

VEINTE AÑOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Remedio Sánchez Ferriz

Catedrática de Derecho Constitucional
Universitat de Valencia

SUMARIO: I. LA CONSTITUCION ES UNA MANIFESTACION TARDIA PERO MADURADA DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRATICO DE POSTGUERRA. II. LABOR DE DESARROLLO Y APLICACION. III. REFLEXION FINAL.

I. LA CONSTITUCION ES UNA MANIFESTACION TARDIA PERO MADURADA DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRATICO DE POSTGUERRA.

En el marco trazado por la Universidad de La Rioja para disertar sobre los más destacados aspectos del régimen constitucional vigente, a punto ya de cumplir sus veinte años, tengo el honor de poder hacerlo sobre lo que considero el contenido esencial del mismo. Los derechos fundamentales constituyen, en efecto, la esencia del régimen democrático constitucionalizado en España en el año 1978. Es su reconocimiento, entonces, en el Texto Fundamental y poco antes ya llevado a cabo mediante la ratificación de los grandes Tratados internacionales de derechos (aún en 1977), el que nos homologaba con el mundo democrático (aun entonces susceptible de ser calificado de “occidental”) y en particular con la Europa unida por los pactos económicos así como con los, más numerosos, países del Consejo de Europa.

La Constitución española de 1978, tal como su propio Preámbulo establece, se propone establecer una sociedad democrática avanzada, proteger a todos los españoles... en el ejercicio de los derechos humanos y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz colaboración entre todos los pueblos de la tierra. He querido destacar, de entre todas las manifestaciones de voluntad del Preámbulo, las tres aludidas por su más directa relación con el tema propuesto y porque me permiten entrar ya de lleno en lo que considero son las tres características más sobresalientes del texto en materia de derechos:

Primera. *La Constitución española es un producto madurado de la corriente constitucional que cuaja en la segunda postguerra mundial tomando como eje la idea de respeto a la dignidad del ser humano.*

Tras las experiencias vividas en el corazón de la vieja y “civilizada” Europa durante la Segunda Guerra Mundial, todo el largo proceso histórico de lucha por la libertad y la seguridad ha de ser confirmado y renovado en torno a la configuración de un concepto que representa el núcleo de todos los derechos humanos: la dignidad del ser humano¹. Así pretendió expresarlo la Ley Fundamental de Bonn (1949), Constitución de la Alemania Occidental, elaborada bajo la “supervisión” de los aliados, al disponer en su art. 1:

“La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo ...”.

También la Constitución italiana (1947), aunque implícitamente, parte de la misma idea básica pues “contiene todos los elementos textuales para individualizar un núcleo esencial inviolable de los derechos fundamentales directamente asociados a la dignidad humana (arts. 3. 2 y 2)...”². En efecto, aunque su art. 2 sólo se refiere a los “*derechos inviolables del hombre*”³, de él por vía de interpretación se han ido extrayendo nuevos derechos (p. ej. a la transexualidad) por considerarlos inherentes a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad. No se trata sólo, sin

(1) Por todos, Cfr. M. A. Alegre Martínez, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León, 1996, págs. 33 y ss.

(2) A.A. Cervati en A. López Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 53.

(3) Dispone el art. 2 de la Constitución italiana lo siguiente: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo aislado o como miembro de formaciones sociales en las que desenvuelve su personalidad...”. Y su art. 3.2 (que directamente ha influido en el art. 9. 2 de nuestra Constitución) establece: “Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación ...”.

embargo, de los derechos que por vía de interpretación puedan haberse extraído sino, fundamentalmente, del valor en torno al cual los constituyentes⁴ confluyeron al redactar la Constitución e, indudablemente, fue el de la dignidad de la persona. No en vano el principio que trasciende todo el texto es el que los italianos denominan principio personalista⁵ (sin perjuicio de que la aplicación de la misma haya llevado a la crisis del sistema, si no es que esta crisis ha aflorado por no haberse respetado la Constitución)⁶.

Segunda. La Constitución española es fruto del pluralismo y garante de toda pluralidad.

Nadie pone en duda esta doble afirmación; cualesquiera sean las preferencias ideológicas o las acepciones doctrinales no suele dudarse que la labor constituyente (como de toda la transición) es fruto de la participación de todos los grupos políticos y sociales significativos. De la transición solemos destacar siempre, tanto como sus logros, los métodos utilizados por lo que de atracción de todas las fuerzas políticas tuvieron; el pacto, la transacción y el respeto de la diversidad de posiciones son sus más destacadas notas.

Lo mismo cabe decir de la amplitud con que la Constitución protege todos los pluralismos (religioso, ideológico, territorial, lingüístico, etc.) a lo largo y ancho de su texto rebasando así las solas manifestaciones del pluralismo que, en forma de derechos y libertades reconocidos y protegidos, hallamos en el Título I. Todo ello sin perjuicio de que, las particulares circunstancias y el origen de la transición aconsejaran destacar entonces, en el mismo art. 1. 1, el pluralismo político con vistas a fortalecer o compensar la situación de los partidos políticos en ciernes en aquel momento, e inciertos ante su propio futuro.

