

JULIA ORTEGA BERNARDO

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORDENANZAS LOCALES

Prólogo de
José María Rodríguez de Santiago

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	17
PRÓLOGO , por José María Rodríguez de Santiago	19
PLURALISMO <i>IUSFUNDAMENTAL</i> HACIA FUERA	20
PLURALISMO <i>IUSFUNDAMENTAL</i> HACIA ABAJO: PODER NORMATIVO MUNICIPAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES	26
AGRADECIMIENTOS	29

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO

1. PRECISIONES METODOLÓGICAS	31
1.1. Objeto de estudio	31
1.2. Razones	32
1.3. Estructura	33
1.4. Método	34
2. LA INCIDENCIA DE LAS ORDENANZAS LOCALES EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	35
2.1. La constatación de su efectiva incidencia	35
2.2. Las Ordenanzas como manifestación del poder normativo local con incidencia <i>ad extra</i>	38
3. JUSTIFICACIÓN EMPÍRICO-NORMATIVA DE LA INCIDENCIA DEL PODER DE ORDENANZA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	41

PARTE I

**EL ESPACIO QUE CORRESPONDE AL PODER DE ORDENANZA
EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

CAPÍTULO II

**INCIDENCIA JURÍDICO-EMPÍRICA DE LAS ORDENANZAS
LOCALES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.
ANÁLISIS CRÍTICO Y FORMULACIÓN DE UN CANON GENERAL**

1.	EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LIBERTAD O DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (ART. 10.1 CE)	47
1.1.	Eficacia jurídica del principio de libertad o de libre desarrollo de la personalidad	48
1.1.1.	Sobre el poder normativo local en general (<i>v. gr.</i> , Ordenanzas de convivencia ciudadana)	48
1.1.2.	Sobre las Ordenanzas locales que inciden en los derechos fundamentales	53
1.1.3.	Sobre las Ordenanzas locales que establecen prestaciones de carácter público no tributarias	54
2.	EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD FÍSICA O MORAL (ART. 15 CE); A LA VIDA PRIVADA, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR (ART. 18.1 CE), Y A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO (ART. 18.2 CE)	55
2.1.	En la vertiente jurídico-objetiva de estos derechos	56
2.1.1.	La vertiente jurídico-objetiva de estos derechos fundamentales como fundamento de la actividad tuitiva de los poderes públicos.....	56
2.1.2.	La vertiente jurídico-objetiva de estos derechos fundamentales como fundamento de la actividad tuitiva de los Gobiernos locales.....	61
2.1.3.	Las Ordenanzas locales como instrumento necesario pero insuficiente para tutelar la vertiente jurídico-objetiva de estos derechos fundamentales	66
2.1.4.	¿Control de efectividad o de proporcionalidad sobre la actividad municipal?	67
2.2.	En la vertiente jurídico-subjetiva de estos derechos	69
2.3.	Recapitulación	72
3.	EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD RELIGIOSA (ART. 16 CE) ...	73
3.1.	Acotaciones sobre esta incidencia.....	73
3.2.	Incidencia en la vertiente jurídico-subjetiva del derecho a la libertad religiosa de la prohibición por Ordenanza del uso del velo integral en los establecimientos de titularidad municipal	77
3.3.	La reserva de ley en materia de derechos fundamentales y la prohibición por el poder normativo local del uso del velo integral limitada a los establecimientos de titularidad municipal	81
3.3.1.	La proyección de la exigencia de reserva de ley en materia de derechos fundamentales sobre las Ordenanzas locales que prohíben el burka.....	82

	Pág.
3.3.2. La incidencia «esencial» y no «accesoria» de las Ordenanzas locales cuando limitan mediante un ajuste singular el ejercicio de este derecho fundamental	85
3.4. Fundamento del poder de Ordenanza	87
3.4.1. Razones de «seguridad» como justificación de las limitaciones	87
3.4.2. El margen de discrecionalidad que corresponde a los Gobiernos locales...	89
3.4.3. Razones de «seguridad» frente a razones de «moralidad pública»	90
4. EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (ART. 20 CE).....	91
4.1. Acotaciones sobre la incidencia de las Ordenanzas locales en el ámbito de protección de estas libertades.....	91
4.2. Limitaciones a la libertad de expresión establecidas en las Ordenanzas que regulan la difusión de octavillas	92
4.3. La distribución de octavillas como actividad tipificada como infracción por las Ordenanzas locales	96
5. EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD SANCIONADORA (ART. 25 CE)	97
5.1. El alcance del poder de Ordenanza delimitado por la doctrina constitucional en la STC 132/2001, de 8 de junio	97
5.2. Consecuencias de la fijación de un canon por la jurisprudencia constitucional y de su plasmación en la LRBRLL	103
5.2.1. Fin a la incertidumbre derivada de una jurisprudencia oscilante	103
5.2.2. Delimitación del ejercicio de las competencias normativas del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Gobiernos locales	106
6. EN EL DERECHO DE PROPIEDAD (ART. 33 CE).....	110
6.1. Fundamento del poder de Ordenanza	110
6.2. Alcance del poder de Ordenanza	112
6.2.1. El derecho de propiedad como objeto de la reserva «relativa» de ley.....	113
6.2.2. La proyección de la reserva relativa de ley sobre el espacio de las Ordenanzas locales	115
6.3. El espacio regulativo de las Ordenanzas locales en materia de propiedad.....	116
6.3.1. En la vertiente jurídico-subjetiva del derecho de propiedad	116
a) En el sector de la prevención de incendios	117
b) En las Ordenanzas urbanísticas (usos del suelo y condiciones relativas a la edificación)	118
c) En el sector de la protección ambiental	121
d) En las Ordenanzas sobre captación de energía solar	123
6.4. Resultado	125
6.5. Valoración del resultado.....	127
7. EN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA (ART. 38 CE).....	129
7.1. La protección de la libertad de empresa como derecho fundamental y sus límites establecidos por medio de Ordenanza	129

	Pág.
7.1.1. Protección como derecho fundamental.....	129
7.1.2. Fundamento del poder de Ordenanza	130
7.1.3. Reserva de ley.....	134
a) Proyección de la reserva «relativa» de ley sobre el poder de Ordenanza	134
b) La «regulación general» como objeto de la reserva de ley	137
7.2. Límites al poder normativo local.....	140
7.2.1. Derivados del principio de garantía de la unidad de mercado.....	140
a) En su vertiente negativa: garantía del principio de libre circulación de mercancías y personas, y del principio de no discriminación	141
b) En su vertiente positiva: respeto a la legislación general de desarrollo del art. 38 CE.....	145
i) El aumento del estándar de protección de la libertad de empresa.	147
ii) La modificación de las Ordenanzas locales para adecuarlas a los nuevos estándares legales de protección de la libertad de empresa.	154
iii) El alcance de la modificación de las Ordenanzas en relación con el acceso y el ejercicio de las actividades de servicios	158
iv) La implantación por Ordenanza de sistemas de control <i>a posteriori</i>	161
v) Necesidad de una nueva regulación del procedimiento de elaboración de las normas locales.....	164
7.2.2. Derivados del principio de «libre» mercado: la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Ordenanzas locales	165
a) Aplicación de las normas de la competencia a la actividad económica local	167
b) Aplicación de las normas de la competencia al poder de Ordenanza.	169
c) Excepciones a la aplicación de las normas de la competencia a la actividad de los Gobiernos locales	171
i) Requisitos jurídico-materiales.....	172
ii) Requisitos jurídico-formales	174
7.3. La determinación del espacio regulativo de las Ordenanzas locales.....	177
7.3.1. En la vertiente jurídico-subjetiva de la libertad de empresa.....	177
a) El nuevo canon procedente de la legislación dictada en ejecución de la Directiva 123/2006 de servicios	177
b) Repaso a las limitaciones tradicionalmente impuestas a la libertad de empresa.....	179
i) Obligaciones positivas	181
ii) Obligaciones negativas relativas al emplazamiento concreto de las instalaciones y sus distancias.....	183
iii) Límites a los valores de contaminación de determinadas actividades o instalaciones.....	185
iv) Limitaciones consistentes en la imposición de requerimientos técnicos.....	186

