

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Título I. De los derechos y deberes fundamentales

Capítulo cuarto. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales

Artículo 53

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos

Amnistía Internacional, Greenpeace, Oxfam Intermón

Julio 2015

Artículo 53. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos

Amnistía Internacional, Greenpeace, Oxfam Intermón

Julio 2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS	Pág.4
--------------------	-------

RESUMEN.....	Pág.5
--------------	-------

1.¿POR QUÉ UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS?	Pág.6
--	--------------

2. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS DERECHOS	Pág.8
---	--------------

2.1.La indivisibilidad de los derechos: igualdad básica de su régimen general	Pág.8
--	-------

2.2.La universalidad e igualdad en el ejercicio de los derechos.....	Pág.9
---	-------

2.3.Financiar el cumplimiento de los derechos humanos	Pág.11
--	--------

2.4.La protección de los derechos fuera de nuestras fronteras.....	Pág.14
---	--------

2.4.1.Cooperación internacional para el desarrollo.....	Pág.14
--	--------

2.4.2.Empresas y derechos humanos.	Pág.16
---	--------

2.4.3.Transferencias de armas.....	Pág.17
------------------------------------	--------

3.LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	Pág.19
--	---------------

3.1.El derecho a la vida: abolición total de la pena de muerte.....	Pág.19
--	--------

3.2.Las garantías frente a la detención: derogar el régimen de la incomunicación.	Pág.19
---	--------

3.3.El derecho de reunión pacífica: comunicación previa no es autorización.	Pág.22
---	--------

3.4.Los derechos civiles propios de las personas extranjeras.	Pág.24
---	--------

3.5.Información, transparencia y participación: profundizar la democracia.....	Pág.26
---	--------

4.LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	Pág.30
---	---------------

4.1.El derecho a la salud: universalidad.....	Pág.30
---	--------

4.2.El derecho a la vivienda: contenido básico.	Pág.32
---	--------

4.3.El derecho a la renta básica.	Pág.35
--	--------

4.4.La no regresividad de los derechos sociales.....	Pág.37
---	--------

5.EXAMEN ESPECIAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE	Pág.40
--	---------------

6.LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS: REFORZANDO SU JUSTICIABILIDAD	Pág.43
---	---------------

7.CONCLUSIONES	Pág.44
-----------------------------	---------------

8.RECOMENDACIONES	Pág.45
--------------------------------	---------------

ABREVIATURAS

AI = Amnistía Internacional
AOD = Ayuda Oficial al Desarrollo
ATC = Auto del Tribunal Constitucional
CAD = Comité de Ayuda al Desarrollo
CCDF = Comité contra la Desaparición Forzada
CDF = Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDESC= Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CDFST = Carta de los Derechos Fundamentales Sociales de los Trabajadores
CDCP= Comité de Derechos Humanos
CDH = Consejo de derechos humanos
CDN = Comité de Derechos del Niño
CDPD = Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE = Constitución Española
CEDH = Convenio Europeo de derechos humanos
CEDM = Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CEDR = Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CEDS = Comité Europeo de Derechos Sociales
CI = Constitución Italiana
Com. DPD = Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad
CSE = Carta Social Europea
DC = Decisión del Consejo Constitucional francés
DP = Defensor del Pueblo
DUDH = Declaración Universal de derechos humanos
ETO = Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en derechos humanos
ILP = Iniciativa legislativa popular
LFB = Ley Fundamental de Bonn
LCC= Ley de calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud
LO = Ley Orgánica
LODR = Ley Orgánica 9/1983, del Derecho de Reunión
LOPSC = Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana
OACNUDH = Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos
OCDE = Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OG = Observación General (o Comentario General)
OI = Oxfam Intermón
OIT = Organización Internacional del Trabajo
ONU = Organización de las Naciones Unidas
OSCE = Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
PIDCP = Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC = Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
QPQ = Question Préalable de Constitutionnalité
TC = Tribunal Constitucional
TCA= Tratado de Comercio de Armas
TEDH = Tribunal Europeo de derechos humanos
TFUE = Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE = Tratado de la Unión Europea
SCC = Sentencia del Tribunal Constitucional italiano
SNS = Sistema Nacional de Salud
STC = Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH = Sentencia del Tribunal Europeo de derechos humanos
STJUE = Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS = Sentencia del Tribunal Supremo

RESUMEN

¿Por qué es necesaria una reforma de la Constitución Española en materia de derechos humanos?

La falta de reconocimiento expreso y de protección adecuada y suficiente de algunos derechos humanos en la Constitución Española, incluido el derecho a un medio ambiente saludable, se traduce en ciertas vulneraciones de estos derechos en España.

Esto tiene consecuencias sobre la población, especialmente la más vulnerable, que se ve en parte desprotegida para defender y hacer valer su derecho a una vivienda adecuada, protegerse frente a un posible desalojo, disponer de unos ingresos mínimos para vivir dignamente, o recibir la atención sanitaria que merece, independientemente de su situación administrativa. Afecta a las personas que están más allá de nuestras fronteras y cuyos derechos también tenemos la obligación de proteger.

¿Qué está pasando?

La Constitución Española y su artículo 53 establecen una protección diferente para los derechos que regula, creando unos 'derechos de primera', como la vida o la libertad', y unos 'derechos de segunda', como la vivienda o el medio ambiente saludable. Esto nos hace vulnerables.

Y el contexto no ayuda. Desde el inicio de la crisis económica y las políticas de austeridad, éstas han sido utilizadas como excusa para poner cuestiones económicas por delante de las personas y sus derechos, precisamente cuando la obligación y esfuerzo del Estado debe ser mayor que nunca.

El contexto social, económico y político español está agravando la situación de algunos derechos humanos. La pobreza y la desigualdad crecientes son causa y consecuencia de vulneraciones de derechos. Las personas en riesgo de pobreza y exclusión social siguen aumentando en España, con casi 760.000 hogares sin ningún tipo de ingreso. Esto hace difícil garantizar una vida digna, también cuando el derecho a una vivienda adecuada sigue siendo muy difícil para una gran parte de la población.

Además, desde la crisis se han producido medidas regresivas importantes, como la llamada 'reforma sanitaria' (RD-Ley 16/2012), una norma considerada como una violación de derechos humanos por una decena de mecanismos y organismos internacionales. O como los recortes presupuestarios sufridos por la política de cooperación para el desarrollo, dirigida a realizar los derechos humanos fuera de nuestras fronteras, o los fondos destinados a protección y defensa del medio ambiente.

Paralelamente, las posibilidades de participación de la ciudadanía, siguen siendo limitadas, justo cuando la sociedad española reclama tener mayor voz e influencia en los asuntos públicos que les incumben, dentro y fuera de las instituciones democráticas. A la vez, el ejercicio del derecho de reunión pacífica en lugar de tránsito público se dificulta.

Otra dificultad es que la Constitución no siempre está en armonía con las normas del derecho internacional que la vinculan.

Queremos una Constitución conforme a Derecho internacional, tal y como señala su art. 10.2: "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Además, ha de ser una Constitución actual, que pueda dar respuesta a algunos de los retos que los 37 años de existencia constitucional han hecho evidentes, como la desigualdad creciente o el avance hacia una sociedad más activa y democrática.

¿Qué pedimos?

Amnistía Internacional, Greenpeace y Oxfam Intermón, desde sus respectivos ámbitos de especialización y con el objetivo común de contribuir a mejorar la vida de las personas, especialmente de las más vulnerables, proponemos una reforma de 24 preceptos constitucionales, que, conforme a Derecho internacional:

1. Trate por igual todos los derechos humanos para todas las personas, pues los derechos son indivisibles y universales, sin clases ni jerarquías. Para ello se propone una modificación profunda del artículo 53 CE, de modo que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales gocen de mejores y mayores garantías de protección.
2. Potencie una aplicación y desarrollo más ambicioso del derecho a un medio ambiente saludable en nuestro país, lo que obliga a la protección del ecosistema, de la salud de las personas y de los derechos de las generaciones futuras en aras del interés general.
3. Mejore la protección de los derechos a la vivienda y a la salud, regulando su contenido mínimo esencial.
4. Incorpore el derecho a la renta básica, para que sea un derecho de primera y para hacer frente al reto de la desigualdad; y obligaciones para avanzar en la realización de los derechos humanos más allá de nuestras fronteras: garantizar una política de cooperación para el desarrollo, vigilar que las empresas españolas respeten los derechos humanos en el extranjero, y el cumplimiento de las obligaciones sobre transferencia de armas en relación a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.
5. Garantice el principio de 'no regresividad' de los derechos y una financiación suficiente para hacerlos valer: las crisis económicas no son excusa para poner las cuestiones económicas por delante de las personas.
6. Mejore la protección respecto a ciertos derechos que consideramos protegidos insuficientemente: adecuar la Constitución a los principios de universalidad e igualdad en el ejercicio de los derechos; mejorar las garantías de las personas durante la detención para evitar casos de tortura y malos tratos; garantizar los derechos de acceso a la información y participación ciudadana; garantizar el derecho de reunión pacífica incluso en aquellos casos donde la comunicación previa no es posible, así como el reconocimiento directo del derecho de asilo. Y establecer la prohibición de la pena de muerte en todos los casos.

1. ¿Por qué una Reforma de la Constitución en materia de derechos humanos?

La Constitución Española de 1978 y la regulación que hace del conjunto de derechos de las personas, fruto del consenso entre los partidos, fue en su momento valorada positivamente.

Sin embargo, 37 años después y en un contexto de crisis económica y políticas de austeridad, utilizadas como excusa para poner las cuestiones económicas por delante de las personas, Amnistía Internacional, Greenpeace y Oxfam Intermón advertimos importantes insuficiencias en la Constitución. Insuficiencias que afectan a la vida de las personas y nos hacen más vulnerables.

Las políticas adoptadas en el actual contexto económico, social y político, agravan la situación de algunos derechos humanos en nuestro país, justo cuando se necesita mayor protección. La pobreza y la desigualdad crecientes hacen que el riesgo de pobreza y exclusión social aumente cada año, siendo difícil garantizar una vida digna –España es el segundo país más desigual de Europa–. Los desalojos hipotecarios siguen aumentando, sin que el Gobierno proteja el derecho a la vivienda de forma suficiente; y, por su parte, el derecho a la salud ha sufrido importantes retrocesos y medidas discriminatorias injustificadas, quedando casi 750.000 personas sin tarjeta sanitaria desde el Real Decreto-Ley 16/2012.

En general, desde el inicio de la crisis económica en el 2008, los recortes presupuestarios han reducido drásticamente el presupuesto de algunas políticas públicas, como la cooperación para el desarrollo, o las políticas de protección medioambiental. Esto afecta a nuestros derechos.

Todo ello en un contexto donde las posibilidades de participación ciudadana, ya limitadas, parece que se reducen y dificultan. Un momento en el que, sin embargo, la sociedad española parece demandar mayor intervención en los asuntos públicos que le incumben.

Amnistía Internacional, Greenpeace y Oxfam Intermón (en adelante las organizaciones), como organizaciones de la sociedad civil con una trayectoria larga y rigurosa en la defensa de los derechos humanos, el medio ambiente y la justicia social, así como la lucha contra la pobreza y la desigualdad, estamos preocupadas por esta situación de los derechos humanos en España. Situación que presenta vulneraciones de algunos derechos, producidas, entre otros motivos, por un reconocimiento y protección insuficiente de sus garantías en la Constitución Española.

El artículo 53 CE establece una clasificación de derechos que crea, de facto, unos ‘derechos de primera’, como el derecho a la vida o la libertad, susceptibles de ser reclamados ante los tribunales, y unos ‘derechos de segunda’, como el derecho a la vivienda o a un medio ambiente adecuado, que no tienen estas garantías.

Además, hay otros derechos de las personas, dentro y fuera de nuestras fronteras, que no están recogidos dentro de la Constitución, como el derecho a una renta básica o la obligación internacional de cooperar para el desarrollo.

Por ello, consideramos necesaria una reforma de la Constitución que blinde estos derechos, especialmente los que no están suficientemente garantizados

¿Qué queremos decir cuando hablamos de ‘derechos humanos’?

Los derechos humanos son los derechos de todas las personas, sin distinción alguna de nacionalidad, residencia, sexo, color, religión, lengua o cualquier otra condición. Todas las personas tenemos los mismos derechos.

Estos derechos están relacionados entre sí: si uno avanza, facilita que avancen los demás. Y ninguno es más importante que otro. Son indivisibles e interdependientes. Todos los derechos, civiles y políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, tienen la misma importancia, sin clases ni jerarquías.

hasta ahora. Una reforma que incorpore y se alinee con las normas y tratados internacionales suscritos por España –vinculantes de por sí y en virtud de los arts. 10 y 94 CE–, allí donde la norma aún no lo hace o resulta contradictoria. Esto resultará fundamental para la creación de jurisprudencia por el Tribunal Constitucional.

Esta reforma ha de partir de los siguientes principios:

- la economía debe estar al servicio de la justicia y de los derechos de las personas, y no al revés;
- en democracia la ciudadanía no es espectadora, sino cada vez más actora, demandando tener voz e influir en las decisiones;
- España tiene un compromiso moral y jurídico con la comunidad internacional;
- además, sabemos que el reconocimiento de derechos debe ir acompañado de mecanismos que garanticen su cumplimiento.

Las organizaciones sabemos que la realidad y las vulneraciones de derechos son complejas y obedecen a diversas causas. **Sin embargo, estamos convencidas de que una reforma de la Constitución que mejore la protección de todos los derechos humanos, contribuirá a mejorar la vida de las personas.**

Por eso pedimos una reforma constitucional que blinde los derechos humanos. Una reforma que consideramos esencial para que la Constitución se convierta en la norma que ayude a construir el tipo de sociedad que queremos: más justa, cohesionada, sostenible y democrática, capaz de garantizar una vida digna a todas las personas.

En cuanto a la estructura, este documento se divide en ocho apartados, incluyendo un capítulo final de conclusiones y otro de recomendaciones. Cada uno de los temas incluidos en cada apartado se divide a su vez en cuatro: *Derecho internacional, regional y comparado; Constitución Española; Incumplimientos y recomendaciones; y Propuesta de reforma constitucional.*

2. El Régimen General de los Derechos

2.1. La indivisibilidad de los derechos: igualdad básica de su régimen general

Todos los derechos humanos derivan de la dignidad de la persona; por tanto son igualmente importantes y su régimen jurídico debe ser sustancialmente igual, inclusive su justiciabilidad. La Constitución clasifica los derechos y priva de justiciabilidad a algunos de ellos, lo que dificulta su eficacia, además de vulnerar el Derecho internacional de los derechos humanos.

Derecho Internacional, Regional y Comparado.

El principio de indivisibilidad de los derechos humanos se encuentra implícito en la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 (DUDH), dado que no hay ninguna clasificación de los derechos ni ningún criterio que permita establecer diferencias entre ellos. Además, en el Preámbulo se habla de “derechos iguales” y el artículo 30 reafirma esta misma idea.

Posteriormente, en 1966, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), incluyen en sus respectivos Preámbulos un párrafo casi idéntico, que proclama de nuevo la indivisibilidad, implícitamente.

Es la Declaración de Teherán de 1968 la que hace explícito este principio en la doctrina de las Naciones Unidas, reiterándose de forma permanente: “La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso” (Resolución 32/130, de 16 de diciembre de 1977 y Conferencia de Viena de 1993).

El Tribunal Europeo de derechos humanos (TEDH), por su parte, ha destacado de forma constante la indivisibilidad de los derechos humanos, al garantizar, por vías indirectas, derechos sociales pese a su no reconocimiento expreso en el Convenio Europeo de derechos humanos (CEDH).

También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) asume de forma implícita pero clara el principio de indivisibilidad, pues no establece diferencias en el régimen de garantías de los derechos que reconoce (arts. 51-54).

En el Derecho constitucional comparado, la igualdad en el régimen jurídico de los derechos es la tendencia dominante. De hecho, el artículo 53.3 CE –artífice en la CE de esa división de derechos–, no encuentra parangón en otros ordenamientos. Ninguna de las Constituciones de nuestro entorno, inclusive las que contienen clasificaciones de derechos, establece diferencias de justiciabilidad entre ellos.

De este reconocimiento internacional del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, en los tres ámbitos mencionados, se deriva a nuestro juicio una consecuencia central: todos los derechos son igualmente importantes. Todos tienen un mismo fundamento: la dignidad de la persona. No hay jerarquía entre ellos y ninguno prevalece incondicionadamente sobre otro.

Y si los derechos son iguales, deben ser igualmente efectivos y tener las mismas garantías.

Constitución Española.

No todos los derechos reconocidos en la Constitución Española (CE) son justiciables, al menos en la interpretación dominante. El Tribunal Constitucional (TC) y la mayor parte de nuestra doctrina, afirman que en España algunos derechos humanos –los reconocidos en el capítulo III del título I: salud, cultura, medio ambiente y vivienda–, no son “auténticos” derechos, precisamente por no ser justiciables, esto es, por no poder ser alegados ante los tribunales de forma directa. Con esta tesis se ataca al corazón del principio de indivisibilidad, pues se afirma que existe una diferencia esencial entre unos derechos y otros.

En realidad, esta tesis no se apoya en la distinta importancia de unos y otros derechos, sino en la interpretación de un inciso de un precepto concreto, el artículo 53.3 CE: “[...] los principios reconocidos en el Capítulo III [...] solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Sin embargo, si doctrinal y tradicionalmente los derechos sociales conforman una categoría homogénea, sorprende que exista

una diferencia tan acusada entre unas figuras –las del capítulo II–, y otras –las del capítulo III–. De esta forma, la CE, según su lectura mayoritaria, consagra la ruptura del principio de indivisibilidad, en contra del Derecho internacional de los derechos humanos.

Incumplimientos y recomendaciones.

Del artículo 53.3 CE, según es interpretado por el TC y la doctrina mayoritaria, se deriva un incumplimiento del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, que tiene consecuencias perjudiciales para la efectividad de alguno de ellos.

‘España debe adoptar las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos’

Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 2012

Así lo ha manifestado con rotundidad el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), quien, en su último Informe sobre España (2012), tras expresar su preocupación sobre esta menor valoración por la Constitución de algunos derechos sociales, concluye recomendando que España “adopte las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos”. Asimismo, el Comité recomienda que “tome las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales”.

Propuesta de reforma constitucional.