(4) N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana nella costituzione*. Giuffrè Editore. Milano, 1988.

(5) N. Occhiocupo, cit. en nota anterior, passim, y C. Mortati, *Art. 1*, en *Comentario della Costituzione*. (A cura di Giuseppe Branca), Nicola Zanichelli. Vol. I. Ed. Bologna. Roma, págs. 6 y ss.

(6) Entre otros, así lo sostiene Occhiocupo, op. cit., passim.

Tercera. *Nuestra Constitución tiene una vocación personalista y a la vez universalista.*

1. He de advertir de entrada que utilizo en esta charla el término personalista (como lo hacen los italianos) por que me resulta extraordinariamente útil y expresivo del carácter muy general y amplio (universal) con que se protegen los derechos a todas las personas; no existe, pues, acepción doctrinal o ideológica⁷ alguna en su uso sino la simple constatación de que, en efecto, el constituyente español se ha sumado conscientemente a la mencionada corriente constitucional en la que la persona representa el eje del sistema.

La tajante expresión del art. 10.1 de nuestra constitución (la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes ... son *fundamento del orden político y de la paz social*) se inserta en esta corriente iniciada con la segunda postguerra mundial a la que se suman todas las Constituciones con que recientemente se han ido incorporando los Estados al mundo democrático (Portugal, Grecia, países hispanoamericanos, Europa del Este). A partir de este núcleo, que se identifica con la dignidad humana, la lucha por los derechos recibe un fuerte impulso que, partiendo de un cambio en la concepción de los mismos, introduce nuevos elementos dirigidos a lograr, no ya su reconocimiento y defensa, sino la “eficacia” real de los mismos e, incluso, a comprometer a los poderes públicos en políticas de fomento de la “cultura de los derechos”.

En efecto, este nuevo impulso comporta un cambio de concepción o la superación de los dos grandes principios del Estado Liberal, la libertad y la igualdad. Partiendo de las formulaciones de quienes conocemos como padres del constitucionalismo (principalmente, Locke y Montesquieu), el Estado Liberal nace y se consolida con el constitucionalismo escrito, cuyo objeto y finalidad se resumen en el conocido art. 16 de la Declaración francesa de los derechos de 1789.

“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de los poderes predeterminada, no tiene constitución”.

(7) G. Peces Barba *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, B.O.E. 1995, págs. 39 y ss.

Sabemos, sin embargo, cómo el Estado Liberal fue reduciendo tal garantía de los derechos a su simple reconocimiento, mientras en la realidad las desigualdades eran cada vez más profundas, como puso de relieve el surgimiento del movimiento obrero⁸. No sin razón el marxismo criticaba el cinismo del reconocimiento formal de las libertades y formulaba la necesaria alternativa: frente a las libertades formales han de establecerse las libertades reales. O dicho de otro modo, de nada sirve ser titular de derechos y libertades cuando la inquietud por la supervivencia nos impide ejercitarlos o reclamarlos. Lo que ha de garantizarse, pues, con carácter previo, es una política económica que impida la explotación de la mayoría desposeída por la minoría acomodada, y permita redistribuir las rentas en forma que todos gocen de los medios necesarios para desarrollar una vida digna. Es conocida también la revisión operada por el propio Estado Liberal y su transformación en Estado social al ir asumiendo las críticas marxistas con el fin de no caer en las soluciones extremas (régimenes comunistas y fascistas del período de entreguerras) a las que su propia crisis le llevaba⁹.

El Estado social asume, pues, los pilares básicos del Liberal (la libertad y la igualdad) pero tratando de hacerlos efectivos a través de una política económica y de redistribución de rentas (a través de una fiscalidad progresiva) que permite al propio Estado subvenir a las fatalidades frente a las que el individuo no hallaba anteriormente más apoyo que el familiar o el de la beneficencia. Si en el Estado Liberal se consideraba que el reconocimiento constitucional de la libertad y la igualdad, era el presupuesto de la dignidad del individuo (que se suponía respetada con aquel solo reconocimiento), con el Estado social la dignidad va a ser el presupuesto sin el cual es superfluo hablar de derechos.

(8) G. Robles, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Civitas. Madrid, 1992, pág. 113: "No debemos olvidar nunca que el éxito de la ideología de los derechos humanos corre paralelo con el comienzo de la gran explotación burguesa, transformadora del mundo contemporáneo. Esta paradoja esconde en su seno... una verdad que hay que desvelar. Una cosa son las palabras y la retórica política y, otra bien distinta, la funcionalidad social de las ideas que aquéllas representan...".

(9) Sobre la crisis del Estado liberal y sus revisiones. R. Sánchez Ferriz, *Introducción al Estado Constitucional*. Ariel. Barcelona, 1993.