	Pág.
7.3.2. En la vertiente jurídico-objetiva del Derecho: las Ordenanzas locales como reguladoras de las condiciones de igualdad que garantizan la libre concurrencia empresarial	189
8. FORMULACIÓN DE UN CANON GENERAL SOBRE EL ESPACIO REGULATIVO DE LAS ORDENANZAS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	193
8.1. La innecesariedad de autorización legal previa	195
8.1.1. Presupuestos	196
a) Una concepción general o «universal» de las competencias locales...	196
b) El principio de vinculación negativa de la Ordenanza a la ley	197
c) La flexibilización del principio de reserva de ley	198
8.1.2. ¿Necesidad de autorización legal para las Ordenanzas sancionadoras?	200
8.2. Los requisitos de la intervención del poder normativo local derivados de la reserva de ley	203
8.2.1. Exigencia de predeterminación legal de las competencias locales y de su identificación con razones o fines de interés general (jurídico-constitucionales).....	203
8.2.2. Exigencia de predeterminación legal de la posible prevalencia de dichos fines en el conflicto iusfundamental	205
8.3. La funcionalidad del espacio regulativo de la Ordenanza en materia de derechos fundamentales	207
8.3.1. Las Ordenanzas locales como «decisión ponderativa»	207
8.3.2. Las Ordenanzas locales como «decisión optimizadora»	211
8.3.3. Las Ordenanzas locales como «ajuste singular»	212
8.3.4. Las Ordenanzas locales como reguladoras de aspectos «esenciales» y «no accesorios» al ejercicio del derecho	214

PARTE II

FUNDAMENTO DEL ESPACIO REGULATIVO QUE CORRESPONDE AL PODER DE ORDENANZA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO III

FUNDAMENTO EN LA ESPECIAL POSICIÓN DE LA ORDENANZA EN EL SISTEMA DE FUENTES

1. EL CARÁCTER ORIGINARIO E INSTRUMENTAL DEL PODER DE ORDENANZA.	220
2. NATURALEZA Y FUNCIONALIDAD DEL PODER NORMATIVO LOCAL CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA QUE ARTICULAN SU RELACIÓN CON LAS DEMÁS NORMAS DEL SISTEMA DE FUENTES	224
2.1. Los principios de jerarquía y competencia en las relaciones ley y Ordenanza.....	225

	Pág.
2.2. Los principios que rigen las relaciones entre Reglamentos gubernativos y normas locales	229
2.2.1. La atribución legal, conforme al principio de competencia, de ámbitos materiales excluyentes y el principio de jerarquía como consecuencia	230
2.2.2. La atribución legal, conforme al principio de competencia, de los mismos ámbitos de regulación y la primacía aplicativa de las Ordenanzas como consecuencia	232
2.2.3. Consecuencias generales de la aplicación conjunta de estos principios	237
2.3. La singularidad de la Ordenanza como fuente de Derecho, incluso dictada en desarrollo o ejecución de la ley. Clases de Ordenanzas	239
2.3.1. Ordenanzas locales como «regulación exclusiva» en una materia	242
2.3.2. Ordenanzas locales como «normas especiales» frente a la legislación estatal y/o autonómica, que actúa como derecho supletorio	243
2.3.3. Las Ordenanzas locales como «normas adicionales de protección»	245
3. EL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA A LA LEY Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL PODER NORMATIVO LOCAL	246
3.1. El ejercicio del poder de Ordenanza sin necesidad de previa y específica habilitación legal	246
3.2. La constatación empírica de la aplicación del principio	249
3.3. Límites a la aplicación del principio de vinculación negativa: ámbito competencial y reserva de ley	252
3.3.1. La aprobación ulterior de una nueva regulación legal	252
3.3.2. El alcance limitado de las competencias locales	253
3.3.3. La reserva de ley	254
3.4. Las Ordenanzas como Reglamentos independientes	256

CAPÍTULO IV

CONFORMIDAD DEL ESPACIO REGULATIVO DE LAS ORDENANZAS LOCALES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES PRIMARIAS. LAS VENTAJAS QUE SE DERIVAN DEL CANON PROPUESTO

1. PRECISIONES METODOLÓGICAS	261
2. IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO SOBRE LAS ORDENANZAS LOCALES QUE INCIDEN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	263
2.1. La eficacia directa de los derechos fundamentales y su proyección sobre las Ordenanzas locales	264
2.1.1. Vinculación negativa	265
2.1.2. Vinculación positiva	267
2.2. Reserva de ley en materia de derechos fundamentales y Ordenanzas locales: la flexibilización del mandato	269

	Pág.
2.2.1. Flexibilización de la reserva de ley en su vertiente formal	270
<i>a)</i> Principio de reserva de ley y separación de poderes	271
<i>b)</i> La proyección de la reserva de ley iusfundamental sobre la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas	273
<i>c)</i> Consecuencias de la proyección del principio de reserva de ley iusfundamental en su vertiente formal sobre el poder normativo de los Gobiernos locales con incidencia en tales derechos: la distinción (material) entre regulación general y regulación de «ajuste singular»	276
2.2.2. Flexibilización de la reserva de ley en su vertiente material	280
<i>a)</i> En las Ordenanzas tuitivas	281
<i>b)</i> En las Ordenanzas limitativas	284
<i>i)</i> Sobre el contenido regulativo mínimo exigible a la ley.....	284
<i>ii)</i> Ventajas de la flexibilización de la reserva de ley desde el punto de vista del Estado de Derecho	287
2.2.3. Flexibilización de la reserva de ley y principio de seguridad jurídica	290
2.2.4. Flexibilización de la reserva de ley y principio de igualdad	291
<i>a)</i> La garantía de la igualdad implícita en las normas constitucionales iusfundamentales y en su regulación por la ley.....	291
<i>b)</i> El principio de igualdad no requiere la uniformidad y es compatible, cuando no exige, legítimas diferenciaciones.....	292
<i>c)</i> El control material de la Ordenanza que introduce divergencias con respecto al régimen general	295
<i>d)</i> Vías procedimentales y medios formales que sirven de compensación a la mayor responsabilidad que comporta regular diferenciadamente	298
2.3. Tutela judicial individual y regulación por Ordenanza.....	299
2.3.1. Ventajas de la decisión regulativa iusfundamental por Ordenanza	299
2.3.2. Sobre el alcance limitado del control judicial.....	300
3. IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE ESTADO DEMOCRÁTICO SOBRE LAS ORDENANZAS LOCALES QUE INCIDEN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	303
3.1. La legitimidad democrática «autónoma» de los Gobiernos locales	304
3.2. La doble legitimidad democrática (autónoma y heterónoma) de los Gobiernos locales	306
3.3. La dimensión «ideal» del principio democrático en las decisiones locales.....	307
3.4. La legitimidad democrática y el mandato de eficacia: la legitimidad institucional-funcional	308
3.5. Resultado	309
4. IMPLICACIONES DERIVADAS DEL ESTADO SOCIAL EN LAS ORDENANZAS QUE AFECTAN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	310
4.1. Fundamento en la cláusula de Estado social de la incidencia del poder de Ordenanza en el ámbito de los derechos fundamentales	310
4.2. La potenciación del poder normativo local derivada de la cláusula del Estado social	312

	Pág.
4.3. Inadmisibilidad del ejercicio del poder normativo local ante la ausencia de la pre-determinación legal de las prevalencias prima facie entre derechos o entre éstos y otros bienes jurídico-constitucionales.....	314
5. IMPLICACIONES DERIVADAS DEL MODELO DE ESTADO DESCENTRALIZADO.	315
5.1. La activación del principio de autonomía local en la definición legal de las com-petencias locales	318
5.1.1. Los principios de descentralización y de subsidiariedad cómo criterios de atribución de competencias locales en el marco de la ponderación legislativa.....	318
5.1.2. Exigencia de una «mínima» densidad normativa legal en la asignación de competencias locales	320
5.1.3. Los parámetros de control de la ley que modifica desplaza o deroga a la Ordenanza previa	324
5.2. La activación del principio de autonomía local en la configuración legislativa del ejercicio de las competencias locales.....	326
5.2.1. Con carácter general	327
5.2.2. En materias reservadas a la ley (en el ámbito iusfundamental).....	329

ADENDA

EL IMPACTO DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN LOCAL DE 2013 SOBRE EL PODER DE ORDENANZA

1. CONSECUENCIAS PARA EL EJERCICIO DEL PODER DE ORDENANZA DE LA ELIMINACIÓN POR LA LRSAL DE DETERMINADAS MATERIAS Y SERVICIOS PÚBLICOS DEL ÁMBITO DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES	336
2. CONSECUENCIAS CON RESPECTO AL EJERCICIO DEL PODER DE ORDE-NANZA DE LA MODIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA MUNICIPAL PARA ASUMIR NUEVOS ÁMBITOS MATERIALES DE ACTIVIDAD NO PREVISTOS LEGALMENTE: <i>LA NUEVA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIAS</i>	338
3. CONSECUENCIAS CON RESPECTO AL ALCANCE DEL EJERCICIO DEL PO-DER DE ORDENANZA DE LA EXIGENCIA PREVISTA EN LA REFORMA DE LA LRBRL DE LA NECESARIA PREDETERMINACIÓN LEGAL DE LAS COMPE-TENCIAS PROPIAS	342
BIBLIOGRAFÍA	343

PRÓLOGO

La *uniformidad* en la regulación y el ejercicio de los derechos fundamentales es una idea claramente presente en los preceptos de la Constitución española. A garantizar esa uniformidad se dirigen, por ejemplo, la reserva a la Ley orgánica (que sólo puede ser estatal) del «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (art. 81.1 CE), la (en su literalidad manifiestamente exagerada) previsión constitucional de que todos los españoles tengan «los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 139.1 CE), la competencia estatal para regular «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (...) constitucionales» (art. 149.1.1 CE), etc.