Para incorporar a nuestro ordenamiento el principio de indivisibilidad del Derecho internacional, facilitar la igual efectividad de todos los derechos y disminuir los incumplimientos de algunos derechos sociales, se propone, además de lo que se dirá después sobre las garantías de los derechos:

- 1) **Modificar el título del capítulo III del título I** –“De los principios rectores de la política social y económica”–, que debería llamarse: *“De los derechos y deberes socioeconómicos”*.

- 2) **Derogar el artículo 53.3 CE**, y eliminar la principal diferencia que hoy existe en el régimen jurídico de los derechos humanos, causante de una minusvaloración de los derechos del capítulo III: la ‘no justiciabilidad’ de la salud, cultura, medio ambiente y vivienda.

2.2. La Universalidad e Igualdad en el Ejercicio de los Derechos

Los derechos humanos pertenecen a todas las personas por igual. Por ello, su titularidad pertenece a personas nacionales y extranjeras, salvo las excepciones previstas en el Derecho internacional. Nuestra Constitución, sin embargo, atribuye la titularidad de algunos derechos sólo a los españoles, lo que vulnera el Derecho internacional de los derechos humanos y dificulta la protección de los derechos de las personas extranjeras.

Derecho internacional, regional y comparado.

Los derechos humanos, en tanto pertenecientes al ser humano, son por definición de titularidad universal. Por ello, como regla general, no deben existir diferencias entre nacionales y no nacionales.

Así se proclama en la DUDH, que en su Preámbulo habla de los “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Además, en la formulación de cada una de las figuras se utiliza siempre una fórmula universal: “Todos”, “Toda persona”, “Todo individuo”, “Nadie”, “Todo ser humano”.

Esta equiparación entre nacionales y extranjeros en el disfrute de los derechos humanos ha sido reiterada por distintos órganos de Naciones Unidas¹.

Por otro lado, el artículo 7 DUDH contiene un sentido positivo de la igualdad: “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración”. Y los artículos 26 PIDCP y 2.2. PIDESC reiteran esta perspectiva positiva.

¹ Por ejemplo, por el Comité de derechos humanos (OG 15, de 1986, apartado 2: “la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros”), y por el Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (OG 2, de 2013, esp. apartados 18 a 20), entre otros muchos.

También en el Derecho europeo, según el CEDH son titulares de los derechos todas las personas que se hallen sujetas a la jurisdicción de los Estados Partes (art. 1), tengan o no su nacionalidad (art. 14), y con independencia de si tienen o no domicilio o estancia en uno de ellos. La única excepción es el derecho a entrar en el territorio de un Estado, que sólo lo tienen sus nacionales (art. 3.2 del Protocolo 4).

Igualmente la CDF parte del principio de universalidad (art. 21.2). La Carta también utiliza fórmulas generales de atribución de la titularidad de los derechos.

En todo caso, según la propia CDF, ésta no “podrá interpretarse como limitativa o lesiva” de los derechos ya reconocidos por el Derecho internacional universal (art. 53).

También la CDF contiene mandatos de igualdad a favor de la mujer (art. 23), los menores (art. 24), las personas mayores (art. 25) y las personas con discapacidad (art. 26). Téngase en cuenta que no se habla en estos preceptos de mandatos de actuación sino de auténticos derechos subjetivos.

En lo que hace al Derecho comparado, la fórmula predominante en varias Constituciones europeas y en la jurisprudencia constitucional es la ausencia de diferencias entre nacionales y extranjeros en la titularidad de los derechos, lo cual, unido a la proclamación del principio de dignidad de la persona, facilita una interpretación conforme al Derecho internacional.

En la regulación de los derechos humanos son pocos los textos que aluden expresamente a las personas extranjeras, y cuando lo hacen es para atribuirles los mismos derechos que a las nacionales (Argentina, art. 20; Brasil, art. 5; Bolivia, art. 14.VI; Ecuador, art. 9; Portugal, art. 15; República Checa, art. 42 de su Carta de Derechos Fundamentales y Libertades Fundamentales).

Otras Constituciones incluyen una cláusula general de equiparación, pero con la salvaguardia de las excepciones previstas en la ley (Bélgica, art. 191; Bulgaria, art. 26; Colombia, art. 100; Costa Rica, art. 19; Nicaragua, art. 27; Polonia, art. 37).

La jurisprudencia constitucional europea más reciente tiende a equiparar a personas nacionales y extranjeras en el disfrute de los derechos humanos, y en especial los sociales. El caso de Italia es significativo: en los últimos años, el Tribunal Constitucional ha declarado inconsti-

tucionales distintas leyes regionales que limitaban a las personas extranjeras el acceso a las prestaciones sociales (SCC 2/2013, 172/2013, 222/2013 y 168/2014). Igualmente, en Francia se produce esta equiparación (últimamente, 2012-654 DC).

Constitución Española.

Frente al principio de universalidad de los derechos humanos del Derecho internacional, la CE distingue en la titularidad de los derechos fundamentales, entre personas españolas y extranjeras. Según el artículo 13.1, “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Y algunos derechos se atribuyen sólo a los españoles: igualdad (art. 14), circulación (art. 19), participación (arts. 13.2 y 23), petición (art. 29.1), trabajo (art. 35.1) y vivienda (art. 47).

La distinción que la Constitución Española hace al atribuir derechos entre personas españolas y extranjeras puede vulnerar los derechos de las personas migrantes

La más reciente jurisprudencia del TC ha realizado sin embargo una relectura de estos preceptos: las personas extranjeras son titulares de todos los derechos reconocidos en la Constitución, con la única excepción del expresamente restringido a las personas de nacionalidad española (art. 13.2). Además, para el TC, todos los derechos tienen un contenido esencial que pertenece a todas las personas y que vincula al legislador, quien, a su vez, gozará de libertad de configuración en el espacio constitucional del derecho que no pueda calificarse como esencial. Esta libertad se encuentra en todo caso limitada por el principio de proporcionalidad, en línea con la técnica empleada por el TEDH para extender a las personas extranjeras los derechos del CEDH y de sus Protocolos.

El Comité recomienda al Estado parte asegurar que (...) las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal”

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observaciones Finales sobre España, mayo de 2012, párrafo 19 (E/C.12/ESP/CO/5)

En cuanto a los colectivos en situación de vulnerabilidad, la CE incorpora mandatos de actuación a los poderes públicos pero no propiamente derechos fundamentales. Por ejemplo, en relación con los “disminuidos”, dice que “los poderes públicos realizarán [...], prestarán [...] y los ampararán”.

Incumplimientos y recomendaciones.

El Derecho internacional únicamente parece permitir la exclusión de la titularidad de derechos a los extranjeros en lo relativo a la entrada en el país (el art. 13 DUDH habla de salir y regresar pero no de entrar), y, en su caso, a los derechos de participación política (el art. 21 DUDH habla de “participar en el gobierno *de su país*” y de acceso “a las funciones públicas de *su país*”).

Del incumplimiento por la CE del principio de universalidad del Derecho internacional –pese a la relectura mencionada del TC–, se siguen diferencias de trato que provocan vulneraciones frecuentes de los derechos de las personas extranjeras, especialmente en materia de derechos sociales.

Ciertamente, pese a la universalidad de la titularidad, el Derecho internacional admite diferencias de trato entre personas nacionales y extranjeras en las condiciones de disfrute de los derechos humanos, que no necesariamente constituyen siempre una discriminación prohibida. Sin embargo, desde la lógica de los derechos humanos, que pertenecen por igual a todas las personas, cualquier diferencia de trato en la titularidad debe encontrarse justificada. Esto significa que para no constituir un trato discriminatorio debe perseguir un fin legítimo y ser adecuada, necesaria y proporcionada al fin que se persigue. Esa diferencia de trato no debe ser tal que anule el contenido esencial del derecho, de manera que lo haga impracticable.

Propuesta de reforma constitucional.

Resulta necesario adecuar nuestra Constitución a los principios de universalidad e igualdad, para evitar o disminuir las vulneraciones de los derechos humanos de las personas migrantes.

Por ello, se propone, por un lado, modificar el artículo 13.1, para reconocer, en línea de principio y en coherencia con el artículo 10 CE, el principio de universalidad. Y ello sin perjuicio de las excepciones que en la propia Constitución quedarán tras las reformas que proponemos.

Donde ahora dice “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan *los tratados y la ley*”, debería decir: “Las personas extranjeras son titulares de los mismos derechos que las españolas, salvo las excepciones expresamente previstas *en los tratados internacionales ratificados por España o en esta Constitución*”.

Por otro lado, y en coherencia con el principio de universalidad, y para cristalizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, proponemos:

- a) En el artículo 14, sustituir la expresión “los españoles” por “todas las personas”.
- b) Modificar la redacción del artículo 49, para sustituir la arcaica expresión “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” por “personas con capacidades diferentes o en situación de dependencia”.

2.3. Financiar el cumplimiento de los derechos humanos

‘Los deberes constitucionales de justicia de los ingresos y gastos públicos básicos son frecuentemente incumplidos en España. Se hace preciso por tanto su concreción constitucional, detallando un sistema fiscal más justo, equitativo y progresivo, así como una distribución del gasto que garantice la financiación pública de los derechos humanos’.

Derecho internacional y regional.

Según el artículo 2.1 PIDESC, cada Estado Parte se compromete a “adoptar medidas [...], especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos” reconocidos por el Pacto. Interpretando este precepto, el CDESC ha concretado el alcance de la obligación estatal de financiar los derechos humanos, sobre todo en su OG 3.

De otro lado, según los Principios Rectores sobre Pobreza de la Experta independiente sobre derechos humanos y Pobreza, las políticas fiscales en ingresos y gastos deben cumplir con los derechos humanos, en particular con la igualdad y la no discriminación.

“El ejercicio de los derechos básicos de la población de los países deudores a la alimentación, la vivienda, el vestido, el empleo, la educación, los servicios de salud y un medio ambiente saludable no puede subordinarse a la aplicación de políticas de ajuste estructural, los programas de crecimiento y las reformas económicas emprendidos a causa de la deuda.”

*Consejo de derechos humanos de Naciones Unidas,
Resolución 11/5, 17 de junio de 2009*

Varios Relatores Especiales de Naciones Unidas han recordado también que las reformas económicas deben resultar conformes con las obligaciones de derechos humanos, y que España ha de “velar por que las medidas de austeridad no menoscaben el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales” (A/HRC/WG.6/21/ESP.2, pág. 11).

El Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales, ha advertido recientemente que “los derechos humanos (...) no deberían verse comprometidos por medidas de austeridad económicas”, y ha instado a países que se encuentran en una difícil situación económica, a “establecer un cuidadoso equilibrio entre la austeridad y la realización de los derechos humanos, teniendo en cuenta la primacía de las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos” (Greek Crisis: Keep in mind the people’s basic human rights, 2011).

En el Consejo de Europa, el Comisario Europeo para los derechos humanos ha destacado la necesaria conexión entre derechos humanos y sistema fiscal, afirmando que “la puesta en práctica del deber de maximizar la disponibilidad de recursos para la realización plena de los derechos [humanos], implica un seguimiento constante y la supervisión de cómo se gasta el dinero público, en qué se gasta, cómo se obtiene y a quién beneficia”.

Constitución Española.

La CE no contiene previsiones expresas sobre la obligación de financiar el cumplimiento de los derechos humanos. Los artículos 134 y 135, que tratan de los presupuestos generales del Estado y de la estabilidad presupuestaria respectivamente, no

señalan nada sobre el origen de los ingresos ni sobre el destino de los gastos públicos.

Sin embargo, de manera implícita puede hablarse de una obligación del legislador de dotar a los derechos humanos de la financiación necesaria, lo que de entrada implica no sólo ingresos públicos suficientes, sino también un contenido mínimo de la ley de presupuestos.

Según el artículo 128.1 CE, “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. Y resulta claro que el interés general consiste, entre otras cosas, en cumplir los derechos humanos. Además, el principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 no puede comprometer la financiación adecuada para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos. En épocas de limitaciones graves de recursos, la financiación nunca comprometerá el contenido mínimo esencial de los derechos humanos, como han recordado numerosos organismos de Naciones Unidas en años recientes, citados anteriormente.

Por su parte, el artículo 31.1 CE señala que “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad”. Esto implica ante todo leyes tributarias y prácticas administrativas dirigidas a concretar y hacer eficaces esas obligaciones de la ciudadanía, respetando un mínimo vital y priorizando la protección de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, pues en esto consiste básicamente la progresividad.

La regulación de la Constitución en materia de justicia de ingresos y gastos públicos, ha permitido al Tribunal Constitucional llegar a dos conclusiones contrarias a los derechos humanos: primera, que la efectividad de un derecho queda supeditada a la financiación suficiente; y segunda, que la falta de financiación legitima retrocesos en el cumplimiento de los derechos, incluso en su titularidad o contenido

Asimismo, el precepto establece la obligación de que el gasto público realice “una asignación equi-

tativa de los recursos públicos”, lo que ha de entenderse, al menos, como el deber de prever partidas suficientes para garantizar el igual disfrute de los derechos humanos por todos sus titulares.

Sin embargo, la imprecisa regulación de la CE en esta materia ha permitido al TC llegar a dos conclusiones contrarias a los derechos humanos. En primer lugar, se ha considerado que un derecho no puede ejercerse si no cuenta con financiación suficiente (‘cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento (...)’ STC 172/1989, FJ3º), sin hacer ninguna excepción en relación al contenido mínimo. Los derechos humanos quedan así al albur de la discrecionalidad del legislador presupuestario. En segundo lugar, en la última doctrina del TC, la falta de financiación legítima retrocesos en derechos humanos, incluso en la titularidad o el contenido.

Ello se debe sobre todo a que las obligaciones citadas de los artículos 128.1, 31.1 y 31.2 tienen un grado de vinculación muy débil, dada su imprecisión y escasa justiciabilidad. En relación con estos preceptos, p. ej., SSTC 86/1985 o 19/2012, remitiendo ambas a la “libertad de configuración del legislador”.

Es decir, la Constitución ha servido de muy poco para asegurar la financiación de los derechos humanos, imprescindible para su efectividad.

Incumplimientos y recomendaciones.

Especialmente desde el comienzo de la actual crisis económica, resulta fácil constatar una importante reducción del gasto público destinado a hacer valer ciertas cuestiones referidas a derechos humanos, lo que ha afectado, en ocasiones, a su cumplimiento. Esto ha sido denunciado por los más recientes Informes sobre nuestro país del CDESC y el CEDS, que recomiendan a España mayor inversión en políticas y derechos sociales.

‘Las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades en la realización de los derechos humanos’

Consejo de derechos humanos, 2009

Los ingresos públicos pueden aumentar si se aplica correctamente el mandato constitucional de obligar al pago de las personas con capacidad económica y de recaudar con progresividad. El actual sistema tributario español ha de ser más justo, equitativo y progresivo, ya que existen altas cotas de evasión y elusión fiscal, se da un trato preferente a las rentas del capital sobre las rentas del trabajo, y se producen amplias zonas exentas de tributación.

Para hacer efectivo el principio constitucional de justicia tributaria, es necesario mejorar la progresividad del sistema fiscal para que todas las personas, físicas y jurídicas, contribuyan según su capacidad, y atajar la evasión fiscal, pues las leyes deben aplicarse a todas las personas, físicas y jurídicas, por igual.

Ahora bien, este aumento y justicia del lado de los ingresos públicos debe ir acompañado de un principio de justicia en la distribución del gasto, que asegure que los derechos humanos cuenten con la financiación adecuada. Es importante recordar aquí la “asignación equitativa de los gastos”, fórmula que se introdujo en la Constitución quedando clara la relación entre derechos humanos y gasto público.

Sin embargo, esta propuesta ha resultado inoperativa en la práctica.

Propuesta de reforma constitucional.

Dado que algunas autoridades alegan falta de financiación para no avanzar en la realización de los derechos humanos, posibilitado esto por la escasa vinculación de nuestro Derecho constitucional financiero y tributario, es necesario modificar los dos primeros párrafos del artículo 31, en el sentido siguiente, y además incluir un límite al artículo 135:

- a) Concretar la obligación de justicia en la obtención de los ingresos públicos, incorporando de forma expresa el deber de los poderes públicos de mejorar la progresividad del sistema fiscal –lo que implica algo más que el inciso “inspirado en el principio”–; y luchar contra la evasión y elusión fiscal, así como la supresión de los incentivos fiscales que no generan impacto social.
- b) Concretar la obligación de justicia en la distribución de los gastos públicos, incor-

porando de forma expresa el deber de los poderes públicos de asegurar la financiación de los derechos humanos en la elaboración de los presupuestos de todas las Administraciones, relacionando este deber con la intangibilidad del contenido esencial de los mismos.

- c) Incluir en el artículo 135 un límite al principio de estabilidad presupuestaria, en lo que se refiere a la obligación de garantizar el cumplimiento de los derechos humanos.

2.4. La Protección de los Derechos fuera de nuestras Fronteras

España se ha comprometido internacionalmente con la protección de los derechos humanos en el mundo, lo que debe trasladarse al plano constitucional, incorporando obligaciones de nuestro Estado al menos en tres ámbitos fundamentales: la cooperación para el desarrollo, el respeto a los derechos humanos por nuestras empresas en el exterior y las transferencias de armas. Constitucionalizar estas materias serviría para garantizar mejor nuestros compromisos internacionales y para asegurar que el legislador futuro no dará marcha atrás sobre ellos.

2.4.1. Cooperación Internacional para el Desarrollo

Derecho internacional, regional y comparado.

En línea con la Carta de las Naciones Unidas de 1945 (arts. 55 y 56), en 1970 los Estados económicamente desarrollados se comprometieron a aumentar progresiva y sustancialmente la ayuda al desarrollo², con el objetivo de alcanzar el 0,7% de la Renta Nacional Bruta, y así fue aprobado por la Asamblea General.

Desde entonces, la Asamblea ha emitido reiteradas resoluciones sobre la necesidad de acelerar la transferencia de recursos a los países en desarrollo, que implican compromisos de los Estados miembros del Comité de Ayuda al Desarrollo, al que España pertenece desde 1991.

² La Resolución de la Asamblea General 41/128, de 1986, aprueba la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, recordando de nuevo el deber de los Estados de cooperar, destacando asimismo que el objetivo primordial de esta cooperación es conseguir el respeto universal de los derechos humanos (arts. 3 a 6). También en este sentido: Declaración del Milenio, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2000, donde se incluye además el derecho al desarrollo; o los Principios Rectores sobre la Pobreza Extrema y los derechos humanos, aprobados por el Consejo de derechos humanos el 27 de septiembre de 2012.