Por ello, el “*Estado social y democrático de derecho*” (así es como el art. 1 de nuestra Constitución define el régimen a partir de 1978) no es un simple “Estado benefactor” o Estado de bienestar. Porque no basta con el bienestar material implícito en lo que conocemos como “legitimidad de la eficacia” propia de los regímenes contemporáneos. El orden democrático (y, sobre todo, el Estado social y democrático de derecho establecido tras la II Guerra Mundial) ha de conllevar, necesariamente, la plenitud de los derechos y la confluencia en esa misma finalidad de los dos valores otrora enfrentados (la libertad y la igualdad) y ahora necesariamente unidos; porque sin uno de ellos sufre igualmente el ser humano. Dicho de otro modo, sin la plenitud de los derechos pierde legitimidad el mismo ordenamiento jurídico. De tal suerte que el núcleo esencial del Estado social y democrático de derecho ya no lo son siquiera los derechos del hombre sin más, sino los derechos del hombre tal como tras la II Guerra Mundial se han concebido; esto es, estrechamente ligados al ser humano y su dignidad.

No hay respeto a la dignidad humana, pues, en el ordenamiento que no disponga la suficiente protección para todos los hombres y para cuantos derechos les sean inherentes o necesarios para el libre y pleno desarrollo de su personalidad. Nunca será excesiva, pues, la insistencia para dejar bien claro que *la dignidad de la persona humana está en la raíz de los derechos*, lo que permite concluir con Ruiz Giménez¹⁰ (al comentar el art. 10.1 C.E.) que no cabe ningún tipo de discriminación dada la igualdad esencial de todos los seres humanos; que esa dignidad no depende de la edad o de la salud mental (no se quiebra por perturbaciones anímicas ni por la comisión de delitos o incursión en el vicio), es de todos.

(10) J. Ruiz Giménez, “Derechos fundamentales de la persona” en *La Constitución Española de 1.978*. Dir. por O. Alzaga. Edersa. Madrid, Tomo II, págs. 115 y ss.

2. A partir de esta generalizada convicción puede comprenderse la apuesta que en favor de los derechos humanos se ha hecho desde la Organización de Naciones Unidas y por las constituyentes democráticas de la segunda postguerra mundial a que ya hemos aludido. Pues bien, ésta es precisamente la otra característica que quería destacar: el universalismo de nuestra Constitución que asume en su propio texto los contenidos de la Declaración Universal que el art. 10.2 menciona expresamente resolviendo o reconduciendo a una concepción integrada de los derechos la contraposición, o al menos distinción, que suele verse entre los *derechos humanos*¹¹ y los *derechos fundamentales*.

La trascendencia que para el pensamiento racionalista tienen los derechos naturales explica que el constitucionalismo liberal escrito surja paralelamente con las modernas Declaraciones de Derechos. Aquél, asumiendo los contenidos de éstas, nos ofrece las primeras formulaciones de los derechos del hombre a nivel constitucional. Con la evolución del constitucionalismo a lo largo de los siglos XIX y XX también se ha desarrollado la técnica constitucional de los derechos hasta consolidarse la idea de *derechos fundamentales*. Con ella (sin perjuicio de acepciones propias, según los Estados constitucionales de que se trate), viene a indicarse el conjunto de derechos que el Estado reconoce (y protege) especialmente.

Si los derechos humanos son concreciones de los valores representados por la vida, la dignidad, la libertad y la participación política, los fundamentales (que suelen coincidir con aquéllos) los precisan y perfilan dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Así en el caso de nuestra Constitución vigente, Prieto¹² viene a decir que sus redactores recogieron la idea, enraizada en la cultura

(11) Los derechos humanos bien pueden constituir los referentes que desde el pensamiento filosófico y político se vienen invocando como condición de toda sociedad justa; de algún modo se sitúan en un terreno fronterizo entre la moral y el Derecho, entre el ser y el deber ser representando ora aspiraciones, ora reconocimientos formales en documentos internacionales y nacionales. Cuando estos documentos cuentan con el respaldo del Estado que, con ellos, se compromete formalmente a respetarlos, los derechos abandonan el ámbito de la moral y el compromiso político para situarse como elementos del Derecho, sin perjuicio de que conserven su dimensión ética; más aún, de que esta dimensión trascienda todo el Derecho, legitimándolo. Cfr. Sánchez Ferriz y Jimena Quesada, *La enseñanza de los Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel 1995.

(12) L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate. Madrid, 1990, pág. 89.

jurídica moderna, de que los derechos fundamentales encarnan la articulación jurídica de tales valores y, por ello, “proyectaron su propia concepción acerca de qué alcance y límites debían tener hoy los derechos”.

Hoy aún tendríamos que añadir otra precisión pues también de la expresión de derechos fundamentales se hace uso en la Europa comunitaria y en especial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, aun sin tener por objeto directo la protección de los mismos, la acoge al considerarlos Principios Generales del Derecho Comunitario en virtud de que tales derechos fundamentales constituyen tradiciones jurídicas comunes a todos los Estados miembros¹³.

La Constitución española es un buen ejemplo de confluencia entre los derechos humanos y los fundamentales. En ella, los derechos del hombre pasan a ser fundamentales desde el momento en que, no sólo se les protege con todas las técnicas previstas por el art. 53 sino que, además, los que el constituyente considera prioritarios o “más esenciales” (los comprendidos en los arts. 15 a 29) quedan “superprotegidos” por la reserva reforzada de ley orgánica establecida en el art. 81.1 y por una mayor rigidez constitucional al no poder ser reformados los preceptos constitucionales que los reconocen sino por el procedimiento agravado de reforma constitucional que regula el art. 168.