Y, sin embargo, desde el mismo comienzo de la interpretación de la Constitución española de 1978 estuvo claro que el legislador del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) no era sólo el legislador estatal, sino también el de la Comunidad Autónoma que ostente «competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados» (STC 37/1981, de 26 de noviembre, FJ 2). Si una Comunidad Autónoma tiene competencias, por ejemplo, en materia de reforma agraria y se dan en su territorio las circunstancias fácticas que hacen esa reforma necesaria, puede el legislador autonómico regular el derecho de propiedad (art. 33 CE) sobre inmuebles rústicos de forma más restrictiva para el propietario que en otras partes del territorio nacional (ése fue, en síntesis, el caso analizado en la conocida STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza, donde — a pesar del tiempo transcurrido — se contiene la doctrina constitucional más relevante sobre ese derecho fundamental).

En cada organización jurídico-pública la decisión sobre el alcance de un derecho fundamental es el resultado de la decisión — que se adopta conforme a los valores vigentes en la comunidad social que se estructura política o administrativamente a través de dicha organización — relativa a la medida en que el ámbito de autodeterminación individual en que

el derecho fundamental consiste debe estar limitado por los bienes o intereses colectivos cuya protección se sitúa en su ámbito competencial¹.

Hoy se habla más que nunca de «pluralismo *iusfundamental*»², pero pluralismo de ese tipo ha existido siempre en nuestro ordenamiento, desde que los derechos fundamentales fueron efectivamente garantizados en la Constitución y muchas competencias para legislar sobre intereses públicos diversos (que pueden entrar en conflicto con los ámbitos de libertad o autodeterminación individual protegidos por los derechos fundamentales) fueron descentralizadas en las Comunidades Autónomas. En principio, no hay reparto competencial que no tienda a un más o menos acentuado pluralismo *iusfundamental*³. Cualquier descentralización territorial de parcelas relevantes de poder público lleva en sí misma el código que tiende a la asimetría *iusfundamental*. Y lo mismo puede decirse de la atribución de poder estatal soberano a organizaciones como la Unión Europea.

Hasta ahora se ha centrado el análisis, sobre todo, en las asimetrías relativas a la materia de los derechos fundamentales que se dan en el contexto del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La novedad del discurso hay que buscarla en otros ámbitos de reparto competencial. Y entonces se encuentra, casi como una evidencia a la que se había prestado poca atención hasta ahora, en las relaciones («hacia fuera») del reparto competencial entre el Estado miembro y la Unión Europea, y («hacia abajo») en el espacio en el que la Constitución permite que los municipios, al gestionar con autonomía los asuntos vecinales (arts. 137 y 140 CE), adopten decisiones que, en atención al peso diferente que en cada uno de ellos pueda darse a un determinado interés de la colectividad municipal, puedan introducir asimetrías regulativas en espacios *iusfundamentalmente* garantizados. Este segundo es el tema de este libro.

PLURALISMO IUSFUNDAMENTAL HACIA FUERA

Pluralismo *iusfundamental* en Europa, diálogo entre tribunales en materia de derechos fundamentales⁴, ¿quién tiene la competencia para decir la última palabra en cuestiones relativas a los derechos fundamentales en la Unión?⁵ Son éstas diversas formas de identifi-

¹ En sentido análogo, J. H. H. WEILER (1999), *The Constitution of Europe («Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration)*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 106.

² Que la expresión original es alemana (*Grundrechtspluralismus*) posiblemente no sorprenda. *Vid.*, por ejemplo, con el sentido que se está dando al término en el texto, G. HIRSCH (2004), «Grundrechtspluralismus in der europäischen Union», en R. BÖTTCHER, E. HUTHER y P. RIESS (eds.), *Verfassungsrecht - Menschenrechte - Strafrecht*, Berlin, De Gruyter Recht, pp. 81-92.

³ Para el Derecho alemán puede verse K. F. GÄRDITZ (2011), «Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IX, 3.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, § 189, pp. 225 y ss., en concreto pp. 243-244.

⁴ *Vid.*, por ejemplo, los trabajos de J. A. XIOL RÍOS (2013), «El diálogo entre Tribunales» (pp. 11 y ss.); A. SAIZ ARNAIZ (2013), «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (pp. 131 y ss.), y J. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO (2013), «El diálogo abierto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: una plática abierta a otros contertulios» (pp. 209 y ss.), en la obra colectiva *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁵ Utilizando esa gráfica expresión, J. DíEZ-HOCHLEITNER (2013), «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?» (pp. 57 y ss.), y José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (2013), «El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el trián-

car un problema jurídico relevante que ya no es nuevo y, sin embargo, sigue de moda. Este prólogo me ofrece un lugar adecuado para formular algunas ideas que han suscitado para el Derecho público español y para la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) las recientes decisiones del Tribunal de Justicia en los casos *Melloni*⁶ y *Åkerberg*⁷, dictadas en la misma fecha.

¿Quién tiene la última palabra para decidir sobre lo que «debe ser» en materia de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional de España o el Tribunal de Justicia de la Unión? Hay un punto de partida para ofrecer una respuesta que parece muy sencillo y, sobre todo, evita un planteamiento de la cuestión que hiciera referencia a la posibilidad de conflicto en todos los casos: el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia tienen, los dos, la facultad de decir la última palabra en materia de derechos fundamentales, pero cada uno en su ámbito de competencias.

Imaginemos un círculo amplio dentro del cual se represente la totalidad de la actividad estatal (en sentido amplio) imputable al poder público español. En el ámbito de ese círculo puede terminar recurriéndose al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre si en un caso concreto el poder público ha respetado un derecho fundamental. Y el Tribunal Constitucional, con independencia de la vía procesal por la que se acceda al enjuiciamiento, utilizará como criterios de su juicio —según se ha declarado una y otra vez en la jurisprudencia constitucional— exclusivamente los derechos fundamentales nacionales, las normas sobre derechos fundamentales contenidas en la Constitución española⁸. De sí mismo y de su tarea jurisdiccional el Tribunal Constitucional ha reiterado que él no es juez de los tratados internacionales, ni tampoco del Derecho europeo⁹. El Tribunal Constitucional de España es sólo juez, máximo intérprete y defensor de la Constitución española. En este contexto puede afirmarse que el Tribunal Constitucional de España tiene la última palabra sobre los derechos fundamentales de la Constitución española.

Dentro del círculo más amplio al que acaba de hacerse referencia (toda la actividad estatal) hay, por definición, otro círculo más estrecho en el que se incluyen los casos en los que debe considerarse que la actividad del Estado español se realiza en aplicación del Derecho de la Unión (art. 51.1 CDFUE). En ese ámbito puede surgir un conflicto que llegue a plantearse ante el Tribunal de Justicia, que *también* será competente para pronunciarse sobre una eventual cuestión relativa a derechos fundamentales. En uno de estos supuestos, el criterio de enjuiciamiento de las decisiones del Tribunal de Justicia serán los derechos

gulo judicial europeo» (pp. 161 y ss.), en la obra colectiva *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁶ STJ de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11. Sobre los antecedentes de la cuestión prejudicial que dio lugar a esa sentencia puede verse L. ARROYO JIMÉNEZ (2011), «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias», *Indret*, núm. 4, y sobre la sentencia, J. I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA y S. RIPOL CARULLA (2013), «La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía *iusfundamental* (a propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», *Revista de Derecho Europeo*, núm. 46, pp. 151 y ss.

⁷ STJ de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10.

⁸ SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 8, y 265/1994, de 3 de octubre, FJ 2. Sobre esto *vid.* también L. ARROYO JIMÉNEZ (2011), *op. cit.*, p. 18.

⁹ «El Derecho comunitario europeo tiene sus propios órganos de garantía, entre los que no se cuenta este Tribunal Constitucional» (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7).

fundamentales de la Carta. Esto es, el Tribunal de Justicia tiene la última palabra sobre los derechos fundamentales de la Carta.

Poco esfuerzo de reflexión hace falta para caer en la cuenta de que el ámbito del mencionado círculo estrecho (actividad del Estado miembro realizada en aplicación del Derecho de la Unión, art. 51.1 CDFUE) es terreno idóneo para que surja el conflicto cuando sean distintos los estándares de protección del derecho fundamental europeo y nacional¹⁰. De las Sentencias *Åkerberg* (ap. 29-30) y *Melloni* (ap. 60) ya se deducen algunas reglas claras para solucionar el conflicto. Por una parte, el estándar nacional de protección del derecho fundamental no puede ser inferior al europeo. Por otra parte, la *mayor protección nacional* del derecho fundamental no puede ser contraria al Derecho de la Unión¹¹.