La obligación de garantizar la cooperación para el desarrollo y que esté orientada a cumplir los derechos humanos más allá de las fronteras de los Estados, es destacada especialmente por el CDESC³.

En la Unión Europea, el artículo 3.5 TUE establece el compromiso de la Unión de contribuir al progreso de los derechos humanos en el mundo. Los artículos 208 a 214 TFUE detallan las obligaciones de la Unión y de sus Estados miembros en materia de cooperación con terceros países y ayuda humanitaria, señalándose que “El objetivo principal de la política de la Unión en este ámbito será la reducción y, finalmente, la erradicación de la pobreza” (art. 208.1).

Se reitera así la doctrina de Naciones Unidas de la interconexión entre cooperación al desarrollo y garantía de los derechos humanos. En un sentido amplio, esta garantía es el eje principal de la política de cooperación de la Unión, como se hace patente, por ejemplo, en la Comunicación de la Comisión “Incrementando el impacto de la política de desarrollo de la Unión: una agenda para el cambio”, de 13 de diciembre de 2011 (COM (2011) 637 final).

La CDF, por su parte, destaca en su Preámbulo el valor universal de la dignidad humana, las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros y los deberes para con la ciudadanía de la Unión.

En cuanto al Derecho comparado, algunas Constituciones recientes incluyen la cooperación internacional entre los principios, valores y fines del Estado

“El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano (...) está facultado para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que pueda realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él”

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 de 1986

³ La OG 2 comienza advirtiendo que no toda acción de cooperación al desarrollo sirve a los derechos humanos y que, en línea con la Asamblea General, la finalidad primordial de aquella es la promoción de estos, lo que se enfatiza en la OG 3 y otras posteriores (OG 14 § 45; OG 15, § 38, OG 17 § 40). También el CDN, con apoyo básico en el artículo 4 CDN, destaca la naturaleza obligacional de la cooperación al desarrollo (p. ej., OG 5, apartados 60-64).

(Bolivia, art. 10). Otras incorporan la cooperación internacional y la solidaridad entre los Estados y los pueblos entre los principios aplicables a las relaciones internacionales (Bolivia, art. 255.II.5; Brasil, art. 4.9; Ecuador, art. 416.1; Francia, art. 87 (para los países francófonos); Hungría, art. Q1; Irlanda, art. 29.; Venezuela art. 152). Mientras que la Constitución de Bulgaria incluye el deber del Estado de promover un orden internacional justo (art. 24.2), se puede decir que los textos que mejor explicitan la relación entre cooperación internacional y derechos humanos son las Constituciones de Finlandia (art. 1) y de Portugal (art. 7.1).

Constitución Española.

El Preámbulo de la CE señala la voluntad de España de “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”. Sin embargo, su articulado no prevé ninguna obligación concreta, debiendo esperar a la Ley 23/1998, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, para encontrar deberes jurídicos en la materia.

La cooperación para el desarrollo, dirigida a realizar el cumplimiento de los derechos humanos más allá de nuestras fronteras, ha sido la política pública más recortada en España, acumulando desde el 2008 un descenso superior al 70%

Hoy la ayuda oficial al desarrollo neta representa el 0,14% de la renta nacional bruta (RNB), la cifra más baja desde los años 80

Esta Ley se muestra coherente con los compromisos internacionales de España, con la conexión establecida por Naciones Unidas entre derechos humanos y cooperación al desarrollo, y con el espíritu de la Constitución. Ya su artículo 1 señala que “la cooperación española impulsará procesos de desarrollo que atiendan a la defensa y protección de los derechos humanos”, reiterándose las menciones a los derechos humanos en sus artículos 2 b), 3 d) y 7 c). El II Plan Director de la Cooperación Española 2005-2008 introduce esta perspectiva de los derechos humanos como prioridad horizontal. Y el I Plan de derechos humanos del Gobierno de España 2008-2011 insiste en ella (esp. medidas 29, 34 y 35). Además, se reiteró el compromiso del 0,7% del PIB para 2012 (medida 28).

Incumplimientos y recomendaciones.

España nunca ha alcanzado la cifra del 0.7% de la RNB destinada a Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD), pero sí llegó a representar el 0.46% de la RNB en 2009. Sin embargo, en los últimos años se manifiesta una constante regresión y disminución de los recursos destinados a AOD. Esta política ha sufrido un recorte presupuestario acumulado superior al 70% desde 2009, situándose la AOD en 2014 en tan sólo el 0,14% de la RNB, el nivel más bajo desde los años 80.

Los retrocesos son también visibles en el plano normativo y de planificación. El III Plan Director de la Cooperación Española (2009-2012) ya diluye el enfoque de los derechos humanos en esta política, lo que se acrecienta en el IV Plan Director (2013-2016).

En esta línea de retroceso se mueve también la Ley 2/2014, de Acción y Servicio Exterior del Estado, que incluye una aproximación empresarial del papel de los poderes públicos españoles en el exterior.

De esta forma, pese a los buenos propósitos de la Ley 23/1998, nuestro país acaba incumpliendo la normativa internacional sobre la materia, sin que la Constitución sirva de freno para ello.

La transferencia de fondos de cooperación al desarrollo debe responder a una política de Estado, dirigida a alcanzar de manera progresiva la meta del 0,7%, compromiso internacional adquirido por España. Además, esta política no debe quedar a merced de los vaivenes económicos ni de decisiones coyunturales de gobierno.

Resulta claro que la Constitución no ha servido para garantizar estos compromisos y que debe ser reformada en este punto.

Propuesta de reforma constitucional.

Se propone, como nuevo artículo 53 bis.1, incorporar la obligación de los poderes públicos de cooperación internacional al desarrollo, encaminada a facilitar la plena efectividad de los derechos humanos en el mundo, así como el respeto a los compromisos internacionales de AOD, con referencia expresa a las obligaciones del legislador presupuestario en esta materia.

2.4.2. Empresas y derechos humanos

Derecho internacional, regional y comparado.

Existe un consenso internacional sobre la idea de que las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos. Idea que ya estaba presente en la DUDH (Preámbulo y art. 29.1).

En 2011, el Consejo de derechos humanos adoptó por consenso los Principios Rectores *sobre las empresas y los derechos humanos*: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar», que contempla el deber de los Estados de proteger los derechos humanos contra las violaciones cometidas por las empresas; responsabilidad de las empresas de respetar estos derechos, y obligación de los Estados de garantizar mecanismos de reparación. La adopción de estos Principios por el Consejo consolidó de manera efectiva la autoridad normativa internacional de los mismos para prevenir y subsanar los efectos adversos de las actividades empresariales en los derechos humanos⁴⁵⁶.

Específicamente sobre derechos sociales, el CDESC ha insistido en numerosas ocasiones en que los Estados, para cumplir sus obligaciones internacionales, deben contribuir a que se respeten los derechos humanos en otros países, e impedir que terceros –incluidas las empresas– los conculquen cuando puedan ejercer influencia sobre ellos por medios legales o políticos⁷.

También la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha desarrollado las obligaciones empresaria-

Es primordial contar con un marco constitucional que garantice la obligación de adoptar mecanismos de debida diligencia para prevenir, mitigar, sancionar y reparar el impacto negativo sobre los derechos humanos de la actividad de las empresas españolas, de acuerdo con el marco internacional de derechos humanos y de la responsabilidad social empresarial

les de respeto a los derechos humanos, especialmente en el ámbito laboral⁸.

La preocupación por la materia es asimismo patente en la Unión Europea.

Está presente en distintos documentos de la Comisión Europea⁹, y se consolida cuando el Consejo Europeo, dentro del Plan de Acción de la UE sobre derechos humanos y Democracia, solicita a los Estados miembros que elaboren un Plan Nacional de Empresas y derechos humanos durante 2013, para trasladar los principios de la Unión a los marcos legales nacionales.

Por su parte, la Regulación *Brussels* de 2000, considera que una compañía domiciliada en un Estado europeo puede ser demandada en ese Estado, incluso por actos cometidos fuera de su jurisdicción.

En consecuencia, España debe establecer los mecanismos adecuados para permitir que las víctimas extranjeras accedan a los tribunales en busca de reparación por actos de empresas que se encuentren en su jurisdicción y de los que hayan resultado violaciones de derechos humanos en terceros países.

Respecto al Derecho comparado, algunas Constituciones incorporan obligaciones de respeto a los derechos humanos por parte de las empresas de su país. Imponen limitaciones a la actividad empresa-

4 Resolución A/HRC/RES/17/4, de 16 de junio de 2011. En 2014 el mismo Consejo emite una resolución para la “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” (A/HRC/26/L.22/Rev.1). Asimismo, el Grupo de Trabajo sobre derechos humanos y Empresas, creado en 2011, ha dictado un amplio número de Informes, que ponen de manifiesto la consolidación del trabajo de Naciones Unidas en este campo.

5 Resoluciones de la Asamblea General A/54/2000, de 27 de marzo de 2000, y A/RES/55/215, de 21 de diciembre de 2000, que se concretan en el Pacto Mundial sobre Responsabilidad Social de las Empresas.

6 Resolución A/HRC/RES/17/4, de 16 de junio de 2011. En 2014 el mismo Consejo emite una resolución para la “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” (A/HRC/26/L.22/Rev.1). Asimismo, el Grupo de Trabajo sobre derechos humanos y Empresas, creado en 2011, ha dictado un amplio número de Informes, que ponen de manifiesto la consolidación del trabajo de Naciones Unidas en este campo.

7 OG 14, § 39; OG 15, § 33; y OG 19, § 54.

8 Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo; Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, de 1977, enmendada en 2000 y 2006; y Principios laborales del Pacto Mundial de las Naciones Unidas: guía para empresas, de 2010.

9 La Comunicación Estrategia renovada de la UE para 2011-2014, sobre la responsabilidad social de las empresas, destaca que “para asumir plenamente su responsabilidad social, las empresas deben aplicar un proceso destinado a integrar el respeto de los derechos humanos y la necesidad de un plan estatal sobre la materia que implemente los Principios Rectores de Naciones Unidas

rial, requeridas por el bien común o el interés general, que en algunos casos implican obligaciones positivas de las empresas: Bolivia (arts. 345 y 347), Colombia (art. 333), Ecuador (art. 66.15), El Salvador (arts. 102 y 103), Italia (art. 41), Portugal (art. 61), y Venezuela (arts. 112 y 135).

Constitución Española.

Desde el Preámbulo de la CE, el Estado manifiesta su voluntad de “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”. Según al artículo 10.1 CE, “la dignidad de la persona” y “los derechos inviolables que le son inherentes” son el fundamento de nuestro orden político, y la dignidad de la persona no conoce fronteras. Además, según el art. 9.1, la CE vincula a la ciudadanía.

La jurisprudencia también ha destacado los límites a la libertad de empresa impuestos por la salvaguarda de otros derechos. Y aunque la CE no contiene previsiones sobre su aplicación extraterritorial, el TC la ha reconocido en diversas ocasiones (p. ej., SSTC 21/1997 o 237/2005), en línea con el TEDH (p. ej., SSTEDH *Drozdz y Janousek*, de 26 de junio de 1992, o *Loizidou*, de 23 de marzo de 1995), si bien siempre en relación con los poderes públicos.

Incumplimientos y recomendaciones.

El I Plan de derechos humanos introdujo una tibia medida sobre la materia –medida 9–, cuyo cumplimiento puede considerarse mínimo.

El 21 de mayo de 2013 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó una Proposición no de Ley sobre “Responsabilidad Social Corporativa y derechos humanos”¹⁰, instando al Gobierno, entre otras cosas, a incorporar en nuestro país los principios Rectores de empresa y derechos humanos de Naciones Unidas.

Sin embargo, el Gobierno aún no lo ha cumplido. Por tanto, se sigue en la perspectiva de la autorregulación, claramente insuficiente.

Propuesta de reforma constitucional.

Es primordial contar con un marco constitucional que garantice el cumplimiento de la obligación del

Estado y el mandato al legislador de proteger frente a las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros. Y que garantice también la obligación de adoptar mecanismos de debida diligencia para prevenir, mitigar, sancionar y reparar el impacto negativo sobre los derechos humanos de la actividad de las empresas.

Con ello se pondrían en marcha las reformas legislativas y políticas necesarias para adecuarnos a los requerimientos de Naciones Unidas y de la Unión Europea en la materia.

Por ello, se propone incorporar un nuevo artículo 53 bis 2, que establezca la obligación del legislador español de garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas españolas también cuando operan en el exterior.

2.4.3. Transferencias de Armas

Derecho internacional, regional y derecho comparado.

El Tratado sobre el Comercio de Armas (TCA) de 2013, ratificado por España y que entró en vigor en diciembre de 2014, establece una “Regla de Oro” que prohíbe autorizar transferencias de armas para cometer y/o facilitar violaciones graves de derechos humanos. En concreto, prohíbe a los Estados transferir armas convencionales si saben que van a ser utilizadas para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra o facilitar su comisión, y obliga a evaluar el riesgo de transferir armas, municiones o componentes a otros países donde puedan ser utilizados para cometer o facilitar una violación grave del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. Los gobiernos deben denegar las autorizaciones si hay un riesgo “preponderante” de esas graves violaciones que no pueda mitigarse.

La Posición Común 944/2008/PESC incluye otros elementos que deben considerarse en la evaluación de las transferencias de armas, como los compromisos con la paz y la seguridad internacionales, y el control del gasto militar.

El TCA fue resultado de una ardua negociación entre Estados y sus obligaciones pueden reforzarse, por lo que es posible dar un paso más. Las obligaciones internacionales contraídas por los Estados

¹⁰ BOCG, CD, Serie D, nº 279, de 29 de mayo de 2013.

Partes en materia de derechos humanos obligan a adoptar las medidas necesarias para ejercer la diligencia debida a fin de evitar, castigar, investigar o proveer reparación al daño causado por tales actos.

En cuanto al derecho comparado, la Constitución de Japón, en su art. 9, renuncia al recurso a la guerra como medio de solucionar las controversias internacionales. Ese principio dio lugar a la decisión del Gobierno japonés de prohibir las exportaciones de armas a algunos países desde 1967 hasta 2014. Por ejemplo, a los sometidos a embargos de Naciones Unidas o implicados en conflictos internacionales. El art. 11 de la Constitución italiana tiene una formulación similar a la japonesa, y repudia la guerra como instrumento de resolución de las controversias internacionales. En 1990 aprobó la Ley 185 sobre exportación de armas, bastante restrictiva, aunque no incluye las armas ligeras y ha sido modificada recientemente. Unos 40 Estados, incluidos los principales productores de armas, tienen sistemas de control de las exportaciones y diversas limitaciones, pero ninguno de ellos ha dado rango constitucional a un principio de primacía del derecho internacional en las transferencias de armas, lo que podría colocar a España en una posición de liderazgo mundial en este terreno.

Constitución Española.

La CE no contiene referencia alguna a las transferencias de armas españolas, pese al importante aumento de estas operaciones, especialmente en la última década.

Incumplimientos y recomendaciones.

La adopción de la Ley 53/2007 sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, fue acogida con satisfacción por la sociedad civil. Sin embargo, el aumento de estas exportaciones ha sido constante: las exportaciones realizadas casi se han multiplicado por diez, pasando de 433,95 millones € en 2003 a 4.049,1 millones en 2013. Ante ello, en 2014 diversas organizaciones, incluidas las firmantes de este informe, demandaron medidas orientadas a reforzar el control parlamentario y la transparencia para reducir o eliminar el riesgo claro del uso de armas españolas para cometer o facilitar atrocidades, y la adecuación de la legislación española a las disposiciones del TCA.

El Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso, incluye una mención especial al TCA para aplicar los artículos 6 y 7 del Tratado referidos a “Prohibiciones» y a “Exportación y Evaluación de las Exportaciones», e incorpora una referencia expresa a “la violación grave del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario». Así, recoge literalmente la “Regla de Oro» del TCA, un importante avance. Sin embargo, incorpora de forma parcial las obligaciones derivadas del TCA, y en un Reglamento que se puede modificar periódicamente sin intervención del poder legislativo.

Blindar la “Regla de Oro» del TCA en la CE supondría poner a España a la cabeza mundial de la protección del derecho internacional en materia de transferencias de armas, y sería el siguiente paso lógico.

En los últimos años las organizaciones hemos denunciado diversas operaciones especialmente preocupantes en numerosos informes, advirtiendo del riesgo de que con la política de promoción de exportación de armas se pueden estar relajando los controles y se lleven a cabo operaciones cuando existe un riesgo claro de que se usen para cometer o facilitar graves violaciones de derechos humanos, lo que supondría a su vez una violación del TCA.

Propuesta de reforma constitucional.

Se propone añadir un nuevo artículo 53 bis 3, que blinde las obligaciones internacionales contraídas por España en materia de comercio de armas y la coloque a la cabeza mundial de la protección del derecho internacional a fin de:

Garantizar la diligencia debida en la evaluación del riesgo en las transferencias internacionales de armas convencionales, municiones o componentes, prohibiéndolas cuando exista un riesgo sustancial de que se empleen para facilitar o cometer violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

3. Los Derechos Civiles y Políticos

3.1. El Derecho a la Vida: abolición total de la pena de muerte

La Constitución contradice los tratados que España ha ratificado en materia de abolición de la pena de muerte.

Derecho internacional, regional y comparado.

A nivel universal, ni la DUDH ni los tratados sobre derechos humanos prohíben expresamente la pena de muerte.

Sin embargo, la prohibición total es la regla en Europa: vincula a todos los países de la Unión Europea (art. 2.2 CDF), y a los miembros del Consejo de Europa que hayan ratificado el Protocolo 13 al CEDH, entre ellos España desde 2009. Según este Protocolo, “Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a dicha pena ni ejecutado” (art. 1), sin que quepan excepciones (art. 2) ni reservas (art. 3).

‘Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado’

Artículo 2.2 de la Carta Fundamental de derechos humanos de la Unión Europea

En Europa, prohíben la pena de muerte expresamente y sin excepciones, las Constituciones de Alemania (art. 102), Austria (art. 85), Francia (art. 66), Islandia (art. 69), Luxemburgo (art. 18), Mónaco (art. 20), Países Bajos (art. 119), Portugal (art. 24.2) y Suecia (art. 10).

Constitución Española.