Además, la Constitución española ofrece otra peculiaridad que, sin perjuicio de la distinción conceptual entre los “derechos humanos” y los “derechos fundamentales”, permite unificar el enfoque de su análisis o, mejor aún, resolver las diferencias que hipotéticamente pudieran plantearse en otros regímenes constitucionales. En efecto, las previsiones del constituyente de 1978 homogeneizan los diversos “standards” de derechos: el constitucional o estatal, el europeo y el mundial. Y ello es así por diversas vías:

(13) Por todos, P. Biglino Campos “*De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales*”, en R. E. P. n. 97. 1997.

En primer lugar, por haber previsto la propia Constitución en su art. 96.1 que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, *formarán parte del ordenamiento interno*. Quiere decirse que el Tratado internacional no necesita de normas interpuestas que trasladen sus contenidos y efectos desde la simple obligatoriedad en el ámbito internacional (de la que han de responder los Estados firmantes) al ordenamiento jurídico estatal de efectos directamente aplicables a todos los miembros del Estado y, consiguientemente, a todos los operadores jurídicos y ciudadanos. No necesita tales normas “de conversión” porque el propio tratado forma parte de nuestro derecho positivo tras su publicación oficial.

Para la cuestión que ahora nos preocupa, ello significa que cuantos tratados internacionales haya celebrado válidamente España están integrando nuestro ordenamiento jurídico y deben ser respetados. Si en ellos se contienen previsiones sobre derechos humanos, y si en ellos se establece la obligatoriedad de establecer medidas concretas en la materia, nada de todo ello nos es ajeno. No cabe pensar que de ese modo se conforma un ámbito jurídico paralelo o exterior al que integran las fuentes del derecho que nos son más familiares (las leyes y la propia Constitución) sino que, como éstas, integran un mismo ordenamiento jurídico que, como es sabido, se caracteriza por las notas de unidad, coherencia y complitud.

En segundo lugar, y en forma acumulada y no excluyente de la primera vía de integración (de obligatoriedad deberíamos decir), la Constitución española establece previsiones puntuales en materia de derechos y libertades y su dimensión internacional. Nos referimos al art. 10. 2 que, curiosamente, se introdujo en el texto constitucional con el fin de garantizar para los derechos educativos (y, en concreto, a la libertad de enseñanza) la interpretación previamente consolidada en el orden internacional. En efecto, en el citado precepto la Constitución obliga a interpretar normas relativas a los derechos reconocidos en ella “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Ello, como recuerda Torres del Moral¹⁴ no significa que se confiera ran-

(14) A. Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1992, Vol. I. pág. 382.

go constitucional a derechos no reconocidos en nuestra Constitución por el solo hecho de estar contemplados en textos internacionales asumidos por el Estado español. Dicho rango sólo puede proporcionarlo la Constitución (Sent. T.C. 36 y 214/1991, de 14 de febrero y de 11 de noviembre, respectivamente). Ni, lógicamente, supone que nuestros derechos constitucionales se interpreten restrictivamente. Las Declaraciones internacionales constituyen mínimos mejorables por nuestra Constitución y viceversa¹⁵.

Volviendo a la consideración global del sistema, decía, que nuestra Constitución es, también, un producto madurado porque el extraordinario retraso de España en incorporarse a la corriente democrática le ha permitido hacerlo con una indudable ventaja desde el punto de vista técnico jurídico. Toda la labor de interpretación que los regímenes de nuestro entorno que más directamente influyeron en nuestro texto han debido llevar a cabo para depurar conceptos adecuándolos al nuevo Derecho Constitucional (transformado por la referida filosofía política de postguerra y por la consolidación de los cauces democráticos de organización) ha podido ser recogida por nuestro sistema tras quedar asentada en los de origen.

Pues, como en tantas otras cuestiones, nuestra Constitución en este punto no hace sino recoger la experiencia y los “avances” operados en los países democráticos desde la Segunda Postguerra Mundial. Ello nos ofrece una plataforma excepcional para la efectividad de nuestro sistema constitucional de derechos, pero también nos obliga a reflexionar sobre el más delicado de sus perfiles: el de la posible falta de arraigo social del propio texto constitucional. Si en los sistemas constitucionales democráticos que nos han servido de modelo el nivel alcanzado ha sido fruto de una progresiva y ya consolidada labor jurisprudencial y doctrinal primero, y legislativa después, que a partir de textos constitucionales técnicamente menos avanzados que el nuestro, han ido reflejando de cualquier modo la evolución del sentir social, en nuestro caso hay que evitar que la situación sea o evolucione inversamente.

(15) Por todos, T. Freixes Sanjuan “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Cuadernos Constitucionales Fadrique Furio Ceriol. Valencia, n. 11/12,1993, págs. 97y ss.