Y en este punto podría volver a distinguirse entre dos supuestos básicos. En ámbitos en los que la actividad del Estado miembro esté *determinada por completo* por el Derecho de la Unión será probable que la mayor protección nacional del derecho fundamental sea contraria al Derecho de la Unión. Esto es, exactamente, lo que sucedió en el caso *Melloni*: la densidad regulativa de la Decisión Marco europea ya no dejaba ningún espacio libre para un incremento de la protección nacional.

Por el contrario, en ámbitos en los que la actuación estatal esté *solo parcialmente determinada* por el Derecho europeo será posible frecuentemente permitir la aplicación de niveles de protección estatal más altos que el europeo de la Carta¹².

En todos los casos del círculo más estrecho, por descontado, la ortodoxia europea exige aceptar que es el Tribunal de Justicia el competente para pronunciarse sobre ellos de forma vinculante y que a él corresponde la última palabra incontestable.

Desde que en la llamada «fase fundacional» de la Comunidad Europea¹³ el Tribunal de Justicia decidió utilizar los derechos fundamentales como Derecho no escrito aplicable a su actividad de control jurisdiccional¹⁴, al Convenio Europeo de Derechos Humanos le

¹⁰ Sobre esto, para el caso de España, C. IZQUIERDO SANS (2010), «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 34, pp. 193 y ss.

¹¹ «Las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales *siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta*, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, *ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión*» (STJ *Melloni*, de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, ap. 60, y STJ *Åkerberg*, de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, ap. 29).

¹² Sobre la interacción de los diversos niveles de protección europeo y nacional puede verse D. SARMIENTO (2013), «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *Common Market Law Review*, núm. 50, pp. 1267 y ss., que distingue entre tres situaciones: *complete determination*, *partial determination* y *derogations of fundamental freedoms* (pp. 1289 y ss.). Sobre esta última situación, en la que también existe una determinación sólo parcial de la actuación estatal por el Derecho de la Unión, pero con la peculiaridad de que la actuación estatal afecta a una libertad fundamental comunitaria, puede verse J. CABRERA RODRÍGUEZ (2013), «Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, pp. 371 y ss.

¹³ Sobre esto *vid.* J. H. H. WEILER (1999), *op. cit.*, pp. 23 y ss.

¹⁴ Á. CHUECA SANCHO (2002), «La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios», en F. J. MATÍAS PORTILLA (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 39 y ss., distingue cuatro etapas en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con respecto a la protección de estos derechos: la etapa de la negación, los primeros pasos de la protección, la consolidación de la protección y la etapa de la coexistencia problemática con el sistema del Consejo de Europa.

ha correspondido siempre la función de ofrecer un estándar de protección común a todos los Estados miembros que, en la práctica, ha sido utilizado como criterio útil de evitación del conflicto antes de recurrir al enfrentamiento formal entre tribunales en materia de derechos fundamentales.

Supuesta la voluntad de evitar el conflicto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos abre, por la vía de la remisión a esas reglas internacionales sobre derechos fundamentales como criterios relevantes para la interpretación de las normas nacionales y europeas sobre esa materia, una posibilidad fructífera de alcanzar soluciones pacificadoras entre tribunales que estén dispuestos al diálogo¹⁵. La Carta reconoce expresamente ese valor del CEDH como criterio interpretativo del «sentido y alcance» de los derechos que aquélla garantiza (art. 52.3 CDFEU). Por ahora, no parece que el CEDH sea «fuente del Derecho», en sentido estricto, para los órganos de la Unión, pero sí criterio interpretativo, eso que en la doctrina alemana se conoce como «fuente de conocimiento del Derecho» (*Rechtserkenntnisquelle*)¹⁶. Distinta será la cuestión cuando la Unión se adhiera al CEDH, conforme a lo previsto en el art. 6.2 TUE.

En sentido análogo se ha pronunciado muchas veces nuestra jurisprudencia constitucional relativa al CEDH como criterio interpretativo del contenido de los derechos fundamentales de la Constitución española: «Los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución»¹⁷.

Y eso, por cierto, lo dice el Tribunal Constitucional tanto del CEDH como de la Carta: «El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950»¹⁸.

Nótese con qué cuidado subraya nuestro Tribunal Constitucional que tanto la Carta como el CEDH son valiosos *criterios interpretativos* de los derechos fundamentales nacionales, pero, para él, nada más que criterios interpretativos. El Tribunal Constitucional de España no se considera «juez de la Carta» (como, por ejemplo, sí que lo son, obligatoria e indudablemente, el Tribunal Supremo y cualquier otro órgano judicial español), porque, por ahora, tampoco se ha considerado nunca «juez del Derecho europeo» ni «juez del Derecho internacional». El Tribunal Constitucional de España sólo es juez y defensor de la Constitución española, en la que los criterios de la Carta (como los del CEDH) sólo entran por vía interpretativa. Así de rigurosamente sigue interpretando nuestro Tribunal Constitucional el precepto que somete su actuación *sólo* a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1.1 CE)¹⁹.

¹⁵ Así, R. STREINZ (2012), *Europarecht*, 9.^a ed., Heidelberg, p. 276.

¹⁶ *Ibid.*, p. 275.

¹⁷ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Ésta es la idea clave que critica la magistrada Adela Asua Batarrita en su voto particular concurrente (3) formulado a la STC 26/2014, de 13 de febrero: «En supuestos como el presente, que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, *no puede ser un mero criterio hermenéutico* que podamos manejar con cierta libertad, en conjunción con otros, con el fin de concretar *ex art. 10.2 CE* el contenido absoluto del derecho fundamental. Por el contrario, proporciona el canon que debemos aplicar *ex art. 93 CE* en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea: estando plenamente armonizada la regulación de la ejecución de las ordenes

Por lo que se refiere al valor del CEDH como estándar mínimo común de protección de los derechos fundamentales hay que destacar, sin embargo, que es una evidencia que para la consecución de ese nivel común de garantía del sentido y alcance de aquéllos lo más relevante no es la uniformidad de los textos normativos que los reconocen. Es una obviedad para quien conoce cómo suceden las cosas en materia de derechos fundamentales que un mismo precepto relativo a una garantía *iusfundamental* puede interpretarse y aplicarse de forma distinta por dos órganos judiciales distintos. De ahí deriva, por una parte, la conveniencia de que ningún órgano judicial actúe en esa materia como si los demás no existieran y de que tenga lugar un (hoy tantas veces invocado) verdadero diálogo entre los tribunales, y, por otra, de ahí procede también, inevitablemente, la importancia que en este ámbito tiene la atribución a uno de ellos del poder para decir la última palabra.

Como es sabido, los Tribunales Constitucionales (o funcionalmente equivalentes) de los Estados miembros se están reservando, a través de decisiones que, al mismo tiempo, se interpretan como gestos de autoafirmación nacional, desde hace décadas, ámbitos en los que la última palabra debe corresponderles a ellos²⁰. Pero ahora aquí se quiere prestar atención a la facultad de decir la última palabra en materia de derechos fundamentales del Tribunal de Justicia. En qué ámbito el Tribunal de Justicia tiene el poder de la última palabra es algo que depende de la interpretación que se dé a la citada expresión del art. 51.1 CDFUE: «cuando (los Estados miembros) apliquen el Derecho de la Unión»²¹. Y, obviamente, la última palabra sobre el sentido y el alcance de esa expresión también corresponde al Tribunal de Justicia.

Cómo de amplio es ese círculo estrecho del que se hablaba antes, en el que el Tribunal de Justicia tiene la última palabra en materia de derechos fundamentales, es algo que también se decide por ese mismo órgano judicial. Se está aquí ante una de esas cuestiones en las que de un órgano o una organización se dice —con una expresión muy gráfica que ha hecho fortuna— que ostenta la competencia de la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*). Cuando el Tribunal de Justicia decide sobre el alcance de la expresión «aplicación del Derecho de la Unión» (art. 51.1 CDFUE) está decidiendo, al mismo tiempo, sobre las fronteras del ámbito en el que a él corresponde la última palabra en cuestiones relativas a derechos fundamentales. El Tribunal de Justicia es competente para delimitar su propio ámbito competencial.