Según la segunda frase del artículo 15 CE, “Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra”. La ley hizo uso de esta posibilidad hasta la aprobación de la Ley Orgánica 11/1995, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

Incumplimientos y recomendaciones.

La CE contradice dos tratados ratificados por España: CDF y Protocolo 13 al CEDH. Por ello, resulta nece-

sario, por mera coherencia, eliminar la posibilidad de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra.

Propuesta de reforma constitucional.

Se propone derogar el inciso de la segunda frase del artículo 15 CE que dice “salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

3.2. Las Garantías frente a la Detención: derogar el régimen de la incomunicación

La Constitución española admite la incomunicación de las personas detenidas, y así lo prevé la legislación procesal penal, que prolonga la detención en régimen de incomunicación hasta trece días, privándose a la persona detenida de su derecho a designar asistencia letrada de confianza y a entrevistarse en privado con su abogado de oficio, y negándose además el derecho a ser examinada por un médico de su elección. La suspensión de estas garantías de las personas detenidas atenta contra el estándar internacional de la libertad y seguridad personales, por lo que se impone una reforma constitucional.

Derecho internacional, regional y comparado.

El artículo 9 del PIDCP reconoce y protege tanto la libertad y seguridad personales como las salvaguardas específicas para su protección. El artículo 7 del PIDCP establece que nadie será sometido a torturas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, siendo además un derecho no derogable bajo ninguna circunstancia. Además, el artículo 14.2.b del PIDCP reconoce el derecho que toda persona acusada de un delito tiene a comunicarse con un abogado de su elección.

La OG 35 (2014), que interpreta el alcance del artículo 9 PIDCP, advierte que la detención prolongada en régimen de incomunicación vulnera este artículo 9, y también equivale a malos tratos o incluso tortura en violación del artículo 7.

En el Consejo de Europa, el artículo 6 CEDH consagra el derecho a un proceso equitativo. En particular, la letra c) de su apartado tercero establece

que todo acusado tiene, como mínimo, “el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección». En relación con las personas privadas de libertad, el art. 5.3 CEDH señala que toda persona detenida “deberá ser conducida sin dilación ante un juez [...] y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento».

Por su parte, el art. 3 CEDH dispone que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

La Observación General 35 (2014) de Naciones Unidas advierte que la detención prolongada en régimen de incomunicación vulnera el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y también equivale a malos tratos o incluso tortura en violación de su artículo 7

En el Derecho comparado, la suspensión individual de derechos no cuenta con precedentes. La Constitución portuguesa incluyó por medio de la Ley constitucional núm. 1/2001 un supuesto muy puntual en caso de terrorismo –más de delimitación del derecho que de suspensión–, como es la entrada en domicilio por la noche, previa autorización judicial.

Las demás Constituciones –arts. 37 y 140 de Perú; art. 9 de Chile y art. 4 de Brasil–, se limitan a establecer supuestos de sanciones especiales (desde la pena de muerte a la inhabilitación o prohibición de indulto, respectivamente), toda vez que las Constituciones no suelen hacer referencia al fenómeno terrorista ni, por tanto, contemplar excepciones a la vigencia de los derechos.

Constitución Española.

El artículo 55.2 CE admite que “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartados 2 y 3, y 18, apartado 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

Esta habilitación –no mandato– conferida al legislador orgánico para que puedan suspenderse el secreto de las comunicaciones (18.3 CE) o las garantías de la detención (duración máxima de 72 horas del art. 17.2 CE o asistencia letrada del art. 17.3 CE), fue incorporada a la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de los arts. 520 bis (LO 4/1988), art. 527 (LO 14/1983), y art. 509 (LO 15/2003).

La legislación vigente prevé, en esencia, que la duración de la detención supere las 72 horas, ampliándose otras 48 horas con autorización judicial –cinco días en total–, y que sea en régimen de incomunicación, lo que implica que: a) no se pueda poner en conocimiento de un familiar o persona que se designe tanto el hecho como el lugar de la detención; b) se imponga la asistencia letrada de oficio sin que la persona detenida pueda nombrar abogado o abogada de confianza, ni entrevistarse con él privadamente; c) la persona detenida e incomunicada carece del derecho a ser examinada por personal médico de confianza, pudiendo acudir solo al personal forense designado por el Estado.

Además, la incomunicación se puede prologar con autorización judicial hasta trece días en total –cinco en detención policial y ocho ya en prisión provisional–.

Las SSTC 127/2000 y 7/2004 avalaron la legitimidad de estas previsiones, pero reconduciendo su razonamiento más bien al “contexto de los delitos de terrorismo”.

Hay que tener en cuenta, además, que en la práctica el régimen de incomunicación se decreta por la policía y se autoriza por los jueces de manera bastante automática.

Actualmente, se encuentra en tramitación parlamentaria una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que modifica parcialmente la regulación del régimen de incomunicación. Esta reforma contempla algunos avances, tales como que se permitirá valorar al juez qué derechos del detenido será necesario limitar en función de cada caso concreto, sin que dicha limitación se produzca de forma automática desde que se decreta la incomunicación. Sin embargo, la reforma planteada continúa sin atender las principales recomendaciones de los organismos internacionales, como las recientes Observaciones del Comité contra la Tortura, con motivo del sexto informe periódico de España.

Incumplimientos y recomendaciones.

El régimen de incomunicación española ha sido denunciado en reiteradas ocasiones por diversas instancias internacionales, tanto por la lesión autónoma de derechos que entraña, como por propiciar la práctica de la tortura y los malos tratos. Recuérdense las STEDH *Ataun Rojo contra España* y *Etxebarria contra España*, de 10 y 14 de julio de 2014, respectivamente, o la más reciente *Arratibel Garcíandia contra España*, de 5 de mayo de 2015, que condenan a España por no investigar torturas en este entorno.

El régimen de incomunicación española ha sido denunciado en numerosas ocasiones por instancias internacionales, por la lesión de derechos que entraña y por propiciar la práctica de la tortura y los malos tratos

En 2009, el Comité contra la Tortura observó con preocupación que el sistema de incomunicación no había sido revisado con miras a su abolición, y manifestó nuevamente su decepción cuando supo que las personas presas incomunicadas no disfrutaban de las salvaguardias legales básicas (CAT/C/ESP/CO/5).

El Comité contra la Tortura ha reiterado esta preocupación recientemente, en mayo de 2015, instando de nuevo a España a revisar el régimen de incomunicación con vistas a su abolición, y a asegurar que todas las personas privadas de libertad gocen de las salvaguardias legales fundamentales desde el mismo momento en que son detenidas. En concreto, el Comité ha señalado que España debe garantizar el derecho de todas las personas detenidas a la asistencia letrada y a comunicarse con su abogado de forma confidencial; a contactar con sus familiares o personas de confianza, y a ser examinados por un médico independiente. Más aún, el Comité ha indicado que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debería establecer ninguna limitación –aunque sea facultativa– a los derechos de las personas privadas de libertad (CAT/C/ESP/CO/6).

El CCDF, por su parte, manifestó también su preocupación sobre el tema en 2013 (CED/C/ESP/CO/1, pár. 23): “El Comité considera que el régimen de incomunicación vigente no se ajusta a las

obligaciones dimanantes de la Convención y, en particular, a su artículo 17”.

También el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura reiteró en 2012 su llamamiento a nuestro Gobierno para que se planteara seriamente suprimir el régimen de incomunicación (A/HRC/19/61/Add.3, apartado 126). El Comité de derechos humanos hizo una recomendación similar en 2013 (CCPR/C/107/D/1945/2010, apartado 10).

En cuanto a la ampliación del plazo de la detención hasta cinco días, debe tenerse en cuenta que el TEDH ha considerado que, salvo excepciones, una detención que se prolonga más de cuatro días vulnera la exigencia de puesta a disposición judicial “de inmediato” del CEDH (p. ej, *O’Hara contra Reino Unido*, de 16 de octubre de 2001, o *Brogan y otros contra Reino Unido*, de 29 de noviembre de 1988).

Sobre las restricciones en el nombramiento de asistencia letrada y la privacidad de la entrevista, el CDCP ha interpretado que el artículo 14.3.b PIDCP presupone que “los abogados deben poder reunirse con sus clientes en privado y comunicarse con los acusados en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones” (CCPR/C/GC/32). El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes considera que “en esas circunstancias resulta difícil hablar de un derecho efectivo a asistencia letrada” (CPT/Inf (96) 9).

Propuesta de reforma constitucional.

Se propone la derogación del artículo 55.2 CE, teniendo en cuenta: a) la interpretación del TC del artículo 55.2 CE, su carácter anómalo en el constitucionalismo comparado y los riesgos de tortura que entraña; b) la dinámica institucional, que ha llevado a consolidar con carácter estable un sistema de suspensión de garantías claramente excepcional; y c) que nuestro modelo de suspensión individual de derechos fundamentales por razones subjetivas –“personas determinadas”–, contradice los compromisos internacionales asumidos por España sobre las garantías de los derechos.

3.3. El Derecho de Reunión Pacífica: comunicación previa no es autorización

Según la interpretación dominante del artículo 21.2 CE, pueden prohibirse las manifestaciones no comunicadas o comunicadas fuera de plazo, lo que resulta contrario al Derecho internacional. Se hace preciso por tanto hacer expreso en la Constitución lo que en ella está implícito, esto es, que no puedan prohibirse tales manifestaciones.

Derecho internacional, regional y comparado.

El derecho de reunión pacífica se encuentra reconocido en los artículos 20.1 DUDH¹¹ y 21 PIDCP¹². Ya hace tiempo, el Comité de derechos humanos manifestó su preocupación por el abuso del requisito de la notificación, que se traduce en una limitación de hecho al derecho de reunión (Observaciones Finales sobre Marruecos, de 1999: CCPR/C/79/add.113, párr. 24).

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, además de establecer importantes requisitos de los límites del derecho de reunión, haciendo suyos los planteamientos del Grupo de Expertos de la OSCE –véanse especialmente sus Directrices de 2010–, concluye que la falta de notificación previa de los “organizadores a las autoridades no debe motivar la disolución automática de la reunión [...], ni la imposición a sus organizadores de sanciones penales o administrativas consistentes en el pago de multas o la privación de libertad” (Informes A/HRC/20/27, de mayo de 2012, y A/HRC/23/39, de abril de 2013).

La falta de notificación previa de ‘los organizadores a las autoridades no debe motivar la disolución automática de la reunión (...), ni la imposición a los organizadores de sanciones penales o administrativas (...)’

Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Libertad de Reunión Pacífica de Naciones Unidas, Mayo de 2012

¹¹ “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”.

¹² “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

En el Consejo de Europa, para el TEDH la exigencia legal de comunicación previa a las autoridades resulta legítima y compatible con las limitaciones admisibles al ejercicio del derecho de reunión pacífica, siempre y cuando el castigo se aplique respetando el *principio de proporcionalidad*. Es decir, como regla, los castigos contra manifestaciones por el mero hecho de no haber sido comunicadas resultan ilegítimos. El TEDH ha señalado en *Éva Molnár contra Hungría* que el requisito de comunicación previa no debe constituir un “obstáculo oculto a la libertad de reunión pacífica protegida por el Convenio”. En *Sergey Kuznetsov*, el TEDH es claro y contundente: “la decisión de disolver una manifestación simplemente por la ausencia del requisito de comunicación previa, sin conducta ilegal por los manifestantes, equivale a una restricción desproporcionada a la libertad de reunión”.

“La decisión de disolver una manifestación simplemente por la ausencia del requisito de comunicación previa, sin conducta ilegal por los manifestantes, equivale a una restricción desproporcionada a la libertad de reunión”

Tribunal Europeo de derechos humanos, Asunto Sergey Kuznetsov

En similares términos se expresó en su sentencia *Baraco contra Francia*, de 5 de marzo de 2009, “la libertad de participar en una manifestación pacífica reviste tal importancia que una persona no puede ser sancionada por haber participado en una reunión no prohibida, salvo que haya incurrido personal y directamente en un comportamiento reprochable”; o en *Oya Ataman contra Turquía*, “en ausencia de actos violentos por parte de los manifestantes es importante que los poderes públicos demuestren tolerancia hacia las concentraciones pacíficas, con el fin de que la libertad de reunión no se vea vaciada de contenido”.

En cuanto al Derecho comparado, el derecho de reunión pacífica se encuentra reconocido en la práctica totalidad de las Constituciones del mundo. Muchas de ellas excluyen, expresa o tácitamente, que la comunicación previa pueda convertirse en una autorización o que pueda prohibirse una manifestación no comunicada: Brasil (art. 5.XVI), Chile (art.

19.13), Dinamarca (art. 79), Finlandia (art. 13), Grecia (art. 11.2), Italia (art. 17), México (art. 9), Nicaragua (art. 53), Panamá (art. 38), Paraguay (art. 32), Perú (art. 2.12) o Portugal (art. 45.1).

En el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que: “*el deber de aviso no aplica tratándose de demostraciones espontáneas, y su violación no autoriza automáticamente su disolución o prohibición*” (Sentencia BVerfGE 69, 135); así como que “*de acuerdo con la opinión predominante, el deber de notificar oportunamente no tiene lugar en el caso de demostraciones espontáneas, que se forman de un momento a otro*” (por todas, Sentencia BvR 233, 341/81).

Constitución española.

Según el artículo 21 CE, “1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes”.

La Ley Orgánica 9/1983 (LODR) regula el requisito de la comunicación previa (arts. 8-11), pero insiste en que la prohibición de una manifestación sólo procede en el único supuesto expresamente mencionado en la CE.

Incumplimientos y recomendaciones.

Las disuasiones, prohibiciones y sanciones contra el ejercicio del derecho de reunión pacífica, más allá de las previsiones del Derecho internacional y de la Constitución, implican un incumplimiento de este derecho. En concreto, que una manifestación no comunicada previamente o con comunicación fuera de plazo, pueda prohibirse o disolverse, o que pueda sancionarse a las personas organizadoras implica, una vulneración del derecho de reunión.

La Constitución no permite, ni directa ni indirectamente, la imposición de sanciones por una manifestación no comunicada. Es más, al igual que el Derecho internacional, el artículo 21.2 cierra tajantemente esta posibilidad: “*sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes*”. Es decir, hay un único motivo para pro-

hibir una manifestación y no es la falta de comunicación previa.

Si no se puede prohibir, tampoco se puede sancionar a quien celebre una manifestación no comunicada ni disolverla. Las sanciones contra manifestaciones no comunicadas no provienen de la CE, sino de la legislación de seguridad ciudadana, en cuya virtud puede sancionarse, y así se hace, a quienes organicen una manifestación no comunicada o comunicada fuera de plazo (art. 37.1 LOPSC)¹³. En este sentido, Maina Kiai, Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y asociación, afirmó, el 23 de febrero de 2015, que la Ley Orgánica de la Protección de la Seguridad Ciudadana “vulnera la propia esencia del derecho de manifestación pacífica, pues penaliza una amplia gama de actos y conductas esenciales para el ejercicio de este derecho fundamental, limitando marcadamente el ejercicio del mismo”.

Así, este precepto es, a nuestro juicio, parcialmente inconstitucional y contrario al Derecho internacional, por cuanto sanciona la celebración de reuniones pacíficas en lugares de tránsito público por el mero hecho de no haber sido comunicadas.

En todo caso, el TC, desde una lectura que las organizaciones consideramos incorrecta de la CE, ya avaló la constitucionalidad de la prohibición de una manifestación comunicada fuera de plazo (STC 36/1982, confirmada en SSTC 59/1990, 195/2003 y 42/2000). Así equipara, de forma errónea, falta de comunicación y “razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes”. A este respecto, ha de destacarse que el Comisario Europeo de derechos humanos, Nils Muiznieks, ha manifestado preocupación ante la imposición de sanciones administrativas a las personas participantes en manifestaciones espontáneas o no autorizadas (CommDH(2013)18).

Propuesta de reforma constitucional.

Si los tribunales españoles no interpretan la CE de conformidad con el Derecho internacional, permitiendo así una vulneración del derecho de reunión, se hace preciso reformar la Constitución.

¹³ Es infracción leve la celebración de reuniones en lugares de tránsito público, o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la LODR.

Se propone reformar el artículo 21.2 CE, haciendo expreso en él que la mera falta de comunicación previa no puede justificar la prohibición de una manifestación.

3.4. Derechos Civiles propios de las Personas Extranjeras

Vulneraciones graves de los derechos propios de las personas extranjeras –asilo y garantías frente a la expulsión–, contrarias al Derecho internacional, tienen en parte su causa en una deficiente regulación constitucional de estos derechos, no corregida por nuestro Tribunal Constitucional.

Derecho internacional, regional y comparado.

El artículo 14.1 DUDH reconoce el derecho de toda persona “a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” en caso de persecución, con los límites del artículo 14.2. Este derecho es regulado en el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y en su Protocolo de 1967.

De otro lado, el artículo 13 PIDCP garantiza el derecho de los extranjeros a no ser expulsados ilegalmente, así como a un procedimiento justo en caso de expulsión.

Según la Convención contra la Tortura, “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

Recientemente, el Comité contra la Tortura recuerda que todo Estado Parte debe velar “por que ninguna persona, incluidos los sospechosos de terrorismo que sean expulsados, devueltos, extraditados o deportados, quede expuesta al riesgo de padecer torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Informe sobre Reino Unido 2013).

En el Consejo de Europa, el artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH prohíbe las expulsiones colectivas de personas extranjeras. El artículo 1 del Protocolo 7 regula las garantías de procedimiento en caso de expulsión, que son: reserva de ley, audiencia del interesado, examen de su caso y derecho a ser representado.

El TEDH, desde *Soering contra Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, ha ido más lejos, al hacer derivar del artículo 3 CEDH, sobre la prohibición de la tortura, el derecho ya reconocido en la Convención contra la Tortura; últimamente llegando incluso a incluir en el contenido de este derecho la adopción de medidas provisionales por el Estado donde se encuentra la persona en riesgo (desde *Mamatkulov y Abdurasulovic contra Turquía*, de 6 de febrero de 2003).

Además, en la Unión Europea, los artículos 18 y 19 CDF reconocen respectivamente los derechos de asilo y de protección en caso de devolución, expulsión y extradición, convirtiendo en derecho expreso el reconocido por la última jurisprudencia del TEDH que acabamos de citar.