La plataforma o el punto de partida es pues, jurídicamente, sólida; pero su aplicación exige de una política de derechos fundamentales entendida como tarea decisiva del Estado constitucional (en el sentido propuesto por Häberle) y, más aún, de la “cultura de los derechos fundamentales” como mentalidad o sentimiento arraigado en la sociedad. Y ello, no solamente entendido como enseñanza de los derechos dirigida a los ciudadanos sino también, y fundamentalmente, como mentalización que han de procurarse todos los operadores jurídicos para un desarrollo coherente y una aplicación efectiva de estos contenidos que hemos calificado de básicos o esenciales en nuestro régimen constitucional. No parece, sin embargo, que esta preocupación haya prevalecido en el desarrollo de la amplia labor desplegada en la materia, en estos veinte años de régimen constitucional.

II. LABOR DE DESARROLLO Y APLICACION.

A) Luces y sombras en el desarrollo legislativo.

La labor que desarrollo de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas ha sido extraordinaria siendo hoy muy pocos los aspectos que quedan por desarrollar. Con ocasión de los 10 años de la Constitución tuve ocasión de manifestar, en sede no nacional, mis impresiones sobre el grado de aplicación de la Constitución y creí que el término más gráfico y apropiado para describirlo era el de “marathon”. Pues, en efecto, en los 10 primeros años de vida constitucional las principales instituciones del régimen se hallaban en pleno funcionamiento, y por supuesto también las autonómicas, con un grado de normatividad constitucional muy aceptable y desde luego superior al que suelen alcanzar los regímenes democráticos en sus primeros años de vida.

Mencionar aquí y ahora las múltiples disposiciones normativas, aunque sólo fuera las leyes orgánicas, reguladoras de los diversos aspectos de los derechos y libertades no aportaría nada a lo que es de todos conocido ni, por su excesivo número, permitiría siquiera la mención de las características más destacadas de cada una de ellas. Por ello, he creído más conveniente aprovechar esta invitación para exponer lo que son simples reflexiones o inquietudes deri-

vadas de la observación, durante estos años, de la práctica y de la percepción que el ciudadano medio posee de los derechos y libertades y, fundamentalmente, de esa misma percepción en relación con los tres clásicos poderes en tanto que creadores y aplicadores del derecho y, por consiguiente, principales responsables en materia de derechos fundamentales.

En este sentido, cabe observar que nuestro régimen partía de la tradicional consideración del *ejecutivo* como principal enemigo de los derechos del ciudadano; sin embargo, y sin perjuicio de alguna que otra medida aislada, en estos años el ejecutivo se ha manifestado como el principal impulsor de los proyectos legislativos de desarrollo y de protección de las libertades; dos ejemplos bastarán para recordar esta trayectoria que hemos calificado de marathonia: las Leyes Orgánicas reguladoras del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo son buenos ejemplos de la prontitud con que se atendió a la puesta en marcha de las dos instituciones básicas en la materia y, por lo que se refiere a los aspectos sustantivos y procesales de la protección, baste también, con el ejemplo de la Ley 1/1980, dictada para la defensa civil de los derechos de la personalidad o la, aún más temprana, y hasta prematura, Ley 62/78 de protección jurisdiccional de los derechos y las libertades. La simple ampliación del ámbito de ésta última permite ejemplificar la persistencia en la misma preocupación inicial por desarrollar los aspectos procesales y sustantivos; y, respecto de éstos, la reciente entrada en vigor del Código Penal de 1995, con sus múltiples referencias (no todas novedosas, desde luego) a los derechos fundamentales es suficiente para sostener lo afirmado. Si, excediendo del estricto ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, atendiéramos también a las políticas sociales enmarcadas en el Capítulo III del Título I y, por consiguiente, a los derechos de configuración legal que de ellas se derivan, la actuación de la Constitución por parte del propio ejecutivo en tanto que impulsor del Parlamento, no ha sido menos elogiabile.

En el mismo sentido cabe afirmar el interés del *Parlamento* manifestado en la continua legiferación de los medios de protección de los derechos fundamentales, de la modificación y adecuación de las normas preconstitucionales a los nuevos derechos fundamentales, así como de la regulación del ejercicio de las libertades públi-

cas y de la configuración de los derechos derivados del Capítulo III (al que nos acabamos de referir en el párrafo precedente) del que bastará recordar, por sus amplísimos efectos, el derecho a la salud regulado y protegido por la Ley General de Sanidad de 1985.

Ello sin perjuicio de alguna “sombra” que en algún momento ha podido planear sobre el sistema de derechos, como digo, amplio y, en línea de principio, desarrollado suficientemente. Basta, creo, para referirme a ello con recordar 2 ejemplos de naturaleza bien distinta: Uno, es la elaboración de la polémica Ley Orgánica 1/92 de Seguridad Ciudadana en cuyo texto el Tribunal Constitucional hubo de declarar la nulidad de algún extremo no compatible con la Constitución. Otro, (de muy diversa naturaleza pero de gran interés porque sus efectos siguen pesando hoy, y dividiendo a la sociedad española) es el referido a las diversas y encontradas lecturas que el legislador ha llevado a cabo sobre los derechos educativos sobre los que 20 años no han sido suficientes para lograr un consenso y una sola Ley ampliamente aceptada dentro del amplio marco de opciones abiertas por el Constituyente¹⁶.

B) Difícil papel de la jurisdicción ordinaria y de la constitucional.