La decisión en el caso *Åkerberg* (ap. 18-28) pone de manifiesto qué lejos pueden llegar potencialmente los límites de ese espacio competencial del Tribunal de Justicia. Para que un asunto se sitúe en ese ámbito bastaría (parece, según se deduce de lo que allí se dice)

europas de detención y entrega, lo que hay que aplicar son única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Unión; en este caso los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados, a instancia nuestra, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013» (cursiva mía). Yo no veo claro que el Tribunal Constitucional (a diferencia de cualquier otro órgano judicial español) pueda sustituir en ningún caso, como canon directo de enjuiciamiento, los derechos fundamentales de la CE por los de la Carta. El art. 93 CE y el principio de primacía impiden al Tribunal decidir en contra del Derecho de la Unión, pero —a mi juicio— no imponen un cambio de canon, que carecería de soporte normativo.

²⁰ Puede verse sobre esto R. ALONSO GARCÍA (2010), *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2.^a ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, pp. 259 y ss.

²¹ Sobre la irrelevancia de la utilización del término *implementation* en la versión en inglés de la Carta, en lugar de la expresión que procedía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia *scope of application*, vid. D. SARMIENTO (2013), *op. cit.*, pp. 1274 y ss.

con que al caso en cuestión le fuera aplicable una norma del Derecho de la Unión que determinara la actuación del órgano aplicativo del Estado miembro de forma relevante, aunque sólo determinara esa actuación muy parcialmente.

«Puro Derecho nacional» puede ser examinado por el Tribunal de Justicia conforme a los criterios derivados de los derechos fundamentales de la Carta, si se da ese presupuesto. Por poner un ejemplo expresivo: cualquier precepto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, podría contrastarse con los derechos fundamentales de la Carta por el Tribunal de Justicia, porque, sin duda, es esa ley española la que contiene buena parte de las normas procedimentales con las que también se aplica administrativamente en España el Derecho de la Unión. Algo análogo es lo que sucedió en el caso *Åkerberg* con respecto a las normas generales del procedimiento tributario suecas.

Esta potencial ilimitación del ámbito de vigencia de los derechos fundamentales de la Carta en la sentencia *Åkerberg* explica, por cierto, la patente irritación con la que el Tribunal Constitucional Federal Alemán se empeñó en justificar que no era necesario plantear la cuestión prejudicial en su Sentencia *Antiterrordatei*²², a pesar de reconocer que el intercambio de datos entre órganos administrativos alemanes regulado en la ley impugnada «se permite para la lucha contra el terrorismo internacional, por lo que se afecta a cuestiones que, en parte, se refieren a ámbitos regulativos del Derecho de la Unión»²³. El Tribunal Constitucional Federal —como en otras ocasiones— llega, incluso, a enseñar los dientes —si se permite la expresión— y a plantear la cuestión de si la decisión *Åkerberg* podría considerarse como un caso de *ultra vires* comunitario, para terminar respondiendo, sin embargo, negativamente²⁴. En consecuencia, decide la alta instancia alemana que los preceptos impugnados sólo deben examinarse conforme a los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* y no en contraste con el art. 8 de la Carta (protección de datos de carácter personal), porque el supuesto sometido a su consideración no puede considerarse como «ningún caso de aplicación del Derecho de la Unión, que es lo único que determina la vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales de la Carta»²⁵. A la vista de la doctrina *Åkerberg* sobre la cuestión ahora relevante, a mi juicio, desde luego, esto no está tan claro²⁶.

El papel que en el futuro esté reservado al Tribunal de Justicia de la Unión con respecto a la interpretación y a la vigencia de los derechos fundamentales en Europa podrá hacer cierta, una vez más, la frase que Rainer Wahl refiere tanto a ese Tribunal, como a la *Supreme Court* de los Estados Unidos y al *Bundesverfassungsgericht* alemán: «El establecimiento de un tribunal supremo en una unidad política es un acto de repercusiones poco previsible»²⁷.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (Primer Senado) de 24 de abril de 2013 (1 BvR 1215/07) sobre la Ley de creación de un archivo común de datos sobre terrorismo para el *Bund* y los *Länder*, en especial ap. 88-91.

²³ Sentencia *Antiterrordatei*, ap. 89.

²⁴ *Ibid.*, ap. 91.

²⁵ *Ibid.*, ap. 88.

²⁶ Sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Carta, últimamente pueden verse las SSTJ de 6 de marzo de 2014, Cruciano Siragusa, asunto C-206/13, y de 27 de marzo de 2014, Emiliano Torralbo, asunto C-265/13.

²⁷ R. WAHL (2013), *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, p. 152.

Sería ingenuo y poco prudente no pensar que puede haber casos de conflicto entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión, en concreto, en materia de derechos fundamentales, en los que el Estado miembro no esté dispuesto a ceder sin ofrecer batalla, o no esté dispuesto a ceder en absoluto. Un eventual conflicto de ese tipo es el que ha llevado a algunas jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros —como ya se ha dicho— a declarar expresamente que existen límites constitucionales a la integración. La versión española de esa cláusula de reserva se encuentra en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre: «De la Constitución española se derivan implícitamente límites materiales a la integración prevista en el art. 93 CE, como “el respeto a la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”» (FJ 2)²⁸.

La reacción española ante un supuesto «difícilmente concebible» de «hipotético exceso del Derecho europeo» también está diseñada en esa declaración del Tribunal Constitucional: en primer lugar, habría que recurrir a intentar el remedio por los cauces ordinarios del Derecho de la Unión; en segundo término, habría que acudir a los «procedimientos constitucionales pertinentes» (con lo que parece que debe de hacerse referencia a una eventual reforma constitucional), y, en último término, queda siempre abierta la obvia posibilidad de la «renuncia» a la condición de Estado miembro (FJ 4)²⁹.

El asunto *Melloni* (supuesta incompatibilidad de la euroorden con el art. 24.2 CE) ha llevado a que hoy se tenga que calificar como optimista en exceso la visión de las cosas que en 2004 tuvo el Tribunal Constitucional. Entonces se estimó como «difícilmente concebible» —según acaba de decirse— el conflicto y los posibles problemas «desde la perspectiva actual se considera(ba)n inexistentes». No hacen falta más comentarios sobre qué queda de esas afirmaciones menos de diez años después de ser formuladas. O sobre qué queda también de la ingenua interpretación que el Tribunal Constitucional hacía del art. 53 CDFUE como cláusula de garantía de mínimos: «La Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales pueden desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno» (DTC 1/2004, FJ 6). Que en esa frase sobra la expresión «en todo caso» hoy está claro, pero ya bastante antes de 2004 se habían puesto de manifiesto de forma muy convincente los problemas teóricos del *maximalist approach* a los problemas de divergencia en los estándares de protección europeo y nacional en los derechos fundamentales³⁰.

PLURALISMO IUSFUNDAMENTAL HACIA ABAJO: PODER NORMATIVO MUNICIPAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La tesis central que se defiende en el libro que tengo el honor de prologar es la de la apertura al pluralismo *iusfundamental* hacia abajo, hacia el nivel del gobierno local. El poder decisorio que sobre los intereses colectivos de alcance vecinal tiene el municipio

²⁸ Reiterado en la STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3.

²⁹ Sobre esto *vid.* R. ALONSO GARCÍA (2010), *op. cit.*, pp. 265 y ss.

³⁰ *Vid.*, por ejemplo, J. H. H. WEILER (1999), *op. cit.*, pp. 109 y ss.: «*The maximalist approach does not work, cannot work and, for good reason, has been rejected by the Court (...) In some cases it is not achievable at all*» (p. 109). El artículo de WEILER del que procede este capítulo del libro había sido publicado en 1995.

permitiría que, por Ordenanza, se limitara el alcance de un derecho fundamental de forma distinta en este municipio y en aquel, de forma análoga a como —según se ha dicho al principio— la propiedad inmueble rústica puede tener límites y contenidos diversos en dos Comunidades Autónomas en función de cómo se hayan ejercido en cada una de ellas las competencias legislativas autonómicas en materia de reforma agraria. Sería posible, pues, la asimetría local (municipal) de los límites de los derechos fundamentales en atención a la distinta consideración e importancia otorgadas en cada municipio a los intereses vecinales colectivos con los que los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto.

Es casi obvio que la defensa de esta tesis pasa necesariamente por una flexibilización de la reserva constitucional a la ley de la materia «derechos fundamentales». Pero el Tribunal Constitucional ya ha dado ese paso, como se sabe, en el caso particular del derecho a la legalidad sancionadora administrativa (art. 25.1 CE) (STC 132/2001, de 8 de junio) con argumentos que —antes o después— podrían generalizarse para otros o para todos los derechos fundamentales: en la línea de tensión que en el nivel municipal de gobierno se plantea entre el principio del Estado de Derecho (reserva de ley) y el principio democrático (poder regulatorio normativo de órganos dotados de legitimidad democrática directa) habría que aceptar que donde está en juego la regulación de intereses locales puede introducirse una flexible articulación de «menos ley» con «más Ordenanza».