En cuanto a Derecho comparado, el derecho de asilo se reconoce en varias Constituciones europeas, en todas ellas de forma más garantista que en la española. En casi todas se reconoce expresamente un derecho subjetivo, se remite al Derecho internacional y se incluyen entre los motivos de asilo el riesgo de ataques a la integridad en el país de origen: Alemania (el art. 16a), Bulgaria (art. 27.2), Eslovaquia (art. 53), Francia (Preámbulo –tiene fuerza vinculante– y art. 53-1), Hungría (art. 65), Italia (art. 10), Polonia (art. 56), Portugal (art. 33.6) y Rumanía (art. 18.2).

Respecto a las garantías frente a la expulsión de personas extranjeras, en Portugal se establece expresamente que sólo podrá ser acordada por la autoridad judicial (art. 33.2), al igual que en Rumanía (art. 19.4).

Específicamente sobre la extradición, en Grecia se prohíbe a “todo extranjero perseguido por su acción en favor de la libertad” (art. 5.1); en Italia se remite al Derecho internacional (art. 26, al igual que en Holanda, art. 2.3), y se prohíbe por delitos políticos (art. 26.2). En Portugal se señala que sólo la concede la autoridad judicial (art. 33.7), y que no procede por delitos castigados con pena de muerte en el Estado requirente (art. 33.6).

Constitución Española.

Según el artículo 13.3 CE, “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”.

Por su parte, el artículo 13.4 establece que “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

La CE nada señala sobre las garantías frente a la expulsión de personas extranjeras.

En cuanto a la permanencia de aquéllas en España, la jurisprudencia resulta bastante restrictiva: la persona solicitante de asilo en frontera carece de todo derecho, ni constitucional ni legal, a entrar o circular por España (STC 53/2002), y la expulsión de personas extranjeras llega prácticamente a carecer de toda relevancia constitucional (STC 236/2007).

Incumplimientos y recomendaciones.

El escaso tratamiento en la CE del derecho de asilo y nulo de las garantías frente a la expulsión de extranjeros, conduce a incumplimientos frecuentes de estos derechos, vulnerándose incluso tratados

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados recomendó en 2014 al Gobierno español “que estableciera un procedimiento de asilo imparcial y eficaz, también en Ceuta y Melilla, en el que estuviese garantizado el cumplimiento de los plazos legales, y velara por que las personas que pudieran necesitar protección internacional fueran transferidas sin demora a la península”

Sin embargo, estas denuncias y recomendaciones no han calado en los poderes públicos españoles

ratificados por España. Como las llamadas devoluciones “en caliente” en Ceuta y Melilla, sin ninguna garantía legal, en clara vulneración del art. 33 de la Convención de 1951, e inexistencia de un procedimiento de asilo imparcial y eficaz.

Así lo denuncia el Informe del ACNUR sobre España para el EPU, de 2014, que concluye recomendando al Gobierno español “que estableciera un procedimiento de asilo imparcial y eficaz, también en Ceuta y Melilla, en el que estuviese garantizado el cumplimiento de los plazos legales, y velara por

que las personas que pudieran necesitar protección internacional fueran transferidas sin demora a la península”.

Por su parte, en su Informe sobre España de 2013, el Comité Contra la Desaparición Forzada, tras constatar estas y otras violaciones de los derechos en frontera, concluye recomendando a España “que considere incluir de manera expresa en su legislación interna la prohibición de proceder a una expulsión, devolución, entrega o extradición cuando haya razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada”.

Similares críticas en materia de asilo y expulsión de extranjeros han sido formuladas por otros mecanismos internacionales, como el Examen Periódico Universal (2010, esp. apartados 86.28 y 86.29), el Comité contra la Tortura (2009, esp. apartados 15 y 16), la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2011, apartados 181 a 189), o el Comisario Europeo de derechos humanos (Visita a España, 16 de enero de 2015). Sin embargo, estas denuncias y recomendaciones no han calado en los poderes públicos¹⁴.

Cabe hacer especial referencia a las recientes Observaciones del Comité contra la Tortura con motivo del sexto examen periódico de España, que se hacen eco de la modificación de la Ley de Extranjería a fin de dotar de cobertura legal, mediante la figura del ‘rechazo en frontera’, a las devoluciones sumarias que tienen lugar desde Ceuta y Melilla. Dichas devoluciones, en palabras del Comité, se realizan sin evaluar previamente el riesgo aparejado al retorno forzoso de esas personas e impidiendo el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado. A este respecto, el Comité ha instado a España a revisar la legislación de extranjería y asilo al objeto de que ésta respete incondicionalmente el derecho de no devolución, consagrado por el art. 3 de la Convención contra la Tortura. En este sentido, el Comité ha exhortado a España a que asegure que se lleva a cabo una evaluación individual de cada

¹⁴ La reciente Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, introduce una disposición adicional a la Ley Orgánica 4/2000, que dice: “Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que se España sea parte”. Sin embargo, este último párrafo corre el riesgo de quedar en papel mojado, ante la falta de procedimiento.

caso, incluida la identificación de posibles víctimas de tortura, y a que se garantice que todas las personas necesitadas de protección internacional tengan acceso a los procedimientos de asilo, incluida la determinación de la condición de refugiado.

Propuesta de reforma constitucional.

Parece necesario reforzar y ampliar las previsiones constitucionales en esta materia, para limitar los incumplimientos del Derecho internacional ya mencionados. Resulta claro que la doctrina del TC en este punto se encuentra por debajo de los estándares internacionales, lo cual sólo podrá corregirse con una reforma de la Constitución.

Se propone reformar el régimen de los derechos específicos de las personas extranjeras, en el sentido siguiente:

- a) Modificar el artículo 13.4, para reconocer el derecho de asilo de forma directa, sin necesidad de remitir a la ley, incorporando su contenido mínimo, de conformidad con el Derecho internacional y con referencia expresa al principio de no devolución.
- b) Añadir como segunda frase del artículo 13.4, las garantías frente a la expulsión de personas extranjeras, en línea con los Protocolos al CEDH y con la CDF. Asimismo, incorporar el derecho de todas las personas extranjeras –y no sólo las solicitantes de asilo–, a no ser expulsadas a países donde su vida o integridad corran peligro –reconocido ya por el TEDH, por el artículo 19.2 CDF, y por el legislador español: art. 4 Ley 12/2009¹⁵.
- c) Modificar la segunda frase del artículo 13.3, para añadir el supuesto anterior a los motivos prohibidos de extradición.

3.5. Información, Transparencia y Participación: profundizar la democracia

Los derechos humanos exigen la participación de las personas residentes en un país en los asuntos públicos del mismo, sin restricciones injustificadas. Para ello, la transpa-

rencia del actuar de los poderes públicos es un presupuesto imprescindible. La Constitución Española contiene una regulación restrictiva de los derechos humanos de información y participación política, que impide avanzar hacia la “sociedad democrática avanzada” a la que se refiere el Preámbulo de la misma. La potenciación de estos derechos puede ser un eficaz complemento de las garantías jurídicas de todos los demás derechos humanos.

Derecho internacional, regional y comparado.

Según el artículo 21.1 DUDH, “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”. El artículo 25 a) PIDCP amplía el objeto de este derecho (“participar en la dirección de los asuntos públicos”) y establece una cautela sobre los límites (“sin restricciones indebidas”).

“El derecho a la participación ciudadana [...] va más allá de los meros derechos electorales e incluye el deber de implicar activamente a los afectados por la política social y económica en los canales específicos de participación; [y que] la transparencia es igualmente necesaria en todas las fases del ciclo político, de tal manera que las personas puedan acceder a la información relevante y oportuna relativa a aquellas políticas que les afecten”

Comisario Europeo de derechos humanos, Noviembre de 2013, La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica (apartado 2.4)

El CDCP considera obligatoria la participación ciudadana en la creación y reforma constitucional (especialmente, OG 25 de 1996). Con mayor concreción, este Comité ha afirmado que “los ciudadanos pueden participar directamente asistiendo a asambleas populares facultadas para adoptar decisiones sobre cuestiones locales o sobre los asuntos de una determinada comunidad por conducto de órganos creados para representar a grupos de ciudadanos en las consultas con los poderes públicos”.

Por su parte, las minorías han de participar eficazmente en las decisiones que les afecten (p. ej., *Länsman contra Finlandia*, 511/92 y 671/95 –aquí la fórmula obligacional es más clara).

¹⁵ El derecho a la no expulsión a estos países por solicitantes de asilo se deriva del principio de no devolución, ya incluido en la propuesta anterior. El derecho a la no expulsión de personas requeridas de extradición se contempla en la propuesta siguiente.

La transversalidad de los derechos de participación ciudadana, en especial en la toma de decisiones legislativas y administrativas sobre derechos humanos, ha sido destacada por diversos órganos de Naciones Unidas¹⁶. De esta doctrina se desprende con claridad que cualquier reforma constitucional en materia de derechos humanos quedaría coja si no se viera acompañada de una mejora de los instrumentos de participación democrática.

En cuanto a la transparencia, también el CDCP ha deducido de los artículos 19 DUDH y 19.2 PIDCP, sobre la libertad de información, “un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos” (OG 4, 2011).

En el Consejo de Europa, ya la Declaración del Comité de Ministros sobre la libertad de expresión e información de 29 de abril de 1982 dedujo el derecho a la información pública del artículo 10 CEDH, lo que se reitera en una Recomendación de 2002 y en el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa, sobre Acceso a Documentos Públicos (no ratificado por España)¹⁷.

Por su parte, el TEDH ha dejado claro que del artículo 10.1 CEDH deriva el derecho de acceso a los documentos públicos (*Youth Initiative for Human Rights contra Serbia*, de 25 de junio de 2013).

También el Comisario Europeo de derechos humanos ha destacado que “El derecho a la participación ciudadana [...] va más allá de los meros derechos electorales e incluye el deber de implicar activamente a los afectados por la política social y económica en los canales específicos de participación, [y que] la transparencia es igualmente necesaria en todas las fases del ciclo político, de tal manera que las personas puedan acceder a la información relevante y oportuna relativa a aquellas políticas que les afecten”.

¹⁶ A título meramente ejemplificativo: CDESC, OG 4 (ap. 9), OG 6 (aps. 5 y 39), OG 13 (ap. 39), OG 14 (aps. 23 y 54) y OG 15 (ap. 48); CDR, OG 21 (ap. 4), OG 27 (aps. 34 y 41-45) y OG 29 (ap. 6); CDM, OG 23 (in totum); o CDN, OG 4 (aps. 8 y 40), entre otros muchos.

¹⁷ En la misma línea, el representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, en Declaración Conjunta de 6 de diciembre de 2014, con el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión y Opinión y el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos, declara que “el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, Leyes de Libertad de Acceso a la Información)”.

Por último, en la Unión Europea la transparencia se enuncia como principio en los artículos 1 TUE y 15.3 TFUE y como derecho en el artículo 42 CDF.

En cuanto al Derecho comparado, además del caso suizo, cuya Constitución contiene una regulación de dos mecanismos de participación directa de la ciudadanía –el referéndum y la iniciativa legislativa popular–, y del referéndum abrogatorio italiano –que permite derogar leyes por iniciativa ciudadana–, otras Constituciones europeas reconocen el derecho a la participación, normalmente a través de regulaciones más avanzadas que la iniciativa legislativa popular. Como se indica más adelante en la propuesta de reforma constitucional, este tipo de iniciativas, al igual que cualquier otra, deben respetar siempre las obligaciones contraídas por los países en los Tratados Internacionales que han ratificado.

Lo mismo sucede en lo relativo a la audiencia de los grupos sociales afectados por una ley en elaboración, lo que resulta posible –aunque no siempre por obra de la Constitución– en países como Alemania, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Holanda, Italia, Portugal, Reino Unido o Suecia. Aquí se ha demostrado su utilidad para acortar la distancia entre representantes políticos y representados, y mejorar la calidad, legitimidad y eficacia de las leyes, en especial las que afectan a los derechos humanos.

Por su parte, el derecho a la información pública se reconoce como derecho fundamental en cerca de 60 Constituciones. En Europa, de una forma clara, en Albania, Bulgaria, República Checa, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Lituania, Moldavia, Montenegro, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia y Suiza. En otros países, como Canadá o Francia, el derecho ha sido reconocido como derecho fundamental por el Tribunal Supremo o Constitucional.

Constitución Española.

El artículo 23.1 CE reconoce el derecho de “los ciudadanos [...] a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes”.

La interpretación del TC del derecho de participación directa ha resultado sumamente restrictiva, señalándose por ejemplo que “los derechos de participación directa sólo tienen el alcance que deriva del ordenamiento vi-

gente” (STC 76/1994). O que no existe correspondencia alguna entre la vulneración de la normativa sobre la iniciativa legislativa popular y la del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.1” (ATC 140/1992).

Todo ello contrasta con el deber de los poderes públicos de “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política” (art. 9.2), y con la aspiración del Preámbulo de “establecer una sociedad democrática avanzada”.

La iniciativa legislativa popular (ILP) se encuentra regulada en la CE con carácter muy restrictivo: para presentarla se exigen 500.000 firmas y se excluyen de ella las “materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional”, y “la prerrogativa de gracia” (art. 87.3). La Ley Orgánica 3/1984 acentúa estas restricciones. Asimismo, es relevante destacar que la presentación de este tipo de iniciativas no garantiza su tramitación.

En cuanto a la participación ciudadana en los órganos políticos, sólo se prevé en el artículo 105 a), que encomienda al legislador regular “la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”. Nada similar se prevé para el procedimiento legislativo.

Finalmente, en la CE no existe un derecho a la información pública sino un mero llamamiento al legislador para que regule “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” (art. 105 b). El artículo 12 de La Ley 19/2013, de Transparencia, que deroga el régimen de esta materia de la Ley 30/1992, señala que “todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española, desarrollados en esta Ley”, minusvalorando así el estatuto constitucional de este derecho, regulado además con muchas restricciones.

Incumplimientos y recomendaciones.

La regulación constitucional de los derechos de participación es sumamente restrictiva, y así es considerado de forma unánime por la doctrina. La concepción de la democracia del constituyente es casi exclusivamente representativa y de partidos, lo que se ha acentuado en la realidad.

La dignidad de la persona, fundamento de todos los derechos humanos, inclusive los de participación, parece exigir, al menos, que las normas que la ciudadanía debe cumplir cuenten con su consentimiento.

Ejercer las ya de por sí menguadas formas de participación directa previstas en nuestro ordenamiento jurídico, no es fácil. Por ejemplo, en 37 años de vigencia de la CE, solo un reducido número de iniciativas legislativas populares ha logrado ser tramitada en el Parlamento¹⁸.

La participación de la ciudadanía en la vida política es una de las formas más importantes de garantía de los derechos humanos, y esta participación es en sí misma un derecho humano, que debe poder ejercerse “sin restricciones indebidas” según el Derecho internacional. Y resulta contrario al Derecho internacional impedir o dificultar a las personas que participen en los asuntos públicos.

Sin suprimir la opción básica del constituyente por la democracia representativa, las organizaciones creemos que podría y debería facilitarse la participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos. Y ello tanto fuera de las instituciones –iniciativa legislativa popular–, como también y preferentemente dentro de ellas: por ejemplo, si se permite la audiencia a la ciudadanía en la elaboración de los reglamentos, no hay razones de peso para no permitirla también en la elaboración de las leyes, y con más motivo.

Propuesta de reforma constitucional.

Se propone reducir los obstáculos a los derechos de participación de la ciudadanía en la vida política, y ello en las direcciones siguientes:

- a) Reformar el artículo 166, para permitir la iniciativa popular en la reforma constitucional.
- b) En cuanto a la iniciativa legislativa popular, modificar el artículo 87.3 para eliminar las restricciones injustificadas a esta forma de participación ciudadana. En concreto, se propone: reducir el número de firmas necesarias, garantizar que se inicia la tramitación parlamentaria de las iniciativas, y eliminar la exclusión de las

¹⁸ Durante la democracia sólo 13 iniciativas parlamentarias populares (ILP) han llegado al debate de toma en consideración, de las cuales 3 han devenido ley (2 de ellas subsumiéndose en otras iniciativas parlamentarias). Se han presentado alrededor de 100 ILP y pocas han sido las que han logrado ser tramitadas (12-13%).

materias propias de ley orgánica (manteniéndose las demás exclusiones: materias tributarias, de carácter internacional y prerrogativa de gracia). En todos los casos, estas ILPs deberán respetar las obligaciones contraídas en los Tratados Internacionales ratificados por España.

- c) A fin de limitar los problemas de la representación y de acercar la representantes políticos a la ciudadanía, se propone añadir un artículo 89 bis, que reconozca el derecho de audiencia en el Parlamento a cualquier ciudadano o asociación, en relación con una ley en elaboración, en una línea similar a lo previsto para los reglamentos en el artículo 105 a) de la misma CE. Las organizaciones consideramos esencial que las decisiones políticas más importantes, que en un Estado de Derecho se plasman en las leyes, se adopten con las opiniones de la ciudadanía, lo que además favorecería la eficacia de las leyes y el control de la clase gobernante.
- d) En cuanto al derecho de acceso a la información pública de todos los poderes públicos, no sólo de la Administración, se propone su reconocimiento expreso como derecho, en una línea similar al artículo 42 CDF, en un nuevo artículo 23.3.
- e) Asimismo, en relación con el derecho de petición y por aplicación del principio de universalidad de los derechos humanos, se propone cambiar la expresión “Todos los españoles tendrán” del artículo 29.1 por “Se garantiza”, tal y como ya prevé el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2001.

4. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

4.1. El Derecho a la Salud: garantizar su universalidad

El derecho a la salud, en tanto derecho humano, es universal, y por tanto pertenece a todas las personas, con independencia de su situación administrativa. Para evitar una interpretación errónea, se hace preciso dejar clara en la Constitución la titularidad universal del derecho.

Derecho internacional, regional y comparado.

La DUDH proclama que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial [...] la asistencia médica” (art. 25). El artículo 12 PIDESC reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y establece, a título de ejemplo, cuatro medidas obligatorias para los Estados. La OG 14, de 2000, del CDESC ha dado amplia concreción a este artículo 12, y ello en cuatro elementos esenciales: disponibilidad, accesibilidad física y económica, aceptabilidad y calidad de la asistencia médica.

La “atención sanitaria asequible” es aplicable a los “no nacionales [...] independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean”

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, OG 20 (apartado 30)

Si bien la titularidad universal del derecho a la salud resulta clara en la DUDH y en el PIDESC, algunos órganos de Naciones Unidas se han preocupado especialmente de recordar que esa titularidad incluye a las personas migrantes cualquiera que sea su situación administrativa¹⁹.