Los dos ejemplos que se acaban de recordar permiten distinguir también dos diversas situaciones ante las que se encuentra *la justicia* en relación con la legislación de desarrollo de los Derechos y las Libertades. En los supuestos claros de inconstitucionalidad de una Ley o preceptos de la misma el Tribunal Constitucional no ha dudado en su anulación y tampoco ha dejado de acudir a la utilización de las sentencias interpretativas cuando cabía mantener los textos legales a condición que se aplicarán de conformidad a la interpretación proporcionada por el propio Tribunal Constitucional. El Alto Tribunal ha sido también, en otras ocasiones, el motor (o admonitor) de la labor del Parlamento, bien indicándole los términos en que, para respetar el Título I debía redactarse una Ley (caso del aborto), bien incitándole a regular aspectos referidos al ejercicio

(16) Por todos, A. Fernández Miranda, *De la Libertad de Enseñanza al Derecho a la Educación*. Madrid, CEURA, 1988.

de alguna libertad que no podían seguir negándose en base a la desregulación ni a problemas técnicos superados por las extraordinarias innovaciones tecnológicas (caso de la Televisión por cable).

Sin embargo, la situación es mucho más complicada en lo que se refiere a la emisión de un juicio general sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con la que ha ido resolviendo el extraordinario número de recursos de amparo que se le han planteado. La diversidad de derechos invocados y, por supuesto, la diversidad de supuestos de hecho planteados con cada recurso, impide emitir un juicio generalizado sobre el nivel de satisfacción de la ciudadanía con dicha institución.

No cabe dudar del esfuerzo realizado en todo tipo de aplicación de teorías y técnicas jurídicas de interpretación de los Derechos Fundamentales, cualquiera que fuera su origen geográfico o jurídico. Ya me he referido alguna vez, con ocasión del análisis de la jurisprudencia en materia de libertad de información¹⁷, a la importación de teorías no siempre apropiadas a nuestro sistema.

Ello no obstante y habiendo partido, según he dicho, de diferentes modelos, sin duda con el loable propósito de no ignorar ninguna de las garantías técnicas aplicadas en otros sistemas de control de la constitucionalidad, las normas y pautas del T.E.D.H., con ser de obligada consideración en nuestro sistema por lo ya dicho supra, no parecen haber sido las más aplicadas; pues, por más que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cita con frecuencia los pronunciamientos de aquél, ello no es siempre garantía de su acertada aplicación¹⁸. Sin necesidad de recurrir a estudios doctrinales, un reciente Voto Particular del Profesor Vives Antón es suficiente para advertir que, como ya dicho, la cita no siempre responde a una leal aplicación de doctrina¹⁹.

(17) Entre otras "El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en M. Ramírez, *El derecho a la información*, Zaragoza, Pórtico, 1995.

(18) Por todos, L. Jimena Quesada *La Europa social y democrática de Derecho*. Madrid, Dykinson, 1997.

(19) Se trata del voto particular a la sentencia 46/1998, de 2 de marzo en el que Vives Antón llama la atención sobre el hecho de que la aplicación del caso Haes et Gijssels c. Belgique (Sent. T. E.D.H. de 24 de febrero de 1997) habría debido llevar a una solución distinta a la adoptada por la decisión mayoritaria; pero lo curioso es que esta posición mayoritaria invoca la misma sentencia mencionada del T.E.D.H.

Tal vez la más significativa de las modificaciones operadas en nuestro sistema jurídico por obra del reconocimiento de los derechos fundamentales sea la importantísima función que se encomienda a la *jurisdicción ordinaria* en la defensa de los mismos y sin perjuicio de la existencia y especial significación del Tribunal Constitucional. Los inicios del sistema provocaron las lógicas dudas y ajustes pero hoy nadie discute que el juez natural de los derechos lo es el ordinario. Pero éste, como es bien sabido no goza de imponentes medios que le permitan, siquiera, contar en forma accesible con las decisiones del Tribunal Constitucional por más que la Ley Orgánica del Poder Judicial, le imponga la obligación de impartir justicia interpretando y aplicando las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5 L. O. P. J.). Si la penuria de medios es por sí sola suficiente para una aproximación a los problemas de la misma no es, desde luego, la sola razón de la percepción que el ciudadano tiene en muchas ocasiones de hallarse en indefensión frente a los ataques a sus derechos.

C) Aplicación cotidiana por la Administración.

Si el papel de la justicia es decisivo para la reparación de los ataques sufridos en los derechos fundamentales, no menor es el de la Administración desde la perspectiva de la efectividad de los mismos²⁰. Para el Estado Constitucional su tarea fundamental reside en hacer reales los derechos. En aras de la efectividad de los derechos y libertades ha de reinterpretarse, pues, el que tradicionalmente ha sido principio legitimador de la acción administrativa en oposición a los intereses particulares: el interés general o interés público, que no

(20) Cfr. mis trabajos “La Administración Pública ante los Derechos Fundamentales. Una reflexión desde el carácter plural del ordenamiento español”, en *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*. Madrid, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 1998, y “Funcionarios públicos: su especial deber de protección y respeto a los derechos y las libertades”, en *Rev. Gal. Der.* n. 632, mayo, 1997.

puede seguir justificando acciones públicas frente a derechos fundamentales. Al revés, éstos justamente dotan de sentido y de legitimación a la alegación del interés general²¹.