¿«Cuánta ley» se exige por esa reserva flexibilizada? La ley —dice la autora— tiene que identificar, al menos (pero esto sería también suficiente), el interés público de competencia municipal que el legislador permite que entre en conflicto y sirva de límite a un derecho fundamental: el bien colectivo encomendado al cuidado del municipio que puede entrar en un juicio ponderativo con el mandato de optimización contenido en el derecho fundamental. Al poder de Ordenanza se permite, entonces, decidir sobre la prevalencia de los principios en conflicto (decisión ponderativa) para resolver «ajustes singulares», esto es, «conflictos concretos que tienen que solucionarse a nivel local» —en las palabras de la autora—.

Recuerdo que Julia Ortega me habló de la idea de elegir esta cuestión como objeto de investigación —ella no se refiere a ese momento inicial en su presentación del planteamiento de la obra— en un viaje en tren de Trento (donde, con otros colegas españoles, habíamos asistido a un seminario sobre régimen local en Italia, España y Alemania) a Verona en junio de 2010. Y me consta que, desde entonces hasta ahora (en una fase de pruebas en la que habrán de introducirse algunos comentarios derivados de la aprobación de la controvertida Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local), no se ha interrumpido el trabajo de búsqueda, reflexión y formulación de los resultados en que consiste la tarea investigadora.

Debo confesar que —a lo largo de ese tiempo— nunca estuve seguro de que la tesis de Julia Ortega (a la que ya me hizo referencia al comentarme aquel primer chispazo intuitivo que se da, muchas veces, en el mismo momento en que se elige un tema de investigación) llegara a convencerme plenamente. Pero la lectura del resultado final sí me ha parecido por completo convincente. La metodología de la obra (que va del análisis crítico de lo que está sucediendo empíricamente en el binomio «derechos fundamentales-Ordenanzas municipales» a la formulación de un «canon general» regulador de ese binomio, y de ahí a su contraste «validador» con las «decisiones constitucionales primarias») y la tenacidad argumentativa de la autora estimulan y, al mismo tiempo, complican la discrepancia. Al lector queda —por descontado— el juicio último sobre esto.

Es para mí un honor poder escribir el prólogo a esta obra de la profesora Ortega, colega en el área de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, compañera de trabajo en una lista ya de muy costosa enumeración de proyectos, cursos, seminarios y libros, y amiga mía desde hace ya casi veinticinco años.

Me alegra que sea ésta la ocasión que me ofrece también la oportunidad de presentar la colección «Administración pública y Derecho» de la editorial Marcial Pons, que esta obra inaugura, y cuyas señas de identidad (así lo pretendemos los directores) este libro delimita tan correctamente.

Madrid, abril de 2014.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO

1. PRECISIONES METODOLÓGICAS

1.1. Objeto de estudio

Este estudio aborda uno de los problemas jurídicos que plantean los derechos fundamentales en relación con un tipo de normas infralegales, las Ordenanzas locales. Por sorprendente que a primera vista pudiera parecer, las normas aprobadas por los municipios inciden en los espacios de libertad que la Constitución garantiza a las personas. Y esto no sucede rara vez ni con carácter excepcional, sino de forma bastante habitual, con independencia, aunque no al margen, de cambios legislativos y reformas legales, y de que en la práctica ello resulte más (o menos) controvertido. Seguramente no hay municipio español que pueda figurar como «exento» de incidir con su regulación en los ámbitos de libre autodeterminación personal. De esta constatación empírica surge esta investigación. Señaladamente se pretende conocer en qué medida los Gobiernos locales, como organizaciones jurídico-públicas pertenecientes a la estructura territorial del Estado, pueden afectar con su poder normativo el ejercicio de los derechos fundamentales. La pregunta que se formula, resumidamente expuesta, pretende llegar a conocer cuál es el espacio que vienen ocupando en la práctica jurídico-administrativa las normas locales cuando están en juego los derechos fundamentales y cuál es el que realmente les debería corresponder. Se persigue de esta forma enunciar, en síntesis, las pautas que configuren un canon con el que, en términos generales, se puedan describir los rasgos que conforman el alcance del poder de Ordenanza en el ámbito iusfundamental.

La configuración de nuevos límites a los derechos fundamentales o, en un sentido inverso, la regulación por el propio poder normativo local de la posibilidad de un ejercicio iusfundamental efectivo, o incluso de mayor alcance que el previsto en la regulación legal, plantea a pequeña escala, pero en todo caso, interrogantes desde el punto de vista de las

decisiones esenciales que configuran nuestro modelo de Estado: ¿entorpece la propia eficacia directa de la Constitución que los derechos fundamentales en ella garantizados puedan ser regulados (en ocasiones incluso inmediata y restrictivamente) por normas infralegales procedentes de los Gobiernos locales? ¿Resulta compatible con un Estado de Derecho y especialmente, como es obvio, con la plena aplicación del *principio de reserva de ley*? Y, aunque sea necesaria su flexibilización, ¿en qué grado es esta flexibilización de la reserva de ley admisible para que resulte efectivo el principio de autonomía local? ¿Se flexibiliza con el mismo alcance con independencia del derecho afectado? ¿Es más o menos democrático un Estado cuando determinadas decisiones sobre cuestiones significativas relativas al ámbito iusfundamental las toman los Plenos de los Ayuntamientos que cuando se adoptan en el seno de los Parlamentos? ¿No conduce a una excesiva fragmentación del nivel de protección de los derechos fundamentales reconocer que las Ordenanzas de cada municipio puedan modificar sus límites o reforzar su ejercicio? ¿No resulta contrario a la igualdad este fenómeno? ¿Es admisible jurídicamente que ciertas decisiones iusfundamentales sean adoptadas por el nivel de organización jurídico-pública de menor entidad dentro de un Estado descentralizado? ¿Se convierten por ello en decisiones menos controlables? ¿Se trata de decisiones que pueden conducir a un mayor bienestar social, que pueden optimizar la consecución de los fines propios del Estado social?

Las preguntas que, en última instancia, suscita este problema requieren, en primer lugar, que se verifique de forma concreta, empírico-jurídica, la incidencia de las Ordenanzas locales sobre determinados derechos fundamentales. Asimismo exigen que, dentro de una concepción actual del sistema de fuentes, se llegue a determinar de forma abstracta los términos de esta relación entre ley y Ordenanza en el ámbito iusfundamental. Así, teniendo en cuenta que el *principio de reserva de ley* ha de activarse en esta materia —el ejercicio de todos los derechos fundamentales se encuentra reservado a regulación por norma legal (art. 53.1 CE), y un conjunto de estos derechos se incluyen incluso en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I y se encuentran, por ello, sometidos a reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE)—, se trata de delimitar el espacio que correspondería, en el mejor de los casos, al poder de Ordenanza, esto es, en un grado que tienda al máximo de optimización del *principio de autonomía local* (art. 137 CE), sin desvirtuar, por supuesto, el contenido, los derechos en juego y la garantía de su disposición regulatoria «sólo por ley».

1.2. Razones

En cuanto a las principales razones que motivan este estudio *no es tanto que* la regulación por Ordenanza presente a día de hoy un perfil excesivamente problemático desde la perspectiva jurídico-constitucional, pues parece que lo concerniente a ella, que no a otras dimensiones y ámbitos del poder local, está ya a estas alturas bien definido, *cuanto que no* ha sido suficientemente precisado y resaltado, en mi opinión, cuál es en realidad la operatividad del poder de Ordenanza local en un ámbito tan decisivo y sensible como es el de los derechos fundamentales.

Los interrogantes en este sentido surgen al hilo de los nuevos planteamientos alcanzados en torno a la evolución que se ha producido sobre las consecuencias aplicativas de los principios de reserva de ley y de legalidad en el nivel local. Entiendo que debe reinterpretarse el alcance del poder normativo local en materia de derechos fundamentales, tratándose de un ámbito en el que los Gobiernos locales siguen incidiendo más allá de lo que

prevén las leyes aprobadas. Merece la pena plantearse si en este ámbito iusfundamental rige el principio de vinculación negativa a la ley que se predica con respecto al poder de Ordenanza, y, en todo caso, cuál debe ser la intensidad de tal poder, es decir, cuáles son los criterios con los que ha de graduarse. Se trata de repensar el poder normativo local en la Constitución teniendo en cuenta que en nuestro sistema se ha consolidado una concepción de las exigencias materiales del principio de legalidad en relación con las Ordenanzas locales en el sentido de exigir una mera vinculación negativa, y la cuestión es si esto tiene repercusiones en cuál sea el alcance del poder normativo local para intervenir en los ámbitos de libre autodeterminación personal o si en este espacio queda siempre un núcleo irreductible de vinculación positiva a la ley¹.