¹⁹ Por ejemplo, en su OG 20, el CDESC señala que la “atención sanitaria asequible” es aplicable a los “no nacionales [...] independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean” (apartado 30), y en un sentido similar se pronuncia la OG 30, del CEDR (apartados 29 y 36).

En el Consejo de Europa, la CSE reconoce que “Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar” (Parte I, ap. 11). Dentro de la Parte II y bajo la rúbrica del “derecho a la protección de la salud” (art. 11), establece algunas obligaciones de los Estados. Bajo la rúbrica del “derecho a la asistencia social y médica” (art. 13), se impone el compromiso de los Estados de, entre otras cosas, “velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes [...], pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado”.

En diversas ocasiones, el TEDH ha incluido algunas facetas del derecho a la salud como parte del contenido de los derechos a la vida, a la prohibición de la tortura o a la vida privada y familiar. También en la Unión Europea, el artículo 35 CDF señala que “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”.

Por último, el TJUE ha reconocido implícitamente un cierto derecho europeo a la salud, derivado de la libertad de prestación de servicios de los artículos 56 a 62 TFUE.

Por lo que hace al Derecho comparado, las Constituciones que reconocen el derecho a la salud no hacen referencia expresa a la exclusión de las personas extranjeras, o de una parte de ellas, de este derecho. Califican expresamente a este derecho como universal los textos de Brasil (art. 196), Bolivia (art. 18.III y 36.I), Colombia (art. 49), Ecuador (art. 32), Portugal (art. 64.2) y Venezuela (art. 84). Otras Constituciones concretan el contenido del derecho *subjetivo* a la salud, como las de Colombia (art. 49), Ecuador (art. 66.10), Eslovaquia (art. 40), Hungría (art. XX) o la República Checa (art. 31 de su Carta de Derechos Fundamentales y Libertades Fundamentales).

Constitución Española.

El artículo 43.1 reconoce el “derecho a la protección de la salud”, aparentemente con categoría de derecho fundamental, esto es, directamente exigible por la ciudadanía ante todos los poderes públicos.

Sin embargo, no es esta la concepción de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que consideran que el artículo 53.3 impide esta categorización. No obstante, entre el derecho a la vida del artículo 15 y el derecho a la salud del artículo 43.1, existe una clara conexión. De ahí que no resulte infrecuente que cuando un Tribunal no pueda proteger el derecho a la salud como tal, éste sea protegido a través de las normas de reconocimiento del derecho a la vida e integridad (SSTC 35/1996, 119/2001, 5/2002, 6/2007 y 160/2007).

Esto demuestra que el TC –al igual que el TEDH–, otorga importancia al derecho a la salud.

Sin embargo, esta garantía es insuficiente, ya que la mayor parte de las violaciones del derecho a la salud no pueden conectarse con la vida o la integridad, al menos en las concepciones más asentadas del contenido de estos derechos.

En relación con la **titularidad** del derecho a la salud, la universalidad de este derecho resulta clara en la propia CE, sin necesidad de acudir al Derecho internacional. Y ello no sólo por la conexión existente entre los artículos 10.1 y 43.1, sino también y más claramente, por la misma literalidad de este último precepto, que utiliza una de las típicas fórmulas de atribución universal de derechos: “Se reconoce”.

La legislación española, culminando una tendencia que venía consolidándose desde años atrás, se mostró desde los años ochenta coherente con la opción del constituyente por la titularidad universal del derecho a la salud (arts. 1.2, 3.2, 6.4 y 46 a) de la Ley 14/1986 y 2 b) y 3.1 a) de la Ley 16/2003).

Incumplimientos y recomendaciones.

Desde 2012 se ha producido un claro incumplimiento en lo relativo a la titularidad del derecho a la salud en España. Frente a las exigencias de la CE y del Derecho internacional, el Real Decreto-

Ley 16/2012 de reforma sanitaria rompió con la universalidad del derecho, asociando su titularidad a la condición de asegurado (nueva redacción del art. 3 LCC).

‘El Comité recomienda (a España) asegurar que (...) las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera que sea su situación legal’

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, mayo de 2012 (E/C.12/ESP/CO/5 – párrafo 19)

Para los demás casos, se prevé “el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial”.

En cuanto a las personas extranjeras, el RDL deroga las previsiones al respecto de la legislación de extranjería, y mantiene tres supuestos de asistencia sanitaria²⁰ –se entiende pública y gratuita– a las personas migrantes en situación irregular (nuevo art. 3 ter LCC). El RD 1192/2012 añade dos supuestos más: personas solicitantes de protección internacional y las víctimas de trata a las que se les haya concedido el periodo de reflexión.

La intención del RDL es clara: hacer pagar a una amplia parte de la ciudadanía, española o no –las personas no aseguradas que no sean pobres–, por su asistencia sanitaria. Y dejar fuera de la misma a las personas migrantes en situación irregular, todo lo cual resulta inconstitucional a juicio de las organizaciones.

Esta exclusión ha sido denunciada por múltiples organismos internacionales como contraria a los derechos humanos. Entre ellos, cabe citar el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Racismo, que concluyó recomendando al Gobierno español que revisara la reforma sanitaria adoptada en el marco de la crisis económica de manera que las personas migrantes tuvieran acceso a los servicios de atención médica, independientemente de su situación migratoria (2013, ap. 37). En el mismo sentido se

²⁰ Atención médica de urgencias, atención médica para mujeres embarazadas (embarazo, parto y postparto) y para menores de 18 años.

pronuncian el CDESC (2012, ap. 19) y el CEDS (2013, pp. 13-14)²¹.

Aplicando el criterio de la STC 236/2007, que declaró inconstitucional la exclusión de la educación de los 16 a los 18 años a las personas migrantes en situación irregular, por mera aplicación del PIDESC, la exclusión del derecho a la salud de las personas migrantes en situación irregular debería ser declarada inconstitucional. Sin embargo, esta interpretación no ha sido compartida en la práctica: hasta la Ley 22/2011 quedaron en nuestro sistema residuos de no universalidad.

Ante esta situación, se impone entonces hacer expresa la universalidad del derecho a la salud en la CE.

Propuesta de reforma constitucional.

Por un lado, la ya mencionada derogación del artículo 53.3 reforzaría el derecho a la salud al mejorar su justiciabilidad. Además, se propone modificar el artículo 43.1 CE, a fin de dejar clara la universalidad del derecho a la salud, cuya titularidad ha de concederse a todas las personas, con independencia de su situación administrativa o de su previa cotización. Para ello bastaría con un mínimo añadido: “Se reconoce el derecho *universal* a la protección de la salud”.

Asimismo, para garantizar mejor el derecho, se propone incorporar en el mismo precepto, su contenido mínimo, esto es, los cuatro elementos señalados por el CDESC: disponibilidad, accesibilidad física y económica, aceptabilidad y calidad.

4.2. El Derecho a la Vivienda: precisar su contenido mínimo

El disfrute del derecho humano a la vivienda resulta hoy imposible o muy difícil para un sector importante de la población española, situación que en gran parte trae causa de la falta de precisión constitucional y falta de protección adecuada de este derecho. Urge entonces dejar clara en la CE su justiciabilidad y su contenido mínimo.

21 Comité DESC, Relator Especial sobre Formas Contemporáneas de Racismo, Relator Especial sobre Derecho a la Salud, Relator Especial sobre Derechos de Personas Migrantes, Comisario de derechos humanos del Consejo de Europa, Relatora Especial sobre Extrema Pobreza, Relatora Especial sobre Trata de Personas, en especial, Mujeres y Niñas, Experto Independiente sobre Efectos de la Deuda Externa y otras Obligaciones Financieras sobre los derechos humanos, Grupo de Trabajo sobre la Discriminación Contra las Mujeres en la Ley y en la Práctica, Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa, y Examen Periódico Universal.

Derecho internacional, regional y comparado.

A nivel internacional, el derecho a la vivienda se encuentra reconocido como derecho humano en los artículos 25.1 DUDH y 11.1 PIDESC.

Dos Observaciones Generales del Comité DESC, vinculantes para España, concretan el contenido de este derecho, la núm. 4 (1991) y la núm. 7 (1997), esta última específica sobre los desalojos forzosos. En la primera, la “adecuación” del derecho a la vivienda se concreta en siete elementos: seguridad jurídica de la tenencia, incluyendo protección legal contra el desalojo; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación; y adecuación cultural.

En la segunda, el Comité destaca las garantías de protección de derecho humanos que todo desalojo debe respetar²². Entre las que se encuentran la relativa a contar con un recurso judicial efectivo y, en el caso de personas que no tengan recursos, el Estado deberá adoptar medidas para garantizar un alojamiento adecuado alternativo.

En el ámbito del Consejo de Europa, la CSE de 1961 no reconoce expresamente el derecho a la vivienda como tal. Sí lo hace su versión revisada (art. 31 y, en relación con colectivos específicos, arts. 15, 16, 23 y 30), no ratificada por España²³, estableciendo el compromiso de los Estados de tomar medidas destinadas a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente, a prevenir y paliar la

22 El CDESC considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales. Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda.

23 Téngase en cuenta no obstante que la firma por España de la Carta implica, en virtud del principio de buena fe (art. 18 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969), que nuestro Estado no podrá adoptar medidas que frustren el objeto y fin de la Carta revisada, lo que implica, entre otras cosas, que la judicatura y tribunales españoles pueden utilizarla como parámetro interpretativo.

situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación, así como a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes²⁴.

También el CEDS ha ido delimitando el contenido del derecho al resolver reclamaciones colectivas, en el sentido de denunciar, en algunos países, la falta de alojamiento para ciertos sectores de la población y de prácticas de desalojos contrarias a los estándares internacionales²⁵.

Por su parte, el CEDH tampoco contempla expresamente el derecho a la vivienda. Sin embargo, el TEDH ha utilizado algunos de sus preceptos (arts. 6 y 8 y 1 del Protocolo 1) para garantizar protección contra ciertas intervenciones en relación al derecho a la vivienda, existiendo ya una doctrina bastante consolidada sobre las garantías procesales en los desalojos –entre otras materias–, en línea muy similar a la desarrollada por el CDESC y por el CEDS²⁶.

Interesa asimismo destacar, en relación con España, las medidas provisionales adoptadas por el TEDH, ordenando a las autoridades españolas suspender distintas órdenes de desalojo hasta tanto no se informara al Tribunal sobre el aseguramiento de vivienda a los demandantes²⁷.

Por último, en la Unión Europea, el artículo 34.3 CDF añade una determinación significativa del contenido de este derecho –especialmente a la vista del art. 10.2 CE–, al disponer que “Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a [...] una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”.

En todo caso, el TJUE ha protegido indirectamente el derecho a la vivienda, a través del Derecho de

consumo (arts. 12 y 114.3 TFUE), indicando que el Estado español debe establecer las normas procesales necesarias para proteger a las personas usuarias frente a las cláusulas abusivas de los contratos hipotecarios, pudiendo hasta entonces el juzgado español adoptar las medidas cautelares necesarias²⁸.

Por su parte, en el Derecho comparado el reconocimiento del derecho a la vivienda resulta frecuente. Se pueden citar, entre otras, las Constituciones de Argentina (art. 15), Brasil (art. 7.4), Bolivia (art. 19), Colombia (art. 51), Ecuador (art. 30), Grecia (art. 21.4), Finlandia (art. 19), Nicaragua (art. 64), Polonia (art. 75.1), Portugal (art. 65), Venezuela (art. 82) o Suecia (art. 2). En alguna de ellas se concreta el contenido mínimo del derecho. En otros países, como Italia o Francia, la existencia de este derecho ha sido deducida de otras figuras por la jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional italiana lo deriva del art. 42.2 de su Constitución, que compromete al legislador a hacer accesible la propiedad privada, en conexión con el art. 47.2, donde se afirma que la República favorece el acceso del ahorro de los ciudadanos a la propiedad de una vivienda, así como el art. 14, sobre libertad del domicilio.

Constitución Española.

Nuestra Constitución reconoce en su artículo 47 el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, pero según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, no alcanza la categoría de derecho fundamental, esto es, justiciable sin intermediación legal, dada la cláusula del artículo 53.3.

Sin embargo, otros derechos no se entenderían sin el previo disfrute de una vivienda. En especial, la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad del domicilio difícilmente pueden salvaguardarse cuando se vive a la intemperie o en condiciones inadecuadas (art. 18.1 y 2). Igualmente, el derecho a elegir libremente residencia (art. 19), tampoco se entendería sin una vivienda previa.

Además, el incumplimiento del derecho a la vivienda puede afectar a los bienes protegidos por los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral), y sobre todo 43.1 (derecho a la salud). La falta de vivien-

²⁴ En todo caso, el texto ratificado establece el compromiso de nuestro país de “fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante [...] apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas” (art. 16); y de garantizar a los trabajadores migrantes que se encuentren legalmente dentro de nuestro territorio y a sus familias un trato no menos favorable que a los españoles en materia de alojamiento (art. 19.4).

²⁵ P. ej., Reclamaciones 27/2004, 31/2005, 39/2006, 51/2008, 47/2008, 58/2009 o 64/2011.

²⁶ Por todas, últimamente, SSTEDH Yordanova y otros contra Bulgaria, de 24 de abril de 2012 y Winterstein y otros contra Francia, de 17 de octubre de 2013.

²⁷ Raji y otros contra España, de 31 de enero de 2013 y Ceesay y otros contra España, de 15 de octubre de 2013.

²⁸ STJUE Aziz, de 14 de marzo de 2013 –C-415/11–, confirmada en los asuntos Banco Bilbao Vizcaya Argentaria –C 169-14–, también sobre España, y en el asunto Kusionova –C 34-13–, sobre Eslovaquia.

da incrementa la vulnerabilidad de las personas a sufrir otras violaciones de derechos humanos, y condiciona el ejercicio de los derechos a la educación (art. 27), haciendo difícil acceder a una enseñanza sostenida y de calidad, y al trabajo (art. 35), dificultando el acceso al mismo y su mantenimiento.

De otro lado, las normas de tutela antidiscriminatoria pueden exigir mandatos específicos de protección de la vivienda de determinados colectivos. Por ejemplo, y en especial, la protección de la familia (art. 39.1) parece exigir una mínima estabilidad de sus derechos habitacionales. La CE también menciona expresamente a la vivienda en relación con la tercera edad (art. 50). En cuanto a las personas consumidoras y usuarias (art. 51), parece claro que la CE exige proteger sus intereses como usuarias de una vivienda.

Por último, el artículo 33.2 señala que la función social del derecho de propiedad “delimitará su contenido”, cláusula que ha servido al TC para justificar limitaciones a la propiedad privada, entre otras cosas, para garantizar, aunque sea indirectamente, el derecho a la vivienda²⁹.

No obstante, interesa destacar que el ATC 113/2011 rechazó plantear cuestión de inconstitucionalidad contra los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicables a las ejecuciones hipotecarias dada la singularidad del título ejecutivo y un principio tan evanescente como el de “paz jurídica”.

La Constitución no ha servido para evitar altos grados de desprotección del derecho a la vivienda en España hasta ahora. Por ello las organizaciones creemos necesario atribuir a la vivienda la condición de derecho fundamental, en coherencia con su reconocimiento como derecho humano en el Derecho internacional, tanto universal como europeo. Y atribuir este derecho a todas las personas

Incumplimientos y recomendaciones.

Las medidas cautelares del TEDH sobre España y las dos respuestas a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles ante el TJUE, aunque parten de

casos concretos, son un claro indicio de que nos encontramos ante un problema estructural.

Desde 2007 hasta el primer trimestre de 2015, se han iniciado 624.690 procesos de ejecución hipotecaria. Las medidas adoptadas hasta la fecha por los sucesivos gobiernos han sido insuficientes para solucionar esta situación, y no incluyen una perspectiva de derechos humanos coherente con las obligaciones asumidas por España.

De otro lado, según datos oficiales hay 23.000 personas que carecen de hogar en España, aunque organizaciones sociales que trabajan sobre sinhogarismo cifran este número en 30.000.

Las críticas sobre la situación del derecho a la vivienda en nuestro país son unánimes en los organismos internacionales. Entre ellos destaca el CDESC, que recomienda al Estado que invierta más recursos orientados al incremento de la oferta de la vivienda social, la adopción de una definición homogénea de personas sin hogar para todas las autoridades y que se publiquen datos desagregados sobre el número que se encuentran en esta situación. En materia de desalojos forzosos recomienda, entre otras medidas, la garantía de un alojamiento alternativo (E/C 12/ESP/CO/5, párrafos 21 y 22). El CEDS se muestra en una línea coincidente (2011, conclusiones sobre el art. 16).

De forma similar se había expresado ya en 2008 el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derecho a la Vivienda (UN Doc. A/HRC/7/16/add.2, párr. 15), o el Comisario Europeo de derechos humanos (Informe de octubre de 2003).

Propuesta de reforma constitucional.

La Constitución no ha servido para evitar altos grados de desprotección del derecho a la vivienda en España. Por ello creemos necesario atribuir a la vivienda la condición de derecho fundamental, en coherencia con su reconocimiento como derecho humano tanto en el Derecho internacional como en el comunitario.

En esta misma dirección, debería atribuirse la titularidad del derecho a todas las personas, en la línea ya avanzada por la STC 236/2007 (sobre educación pero con argumentos plenamente trasladables a vivienda).

29 P. ej., SSTC 89/1994, 106/1994 y 130/1994.

De otro lado, el contenido mínimo del derecho a la vivienda se encuentra consolidado en los convenios internacionales y, con mayor precisión, en las resoluciones y recomendaciones de los organismos y tribunales establecidos para su aplicación.

En consecuencia, además de la ya mencionada derogación del art. 53.3 CE y de la incorporación del principio de no regresividad de los derechos sociales –al que se aludirá después–, se propone reformar el artículo 47 CE en el sentido siguiente:

- a) Eliminar las palabras “los españoles”, quedando la primera frase del precepto como sigue: “Todas las personas tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”.
- b) Incorporar, como contenido constitucional expreso del derecho, una síntesis de los lineamientos básicos sobre los elementos que componen el derecho a una vivienda adecuada del CDESC y del TEDH: al menos seguridad jurídica de la tenencia, disponibilidad de servicios, y accesibilidad económica,
- c) Incorporar, como contenido constitucional expreso del derecho la obligación de “los poderes públicos” de suministrar alojamiento alternativo en los casos de necesidad.