De cuantas previsiones expresas sitúan los derechos fundamentales en lugar preeminente (frente a la Administración) en todos los ámbitos jurídicos, extrayendo de ello las más diversas consecuencias jurídicas, bastará recordar ahora las que contiene la Ley 30/92 (bien imponiendo deberes a la Administración, bien modificando técnicas tradicionalmente consolidadas en el Derecho Administrativo) y, en particular, su artículo 62. 1, a) que declara nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional²².

Ni puede desconocerse el efecto inmediato que la vigencia constitucional comportó para la concepción tradicional del orden público²³. El principio de autotutela²⁴, pilar básico de la desigual relación entre la Administración y el ciudadano hasta la entrada en vigor de la Constitución, se ha visto radicalmente revisado (como los especialistas en la materia han puesto de relieve) especialmente en materia de procedimiento sancionador y de la ejecutividad de los actos administrativos que hacía de la suspensión una situación excepcional siendo hoy en cambio la regla general²⁵.

(21) “El tantas veces citado mandato de bien común de la Administración -dice Häberle- necesita en cualquier caso del enriquecimiento material y de la orientación a las libertades o, si se quiere, a los derechos fundamentales como tareas estatales” (P. Häberle, en A. López Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 335). Entre nosotros, Rodríguez Arana (J. Rodríguez Arana, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho y el Derecho Administrativo Constitucional”, en *Introducción a los Derechos Fundamentales*. Ministerio de Justicia, vol. II, págs. 1245 y 1251) ha afirmado que el Derecho Público encuentra su razón de ser constitucional en la promoción de los derechos fundamentales para concluir, tras el estudio de la jurisprudencia del T.C., que el *Derecho Administrativo Constitucional* “encuentra en la protección y consolidación de los derechos fundamentales la esencia de su tarea de servir con objetividad a los intereses generales (art. 103, C.E.)”.

(22) En coherencia con el mandato que *a sensu contrario* contiene el citado artículo 62, el control de la actuación administrativa que realice la jurisdicción contenciosa deberá atenerse al mismo contenido. Por ello, el artículo 55.1 d) de la L.O.T.C. somete la actuación de los Jueces al contenido esencial al establecer que el amparo se otorgará de conformidad con el mismo.

(23) Por todos, L. Martín Retortillo, *Bajo el Signo de la Constitución*. Madrid, I.E.A.L. 1983.

(24) F. López Ramón, “Límites constitucionales a la autotutela administrativa”, en *Introducción a los Derechos fundamentales*, cit., vol. III, p. 2243 y ss.

(25) Cfr. mi trabajo, ya cit., “La Administración pública...”.

Así también ha de mencionarse la especial protección del Código Penal y la agravación de las penas cuando se de ilícitos imputados a, servidores públicos²⁶. Respecto de los delitos y sanciones en que pueden incurrir los funcionarios y empleados públicos bastará recordar lo siguiente: con los especiales deberes de respeto a los derechos humanos y fundamentales que las leyes reguladoras de sus respectivos estatutos les atribuyen se corresponde la agravación de los efectos de infracción de tales deberes que alcanza sanciones más graves que las establecidas para los mismos actos cuando son realizados por particulares²⁷.

Efectivamente, el nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, introduce, ciertamente, la consideración de los derechos fundamentales (e, incluso de los derechos humanos²⁸) en mayor medida que lo hacía el Código hasta ahora vigente pese a lo reciente de muchas de sus reformas; y, sobre todo, con matices nuevos inspirados en los ataques al ser humano y a colectivos que en los últimos años se han dado a conocer, incluso en los países democráticos.

(26) La especial previsión de tipos delictivos en que pueden incurrir los funcionarios que no respeten la plena eficacia de los derechos y libertades alcanza también, en algunos casos, a los simples particulares concesionarios o encargados de la prestación de servicios públicos.

(27) Desde esta perspectiva, bastará una remisión al Cap. V y al Cap. IV del Tit. XXI del Código Penal. En este Título se contemplan los "Delitos contra la Constitución" y en particular el Capítulo V se ocupa *de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*. No son nuevas estas previsiones, pero sí existen matices diferenciales con el Código anterior que pretenden subrayar la autonomía o entidad propia de los derechos como bienes jurídicos protegidos sin que necesariamente se hallen vinculados a un bien público más amplio. En tal sentido, obsérvese la diferencia notable entre el epígrafe general dentro del que se insertan hoy tales delitos (Delitos contra la Constitución) y el anterior (Delitos contra la seguridad interior del Estado -Tal era el epígrafe del Libro II Tit. II del Código Penal hasta ahora vigente en el que se insertaban (como secc. segunda del Cap. II) los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes-).

(28) En el Cap. II del Tit. XXIV se tipifican los delitos de genocidio con los que se castigan los actos cometidos contra grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, o contra alguno de sus miembros. En dicho Cap. se prevén muy diversas infracciones, desde el homicidio hasta la agresión sexual, lesiones, desplazamientos, etc. Aunque en su mayor parte estas acciones delictivas ya estaban previstas en el Código anterior, el actual es más rico en supuestos.