Otra de las razones que subyacen a este estudio proviene del dato relevante de que la incertidumbre y la polémica a las que estaba sometida la incidencia normativa local en el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25 CE) encontraran solución con una doctrina jurisprudencial constitucional (contenida en la STC 132/2001, de 8 de junio) que impactó y tuvo una repercusión indiscutible en la legislación vigente, y aunque este supuesto presente unos rasgos específicos que no se encuentran en otros ámbitos de protección iusfundamental, los criterios que fundamentaron la solución de equilibrio a la que se llegó pueden resultar extensibles y orientativos de las pautas que han de seguir las regulaciones locales que afectan a otros derechos fundamentales.

1.3. Estructura

Para ello se procede primero a exponer un análisis referido a derechos fundamentales concretos afectados por las normas contenidas en las Ordenanzas. Dada la extensión de la materia, el estudio no pretende ser exhaustivo. Se lleva a cabo en la primera parte un análisis de la incidencia de las normas locales sobre determinados derechos fundamentales (así, *infra* apdos. I a VII del cap. II) en aquellos supuestos que (se ha considerado) ésta resulta ser mayor o ha tenido una mayor trascendencia en nuestro sistema, bien por la relevancia práctica de los bienes jurídicos en presencia, bien porque se trate de Ordenanzas discutidas que han sido objeto por ese motivo de fiscalización judicial. Por supuesto que la práctica cotidiana de los Ayuntamientos es, a todas luces, más rica y ofrece ciertamente otros supuestos de afectación a los ámbitos de libertad de las personas que podrían ser reputados como objeto de protección iusfundamental, pero aquí se van a analizar y a estudiar, sin

¹ Señalaba ya hace años S. MUÑOZ MACHADO (2006a), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público en general. El ordenamiento jurídico*, vol. II, Madrid, Iustel, p. 1107: «Determinar cuándo las regulaciones reglamentarias locales precisan habilitación legal, el grado de concreción de ésta, el alcance del poder innovativo del contenido de las ordenanzas, la posibilidad de que intervengan las normas locales en materias reservadas a la ley, etc., son algunas de las dubitaciones esenciales que ofrece el panorama jurídico en la actualidad». Se preguntaba también en este sentido M. REBOLLO PUIG (2007), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 2182, «si ese poder normativo local, sin necesidad de ley específicamente habilitante ni de regulación material que desarrollar, cabe en cualquier materia y con cualquier contenido salvo que vulnere una ley. Porque afirmar que los reglamentos locales no precisan siempre e ineludiblemente una habilitación legal específica no significa que no la necesiten nunca». Y seguidamente añadía: «Lo que interesa saber es si las Ordenanzas tampoco necesitan una ley específica para intervenir o limitar la actividad privada de los ciudadanos, ni siquiera cuando afecte a sus derechos, incluso a los reservados a la ley por la Constitución».

ánimo de exhaustividad, aquellos en los que lo son con más frecuencia o de forma más llamativa y problemática.

Para responder cumplidamente al interrogante que vertebra este estudio, además de analizar el fundamento en cada caso del poder normativo de los Gobiernos locales y de profundizar en su alcance teniendo en cuenta la aplicación de los principios de reserva de ley y de legalidad y el necesario respeto al contenido esencial de cada derecho, se ha optado, en relación con determinados derechos, por indagar en la aplicación de otros principios jurídico-constitucionales que condicionan dicha intervención normativa, ya que sin ello no podría entenderse cabalmente el despliegue del poder de Ordenanza (esto ha resultado de especial intensidad cuando se ha abordado el estudio de la libertad de empresa, *infra* cap. II, apdo. 7).

Una vez estudiado el alcance de la intervención local en distintos ámbitos se formula un canon general sobre el espacio regulativo de las Ordenanzas en materia de derechos fundamentales (cap. II, apdo. 8). El canon propuesto *se induce* a partir del análisis de la afectación del poder normativo local en cada uno de los ámbitos de libre autodeterminación analizados. Los parámetros del canon que se describe tienen asimismo un valor prescriptivo y encuentran su fundamento en la función que cumplen y que es posible reconocer a las normas locales dentro del sistema de fuentes (lo que se abordará con más detenimiento en el cap. III de este estudio) y en su conformidad y adecuación con el marco constitucional (lo que será objeto del cap. IV). Se parte así de que la delimitación del espacio normativo del que se ha hecho uso por parte de los propios Gobiernos locales (que resulta discutible en algunos casos, los menos, y en ocasiones ha sido recortado, con mayor o menor razón, por los tribunales — como se dará cuenta a lo largo de las próximas páginas —) no es el único marco jurídicamente admisible dentro del abanico de opciones que ofrece la norma fundamental. El espacio regulativo ocupado en la praxis jurídico-administrativa por el poder de Ordenanza implica en un grado elevado, aunque no máximo, la optimización del principio de autonomía local, al tiempo que potencia la consecución de ciertos principios constitucionales — y no sólo del inherente a la descentralización territorial —, lo que (a mi juicio) compensa en gran medida la minoración que se produce en relación con otros principios jurídico-constitucionales y, en especial, con los derivados del cumplimiento «absoluto» de la reserva de ley. La justificación de esta relajación de la reserva de ley es admisible si se considera que no supone un menoscabo injustificado de la igualdad y que, aunque implica un cierto sacrificio del principio democrático (en su vertiente de democracia parlamentaria), se logra a cambio de un notable reforzamiento de otros principios constitucionales en el referido ámbito territorial, señaladamente, del propio principio democrático, de la igualdad y de la tutela judicial efectiva. También puede significar la promoción eficaz y objetiva de los propios derechos fundamentales o de otros bienes y valores constitucionales, la mayoría de ellos integrados en la cláusula del Estado social.

1.4. Método

El método seguido en este estudio comprende, como se ha referido, un análisis de la realidad jurídico-empírica, por cuanto tiene por objeto preguntarse qué regulación contienen las Ordenanzas locales sobre ámbitos concretos de libre autodeterminación personal y qué dicen los tribunales de esta incidencia, si la consideran válida o inválida y en qué términos. Para analizar este material de Derecho positivo vigente y su aplicación e

interpretación por los operadores jurídicos se realiza un estudio teniendo en cuenta como trasfondo el sistema conceptual en materia de derechos fundamentales. El estudio empírico se integra en un estudio analítico que permite leer los datos que aporta el Derecho positivo e interpretarlos a la luz de las explicaciones o construcciones sistemáticas que en materia de derechos fundamentales y sobre el orden competencial y normativo se han ido elaborando de forma interconectada tanto por la jurisprudencia del TC y de los tribunales ordinarios como por la doctrina científica. Esta investigación presupone una toma de posición condicionada tanto por los datos empíricos de Derecho positivo y de la jurisprudencia reciente como por el desarrollo científico del conocimiento de estas materias, frente a cuestiones clave como, entre otras, el tipo de estructura de las normas que regulan los derechos fundamentales, el alcance de la efectiva vinculación de tales derechos a los distintos poderes públicos, el alcance de la ponderación que en materia de derechos y libertades corresponde en exclusiva al legislador parlamentario y, por consiguiente, el que cabe reconocer a las Ordenanzas locales. El núcleo de estas cuestiones no puede ser tratado sin aludir a la función que las Ordenanzas locales desempeñan en nuestro sistema, lo que a su vez no puede abordarse sin ponerlo en conexión con cuestiones tradicionales de Derecho local (señaladamente la relación de la Ordenanza con la ley y con otras normas infralegales). Todo ello sin perder de vista que lo que se pretende con este estudio es pronunciarse sobre si determinados órganos que aplican las disposiciones sobre derechos fundamentales recogidas en la Constitución española —en concreto los Plenos de los Ayuntamientos cuando dictan Ordenanzas y los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando resuelven litigios en los que se dirime la validez o invalidez de las mismas— están actuando correctamente.

Esta valoración crítica pretende ser simultáneamente tanto resultado de conocer y contrastar las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales que se han ido elaborando sobre estas cuestiones como, al mismo tiempo, diálogo y confrontación con ellas, y, en la medida que se incorpora una delimitación inductiva y abstracta de los parámetros de intervención normativa local en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, puede ser tomada (si resultara útil) como un complemento a las mismas.

2. LA INCIDENCIA DE LAS ORDENANZAS LOCALES EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. La constatación de su efectiva incidencia

Para lograr hacerse con una idea precisa que, en términos generales, explique cuál es y cuál debe ser la incidencia del poder de Ordenanza en los derechos fundamentales —esto último en el sentido de en qué medida puede ésta admitirse— resulta necesario analizar cómo afectan las normas locales a los ámbitos concretos de autodeterminación personal, bien porque tradicional o frecuentemente se haya producido intervención del poder normativo local en los mismos —como en el caso de los derechos de contenido patrimonial, libertad de empresa (art. 38 CE) y propiedad privada (art. 33 CE)—, bien porque en la actualidad este tipo de intervención haya tenido lugar —como sucede, por ejemplo, con respecto a determinadas manifestaciones del ejercicio de la libertad religiosa (art. 16 CE)—.

