento. Es un órgano jurídico político y aquí el orden de los factores, como ya dijimos, sí altera el producto.

Respecto de las reformas del TC, sería muy recomendable salvar el fatídico número par de doce magistrados y así no forzar el voto de calidad del presidente en caso de empate. Para ello se podría aumentar a quince su número para descargar de trabajo al TC, pero no aumentar más, para evitar el desajuste de un número excesivo, como sucedió en la Segunda República. Nos remitimos a lo ya explicado sobre esta cuestión en el punto 4.3. *Composición y funcionamiento*.

5. BIBLIOGRAFÍA

Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 1989.

Álvarez Conde, Enrique y Tur Ausina, Rosario, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2016.

Bel Mallén, José Ignacio y Corredoira y Alfonso, Loreto (dirs.) et alii, *Derecho de la información: el ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, CEPC, Madrid, 2015.

- Esteban, Jorge de, y González-Trevijano, Pedro, *Curso de Derecho Constitucional Español*, 3 vols., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 6ª ed. 2006.
- González-Trevijano, Pedro José, *El Tribunal Constitucional*, Elcano, Aranzadi, 2000.
- López Guerra, Luis, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE/CEPC, 3ª ed., 2008.
- López Guerra, Luis, Espín Templado, Eduardo, *et alii*, *Derecho Constitucional*, 2 vols., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- Moro, Tomás, *Un hombre solo. Cartas desde la torre*, Madrid, ed. Rialp, 1990.
- Ortega Gutiérrez, David, “La especial transcendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 25, 2010, pp. 497-513.
- Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Fundación Alternativas, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2015.
- Torres del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, 2 vols., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004.