4.3. El Derecho a la Renta Básica

Resulta contrario al Derecho internacional que un importante número de personas en nuestro país carezca de los medios imprescindibles para su propia subsistencia, en condiciones mínimas de dignidad. Urge por tanto incorporar a la CE un nuevo derecho a la renta básica.

Derecho internacional, regional y comparado.

La DUDH no formula expresamente un derecho a la renta básica. Sin embargo, éste puede deducirse del artículo 23.3, que recoge el derecho de la persona trabajadora a “una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”–.

También del artículo 25.1, que reconoce el derecho de toda persona a “un nivel de vida adecuado que le

asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, *en especial*, la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Esto se reitera en los artículos 7 y 11 PIDESC, respectivamente.

‘Toda legislación nacional debería consagrar el derecho de toda persona bajo su jurisdicción a un ingreso mínimo garantizado, estableciendo para ello los presupuestos necesarios (...). La extrema pobreza no debe justificar en ningún caso la violación de los derechos humanos (...).’

Experta independiente sobre derechos humanos y Pobreza – Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas (E/CN.4/1999/48)

Ciertamente, el CDESC deja a los Estados un amplio margen para el cumplimiento de estos derechos (p. ej., OG 20, sobre el derecho a una alimentación adecuada). En muchos casos, parece que lo más eficaz no es el suministro directo por el Estado de alimentación y vestido, por ejemplo, sino de los recursos económicos necesarios para que cada persona pueda obtener estos bienes por sí misma.

De otro lado, partiendo de una Recomendación del Banco Mundial de 2005, la OIT aprueba en su Recomendación 202 de 2012, una propuesta para que los gobiernos de los países garanticen “una seguridad básica de ingresos para sus habitantes”.

Por su parte, la Experta Independiente sobre derechos humanos y Pobreza ya confirmó en 1999 (E/CN.4/1999/48) la doctrina implícita de Naciones Unidas en cuya virtud una renta básica o, en su caso, un mínimo vital es complemento necesario y no accidental del sistema de derechos humanos.

En el ámbito del Consejo de Europa, en la CSE encontramos referencias similares (arts. 4, 13 y 14), quedando clara la obligación de los Estados Partes de asegurar el disfrute efectivo de los beneficios sociales a todos “los individuos y los grupos de la comunidad”.

También el Consejo de Europa ha promovido o elaborado gran número de documentos que exhortan a los Estados miembros de esta organización a garantizar un mínimo vital. Destaca la Recomen-

dación 1196 (1992), de 7 de octubre de 1992, relativa a la extrema pobreza y a la exclusión social, en la que se afirma la imposibilidad fáctica de disfrute de los derechos humanos por las personas en situación de extrema pobreza, llegando a proponer “recursos mínimos garantizados”.

“El establecimiento de una renta mínima europea contribuirá a la cohesión económica, social y territorial, a la protección de los derechos humanos fundamentales, al equilibrio entre los objetivos económicos y sociales y al reparto equitativo de los recursos y la renta”

Comité Económico y Social Europeo (CESE SOC/482)

Por último, en la Unión Europea, la CDSFT, inspiradora de diversas Directivas de la UE, reitera el doble reconocimiento del derecho presente en Naciones Unidas: el artículo 5 garantiza a las personas trabajadoras una remuneración equitativa, suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno, y el artículo 10 se refiere a la protección social, tanto para las personas trabajadoras como para las personas excluidas del mercado de trabajo y que no dispongan de medios de subsistencia.

Por su parte, el artículo 151 TFUE establece el objetivo de la lucha contra la exclusión social.

Y la CDF reconoce en su artículo 34.3, como algo distinto al derecho a la seguridad social, el derecho a “una ayuda social [...] para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”.

Distintos documentos del Parlamento Europeo conectan este derecho con la renta básica.³⁰

Por último, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2013 (CESE SOC/482), sobre Renta mínima europea e indicadores de pobreza,

propone una Directiva sobre la materia, añadiendo que “el establecimiento de una renta mínima europea contribuirá a la cohesión económica, social y territorial, a la protección de los derechos humanos fundamentales, al equilibrio entre los objetivos económicos y sociales y al reparto equitativo de los recursos y la renta”.

En cuanto a Derecho comparado, cabe destacar la Carta de Derechos Fundamentales y Libertades Fundamentales de la República Checa. Su artículo 30.2 señala que “Toda persona que sufre de necesidad material tiene el derecho a la asistencia necesaria para asegurar un nivel de vida básico”.

Algunos Tribunales Constitucionales, como el de Colombia (Sentencias 426/1992, 283/1998, 286/1998, 328/1998 o 571/1998) o Portugal (Sentencia 187/2013), han deducido de otros derechos de la Constitución, y con distintas variantes, un derecho al mínimo vital –concepto próximo al de renta básica–, atribuyéndole en la práctica la categoría de derecho fundamental.

Más ajustada al concepto estricto de renta básica parece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. En la Sentencia de 14 de diciembre de 2012 se obliga al Estado de Hesse a ampliar la remuneración del profesorado universitario, por aplicación del artículo 33.5 LFB, del que deduce un “principio de manutención”. Y en la Sentencia de 9 de febrero de 2012, se obliga al legislador federal a ampliar la renta mínima de subsistencia, a fin de garantizar un derecho fundamental de nueva creación, a percibir una renta adecuada para asegurar efectivamente una existencia digna, derivado de los principios de dignidad humana y Estado social.

Constitución Española.

La CE no reconoce expresamente el derecho a la renta básica y tampoco contiene fórmulas tan claras como las presentes en el Derecho internacional. No creemos que este derecho pueda deducirse fácilmente de otras figuras. Parece algo distinto al derecho al trabajo (que incluye un salario igual o superior a la renta mínima) y al derecho a la seguridad social (que incluye prestaciones no contributivas pero en todo caso –al menos en la concepción tradicional– dependientes de un hecho previo, que no es la pobreza).

30 La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010, sobre el papel de la renta mínima en la lucha contra la pobreza y la promoción de una sociedad integradora en Europa, invita a los Estados miembros a introducir unos regímenes que garanticen una renta mínima equivalente al 60% de la mediana de la renta nacional. Dentro de Estrategia Europa 2020, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo han lanzado el proyecto EMIN o Red Europea de Renta Mínima, vigente en 2013 y 2014, con el objetivo de construir un consenso para tomar las medidas necesarias para la incorporación progresiva de sistemas de ingresos mínimos adecuados y accesibles para los ciudadanos de los países miembros de la Unión.

Por otro lado, según la concepción dominante en la doctrina y jurisprudencia constitucional –el TC español no se ha pronunciado al respecto–, resulta difícil hacer derivar del derecho a la vida del artículo 15 un derecho a la renta básica.

En definitiva, a juicio de las organizaciones, la renta básica es algo más que el derecho a tener lo imprescindible para vivir, y no está en la CE, a menos que se fuerce su interpretación.

Incumplimientos y recomendaciones.

En la práctica, el derecho a la renta básica no es considerado por los poderes públicos ni por la mayoría de la doctrina como un derecho fundamental. Sin embargo, se reconoce con distintas variantes en la normativa de las Comunidades Autónomas, casi siempre con insuficiente cuantía.

Esta regulación, fragmentaria y desigual, parece articularse más bien al modo de concesiones discrecionales del poder público que de auténticos derechos subjetivos.

Asimismo, la experiencia de los últimos años revela frecuentes retrocesos normativos e incumplimientos administrativos de este sistema de protección. Distintos organismos internacionales han denunciado los niveles inaceptables de pobreza y desigualdad en España, dado su nivel de desarrollo –con un 29,2% de la población en riesgo de pobreza y exclusión social, siendo los menores los principales afectados–. Estos organismos han llegado a proponer la implantación de una renta básica en nuestro país, aunque normalmente con ambigüedad y distintas variantes y matizaciones. Entre estos organismos internacionales están el CDESC (2012), la OIT (2014) y el CEDS.

Propuesta de reforma constitucional.

La pobreza y la desigualdad son causa y consecuencia de vulneraciones de derechos humanos, y por ello ha de actuarse contra ellas al máximo nivel, en el plano constitucional.

En consecuencia, en línea con las recomendaciones citadas de los organismos internacionales, se propone la incorporación de un derecho a la renta básica, a nivel nacional (ex art. 149.1.1ª CE), articulando

y coordinando las competencias de las Comunidades Autónomas y asegurando su colaboración en el desarrollo y aplicación de la ley.

Por ello, se propone modificar el artículo 41 CE, en el sentido de incorporar el derecho a la renta básica, como algo independiente aunque relacionado con el derecho a la seguridad social, y no necesariamente asociado a la situación de desempleo.

La fórmula que las organizaciones consideramos más ajustada al Derecho internacional y a nuestra estructura constitucional, es la siguiente: renta básica para las personas que se encuentren en una situación de necesidad determinada, y dirigida a garantizar una vida digna; en especial, cubriendo los bienes no cubiertos por otros derechos de prestación, como la alimentación o el vestido. Esto incluye a quienes no trabajan y también a quienes ya trabajan pero que, atendiendo a sus circunstancias, cuentan con una remuneración insuficiente.

4.4. La No Regresividad de los Derechos Sociales

La regresividad injustificada de los derechos sociales, es contraria al Derecho internacional y al principio constitucional de seguridad jurídica. Sin embargo, en nuestro país, los retrocesos (legales) y los recortes (presupuestarios) se extienden violando los derechos humanos. Se hace preciso entonces proclamar en la CE un principio de no regresividad.

Derecho internacional, regional y comparado.

En el Derecho internacional universal se impone a los Estados Partes del PIDESC la obligación de progresividad de los derechos sociales: “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1).

El CDESC ha establecido en su OG 3 que “todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”, así como que existe una “obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo”.

Para el CDESC, el Estado debe justificar la plena utilización del máximo de los recursos disponibles antes de adoptar cualquier medida regresiva, y analizar el impacto en los derechos humanos previamente a la adopción de la misma, así como respetar el contenido mínimo esencial de los derechos, y la proporcionalidad, temporalidad y carácter no discriminatorio de la medida. Asimismo, el Estado debe garantizar la participación en el diseño de las medidas de las personas afectadas por las medidas y las organizaciones que las representan.

Por su parte, el CDH destaca que “las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades estatales en la realización de los derechos humanos” (Resolución S-10/1, de 2009). Además, “el ejercicio de los derechos humanos, incluido el derecho a la salud, no puede subordinarse a la aplicación de las políticas de ajuste estructural” (Resolución 11/5, de 2009)³¹.

En el Consejo de Europa, el CEDS ha derivado el principio de no regresividad del artículo 12 de la CSE. Por ejemplo, al analizar en 2012 los recortes en Grecia de los sistemas de pensiones, concluyó que el gobierno no llevó a cabo “un nivel mínimo de investigación y análisis sobre los efectos de las medidas adoptadas”. Nivel mínimo que es “necesario para ponderar de manera racional su impacto total en los grupos vulnerables de la sociedad”, por lo que consideró vulnerada la CSE.

Por su parte, el Comisario Europeo de derechos humanos (2012), denunciando el impacto de las medidas de austeridad sobre los derechos humanos, y en especial sobre los sociales, ha recordado la importancia del principio de no regresividad como garantía necesaria de estos.

31 En síntesis, el modelo de control de las regresiones normativas establecido por Naciones Unidas consta de cinco pasos: 1) Evaluación del impacto sobre los derechos humanos antes de adoptar la medida regresiva. 2) Respeto en todo caso al contenido esencial del derecho, tesis confirmada en la doctrina del CDESC; en presencia de dicho contenido esencial no cabe justificación alguna de la regresión (teoría absoluta). 3) Finalidad legítima de la regresión. El planteamiento del artículo 4 PIDESC vale igual para la CE: solo en la norma fundamental pueden encontrarse las finalidades que amparen la regresión y entre ellas no se encuentra la falta de disponibilidad presupuestaria. Así, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, resultarían insuficientes para justificar la medida impugnada. 4) Proporcionalidad entre la regresión y su finalidad: la regresión ha de ser adecuada, necesaria a su finalidad y debe darse un equilibrio (ponderación) entre la finalidad y la restricción del derecho. Tampoco puede ser discriminatoria. A partir de aquí, cabe sostener la inversión de la carga de la prueba (es el Estado quien debe demostrar que respetó el principio de proporcionalidad). 5) Carácter temporal de la medida.

En cuanto al Derecho comparado, algunos Tribunales Constitucionales o Supremos han deducido este principio de sus Constituciones. Es el caso de Alemania, Argentina, Canadá, Francia, Portugal o Italia.

Constitución Española.

Con apoyo en los artículos 10.2 y 96.1 CE, puede considerarse que España está vinculada a los principios de progresividad y no regresividad, tal y como han sido establecidos en el Derecho internacional.

Además, en los artículos 9.2 –llamado precisamente cláusula de progreso– y 9.3 –seguridad jurídica–, podrían encontrarse argumentos a favor de esta tesis.

En esta misma dirección se sitúa la concepción del Estado social (art. 1.1), que sostiene que las necesidades básicas evolucionan y que existe una obligación permanente de los poderes públicos de atender a dicha evolución.

Como mínimo, el principio de progresividad implicaría la obligación de adaptar de manera permanente el contenido prestacional de cada derecho a las nuevas necesidades.

En todo caso, en España ni el TC ni la doctrina han avalado la existencia de un principio de progresividad de los derechos en nuestro ordenamiento jurídico. En su última jurisprudencia, el TC admite regresiones sin buscar una justificación constitucional para ellas: a veces parece que las razones económicas son más que suficientes (p. ej., SSTC 184/1993, 197/2003, 44/2004, 213/2005 o 128/2009).

Incumplimientos y recomendaciones.

Desde el comienzo de la crisis económica, las medidas regresivas se han multiplicado en nuestro país, desde el mismo nivel legislativo, afectando a todos los derechos sociales.

‘Las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades estatales en la realización de los derechos humanos’

Consejo de derechos humanos, 2009, Resolución 11/5

Distintos organismos de Naciones Unidas han denunciado estas regresiones. Entre ellos el CDESC, que recomendó a España garantizar que todas las medidas de austeridad implementadas mantengan el nivel alcanzado de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, y sean en todos casos temporales, proporcionales y no perjudiciales para estos derechos. Además, todas las medidas de austeridad adoptadas han de identificar el contenido mínimo esencial de todos los derechos y proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia. También se ha de aumentar la eficacia de los esfuerzos estatales para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Razonamientos similares aparecen en los Informes sobre España de 2013, tanto del CEDS como del Comisario Europeo de derechos humanos.

Propuesta de reforma constitucional.

Si la jurisprudencia dominante ha incumplido las exigencias del principio de no regresividad de los derechos sociales del Derecho internacional, se hace preciso reconocerlo de forma expresa en la Constitución, con mención a los elementos del modelo de control de las medidas regresivas, consolidados a nivel internacional y ya descritos.

El lugar más adecuado es un nuevo párrafo del artículo 53, relativo a las garantías de los derechos —dada la propuesta de derogación del artículo 53.3, sería el nuevo artículo 53.3—.

5. Examen Especial del Derecho al Medio Ambiente

Para la doctrina y jurisprudencia dominante, no existe en nuestra Constitución un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado. Esto provoca una persistente dificultad para asegurar el cumplimiento del Derecho ambiental en nuestro país, con grave daño al interés general de la preservación del ecosistema, al derecho a la protección de la salud de todas las personas y a los derechos de las generaciones futuras.

Derecho internacional, regional y comparado.

Los documentos más importantes sobre derechos humanos (DUDH, PIDCP y PIDESC) son anteriores a la toma de conciencia planetaria sobre el problema ambiental, y por ello no incluyen una referencia expresa al medio ambiente como derecho humano. En todo caso, la OG 14 del CDESC hace derivar del derecho a la salud del artículo 12 PIDESC al menos un fragmento de derecho humano al medio ambiente. También la extinta Comisión de derechos humanos señaló en diversas ocasiones que los vertidos tóxicos constituyen una seria amenaza al derecho a la vida del artículo 6 PIDCP (p. ej., Resoluciones 1995/81, 1997/9 o 1998/12).

“Los seres humanos [...] tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”

Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro (1992), artículo 1

El nuevo Consejo de derechos humanos eleva esta idea a tesis general, y de forma reiterada (últimamente, A/HRC/25/L.31, de 24 de marzo de 2014). La creación de un Relator Especial de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente por el Consejo de derechos humanos (Resolución 19/10), parece indicar implícitamente el reconocimiento por Naciones Unidas de un derecho humano al medio ambiente.

Esta pretensión de convertir los intereses ambientales en un derecho humano también es constante en los documentos no convencionales de las últi-

mas décadas³², revelador de una idea ampliamente compartida por la comunidad internacional, lo que permite hablar de un principio vinculante del Derecho internacional.

En el Consejo de Europa, y dada su fecha de aprobación en 1950, el CEDH tampoco reconoce expresamente un derecho humano al medio ambiente. Y ello pese a las propuestas, reiteradas por los órganos políticos del Consejo de Europa, de introducir dicho reconocimiento en un Protocolo Adicional (p. ej., Recomendación 1885 (2009), de la Asamblea Parlamentaria).

Pese a esta falta de reconocimiento expreso, hay una constante jurisprudencia del TEDH que lo hace derivar, sobre todo, del derecho a la vida familiar, especialmente en el ámbito de la protección frente al ruido. Esta doctrina puede resultar fácilmente aplicable a otros ámbitos de protección ambiental.

Finalmente, la incorporación al Derecho de la Unión del Convenio de Aarhus, especialmente mediante las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, permite hablar de un auténtico derecho fundamental al medio ambiente en la Unión Europea, aunque sea fragmentario. En este ámbito se establecen dos mecanismos típicos de garantía de los derechos fundamentales, con vinculación para los Estados miembros: la información y la participación. Y consideramos que si se garantiza la información, es porque hay un derecho material preexistente, tal y como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen 1883/2005, en relación con la Ley española 27/2006.

De otro lado, la jurisprudencia del TJUE destaca con frecuencia el carácter objetivo del derecho fundamental al medio ambiente, que opera como

³² Entre dichos documentos pueden citarse la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, llamada de Estocolmo, de 1972 (cuyo principio primero establece que el ser humano tiene derecho “al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”), o la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, llamada de Río, de 1992 (cuyo principio 1 afirma que “Los seres humanos [...] tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”), reiteradas en términos similares en Johannesburgo (2002) y, por último, nuevamente en Río de Janeiro, en 2012.

límite, por ejemplo, frente a las clásicas libertades comunitarias (C-379/98, C-112/00), al derecho de propiedad (C-293/97) o a la igualdad en la contratación pública (C-513/99 o C-448/01).