El análisis que se lleva a cabo a lo largo de este estudio toma en consideración la práctica jurídico-administrativa y se centra en aquellos supuestos de afectación a los derechos

fundamentales sobre los que han recaído pronunciamientos judiciales, que normalmente coinciden con aquellos que han sido objeto, con ocasión de ello, de estudio doctrinal.

Es indiscutible que las normas locales tocan el núcleo de la protección que dispensa el ordenamiento jurídico, inciden en los derechos y libertades fundamentales, y afectan a su ejercicio, bien porque imponen limitaciones (aceptables en la mayoría de las ocasiones y jurídicamente inviables las menos), bien porque lo activan, cuando establecen medidas que lo protegen. Esta afectación de los derechos fundamentales comporta ciertos riesgos y, en todo caso, implica que las Ordenanzas adquieren una mayor trascendencia constitucional.

Es difícil afirmar que las Ordenanzas imponen limitaciones a la facultad del individuo de moverse, de situarse en el espacio, garantizada en el art. 17 CE², cuando establecen ciertas someras prohibiciones como la de circular con bicicleta o monopatín en determinadas vías públicas, y se podría cuestionar si tales medidas pueden considerarse restrictivas del contenido de la libertad física (AATC 286/1985, FJ 3, y 82/1996, FJ 3) o «deambulatoria» (ATC 386/1992, FJ 1), que constituye el ámbito de protección de un derecho fundamental que en ningún caso se debería confundir con la libertad en general³, a la que seguidamente se hará referencia (apdo. 1 del cap. II).

Asimismo podría pensarse que las Ordenanzas afectan al derecho a la propia imagen (art. 18 CE) cuando imponen la prohibición de ir por la vía pública en bañador o con el torso desnudo, en la medida que cabe deducir de la jurisprudencia constitucional y ordinaria que las limitaciones en la apariencia exterior de una persona afectan a la protección que dispensa este derecho (en este sentido la STC 170/1987, de 30 de octubre⁴, y el ATC 84/2006, de 27 de marzo⁵), en virtud del cual primariamente se «atribuye a su titular un derecho a determinar sus rasgos físicos personales y característicos» (STS, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2007, FJ 1, RJ 5818)⁶. También podría entenderse que las Ordenanzas establecen restricciones a la libertad de expresión (art. 20 CE) cuando limitan el reparto de octavillas (al respecto de esto último *vid. infra* apdo. 4 del cap. II) o quizá

² A este respecto la STS de 13 de enero de 2012 (RJ 1232) considera «formal» la invocación de los demandantes de la «violación de derechos y libertades fundamentales» con respecto a la regulación contenida en la Ordenanza de circulación de peatones y ciclistas aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla el 21 de septiembre de 2007 y declarada en dicha sentencia conforme a Derecho.

³ Aclara, a mi juicio, este posible malentendido J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ (2009), «Art. 17», en M.^a E. CASAS BAAMONDE y M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, p. 366, cuando explica que el art. 17 CE protege sólo la expresión más primitiva de la autodeterminación humana, «cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales» (SSTC 82/2003, FJ 3, y 29/2008, FJ 7): la facultad del individuo de moverse, de situarse en el espacio.

⁴ El TC considera en esta sentencia que resulta constitucional la prohibición de llevar barba impuesta al barman de un hotel porque la decisión personal sobre la apariencia física puede ser limitada en el ámbito de las relaciones laborales libremente asumidas mediante un contrato de trabajo, aceptando con ello que se trata de una facultad del derecho a la propia imagen que puede ser limitada.

⁵ En el ATC 84/2006, de 27 de marzo, el Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo interpuesto por los representantes sindicales de las azafatas del AVE que se quejaban de injerencia en su derecho a la propia imagen por obligarles a llevar falda en su trabajo, al haberse satisfecho extraprocésalmente la pretensión. Puede interpretarse que en este auto el TC asume con ello indirectamente que la facultad de autodeterminar la configuración exterior de la persona forma parte del objeto del derecho fundamental invocado en el recurso.

⁶ Sigo en las citas de jurisprudencia constitucional y ordinaria a B. ALÁEZ CORRAL (2011), «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, p. 506, notas 62-64.

cuando limitan genéricamente la mendicidad, impidiendo algo tan elemental como que una persona pida ayuda en situación de necesidad⁷.

No plantea dudas la afirmación de que las Ordenanzas locales contienen prescripciones que afectan al derecho de propiedad (art. 33 CE) cuando imponen, por ejemplo, obligaciones y deberes de conservación o de limpieza de un edificio inherentes a la condición de propietario, o a la libertad de empresa (art. 38 CE) cuando establecen límites a la contaminación acústica, lumínica o electromagnética que se produce con la realización de ciertas actividades económicas organizadas (sobre estos derechos patrimoniales *vid. infra* apdos. 6 y 7 del cap. II).

Es evidente, y hay que ponerlo de manifiesto, que en algunas ocasiones, cuando se hace referencia a que el impacto de las Ordenanzas locales en los derechos fundamentales se traduce en una vulneración de ciertos derechos —se ha llegado a hablar incluso de Ordenanzas «liberticidas»—, en realidad no hay tal, pues éstos a menudo se conciben de una forma tan amplia que a veces no coincide con el ámbito de su protección jurídico-constitucional⁸. Esto es debido a la idea, que cada vez cuenta con más adeptos, de que la extensión del ámbito de protección de los derechos fundamentales equivale a una mayor protección, cuando realmente, y por lo general, redundan en una menor intensidad en su tutela⁹. De otro lado, también a veces las Ordenanzas, de forma exagerada y con escaso rigor técnico, intentan justificar las prohibiciones que establecen invocando la protección de determinados derechos constitucionales, cuando en realidad no puede considerarse que éstos en puridad resulten afectados. Por ejemplo, para justificar la prohibición de grafitis y pintadas se invoca el derecho a disfrutar del paisaje urbano¹⁰.

⁷ En algunos municipios esta actividad resulta prohibida y sancionada si se realiza con actitudes coactivas o de acoso que impidan o dificulten el libre tránsito de personas o vehículos. Sobre que la restricción de las mismas y/o su sanción puedan incidir en la libertad de expresión y sobre que tal limitación resulte justificada y proporcionada es difícil pronunciarse en abstracto, todo dependerá de la concreta regulación, del modo, lugar, frecuencia de la actividad prohibida, esto es, de los casos a los que resulte de aplicación la limitación en cuestión. Así, la Ordenanza municipal de protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales del municipio de Valladolid, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento el 13 de abril de 2004 y modificada el 6 de marzo de 2012, ha sido parcialmente anulada por la STSJ de Castilla y León de 8 de octubre de 2013 (JUR 330557) en aquella parte que prohibía «cualquier forma de mendicidad» por entender, a juicio del Tribunal, que vulneraba el principio de libertad de la persona. En otros casos como en San Sebastián (art. 16 de la Ordenanza municipal sobre el civismo, el uso y la limpieza de la vía pública y la protección del paisaje urbano de 31 de agosto de 2004) se prevé que los agentes de la autoridad informen a las personas que lo necesiten de la asistencia que prestan los servicios sociales. También el municipio de Cartagena cuenta con una Ordenanza específica en este campo, «sobre prevención y erradicación de la Mendicidad» (1996), que gira en torno a la aplicación de un plan municipal para la aplicación de medidas socio-asistenciales, aunque asimismo prevé la posibilidad de multar ante determinadas conductas. En Irlanda, una decisión de la Corte Suprema irlandesa en el caso *Dillon v. DPP* [2007], IEHC 480, de 4 de diciembre de 2007, declaró que su penalización violaba el derecho fundamental a la libertad de expresión y que era, por ello, contraria al art. 40.6.1.(i) de la Constitución irlandesa. De este modo se resolvió el recurso presentado por un joven condenado en 2003 a tres meses de cárcel por pedir limosna en una céntrica calle de Dublín. Con esta decisión se derogó asimismo en parte una ley del siglo XIX (*The Vagrancy Act* de 1847), en la que la mendicidad era considerada como delito. En este pronunciamiento judicial se sostiene, de todas formas, que la mendicidad es susceptible de ser limitada para garantizar el bien común. Por ello no se prejuzga la decisión que el legislador democrático pudiera adoptar en el futuro a fin de regular el control de la misma.

⁸ Sobre los pasos para la determinación del contenido de un derecho fundamental I. DE OTTO, en L. MARTÍN RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO (1988), *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, pp. 146 y ss.

⁹ J. JIMÉNEZ CAMPO (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, p. 191. A ello también se refirió I. DE OTTO, en L. MARTÍN RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO (1988), *op. cit.*, pp. 147-149.

¹⁰ Lo advierte M. CASINO RUBIO (2011), «Las nuevas y discutibles Ordenanzas de convivencia», *Istituzio-*