Ni es ocioso, desde la consideración de los Derechos Fundamentales y la Administración, tener presente el significado de la institución del Defensor del Pueblo. Del art. 54 CE y del desarrollo normativo que de la figura ha introducido la L.O. 3/81, de 1 de junio, se desprende con claridad que en este caso no son sólo los derechos fundamentales y las libertades públicas el objeto de defensa y vigilancia, sino todos los derechos del Tit. I CE. De dicha norma se derivan una serie de facultades que permiten al Defensor del Pueblo entrar a conocer de las actuaciones de la Administración en relación con los administrados, así como deberes para ésta de colaboración y no entorpecimiento de tal labor controladora. El interés de la figura se potencia extraordinariamente si tenemos en cuenta, además, que el Defensor del Pueblo, como el Ministerio fiscal, pueden suplir al ciudadano en el ejercicio de su defensa ante los jueces y Tribunales en aquellas ocasiones en que así lo establece la ley (p. ej. recurso de amparo ante T.C.)²⁹.

Más allá de la habitual actuación de la Administración y de su actividad ejecutora, en torno a la cual se han ido planteando y resolviendo cuestiones dogmáticas, derivadas de la escasa libertad de ésta para moverse dentro de la vinculación a la ley y a la Constitución, el establecimiento del Estado Social y democrático de Derecho ha exigido de la Administración un esfuerzo insospechado pues ya no basta su carácter de simple ejecutora de actos singulares y materiales sino que ha debido ser, también, y en ocasiones principalmente, autora (además, lógicamente, de ser la ejecutora material) de planes, programas sociales³⁰, etc. cuyos criterios generales deben ser aplicados en multitud de decisiones que afectan, positiva o negativamente, las libertades y derechos de muchos ciudadanos.

(29) Cfr. R. Sánchez Ferriz "El Sindic de Greuges. Consideraciones sobre la significación actual de una institución necesaria para la efectividad de los derechos y libertades", en Corts. n. 5, Valencia, 1998.

(30) L. Parejo, *Crisis y renovación del Derecho Público* Madrid, C.E.C, 1991, pág. 27 y ss.

Las derivaciones socio-económicas de derechos fundamentales (o los que se vienen llamando *derechos sociales fundamentales*³¹), al tiempo que amplían la efectividad de los derechos propiamente fundamentales, han ido introduciendo elementos de complejidad al sistema de relaciones entre los Derechos Fundamentales y la Administración, dificultando el sometimiento de ésta a aquéllos y el establecimiento de criterios claros y previsibles, (para su aplicación en políticas económicas o sociales que pudieran afectarles) para cada ciudadano interesado. El caso López Ostra o alguna sentencia de la jurisdicción ordinaria en que se acepta la doctrina sentada por el T. E. D. H. en aquél, resultan de fácil comprensión y asimilación desde la perspectiva de la eficacia de los Derechos Fundamentales en tanto se mantienen en un plano “reaccional”, y con unos titulares públicos y privados bien determinados en el proceso, en lo que al derecho y correlativo deber de respeto se refiere. No así, en cambio, cuando el perjuicio deriva (probablemente para varios titulares o para un colectivo) de una medida programada y general de política social, económica o, incluso, asistencial.

III. REFLEXION FINAL.

Todas las cuestiones hasta aquí apenas aludidas ponen de relieve la extraordinaria complejidad de un sistema de derechos y libertades que, como el nuestro, tiene vocación de efectividad. Pero, sobre todo, ponen de relieve la necesidad de una actuación positiva por parte de todos los poderes públicos que necesariamente ha debido ir precedida de un cambio radical de mentalidad respecto de la posición del ser humano en el sistema y en concreto de los ciudadanos. Tal vez ésta sea la cuestión más delicada, y la más valiosa, de cuantas plantea un recuento de veinte años de vida constitucional.

(31) Por todos, C. Hesse, “Significado de los Derechos Fundamentales”, en Benda y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 83 y ss. que entiende por tales derechos la “garantía de las bases en que se asienta la existencia individual” (pág. 97). Su problemática se explica por tener una estructura distinta de la de los tradicionales derechos de libertad e igualdad...” No sólo exige esto regularmente un actuar del Legislador, sino también el de la Administración...” (pág. 98).

Y si ello en relación con los poderes públicos puede traducirse en la conceptualización y en la mejora de los instrumentos jurídicos de actuación y en los medios de defensa, todo ello no es suficiente en lo que se refiere a la perspectiva de los ciudadanos que no sólo son destinatarios de tales medidas jurídicas ni beneficiarios de los derechos sino, también responsables y actores de los que depende tal efectividad de los derechos. Pues bien, desde esta perspectiva, tal vez el balance no sea muy positivo si es que, como he defendido en otras ocasiones, la deficiente socialización democrática³² actual pudiera obedecer a la falta de voluntad política.

(32) R. Sánchez Ferriz y L. Jimena Quesada, *La enseñanza de los derechos...*, ya cit.