En cuanto al Derecho comparado, el derecho al medio ambiente es reconocido últimamente en la mayoría de las Constituciones como auténtico derecho fundamental, esto es, exigible ante los tribunales de forma directa, sin necesidad de esperar a su desarrollo legislativo.

En Europa, reconocen expresamente el derecho al medio ambiente casi todas las Constituciones recientes: Bélgica (art. 23), Bulgaria (art. 55), Eslovaquia (art. 44), Eslovenia (art. 72), Finlandia (sección 20), Letonia (art. 115), Portugal (art. 66.1) y Rumanía (art. 35.1). La Carta francesa del Medio Ambiente de 2005, de rango constitucional, señala en su artículo 1 que “Cada uno tiene derecho de vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso de la salud”.

En otros países europeos, este auténtico derecho fundamental se ha derivado de normas de principio o de mandato de actuación de los poderes públicos. Tal es el caso de Italia, donde el Tribunal Constitucional reconoce expresamente el medio ambiente “como derecho fundamental de la persona e interés fundamental de la colectividad” (SSCC 210/1987 y 617/1987).

También en América Latina reconocen expresamente el derecho al medio ambiente la práctica totalidad de las Constituciones: Argentina (art. 41), Bolivia (art. 33), Brasil (art. 225), Chile (art. 19.8), Colombia (art. 79), Costa Rica (art. 50), Ecuador (art. 14), México (art. 4), Nicaragua (art. 60), Paraguay (art. 7), Perú (art. 2.22) y Venezuela (art. 127). De este reconocimiento derivan expresamente una acción popular las Constituciones de Bolivia (arts. 34 y 135), Brasil (art. 72) o Costa Rica (art. 50). En otros países, dicha acción es admitida por la jurisprudencia.

Constitución Española.

La CE contiene una amplia regulación de la materia ambiental: es derecho y deber (art. 45.1), mandato a los poderes públicos (art. 45.2), y mandato al legislador de establecer sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como obligaciones de reparación (art. 45.3).

Para el TC, en contra de un sector de la doctrina, del artículo 53.3 CE se desprende que, pese a la dicción literal del artículo 45.1 (“derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona”), no existe un derecho fundamental al medio ambiente, esto es, exigible directamente ante los tribunales (STC 199/1996).

Sin embargo, la STC 119/2001, sin apoyo claro en el catálogo de derechos de la CE, viene a reconocer, por directa influencia del TEDH, un derecho fundamental a la protección frente al ruido, lo que se reitera en el fondo en la STC 150/2011.

De esta doctrina parece intuirse que el TC considera necesario tutelar los intereses ambientales desde la técnica del derecho fundamental, pero no llega a afirmarlo expresamente, para no desdejar su tesis general.

Los incumplimientos de la normativa ambiental resultan tan frecuentes en nuestro país que puede hablarse de un problema estructural, no anecdótico ni coyuntural

El reconocimiento expreso de un derecho humano al medio ambiente le otorgaría la importancia que merece y reforzaría su protección y justiciabilidad

Incumplimientos y recomendaciones.

Los incumplimientos de la normativa ambiental resultan tan frecuentes en nuestro país que puede hablarse de un problema estructural, no anecdótico ni coyuntural. Al no poder ser alegado directamente ante los tribunales, muchos de estos incumplimientos quedan sin respuesta.

Además, el derecho al medio ambiente se encuentra atrapado en la lógica del Derecho administrativo, sin penetración relevante de la lógica de los derechos humanos. Esto significa que:

- 1) Las leyes formulan obligaciones muchas veces imprecisas de la Administración, sin derechos correlativos de los ciudadanos, y por tanto con un escaso grado de vinculación. Así, cuando las asociaciones ecologistas exigimos el cumplimiento de obligaciones administrativas de actuar, los tribunales suelen negarlo.

- 2) Si bien se reconoce con amplitud la legitimación de las asociaciones ecologistas en el proceso contencioso-administrativo, no sucede lo mismo con las personas³³. Aunque existe alguna tendencia favorable al reconocimiento de una acción popular ambiental en este proceso, como ya existe en el penal, no es la jurisprudencia dominante.

Una reforma del derecho al medio ambiente en la Constitución Española posibilitaría a la ciudadanía exigir ante los tribunales la protección de este derecho

Las organizaciones consideramos que se podría formular la siguiente tesis, exigida por la redacción vigente del artículo 53.3 CE, ya que “informará” es una fórmula imperativa: cuando, pese a no reconocer expresamente derechos subjetivos, la ley fije obligaciones de actuar de la Administración –prestaciones en sentido amplio–, con alguna claridad y precisión, y que sirvan de manera directa al objeto del derecho al medio ambiente, tales obligaciones resultan justiciables. Sin embargo, esta no es la práctica de tribunales españoles.

Propuesta de reforma constitucional.

El reconocimiento expreso de un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado, que es la tendencia hoy dominante en el Derecho internacional y constitucional comparado, haría posible:

- a) Otorgar al medio ambiente la importancia que merece. Si el medio ambiente se abriera al recurso de amparo, el TC construiría una doctrina de este derecho, que fortalecería el debate público y fijaría unos parámetros nuevos desde la lógica de los derechos humanos, vinculantes para los demás tribunales y para los demás poderes públicos.
- b) Abrir la acción popular en el proceso contencioso-administrativo, para mejorar el cumplimiento de la legislación ambiental.

Vigilar este cumplimiento no puede recaer sólo en las asociaciones de defensa de los intereses ambientales. Consideramos que esta defensa ha de abrirse a toda la ciudadanía, pues todas las personas están afectadas por los ataques y riesgos a los intereses ambientales, y ello (o quizás por ello) pese a su intrínseca naturaleza colectiva.

- c) Permitir la exigibilidad de las obligaciones administrativas de tutela del medio ambiente, que se incardinarian en el deber estatal de protección de los derechos humanos, ya consolidado en la jurisprudencia.
- d) Permitir una profunda revisión de nuestra legislación ambiental, reforzando su función de servicio, en primer lugar, a la dignidad de la persona. Y ello en todos los sectores del Derecho –administrativo, penal y tributario, entre otros–, que deberían tender hacia una mínima unificación bajo la figura del derecho al medio ambiente.

Para ello bastaría con la reforma, ya señalada, de modificación del título del capítulo III, supresión del artículo 53.3 y adición del principio de no regresividad.

³³ Téngase en cuenta que el derecho a un medio ambiente adecuado es un derecho muy peculiar, pues a diferencia del resto (al menos en la concepción dominante –individualista– de cada uno de ellos), el objeto al que sirve, en la mayoría de los casos, no protege intereses individuales y concretos sino colectivos y difusos.

6. La Garantía de los Derechos: reforzando su justiciabilidad

De los estándares internacionales se deriva que todos los derechos humanos deben contar con remedios procesales ágiles y eficaces, que incluyan la revisión de las acciones y omisiones de los poderes públicos, que resulten accesibles a la ciudadanía, y que culminen en la más alta instancia jurisdiccional del país. En coherencia con el principio de indivisibilidad, debería unificarse la protección de todos los derechos humanos constitucionalizados, de forma tal que todos dispongan de un procedimiento preferente y sumario de garantía, así como de acceso al recurso de amparo ante el TC.

En términos jurídicos y prácticos, los derechos valen lo que valen sus garantías. Una reforma constitucional en materia de derechos humanos que no atendiera a sus garantías resultaría inútil. Este documento sólo se detiene en reformas institucionales imprescindibles para completar las propuestas que aquí planteamos.

Todos los derechos humanos deben contar con mecanismos procesales ágiles y eficaces, que incluyan la revisión de las acciones y omisiones de los poderes públicos, que resulten accesibles a la ciudadanía, y que culminen en la más alta instancia jurisdiccional del país

El Derecho internacional, salvo las referencias ya señaladas, especialmente en justiciabilidad, no suele detenerse en los detalles del sistema de garantías, pues depende mucho de la estructura política e institucional de cada país. Sin embargo, de la doctrina de los órganos internacionales (en especial, el CDESC, el TEDH y el Relator sobre Administración de Justicia de Naciones Unidas), se derivan con claridad las líneas esenciales de lo que proponemos: todos los derechos humanos deben contar con remedios procesales ágiles y eficaces, que incluyan la revisión de las acciones y omisiones de los poderes públicos, que resulten accesibles a la ciudadanía, y que culminen en la más alta instancia jurisdiccional del país.

En coherencia con el principio de indivisibilidad, debería unificarse la garantía de todos los derechos humanos, al menos en el ámbito judicial. La práctica ha demostrado la utilidad del recurso de amparo para proteger estos derechos.

En consecuencia, en materia de garantías de los derechos, se recomienda:

- a) Modificar el artículo 53.1, únicamente para afirmar lo obvio: que todos los derechos del título vinculan igualmente al legislador –indivisibilidad–.
- b) Modificar el artículo 53.2, para abrir el procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo a todos los derechos del título I. Esta reforma resulta clave para garantizar eficazmente los derechos sociales, pues aquí más que nunca una garantía tardía no es garantía: una persona no puede esperar tres años –plazo medio de un proceso contencioso-administrativo–, para obtener un alojamiento o una prestación sanitaria.

7. Conclusiones

Las organizaciones consideramos que:

1. Todos los derechos humanos derivan de la dignidad de la persona. Por tanto son igualmente importantes y su régimen jurídico debe ser sustancialmente igual, incluyendo su justiciabilidad. La Constitución clasifica los derechos y priva de justiciabilidad a alguno de ellos, lo que dificulta su eficacia, además de vulnerar el Derecho internacional de los derechos humanos.
2. Los derechos humanos pertenecen a todas las personas por igual. Por ello, su titularidad pertenece a personas nacionales y extranjeras, salvo las excepciones previstas en el Derecho internacional. Nuestra Constitución, sin embargo, atribuye la titularidad de algunos derechos sólo a las personas de nacionalidad española, lo que vulnera el Derecho internacional de los derechos humanos y dificulta la protección de los derechos de las personas extranjeras.
3. Los deberes constitucionales de justicia de los ingresos y gastos públicos básicos son frecuentemente incumplidos en España. Se hace preciso por tanto su concreción constitucional, detallando un sistema fiscal más justo, equitativo y progresivo, así como una distribución del gasto que garantice la financiación pública de los derechos humanos.
4. España se ha comprometido internacionalmente con la protección de los derechos humanos en el mundo, lo que debe trasladarse al plano constitucional, incorporando obligaciones de nuestro Estado al menos en tres ámbitos fundamentales: la cooperación para el desarrollo, el respeto a los derechos humanos por nuestras empresas en el exterior, y en las transferencias de armas. Constitucionalizar estas materias serviría para garantizar mejor nuestros compromisos internacionales y para asegurar que el legislador futuro no dará marcha atrás sobre ellos.
5. La Constitución contradice los tratados que España ha ratificado en materia de abolición de la pena de muerte. Se hace necesario eliminar esta contradicción.
6. La reforma constitucional debe mejorar las garantías de protección de las personas detenidas. La Constitución española admite la incomunicación de las personas detenidas, y así lo prevé la legislación procesal penal, que prolonga la detención en régimen de incomunicación hasta trece días, privándose a la persona de su derecho a designar asistencia letrada de confianza y a entrevistarse en privado con su abogado de oficio, negándose además el derecho a ser examinada por personal médico de su elección.
7. Debería hacerse expreso en la Constitución que no pueda prohibirse una reunión pacífica en lugar de tránsito público por el hecho de no cumplir el requisito de comunicación previa. Según la interpretación dominante del artículo 21.2 CE, pueden prohibirse las manifestaciones no comunicadas o comunicadas fuera de plazo, lo que resulta contrario al Derecho internacional.
8. La reforma de la Constitución debe corregir la deficiente regulación constitucional de los derechos propios de las personas extranjeras –asilo y garantías frente a la expulsión–, contraria al Derecho internacional, y que contribuye a vulneraciones graves de estos derechos.
9. Los derechos humanos exigen la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, sin restricciones injustificadas. Para ello, la transparencia del actuar de los poderes públicos es un presupuesto imprescindible. La Constitución Española contiene una regulación restrictiva de los derechos de información y participación política, lo que dificulta caminar hacia la “sociedad democrática avanzada” a la que se refiere el Preámbulo de la misma. La potenciación de estos derechos puede ser un eficaz complemento de las garantías jurídicas de todos los demás derechos humanos.
10. El derecho a la salud, en tanto derecho humano, es universal, y por tanto pertenece a todas las personas, con independencia de su situación administrativa. Para evitar una interpretación errónea, se hace preciso dejar clara en la Constitución la titularidad universal del derecho.
11. El disfrute del derecho humano a la vivienda resulta hoy imposible o muy difícil para un sector importante de la población española, situación que en gran parte trae causa de la falta de precisión constitucional y adecuada protección de este derecho. Urge entonces dejar clara en la CE su justiciabilidad y su contenido mínimo.
12. Resulta contrario al Derecho internacional que un importante número de personas en nuestro país carezca de los medios imprescindibles para su propia subsistencia, en condiciones mínimas de dignidad. Urge incorporar a la CE un derecho a la renta básica.
13. La regresividad injustificada de los derechos sociales es contraria al Derecho internacional y al principio constitucional de seguridad jurídica. Sin embargo, en nuestro país, los retrocesos (legales) y los recortes (presupuestarios) se extienden, violando los derechos humanos. Se hace preciso entonces proclamar en la CE un principio de no regresividad.
14. Para la doctrina y jurisprudencia dominante, no existe en nuestra Constitución un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado. Esto provoca una persistente dificultad para asegurar el cumplimiento del Derecho ambiental en España, con grave daño al interés general de la preservación del ecosistema, al derecho a la protección de la salud de todas las personas y a los derechos de las generaciones futuras.
15. De los estándares internacionales se deriva que todos los derechos humanos deben contar con remedios procesales ágiles y eficaces, que incluyan la revisión de las acciones y omisiones de los poderes públicos, que resulten accesibles a la ciudadanía, y que culminen en la más alta instancia jurisdiccional del país. En coherencia con el principio de indivisibilidad, debería unificarse la protección de todos los derechos humanos constitucionalizados, de forma tal que todos dispongan de un procedimiento preferente y sumario de garantía, así como de acceso al recurso de amparo ante el TC.

8. Recomendaciones

Por las razones expuestas, se proponen las siguientes reformas a la Constitución Española:

- a) **De supresión** de los artículos 55.2 (incomunicación) y 53.3 (no justiciabilidad de los derechos a la salud, cultura, vivienda y medio ambiente).
- b) **De modificación** de los artículos 13.1 (ampliación de los derechos de las personas extranjeras), 13.3 (nuevo supuesto de denegación de extradición), 13.4 (ampliación del derecho de asilo y garantías de la expulsión de personas extranjeras), 14 (titularidad del derecho a la igualdad), 15 (abolición total de la pena de muerte), 21.2 (comunicación no es autorización), 29.1 (derecho de petición de las personas extranjeras), 31.1 (precisión de las obligaciones de justicia de los ingresos y gastos públicos), título del capítulo tercero del título I (en coherencia con la supresión del art. 53.3), 41 (derecho a la renta básica), 43.1 (universalidad del derecho a la salud), 47 (contenido mínimo del derecho a la vivienda), 49 (nuevo derechos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia), 53.1 (igual vinculación de todos los derechos), 53.2 (igual garantía judicial de todos los derechos), 87.3 (ampliación de la iniciativa legislativa popular), 135 (límite al principio de estabilidad presupuestaria), y 166 (nueva iniciativa popular de reforma constitucional).
- c) **De adición** de los nuevos artículos 23.3 (derecho a la información pública), 53.3 (no regresividad de los derechos sociales), 53 bis (deber de protección de los derechos humanos fuera de nuestras fronteras), y 89 bis (participación ciudadana en el procedimiento legislativo).

La mayoría de las reformas propuestas podrían acometerse siguiendo el procedimiento ordinario del artículo 167: mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. La reforma referida a los artículos 15 y 21.2, 23.3 y 29.1, ha de seguir el procedimiento agravado del art. 168 CE.

Amnistía Internacional, Greenpeace y Oxfam Intermón
7 de julio de 2015

Este informe se basa en un trabajo de investigación llevado a cabo por el profesor Guillermo Escobar Roca (Universidad de Alcalá). Personas y equipos de las tres organizaciones que presentamos esta propuesta han hecho contribuciones y prestado apoyo a la versión final de este documento. Agradecemos especialmente su colaboración a Carlos de las Heras, Ignacio Jovtis, Virginia Alvarez, María Serrano, Daniel Canales, María del Pozo, Marta Mendiola, Alberto Estévez, Juan Lobato, Beatriz Garde, Thai Jungpanich, Teresa Caverro, Ana María Claver, Beatriz Perales, Lara Contreras, Esteban Beltrán, Jose María Vera y Mario Rodríguez.

Este informe forma parte de la campaña '**Blinda tus derechos: cambia el artículo 53**', que presenta una propuesta detallada de reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Este informe está disponible en:

www.blindatusderechos.org

Amnistía Internacional,
www.es.amnesty.org

Greenpeace,
www.greenpeace.org/espana/es/

Oxfam Intermón,
www.oxfamintermon.org

© Reservados todos los derechos. Esta publicación tiene derechos de autor, si bien puede ser reproducida por cualquier medio, sin pago de tasas, con fines educativos o para llevar a cabo acciones de protección y promoción de los derechos humanos, pero no para la venta. Los titulares de los derechos de autor solicitan que se les comuniquen los usos mencionados con el fin de evaluar sus efectos. Para la reproducción de este texto en cualquier otra circunstancia, su uso en otras publicaciones o su traducción o adaptación, deberá obtenerse el permiso previo por escrito de la editorial, y podrá exigirse el pago de una tasa.

Amnistía Internacional, Greenpeace y Oxfam Intermón somos tres organizaciones internacionales con una larga trayectoria en la protección y defensa de los derechos humanos, el medio ambiente y la justicia social, trabajando contra la pobreza y la desigualdad para garantizar una vida digna a todas las personas, y los derechos de las generaciones futuras en múltiples lugares del Planeta.

Somos organizaciones independientes de todo gobierno, interés económico y credo religioso.



GREENPEACE

